



Rivista di Diritto del Risparmio

RIVISTA
QUADRIMESTRALE
DI DOTTRINA E
GIURISPRUDENZA COMMENTATA

ANNO I

FASCICOLO N° 3-2019

SETTEMBRE- DICEMBRE

DIRETTA DA FERNANDO GRECO

ISSN 2785-3004

WWW.DIRITTODELRISPARMIO.IT

Rivista di Diritto del Risparmio

**Rivista quadrimestrale
di dottrina e giurisprudenza commentata**

Anno I

**Fascicolo N° 3 – 2019
settembre - dicembre**

ISSN 2785 -3004

DIREZIONE

FERNANDO GRECO
Direttore scientifico

MICHAEL LECCI
Direttore editoriale

ANTONIO ZURLO
Co-Direttore

MARCO CHIRONI
Co-Direttore

LAURA ALBANESE
Co-Direttore

LUCIO CASALINI
Co-Direttore

COMITATO DI REDAZIONE

PIERPAOLO VERRI – ANTONELLA NEGRO – STEFANO CIARDO

COMITATO SCIENTIFICO

**FERNANDO GRECO - FRANCESCO ACCETTELLA – ANDREA BARENGHI
VINCENZO MARIA CESARO – CLAUDIO COLOMBO – GIANFRANCO LIACE –
PIETRO MARCHETTI – ANDREA NERVI – VALENTINA PICCININI – CARLO
PILIA – MASSIMO PROTO – GIUSEPPE RECINTO – TOMMASO VITO RUSSO
– FRANCESCO PORCARI – ANTONIO DE MAURO – FRANCESCA DELL'ANNA
MISURALE**

REFERAGGIO

I contenuti pubblicati all'interno della sezione Dottrina sono preliminarmente valutati dalla Direzione e quindi sottoposti a procedimento di revisione a doppio cieco in forma anonima. I contributi vengono trasmessi per la valutazione e revisione a due componenti del Comitato scientifico. La valutazione finale viene trasmessa all'Autore del contributo previa rimozione del nome dei valutatori.

Qualora i valutatori suggeriscano delle modifiche la Direzione si accerta che l'Autore abbia apportato le modifiche suggerite. In caso di valutazioni contrastanti la Direzione si assume la responsabilità della decisione finale. In caso di valutazioni negative il contributo viene rifiutato.

I contenuti pubblicati nelle sezioni "Giurisprudenza commentata" e "Rassegna" non sono sottoposti a referaggio ma vengono sottoposti al vaglio della Direzione.

RIVISTA DI DIRITTO DEL RISPARMIO
Fascicolo N° 3 – 2019
settembre – dicembre

INDICE

EDITORIALE

Nullità selettiva...esiste ancora la protezione? Prime considerazioni a margine della pronuncia delle Sezioni Unite, a cura di Fernando Greco 1

DOTTRINA

LUCIO CASALINI, *Blockchain and smart contracts - What changes lie ahead for banking and financial law?*. 7

ASSUNTA SPEZZAFERRI, *Il “rinnovato” ruolo della diligenza nel rapporto obbligatorio, alla luce dell’introduzione dell’obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore e le conseguenze sanzionatorie del suo inadempimento* 14

LUCA MENEGHINI, *The legal and economic underpinnings of repo transactions: a comparative overview* 38

APPROFONDIMENTI E SAGGI

Antonio Zurlo, La segnalazione in Centrale di Allarme Interbancaria: profili di (il)legittimità e l’onere della prova dell’avvenuto pagamento tardivo, 14 novembre 2019. [[Diritto bancario](#)] 65

Antonio Zurlo, La teoria del “professionista di rimbalzo”, nei contratti di garanzia, 26 novembre 2019. [[Diritto bancario](#)] 72

GIURISPRUDENZA

GIURISPRUDENZA COMMENTATA

- Nota a Cass. civ., Sez. III, 09 luglio 2019, n. 18324 – Giulia De Giorgi, Assicurazioni. È vessatoria la clausola che esclude la guida in stato di ebbrezza dall’oggetto del contratto. [[Diritto assicurativo, 07 novembre 2019](#)] 79
- Nota a Trib. Treviso, Sez. II, 26 agosto 2019, n. 1852 - Antonio Zurlo, Fideiussione e violazione normativa antitrust: la tutela è solo risarcitoria. Nota a una pronuncia controtendenza. [[Diritto bancario, 19 settembre 2019](#)]..... 82
- Nota a Trib. Bari, 29 agosto 2019, n. 3278 – Marzia Luceri, Illegittima segnalazione in C.A.I.: tra obbligo e discrezionalità della cancellazione. [[Diritto bancario, 06 ottobre 2019](#)] 88
- Nota a Cass. Civ., 13 settembre 2019, n. 22890 – Andrea Cavallera, Interessi moratori usurari e gratuità del contratto di leasing finanziario. [[Diritto bancario, 05 ottobre 2019](#)]91
- Commento a Cass. Civ., Sez. I, 26 settembre 2019, n. 24044 – Antonio Zurlo, Le fideiussioni “a valle” e le intese anticoncorrenziali “a monte”: le prime “immunizzate” dalla nullità delle seconde. [[Diritto bancario, 2 ottobre 2019](#)] ...97
- Nota ABF, Collegio di Coordinamento n. 22746, 2 ottobre 2019 – Marco Chironi, Interessi moratori: il giudizio dell’ABF parzialmente difforme rispetto a quanto statuito dalla Suprema Corte. [[Diritto bancario, 17 ottobre 2019](#)] 101
- Nota ABF, Collegio di Coordinamento, 2 ottobre 2019 – Marzia Luceri, Onere probatorio del PSP: la sola prova dell’autenticazione e della regolarità dell’operazione disconosciuta non è sufficiente. [[Diritto bancario, 19 ottobre 2019](#)]..... 104
- Nota a Cass. Civ. del 9 ottobre 2019, n. 25373 – Marco Chironi, I casi di azzeramento del saldo nel caso di azione promossa dal correntista. [[Diritto bancario, 25 ottobre 2019](#)] 109

Nota a ABF, Collegio di Coordinamento, 10 ottobre 2019, n. 22747 – Antonio Zurlo, La rimborsabilità a vista dei buoni fruttiferi postali. [Diritto bancario, 11 ottobre 2019]	111
Commento a Cass. Civ., Sez. III, 15 ottobre 2019, n. 25914 – Antonio Zurlo, I contratti (autonomi) di garanzia e la disciplina consumeristica: la reviviscenza della competenza territoriale esclusiva e la vessatorietà della sua deroga. [Diritto bancario, 18 ottobre 2019]	116
Commento a Cass. Civ., Sez. I, 22 ottobre 2019, n. 26946 – Antonio Zurlo, La (dis)omogeneità degli interessi, nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite. [Diritto bancario, 29 ottobre 2019]	124
Nota a Cass. civ., Sez. III, 07 novembre 2019, n. 28625 – Giulia De Giorgi, Assicurazione. Scorretta imputazione dei pagamenti e perdita del beneficio assicurativo. [Diritto assicurativo, 14 novembre 2019]	132
Nota Collegio di Coordinamento ABF n. 2625 del 19 dicembre 2019 – Pierpaolo Verri, Collegio di Coordinamento ABF: il consumatore ha diritto al rimborso delle componenti del costo totale del credito, compresi i costi up front. [Diritto bancario, 18 dicembre 2019]	136

RASSEGNA

Cass. Civ. sez. I, 26 giugno 2019, n. 17110 . (Pres. Acierno – Rel. Falabella)....	140
Cass. Civ., Sez. II, 26 settembre 2019, n. 24081 (Pres. Petitti – Rel. Varrone)	142
Cass. Civ., Sez. VI, 11 ottobre 2019, n. 25698 (Pres. Genovese – Rel. Falabella)	144
Cass. Civ., Sez. I, 21 ottobre 2019, n. 26769 (Pres. De Chiara - Rel. Marulli) ..	146
Cass. Civ., Sez. I, 21 ottobre 2019, n. 26778 (Pres. Sambito – Rel. Fidanzia) ...	148
Cass. Civ., Sez. III, 13 novembre 2019, n. 29365 (Pres. Vivaldi – Rel. Tatangelo)	150
Cass. Civ., Sez. VI, 29 novembre 2019, n. 31300 (Pres. Frasca – Rel. Scrima)..	152
Cass. Civ., Sez. I, 9 dicembre 2019, n. 32016 (Pres. De Chiara – Rel. Mercolino)	157
Cass. Civ., Sez. I, 9 dicembre 2019, n. 32019 (Pres. De Chiara – Rel. Vella).....	161
Cass. Civ., Sez. I, 9 dicembre 2019, n. 32026 (Pres. De Chiara – Rel. Fidanzia)	162

Cass. Civ., Sez. I, 11 dicembre 2019, n. 32402 (Pres. De Chiara – Rel. Federico)	165
.....	
Cass. Civ., Sez. III, 12 dicembre 2019, n. 32478 (Pres. Vivaldi – Rel. Sestini)..	167
Cass. Civ., Sez. I, 4 dicembre 2019, n. 31667 (Pres. De Chiara – Rel. Fidanzia)	168
Cass. Civ., Sez. I, 4 dicembre 2019, n. 31649 (Pres. De Chiara – Rel. Valitutti)	172
Trib Lucca, 22 novembre 2019, n. 1674	175
ABF, Collegio di Palermo, 16 maggio 2019, n. 12609	177
ABF, Collegio di Coordinamento, 18 luglio 2019, n. 17814	180
ABF, Collegio di Bologna del 12 settembre 2019	182
ABF, Collegio di Palermo, 29 ottobre 2019, n. 12615	183
ABF, Collegio di Coordinamento, 6 novembre 2019, n. 24360	184
ACF, 25 novembre 2019, n. 2030	186
ACF, 23 dicembre 2019, n. 2102	188

EDITORIALE

A cura di Fernando Greco

Nullità selettiva...esiste ancora la protezione?

Prime considerazioni a margine della pronuncia delle Sezioni Unite

A leggere l'attesa pronuncia delle Sezioni Unite sulla nullità del contratto – quadro per la prestazione dei servizi di investimento, per mancanza della forma scritta, *ex art. 23 TUF*, ci si dovrebbe chiedere, a ragione, se effettivamente il massimo consesso della giurisprudenza abbia fornito la sospirata risposta, a un interrogativo invero assai radicato nel panorama giuridico, o, se, per converso, abbia posto un ulteriore, più problematico e più controverso quesito, addivenendo all'ormai noto principio di diritto.

La nullità di protezione ha ancora una qualche ragion d'essere?

Difatti, che la nullità per difetto di forma scritta, prevista nel terzo comma dell'art. 23 del D.lgs. n. 58/98, possa essere fatta valere esclusivamente dall'investitore, conseguendo nell'operatività degli effetti processuali e di quelli sostanziali dell'accertamento soltanto a vantaggio di quest'ultimo, pare essere nient'altro che un'ellissi definitoria della nullità c.d. di protezione, tipologia "spuria", introdotta nel panorama comunitario e nazionale proprio per compensare, giudizialmente, l'inveterata e irriducibile disparità contrattuale tra consumatore e professionista. Non v'è la funzionale necessità di proteggere entrambi, meno ancora di approntare un meccanismo tutelare ultroneo per salvaguardare chi, asseritamente, tende a "offendere". Nella sostanza, è su di un *favor* esplicito verso la figura, presuntivamente vessata, del contraente debole che si fonda legittimamente tutta l'architettura paternalistica di protezione.

Ed è nella seconda e ultima parte dello statuito principio di diritto che s'annida, evidente, una contraddizione. Ammettere, come è stato chiaramente fatto, che l'intermediario possa, avvalendosi dell'eccezione di buona fede, sterilizzare la prefata nullità relativa, rimessa al libero e discrezionale godimento del danneggiato, lì dove la domanda di quest'ultimo sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto, determinando, quindi, un ingiustificato sacrificio economico, in esito a una ragionata selezione delle nullità, equivale a espungere surrettiziamente dall'ordinamento quello stesso rimedio che, nella proposizione precedente, si dichiarava ammissibile e perfettamente funzionante.

Come già puntualmente evidenziato in altra sede^[1], si addiverrebbe a un'ingiustificata qualificazione, per giunta automatica, di un pieno e legittimo contegno di colui che impugni singoli ordini (o singoli contratti), a lui sfavorevoli, come condotta chiaramente strumentale e opportunistica, in spregio ai principi generali delle relazionalità giuridiche e della contrattualistica, lì dove, contrariamente, sarebbe da ascrivere a corollario operativo fisiologico di quella nullità di protezione, espressamente prevista dal legislatore proprio in funzione di

una tutela personalizzata dello stesso attore, in guisa alla conformazione del rapporto di investimento.

A tale ultimo riguardo, pare senz'altro opportuno rilevare come l'autonomia negoziale dei singoli ordini (di cui si compone il complesso rapporto *de quo*), permetta all'investitore di selezionare, in base al proprio interesse e alla lesione asseritamente subita, cosa caducare e cosa, viceversa, conservare, azionando selettivamente, appunto, una nullità posta innanzitutto a sua tutela. È il legislatore ad aver scientemente compiuto una selezione, a monte, gli interessi meritevoli di protezione e le correlate modalità con cui azionarli, circoscrivendo, quindi, la legittimazione a eccepire la nullità al solo investitore e privando l'intermediario di un analogo potere.

Devesi, peraltro, formulare un'ulteriore dirimente considerazione.

La mancanza di forma scritta, normativamente imposta, è una violazione che può porre in essere esclusivamente l'intermediario: è evidente che consentirgli di avvalersi di una condotta come minimo negligente, traendo il beneficio di una nullità generalizzata di tutti gli ordini di investimento, rappresenti una palese violazione del *venire contra factum proprium*. Se l'intermediario avesse correttamente e diligentemente adempiuto agli obblighi normativi in materia di forma del contratto, l'investitore non sarebbe stato legittimato dal sistema ordinamentale a invalidare (*rectius*, a chiedere l'invalidazione) degli ordini per se stesso pregiudizievoli. È nella condotta del professionista che bisogna individuare l'antecedente logico dell'eventuale pregiudizio, non in una legittima scelta della sua controparte.

La nullità di protezione deve, in altri termini, essere necessariamente inquadrata anche nella dimensione prospettica di "sanzione" per l'inadempimento di un obbligo previsto dalla legge, scientemente posta in essere dall'intermediario, sterilizzandone qualsivoglia utilità. Profilo sanzionatorio che s'associa a una finalità dissuasiva, dal porre in essere condotte non conformi al modello virtuoso^[2]. I principi di solidarietà, di uguaglianza sostanziale e le forti ragioni di equità, attenzionati a più riprese dalla Suprema Corte, depongono nell'inequivoco senso di dover ritenere inadeguata una soluzione più estensiva che, nell'ottica di una giustiziabilità formale di tutti gli ordini di investimento, finisca col consentire alla parte evidentemente inadempiente di imporre, finanche contro l'interesse della controparte che, viceversa, l'inadempimento ha subito, una risoluzione generalizzata, premiale di una condotta illegittima e violativa della normativa settoriale. Si risolverebbe in un incentivo a porre in essere atti distorsivi delle dinamiche contrattuali, confidando nel paracadute rappresentato dall'opposizione di una non meglio specificata mancanza di buona fede, che, per quanto clausola obiettivamente largheggiante, non si comprende a quale violazione dell'investitore possa essere associata. L'unica malafede sarebbe quella di essersi avvalso di una strumentazione predisposta specificamente dallo stesso legislatore, stante la già rilevata natura complessa della prestazione, comprensiva, in quanto tale, di una pluralità di oggetti o elementi dotati di un'autonoma funzione economico – giuridica. Per il consumatore, oltre al danno, conseguente alla condotta dell'Intermediario, s'assommerebbe la beffa di vedersi estromesso dall'utilizzabilità del meccanismo rimediale, avvantaggiando, paradossalmente, la parte inadempiente ai suoi obblighi contrattuali^[3] e, ancor prima, ponendosi in evidente contrasto con la natura stessa di nullità relativa, che, in quanto a legittimazione, non può che essere ontologicamente ascritta solo a una delle parti contrattuali.

Non è, peraltro, il primo caso in cui la preoccupazione di una riequilibrio manutentiva, sul piano processuale, di una disparità sostanziale conduca a tentativi di prospettare una sostituzione dell'organo giudicante alle scelte compiute tanto dalle parti (emblematica, a tal riguardo, può essere la questione delle clausole *claims made*), rispetto all'equilibrio sancito in contratto, quanto, come, nel caso di specie, dal legislatore, a monte. Sì come l'*exceptio doli generalis*^[4], anche la prospettata attribuzione all'intermediario di una legittimazione a opporre la "malafede selettiva" dell'investitore, pare sottendere un fraintendimento della relazionalità intercorrente tra intermediario e singolo investitore e, dunque, a equivalere all'attribuzione surrettizia al primo di una tutela della quale era stato volutamente ed espressamente privato, peraltro come contraltare a un legittimo esercizio delle proprie ragioni da parte del secondo. Recando un doppio pregiudizio all'investitore si giungerebbe alla paradossale riabilitazione dell'intermediario, qualificando come abuso del diritto il ricorso alla risolubilità per inadempimento del singolo ordine contrattuale e, al contempo, bonificando, con un frettoloso ricorso all'eccezione, un inadempimento contrattuale, avente rilevanza non solo con riferimento al singolo caso concreto, ma alla tenuta dell'intero dinamismo mercatuale.

Per ritornare, infine, alla domanda iniziale, ove effettivamente si sia convinti (e non mi pare ci siano solide ragioni per dubitarne) della bontà nel mantenimento in vita e, ancor di più, in operatività dei meccanismi tutelari, specificamente approntati per proteggere specifici soggetti, non si dovrebbe, in un eccesso zelante, proporre un contingentamento della loro applicabilità, in chiave eccessivamente preventiva di possibili strumentalizzazioni nel loro utilizzo. Equivarrebbe a guardare il dito, mentre il saggio indica la luna. Se, infatti, il legislatore, nazionale e sovranazionale, in occasioni diverse e a più riprese, rispondendo a istanze e sensibilità innovative, ha giudicato opportuno (e necessario) introdurre delle compensazioni eterodirette, non pare certo compito del potere giudicante, investito del singolo caso concreto, derubricare presuntivamente tali strumentazioni a falle di ingresso, nell'ordinamento, di pratiche opportunistiche. L'esercizio selettivo della nullità, di fatto, non rappresenta un esempio isolato di facoltà rimessa a una parte contrattuale e sottratta, contestualmente, all'altra; permanendo nell'influenza consumeristica, il recesso è scientemente l'esempio più invalso: sembrerebbe quantomeno distopico ipotizzare che si debbano processare le intenzioni del consumatore che voglia legittimamente recedere da un contratto o da un servizio, valutandone l'eventuale malafede.

Alla stregua dell'intima conformazione del rapporto tra le parti nell'intermediazione finanziaria, l'investitore può selezionare il rilievo della nullità e gli atti cui destinarlo, ovvero sia gli acquisti dai quali si sia ritenuto legittimamente pregiudicato^[5], in conseguenza della asimmetria che connatura la relazione, sin dal suo instaurarsi. La relatività della nullità non è altro che un meccanismo manutentivo di bilanciamento degli interessi, che, chiaramente, non può essere parametrato ai canoni codicistici tradizionali. Le Sezioni Unite, assumendo quale premessa di tutto il percorso motivazionale la natura marcatamente funzionale della natura e del contenuto della forma scritta del contratto – quadro^[6], che costituisce il primo (ma non unico) presidio a tutela del contraente vessato dallo squilibrio «*di carattere prevalentemente conoscitivo – informativo*», giunge, in maniera poco condivisibile, a paventare delle «*criticità applicative che possono derivare dall'adozione del regime giuridico delle nullità di protezione*», ovvero sia una abusività o, meglio, una conflittualità, perlomeno

potenziale, nell'esercizio della facoltà selettiva e della connessa azione invalidatoria^[7].

Per ammissione della stessa Corte, una subordinazione dell'operatività dell'uso selettivo della nullità alla buona fede (soggettiva e oggettiva) condurrebbe a una fattiva abrogazione del regime giuridico delle nullità di protezione. La via mediana proposta, pur tuttavia, non pare condurre a un risultato ampiamente migliorativo. Pur non stabilendo espressamente *un'equivalenza, senza alcuna verifica di effettività, tra uso selettivo delle nullità e violazione del canone di buona fede*, il Collegio indica un percorso ancora più impervio. «*Al fine di modulare correttamente il meccanismo di riequilibrio effettivo delle parti contrattuali*», si legge testualmente nel pronunciamento, «*non può mancare un esame degli investimenti complessivamente eseguiti, ponendo in comparazione quelli oggetto dell'azione di nullità [...] con quelli che ne sono esclusi, al fine di verificare se permanga un pregiudizio per l'investitore corrispondente al petitum azionato*». La (in)validità del contratto, da elemento centrale e fondativo, viene, nella sostanza, derubricata a un ruolo ancillare di una ponderazione aritmetica, adottata per soppesare l'eventuale nocumento (per l'intermediario) sotteso all'invalidità di alcuni singoli ordini, considerati alla stregua di beni fungibili, identici nell'*an* e facilmente misurabili nel *quantum*.

Sopraspedendo sulle difficoltà di porre in essere una ricostruzione dei rendimenti, per valutare di quali effettivamente abbia potuto beneficiare l'investitore (specie in relazioni a rapporti particolarmente articolati e protrattisi nel tempo)^[8], la pronuncia, rifuggendo da qualsiasi riconduzione all'archetipo del mandato civilistico (che parrebbe senz'altro più congeniale alla struttura del rapporto, al suo protrarsi nel tempo, nonché alla possibilità di intervenire su investimenti già conclusi) approda a un'apodittica applicazione invertita della buona fede, che, come precedentemente rilevato, come il disneyano Sceriffo di Nottingham, finisce col soccorrere il contrente inadempiente, togliendo tutela a quello pregiudicato, sovvertendo in un certo qual senso la stessa impostazione consumeristica che permea il sistema.

Chioso con un riferimento cinematografico. Mi sovviene Frank Thring, nella sua magistrale interpretazione di Ponzio Pilato, nel colossal Ben Hur, del 1959, in una delle sue battute, all'interno di un memorabile dialogo con Charlton Heston: "Dove c'è grandezza, grande governo e potere, o grandi sentimenti e comprensione, l'errore anche è grande". La conclusione cui è addivenuta la Suprema Corte, in un certo senso, sembra rispecchiare questa considerazione: in un ricorso (quasi esclusivo) ai principi generali, a quei grandi sentimenti di equità sostanziale (*rectius*, processuale) e a quella comprensione nello scongiurare un *pregiudizio economico ingiustificato*, sembra eludere le peculiarità concrete e fattuali del rapporto intermediario – cliente, proiettandosi verso una soluzione intrinsecamente contraddittoria e non pienamente soddisfattiva delle problematiche evidenziate nell'ordinanza di rimessione. E alla formulazione di un nuovo, più profondo, interrogativo.

Ha ancora un valido e meritorio significato parlare di nullità di protezione nella disciplina dell'intermediazione finanziaria?

Agli interpreti l'ardua sentenza.

^[*]Lo scritto è frutto di riflessioni personali e non è riferibile alla funzione di membro del Collegio dell'Arbitro Bancario Finanziario e di Commissario del Fondo Indennizzo Risparmiatori.

- [1] V. F. Greco, *L'esercizio selettivo della nullità: tra protezione dell'investitore e «sfruttamento "opportunistico" della normativa di tutela»*, in *Responsabilità Civile Previdenza*, fasc. 1, 2019, 152 ss.
- [2] In tal senso, A. Tucci, *La forma dimidiata nei contratti bancari e di investimento*, in *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.*, 2018, II, 337 ss.V. anche C. Maradei, *Il neoformalismo negoziale nei contratti di intermediazione finanziaria*, in Calliano (a cura di), *Informazione e trasparenza nei contratti asimmetrici bancari, finanziari e assicurativi e diritti del consumatore europeo*, Torino, 2013, 78.
- [3] In tal senso, C. Rinaldo, *La risoluzione dei singoli ordini di investimento sotto una nuova luce: riflessioni su un recente intervento della Suprema Corte.*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 4, 2018, 398.
- [4] A tal riguardo, App. Firenze, Sez. II, 18 ottobre 2018, n. 2402, per cui: «*in materia di intermediazione finanziaria, allorché le singole operazioni di investimento abbiano avuto esecuzione in mancanza della stipulazione del contratto quadro previsto dall'art. 23 D.Lgs. n. 58 del 1998, all'investitore, che chiede sia dichiarata la nullità solo di alcune di esse, non sono opponibili l'eccezione di dolo generale fondata sull'uso selettivo della nullità e, in ragione della protrazione nel tempo del rapporto, l'intervenuta sanatoria del negozio nullo per rinuncia a valersi della nullità o per convalida di esso, l'una e l'altra essendo prospettabili solo in relazione ad un contratto quadro formalmente esistente.*».
- [5] V. Cass. Civ., Sez. I, 27 aprile 2016, n. 8395, in *dejure.it*.
- [6] Il riferimento è a Cass. Civ., Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898, già annotata in *questa Rivista*, con commento di A. Zurlo, *Il contratto – quadro sottoscritto solo dall'investitore è valido*, 17 gennaio 2018, <https://www.dirittodelrisparmio.it/2018/01/17/il-contratto-quadro-sottoscritto-solo-dallinvestitore-e-valido/>.
- [7] Così, D. Falconieri, *Contratto – quadro: è valido il contratto bancario e finanziario sottoscritto dal solo cliente*, in *IlSocietario.it*, 16 febbraio 2019.
- [8] V. G. Guizzi, *Le Sezioni Unite e "le nullità selettive" nell'ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica*, in *Diritto Bancario*, 4 dicembre 2019.

Blockchain and smart contracts

What changes lie ahead for Banking and Financial Law?*

di Lucio Casalini**

Banking and Financial Law are radically changing thanks to new technologies. In this paper, I try to offer a definition of blockchain and smart contracts, looking at the main features of these new tools and analyzing the recent action by the Italian legislator in order to define and regulate these new technologies, in the European context of reference.

september 2019

* This paper was approved by the referees.

** Lawyer, LLM, PhD candidate at Sapienza University

1. Introduction

Banking and Financial Law are radically changing thanks to new technologies. Technological innovations continue to have a strong impact, not only on the society and economy in general, but also on the legal and financial world¹.

States are challenged to regulate technological innovations quickly and efficiently. This is not an easy task, considering the fact that technologies develop fast and they don't suffer the role of the State regulation, but they themselves want to govern the dynamics and relationships between subjects.

Big data, cloud computing, robotics, artificial intelligence and machine learning systems, are just some examples of this ongoing revolution. In the field of banking and finance law, the distributed ledger technologies represents the real innovation. *Blockchain* is certainly the best example and *smart contracts* are a particular *blockchain* application to manage automated exchanges, for commercial agreements, with increasingly reduced transaction costs.

In this paper, I try to offer a definition of *blockchain* and *smart contracts*, looking at the main features of these new tools. Then, I analyze the recent action by the Italian legislator in order to define and regulate these new technologies.

2. European frame and Italian law

The first question is whether the new technologies are subject to the regulatory framework already in force in financial matters inside the European context. Indeed, the European Securities and Market Authority (ESMA²) has stated that the Distributed Ledger Technologies cannot constitute a pretext for not respecting the sector regulations to safeguard the proper functioning of the financial market.

Market operators wishing to invest in these technologies must comply with the current regulatory framework, although this has been created before the development of the *blockchain* and its applications³. As indicated by ESMA, at European level the number of directives and regulations is large and includes, for instance, CSDR Regulation (Reg. UE 909/2014) and MiFID II Directive (Dir. 2014/65/UE). According to ESMA, it is still early to issue regulatory measures in this initial phase, not being able to fully forecast the benefits and risks about these new technologies.

¹ First analyzes from J.L. BOWER, C.M. CHRISTENSEN, *Disruptive Technologies: Catching the Wave*, in *Harvard Business Review*, 1995, 43 ss. Also recommended L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace. Version 2.0*, Basic Books, 2006.

² ESMA is an independent EU Authority that contributes to safeguarding the stability of the European Union's financial system by enhancing the protection of investors and promoting stable and orderly financial markets. ESMA achieves its mission and objectives through four activities: i) assessing risks to investors, markets and financial stability; ii) completing a single rulebook for EU financial markets; iii) promoting supervisory convergence; iv) directly supervising specific financial entities. More information at <https://www.esma.europa.eu>

³ ESMA, *The Distributed Ledger Technology Applied to Securities Markets*, ESMA 50-1121423017-285, 2017, available at https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/dlt_report_-_esma50-1121423017-285.pdf.

However, if the European legislator has taken a position of prudent expectation, the Italian one, among the first European Countries, has tried to legislate *in subjecta materia*.

The effort of the interpreter to frame, in traditional juridical categories, what emerges from the powerful technological advances in the modern social context is not easy and clashes, first of all, with linguistic problems.

The Italian legislator usually looks at the general discipline of contract and transcription, but in this new context he needs to use a different technical language, characterized by *anglicisms* and sophisticated programming alphabet. In other words, a valid and effective legislative definition of *blockchain* and *smart contract* cannot be configured without knowledge about computer and engineering sciences. The full comprehension, in order to govern and facilitate their enormous potential, needs the analysis of their internal processes.

The decree law n. 135/2018, so-called “Simplifications Decree”, converted with law n. 12/2019 on 11th February 2019⁴, in an attempt to offer a first shy definition of *blockchain* and *smart contract*, makes these semantic problems plastically clear.

Paragraph 1 of art. 8-ter defines the *blockchain* (literally “chain of blocks”) as «the technologies and computer protocols that use a shared, distributed, replicable register, accessible simultaneously, architecturally decentralized on cryptographic basis, such as to allow registration, validation, updating and archiving of data both in clear and further protected by cryptography, verifiable by each participant, not alterable and not modifiable».

The following paragraph 2 of the same art. 8-ter offers a definition of *smart contract*, such as «a computer program that operates on blockchain technologies and whose execution automatically binds two or more parts on the basis of predefined effects».

Prima facie, from the combination of these two paragraphs, the connection between the two technologies is clear and in particular the relationship of close dependence of *smart contracts* on the *blockchain*, so that the former can work. Certainly, it is not easy to define these technologies, but suddenly we notice that smart contracts are not contracts, or agreements, but rather «a computer program», a software for the correct use of *blockchain*.⁵ Nevertheless, the first legislative definition was widely desired and expected. The legislator’s trouble in regulating such phenomena and the difficulties of the interpreters to bring it into the traditional categories is well known.

3. Defining *Blockchain* and *Smart Contracts*

The application of technological innovations to financial processes and products impacts economic structures, such as markets and financial intermediaries. For instance, we can see the creation of new services and new opportunities for

⁴ No surprise for the choice of *sedes materiae*: the inclusion of these rules in a provision that aims to simplify and de-bureaucratize the Country.

⁵ As noted J.I.H. HSIAO, *Smart Contract on the Blockchain. Paradigm Shift for Contract Law*, in *US-China Law Review*, p. 694: «Smart Contract is based on a binary logic that does not appear in all real-life contract cases».

subjects previously excluded from the financial markets, as well as a possible change in the relationship between customers and operators offering financial services, due to the multiplication of the channels of direct brokerage⁶.

We are in the FinTech world (Finance and Technology)⁷, where the potentialities offered by the applications of the *distributed ledger technologies* (DLTs), among which the best known is the *blockchain*, are particularly important⁸. Moreover, it is thanks to the *blockchain* that the transition from the “information society” - which allowed the exchange of information on the basis of the TCP / IP protocol - to the “value society” - based on value transfers through DLTs - to be possible. In other words, the *blockchain* is driving the transition from the “Internet of Information” to the “Internet of Value”, in which every type of asset - not just money, but also real estate and mobile, as well as intellectual property - can be stored, transferred and managed in a decentralized manner, or without intermediaries⁹.

So, first of all, we must try to understand what *blockchain* and *smart contracts* are and their main features. The first one could be defined as a technology that allows the creation and management of a considerable distributed database for the execution of transactions that can be shared between multiple nodes of a **network**. In other words, it is a database structured in blocks which, in turn, contain multiple transactions.

Each block consists of very high-capacity computational machines that are rewarded for solving a mathematical problem by paying a sum paid in crypto money. The resolution of the problem represents the requirement for the validation of the transaction that you want to insert in the *blockchain*. The blocks are connected to each other in a network so that each transaction initiated must be validated through the resolution of a rather complex mathematical algorithm by the other blocks.

In this way, *blockchain* is made up of a chain of blocks each containing multiple transactions. The solution for all transactions is entrusted to the nodes, which must control and approve all transactions by creating a network that shares the archive of the entire *blockchain* and therefore of all blocks with all transactions.

⁶ G. D'AGOSTINO, P. MANUFÒ (a cura di), *Prefazione alla collana dedicata al FinTech*, CONSOB, 2018, p. VI; C. SCHENA, A. TANDA, C. ARLOTTA, G. POTENZA, *Opportunità e rischi per l'industria finanziaria nell'era digitale*, CONSOB, 2018, p. 8.

⁷ As explained in D.W. ARNER, J. BARBERIS, R.P. BUCKLEY, *The Evolution of Fintech: New Post-Crisis Paradigm*, in *Georgetown Journal of International Law*, 47, 2016, p. 1271, «The interlinkage of finance and technology has a long history and has evolved over three distinct eras. FinTech 1.0, from 1866 to 1987, was the first period of financial globalization supported by technological infrastructure such as transatlantic transmission cables. This was followed by FinTech 2.0, from 1987-2008, during which financial services firms increasingly digitized their processes. Since 2008 a new era of FinTech has emerged in both the developed and developing world. This era is defined not by the financial products or services delivered but by who delivers them. This latest evolution of FinTech, led by start-ups, poses challenges for regulators and market participants alike, particularly in balancing the potential benefits of innovation with the possible risks of new approaches».

⁸ M. CAVALLO, M.L. MONTAGANI, *L'industria finanziaria tra fintech e techfin: prime riflessioni su blockchain e smart contract*, in *La rivoluzione digitale nei servizi finanziari tra innovazione, diritti e concorrenza*, Zanichelli, 2019

⁹ A. TAPSCOTT, D. TAPSCOTT, *Blockchain Revolution: How the Technology Behind Bitcoin and Other Cryptocurrencies is Changing the World*, Penguin Books, 2016

Each block is an archive for all transactions, including the previous ones, which cannot be modified except with the approval of the network nodes.

Thus, transactions are **unchangeable**. It can also be stated that the *blockchain* is a **distributed and decentralized database**, as it is not a single individual who can claim exclusive rights, because the *blockchain* is spread all over the world. Each member of the *blockchain* has access to the entire reference database and its complete chronology, but nobody can control data or information. Finally, each party can carefully check the registers of the other transactional parts, **without an intermediary**.

Instead, *smart contracts* are computerized transaction protocols that automatically execute the terms of a contract. In other words, they are agreements translated into computer *code* that exploit the decentralized register system - *blockchain* - for the management of trade or other relationships¹⁰.

Therefore, a smart contract does not correspond to a contract in legal terms¹¹, rather to the software (or information protocol) developed for the execution of the contract. Essentially, once the parties agree the terms and conditions of the contract, these are written in the form of code and added as a block in the *blockchain*, thus becoming verifiable, immutable and irrevocable. When the terms set in the agreement are satisfied (according to the logic *if-then*), the smart contract is executed automatically, through the transfer of tokens mutually accepted by the parties as part of the exchange¹².

Finally, smart contract is a computerized transaction protocol that executes the terms of a contract. The general objectives of smart contract design are to satisfy common contractual conditions (such as payment terms, liens, confidentiality, and even enforcement), minimize exceptions both malicious and accidental, and minimize the need for trusted intermediaries. Related economic goals include lowering fraud loss, arbitration and enforcement costs, and other transaction costs¹³.

Many criticisms have been raised against *smart contracts*. Some authors exclude the possibility that *smart contracts* are considered contracts, or that they can be substituted or replaced¹⁴. Other authors point to the very high costs of these new technologies¹⁵.

¹⁰ N. SZABO, *Smart contract*, 1994, available at <http://www.fon.hum.uva.nl>

¹¹ For the Italian Civil Code, art. 1321, «*contract is the agreement of two or more parties to establish, regulate or extinguish a patrimonial legal relationship among them*» (translation is mine). Contract Law can be classified, as usual in Civil Law systems, as part of a general law of obligations, in particular as a source.

¹² R. O'SHIELDS, *Smart contract: Legal Agreements for the Blockchain*, in *North Carolina Banking Institute Journal*, 2017, p. 177 ss.

¹³ N. SZABO, *Smart contract*, op. cit., in which the author defines smart contract and features in this way.

¹⁴ «Smart contract are neither extremely smart nor contracts», in G. Hileman, M. Rauchs, *Global blockchain benchmarking study*, in *Cambridge Centre for Alternative Finance*, 2017, p. 57.

¹⁵ J.M. SKLAROFF, *Smart contract and the Cost of Inflexibility*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2017, p. 262 ss.: «Technology cannot replace what is fundamentally a human activity. Smart contracting certainly proposes exciting new changes to the way transactions might take place [...]. But a full-scale smart contracting revolution would introduce costs to be more extreme and intractable than the ones it seeks to solve».

However, the limits must not minimize the potential offered by smart contracts, which remain very promising, especially in a context where the main activities are mathematically representable, such as banking and financial activities.

4. The main features of these new technologies

There are other important features, well described by the *Harvard Business Review*¹⁶, with interesting analysis on the subject, especially from U.S. specialized literature.

Below are the main points of interest¹⁷:

- **Peer-to-peer transmission in the absence of intermediaries.** There are no intermediaries and the transaction takes place from individual to individual¹⁸, that is directly between the parties instead of through a central node. Each node stores and forwards the information to all other nodes. There are no intermediaries, central authorities, bureaucracy, an active and regulatory role for States or administrations set up for this purpose.

- **Transparency and identity.** Transactions take place through alphanumeric addresses and the holder can choose whether to remain anonymous or reveal his identity.

- **Irreversibility of recorded transactions.** Once a transaction is entered into the database and the accounts are updated, the transaction log cannot be changed since it is linked to each previous transaction log. The complexity of the algorithms and the computational technique have the objective to guarantee that the registration in the database is chronologically ordered, permanent and available for all the other users in the network. Cyber-attacks are substantially prevented because, in order to change a single data, it would be necessary to change the entire *chain* of transactions distributed through the network.

- **Computational logic.** The main features of the blockchain allow users to configure algorithms and rules that automatically activate operations between nodes. *Ethereum* is one of the main example of computational logics, used mostly for the realization of *smart contracts*¹⁹.

¹⁶ M. IANSITI, K.R. LAKHANI, *The truth about Blockchain*, Harvard Business Review (January - February 2017)

¹⁷ S. MORABITO, *L'applicabilità della blockchain nel diritto dell'arte*, available at www.businessjus.com/wp-content/uploads/2018/09/180912-Lapplicabilità-della-blockchain-nel-diritto-dellarte.pdf

¹⁸ Here is the reason why it is called peer-to-peer (P2P): peer-to-peer computing or networking is a distributed application architecture that partitions tasks or workloads between peers. Peers are equally privileged, equipotent participants in the application. They are said to form a peer-to-peer network of nodes. On this point see K. FANNING, D.P. CENTERS, *Blockchain and its coming impact on financial services*, in *Journal of Corporate Accounting & Finance*, 2016, p. 53 ss.

¹⁹ *Ethereum Blockchain* is composed of multiple nodes. Each machine connected to the *blockchain* contains an exact copy of all the blocks, from the first to the last created, so everyone has the exact replica of the entire updated *blockchain*. *Ethereum blockchain* is characterized by the possibility of creating *Smart Contracts*. They are digital contracts that developers can program and publish on the *Ethereum* network. After publication, a *smart contract* can no longer be changed and its code remains unchanging, guaranteeing security in its execution and on the results it produces. This immutability opens up many uses of smart contracts to make agreements between companies and

5. Conclusion

As of today, there are advantages and risks connected to the adoption of the *blockchain* and *smart contracts* in the financial sector. Reliability, efficiency and safety make *blockchain* technology very promising in the financial sector²⁰. The decentralization and impossibility to modify what has been previously recorded to avoid errors and manipulation increases not only the security of the network but also the reliability of the information recorded.

Finally, although all the transactions are transparent and the time in which they were carried out is certain, the *blockchain* does not require users to register and an *ex-ante* control, thus offering a high level of anonymity²¹. In the future, it will be interesting to observe and analyze the function of intermediation based on a trust relationship. One of the most important observations will be to see if the conclusion of financial transactions will continue to require the interposition of a financial intermediary that guarantees the reliability of the system, or if marketplaces and technology will be sufficient enough to put customers in direct contact with each other and allow them to satisfy their interests (disintermediation).

Without becoming prematurely enthusiastic, one must be cautious and observe these technological developments closely. In particular, it is fundamental to observe the decisions about the regulations that will be taken in Europe and the consequences, at the application level, of the measures already adopted in Italy.

individuals more transparent and secure, especially in the case of supply chains. Each write operation requires a cryptocurrency cost to avoid congesting the network. However, a decentralized and distributed structure like this, in which everyone has the exact copy of the data, from the first to the last block, leaves open several legal questions.

²⁰ R.T. SVIKHART, *Blockchain's Big Hurdle*, in *Stanford Law Review Online*, 2017, p. 100 ss. For the technical aspects of the *blockchain* see also M. SWAN, *Blockchain: Blueprint for a New Economy*, O'Reilly Media, 2015.

²¹ P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2017, p. 107 ss.

*Il “rinnovato” ruolo della diligenza nel rapporto obbligatorio, alla luce dell’introduzione dell’obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore e le conseguenze sanzionatorie del suo inadempimento**

di Assunta Spezzaferri**

This paper intends to analyse the new role of the diligence criterion in the light of the introduction of the obligation for a bank to assess the creditworthiness of the consumer. In particular, the contribution focuses on the civil consequences of the non-fulfilment of the aforementioned "creditworthiness" evaluation.

novembre 2019

* Contributo approvato dai referee.

** Dottore di ricerca Università di Napoli

1. Premessa

L'evoluzione normativa e il diritto vivente pongono la necessità di un approccio ricostruttivo all'istituto della diligenza non più rigidamente legato ad una lettura tradizionalmente affermata di esso.

La questione che va imponendosi è quella del superamento di una interpretazione *de iure condito*, che appare ormai limitante e non più in linea con le istanze di ampliamento della tutela nell'ambito del rapporto obbligatorio.

Il contributo intende affrontare l'analisi del "rinnovato" ruolo che l'istituto della diligenza ha acquisito all'interno del rapporto obbligatorio per effetto soprattutto delle profonde innovazioni provenienti dalla disciplina consumeristica.

Il riferimento, più in particolare, è alle recenti evoluzioni della disciplina comunitaria e domestica in materia di credito ai consumatori, le quali hanno riservato una specifica attenzione al profilo della valutazione del merito creditizio facendone l'oggetto di uno specifico obbligo gravante in capo al creditore-finanziatore.

L'istituto *de quo agitur* ha visto ampliare nel tempo la propria portata applicativa, superando il perimetro normativo contenuto nella norma dell'art. 1176 c.c., recante in rubrica "Diligenza nell'adempimento"¹. Nel tempo e per l'impulso ricevuto da studi evolutivi, si è andato imponendo, progressivamente, un processo interpretativo della norma che ne ha proiettato l'applicazione ben oltre il *limes* dell'adempimento dell'obbligazione.

Fino ad un recente passato la diligenza assurgeva unicamente a strumento di valutazione della condotta del debitore, per determinare l'eventuale inadempimento dell'obbligazione ed imputare la relativa responsabilità. In siffatta accezione la diligenza ha assolto una mera funzione di "misura" della correttezza dell'adempimento, legandosi – mediante una lettura fin troppo letterale della norma – alla fase dell'esecuzione dell'obbligazione.

Oggi, una tale lettura della norma appare limitante e la diligenza si va imponendo, sempre più, quale strumento di "misura" delle vicende dell'obbligazione, involgendo anche la fase genetica del rapporto obbligatorio.

Lo scenario evolutivo delineato è stato indotto dalla sopravvenuta disciplina consumeristica, la quale ha fatto emergere l'esigenza di un ampliamento progressivo della tutela nell'ambito del rapporto obbligatorio nella sua integralità e, quindi, a decorrere dal momento della sua stessa nascita.

D'altra parte, per poter avere la compiuta percezione del processo di espansione applicativa della regola della diligenza occorre esaminare, in via preliminare, il ruolo da essa svolto *de iure condito* (*rectius*: in una prospettiva tradizionalmente affermata), e quindi, per quanto qui di interesse, la sua tradizionale funzione e la sua declinazione quale "diligenza professionale".

Nel prosieguo saranno esaminati i profili normativi provenienti dalla disciplina consumeristica che hanno "posto in crisi" l'interpretazione tradizionale della disposizione dell'art. 1176 c.c. producendo un ampliamento dell'ambito applicativo

¹ Art. 1176 c.c. "Diligenza nell'adempimento": «Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata».

della stessa rispetto al passato e, con esso, una simmetrica espansione interpretativa della disposizione. Ci si soffermerà sulla disciplina consumeristica, la quale ha costituito l'innescò per scardinare l'impostazione interpretativa della disciplina della diligenza (da connettersi soltanto alla fase esecutiva del rapporto obbligatorio) e per determinare l'espansione applicativa della disciplina ben oltre la fase esecutiva (da connettersi alla fase antecedente ovvero alla nascita del vincolo obbligatorio).

Il riferimento, come si avrà modo di vedere, è alla normativa come delineata nella direttiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 febbraio 2014 (nota anche come "*Mortgage Credit Directive*" o "MCD"), che ha modificato la precedente normativa di cui alla direttiva 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n.1093/2010, la quale è stata attuata nell'ordinamento italiano per il tramite del Decreto legislativo 21 aprile 2016, n. 72 (cd. Decreto "Mutui"), recante la disciplina sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali.

Invero quest'ultimo, in ossequio al principio suddetto, e in una fase antecedente l'esecuzione del rapporto obbligatorio, ha previsto un ulteriore obbligo gravante in capo al creditore rispetto a quelli tradizionalmente posti a suo carico, rappresentato dalla valutazione circa il merito creditizio del consumatore.

Tale valutazione (se ne dirà approfonditamente nel prosieguo: rinvio) costituisce attività centrale dell'intera operazione negoziale.

Orbene, se è vero come è vero che l'attenzione al profilo della valutazione del merito creditizio è divenuta oggetto di uno specifico obbligo a carico del soggetto finanziatore, e se è vero come è vero che essa assume rilevanza "deterministica" ai fini dell'accesso al credito, non può non riconoscersi come tale nuovo strumento di "cooperazione" fra le parti (strumento rimesso all'apprezzamento di meritevolezza da emettersi a cura dell'aspirante creditore) produca "punti di intoppo" interpretativo, invitando ad interrogarsi sulla natura giuridica dell'accertamento del creditore, sulla portata oggettiva di tale prescrizione e sugli effetti dell'inadempimento dell'obbligo.

Il dibattito circa gli effetti derivanti dall'inadempimento di tale obbligo è ancora in atto ed appare lontano da soluzioni condivise. Esso, inoltre, non può non coinvolgere anche la posizione della parte debitrice, tenuta a corrispondere una diligenza adeguata già dalla fase genetica del rapporto.

Tali criticità saranno oggetto di approfondimento analitico nell'ultima parte della trattazione: in dottrina il dibattito è aperto vertendo soprattutto sulla ricerca di una soluzione interpretativa condivisa nell'individuazione della sanzione più congrua per le ipotesi di omessa o scorretta valutazione del merito creditizio.

Le questioni sollevate dall'ampliamento della piattaforma applicativa della regola della diligenza nel rapporto obbligatorio ad effetti consumeristici, pertanto, sono molteplici e rilevanti.

Il dibattito è aperto ed intento principale di questo contributo è quello di analizzare – con sistematicità – gli effetti che le recenti novità legislative soprattutto in materia consumeristica hanno prodotto sulla regola generale di diligenza.

Quest'ultima ha progressivamente assunto un rilievo centrale, trascinando da un ambito tradizionalmente attribuito (ovvero quello della fase di esecuzione della prestazione) al momento genetico della costituzione del rapporto obbligatorio.

L'evento ha modificato le stesse vicende del rapporto obbligatorio, caratterizzato, oggi, da un accrescimento della quota di responsabilizzazione delle parti, chiamate a dare luogo ad un "processo mediativo" anticipato alla fase genetica del rapporto stesso.

Ciò proprio in virtù della nuova dimensione applicativa del canone della diligenza, reso dalla normativa consumeristica e del sovraindebitamento strumento aggiuntivo – e preliminare – di sano accordo negoziale.

2. La duplice funzione tradizionale svolta dal criterio della diligenza. L'art. 1176 c.c..

Osservato sotto il profilo della tradizione interpretativo-applicativa, il canone di diligenza² richiamato dall'art. 1176 c.c. riassume in sé, esclusivamente, il complesso di cure e cautele che dovrebbero fondare il comportamento di ogni debitore al momento di soddisfare la propria obbligazione, avuto riguardo alla natura del particolare rapporto ed a tutte le circostanze di fatto che lo caratterizzano³.

La necessità è, pertanto, quella di ponderare la funzione assolta dal canone *de quo agitur*.

Una "perimetrazione" appare doverosa in via preliminare: tradizionalmente la diligenza, quale regola di condotta da tenere all'interno del rapporto obbligatorio, ha svolto la sua funzione esclusivamente nella fase esecutiva dello stesso⁴.

Che sia così emerge nitidamente dalla lettera dell'art. 1176 c.c.⁵, secondo cui la diligenza deve essere utilizzata nell'adempimento dell'obbligazione, e, dunque, limitatamente alla fase esecutiva del rapporto obbligatorio.

Se ne rinviene conferma anche nella Relazione al Codice Civile n. 559, ove la diligenza è correlata, nel tipico ambito obbligazionale, all'entità dello sforzo che il debitore deve compiere per l'adempimento della propria prestazione.

In tale accezione la diligenza "*riassume in sé quel complesso di cure e di cautele che il debitore deve impiegare per soddisfare la propria obbligazione*"⁶.

² Sul concetto di diligenza si veda: A. DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, 410; C. M. BIANCA, voce Negligenza (diritto privato), in *Nuovissimo Digesto Italiano*, vol. XI, Torino, 1965, p. 190 e *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario SCIALOJA e BRANCA* (Artt. 1218-1229), 1979, 24; S. RODOTÀ, voce Diligenza, in *Enc. Dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 539.

³ In termini Cass. Civ., 3 luglio 1958 n. 2380.

⁴ Per un quadro esaustivo dei singoli aspetti della diligenza, C. M. BIANCA, *Diritto civile: l'obbligazione*, IV, Milano, 1990, Giuffrè, Milano, pp. 92-98.

⁵ Art. 1176 c.c.: «Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata».

⁶ La formula della Relazione è analizzata da S. RODOTÀ, in *Diligenza (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1964, p. 540.

Intesa come applicazione di sforzo adeguato al fine⁷, la stessa, assolve nel campo delle obbligazioni ad una duplice funzione⁸: (i) la prima ha riguardo alla determinazione del contenuto di tale comportamento ponendosi, qui, la diligenza come concorrente criterio d'individuazione dell'esatta prestazione dovuta; (ii) la seconda funzione, logicamente connessa alla prima, si identifica invece nella valutazione della condotta dell'obbligato in relazione al risultato dovuto ed agli eventuali impedimenti incontrati. Qui, la diligenza diviene essenzialmente criterio di responsabilità.

In ordine alla prima funzione (*sub* (i) che precede: quella di determinazione del contenuto della prestazione) la diligenza indica il modello di precisione e di abilità tecnica cui deve conformarsi il comportamento dovuto. Affermato in modo diverso, la diligenza altro non indica se non il "quomodo" (*rectius*: il "come"⁹) del comportamento del debitore ai fini dell'attuazione del rapporto. Agire diligentemente, e cioè comportarsi secondo quanto dovuto, rappresenta, infatti, esso stesso il contenuto dell'adempimento.

In questo senso, la diligenza si pone quale criterio fondamentale valevole per tutti i tipi di obbligazione, assumendo, però, una rilevanza maggiore o minore a seconda che la prestazione risulti più o meno determinata da altre fonti¹⁰.

Ad oggi, tuttavia, affermare che le funzioni del criterio della diligenza siano cristallizzate esclusivamente in quelle succitate appare limitante. Invero, il cennato ampliamento operativo dell'istituto presenta profili di novità assoluta. Gli effetti applicativi dello slargamento funzionale sono, attualmente, oggetto di esplorazione interpretativa. Può, comunque, ritenersi, che, se fino ad un recente passato le funzioni assolute della diligenza erano rappresentate esclusivamente da quelle tracciate nel presente paragrafo e legate al dato letterale della norma, oggi tale lettura non può più ritenersi appagante, in quanto restrittiva.

L'ampliamento funzionale indotto dall'evoluzione normativa consumeristica ha valorizzato le potenzialità dell'istituto della diligenza, offrendo una possibilità di lettura della norma dell'art. 1176 c.c. in chiave anche programmatica: la diligenza ha abbandonato (forse definitivamente) una dimensione applicativa letterale per essere proiettata in uno scenario i cui confini non appaiono ancora ben definiti.

⁷ Ritengono che la diligenza abbia due funzioni: C. M. BIANCA, *Diritto civile: l'obbligazione*, IV, Milano, 1990, Giuffrè, Milano, p. 90; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Collana Trattato di diritto privato, Giuffrè, Milano, 1991, 238 ss.; G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 51; G. D'AMICO, voce *Negligenza*, in *Digesto disc. Priv.*, sez. civile, Torino, 1955, 25 e ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile*, diretto da SCIALOJA E BRANCA., Bologna-Roma, 1988, p. 410; M. GIORGIANNI, *Pagamento (diritto civile)*, NsDI, XII, Torino, 1966, p. 322; MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzo*, RD Comm, 1954, p. 366. *Contra* S. RODOTÀ, *Diligenza*, p. 542, che intende la diligenza soltanto come un criterio di responsabilità, ossia un criterio per valutare la conformità del comportamento tenuto dal debitore a quello dovuto, sostenendo che l'art. 1175 c.c. è posto a definire l'oggetto dell'obbligazione; nello stesso senso U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Il comportamento del debitore*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da CICU e MESSINEO, continuato da MENGONI, Milano, 1984, p. 47.

⁸ In giurisprudenza si richiama: Cass. Civ., Sez. III, 13/01/2005, n. 583. Per la S.C. «la diligenza assume nella fattispecie un duplice significato: parametro di imputazione del mancato adempimento e criterio di determinazione del contenuto dell'obbligazione». In dottrina circa gli Autori che ritengono che la diligenza abbia due funzioni si effettua rinvio alla precedente nota n. 9.

⁹ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Il comportamento del debitore*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da CICU e MESSINEO, continuato da MENGONI, Milano, 1984, p. 54.

¹⁰ C. M. BIANCA, *Diritto civile: l'obbligazione*, IV, Milano, Giuffrè, Milano, p. 90.

Essa si è avviata a costituire un canone immanente di interpretazione delle vicende complessive dell'obbligazione, con utilità concreta per l'interprete e con rafforzamento progressivo della certezza dei rapporti obbligatori, intesi come veicoli di spostamento di ricchezza¹¹.

Come si avrà modo di osservare, la diligenza si è avviata a tradursi da "misura" della correttezza dell'adempimento a "misura" di tutte le vicende dell'obbligazione.

3. La diligenza del creditore-finanziatore: quella professionale

Alla diligenza professionale, il Codice civile dedica una specifica disposizione di carattere generale, contenuta nel comma 2 dell'art. 1176, secondo cui «*nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata*».

La misura della diligenza, come pretesa dalla legge, comincia ad accrescersi.

Come si è già avuto modo di chiarire in sede di individuazione delle funzioni assolte dal criterio di cui si discorre¹², la diligenza costituisce il principale parametro di riferimento per la determinazione del contenuto della prestazione, e più specificamente in ordine alla individuazione dei modi e dei mezzi attraverso cui la prestazione deve essere eseguita dal debitore, rappresentando la misura dell'esattezza dell'adempimento.

Occorre rilevare sin da subito, tuttavia, che il riferimento al carattere della professionalità non muta affatto la natura, il significato e, soprattutto, la funzione della diligenza¹³.

Anche la diligenza professionale, dunque, è da intendersi in senso oggettivo ed il suo contenuto concreto deve essere ricostruito avendo riguardo alla figura di riferimento, rappresentata *dall'homo eiusdem professionis ac condicionis*.

Ed è proprio il richiamo al detto parametro che designa la differenza sostanziale tra diligenza comune e diligenza professionale¹⁴, dovendosi ritenere che, per quest'ultima tipologia, il termine di raffronto non è rappresentato (soltanto) dall'individuo dotato di comune buon senso.

Qui, infatti, occorre avere riguardo alla figura (*ipotetica, mediante un processo di astrazione concettuale*) del professionista appartenente alla medesima categoria della quale fa parte il debitore, dotato di un adeguato bagaglio di nozioni tecniche e di quelle esperienze pratiche, capacità e abilità di cui normalmente è portatore uno specialista di quel tipo.

Nell'esercizio della propria attività, quindi, il professionista non deve limitarsi ad una diligenza ordinaria (ovvero a quella del buon padre di famiglia), ma deve

¹¹ Nel senso che ogni rapporto obbligatorio (ed il contratto in particolare) altro non sia che un «*inviluppo giuridico degli spostamenti di ricchezza*» si veda: V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011.

¹² Si rinvia al §2.

¹³ Cfr. C. M. BIANCA, in *Diritto civile: l'obbligazione*, IV, Milano, 1990, Giuffrè, Milano, p. 91

¹⁴ Afferma invero la Cass. Civ., Sez. III, 11 marzo 2002, n. 3492, che «il professionista è tenuto ad una diligenza che non è solo quella del buon padre di famiglia ex art. 1176, primo comma, cod. civ., ma è quella specifica del debitore qualificato, come prescritto dall'art. 1176, secondo comma, cod. civ.».

uniformarsi a quella del buon professionista¹⁵ ovvero alla diligenza adeguata in ragione del tipo di attività e alle relative modalità di esecuzione¹⁶.

Alla “diligenza del buon padre di famiglia” deve, quindi, aggiungersi un *quid pluris*, altro se non un requisito di adeguatezza supplementare deducibile dalla specificità tecnica della prestazione professionale da fornirsi.

E la specificità tecnica della prestazione professionale trova espressione nella cosiddetta “diligenza qualificata”.

Essa si identifica in un modello di condotta capace di garantire l’adeguato sforzo tecnico, con impiego delle energie e dei mezzi normalmente ed obiettivamente necessari od utili, in relazione alla natura dell’attività esercitata, volto all’adempimento della prestazione dovuta con l’intento di evitare o prevenire possibili eventi dannosi.

Ancora una volta, il parametro è costituito dalla diligenza media, come confermato dalla giurisprudenza¹⁷.

Il canone della diligenza professionale, infatti, non coinvolge valutazioni inerenti le specifiche capacità personali e soggettive del singolo professionista, ma mantiene, conviene ribadirlo, la sua tipica connotazione di parametro oggettivo.

Esaminando più nel dettaglio la nozione di diligenza professionale, appare subito evidente che il riferimento alle conoscenze, alla preparazione, all’esperienza pratica, alle capacità tecniche e alle abilità tipiche di ciascuna categoria, induca ad individuare nella *perizia* il concetto che, più di ogni altro, appare idoneo a determinare il contenuto della diligenza intesa nel senso appena precisato¹⁸.

Il professionista, per soddisfare l’interesse del creditore, deve, infatti, adoperarsi impiegando la perizia¹⁹ ed i mezzi adeguati allo *standard* professionale della sua categoria.

La perizia, così concepita, concorre ad integrare il contenuto del canone della diligenza professionale assieme agli altri tradizionali caratteri, legati alla cura, all’attenzione ed allo scrupolo che ogni debitore - sia esso uomo comune ovvero

¹⁵ C. M. BIANCA, in *Diritto civile: l’obbligazione*, IV, Milano, 1990, Giuffrè, Milano, p. 96 secondo il quale «il debitore è tenuto ad una normale perizia, commisurata al modello del buon professionista, cioè ad una misura obiettiva che prescinde dalle concrete capacità del soggetto».

¹⁶ Cfr., ad es., Cass. Civ., 20 febbraio 1987, n.1840, in *Vita not.*, 1987, 388: il notaio è tenuto ad espletare l’incarico che le parti gli affidano con la diligenza media di un professionista sufficientemente preparato ed avveduto; rientra, pertanto, fra i suoi obblighi, se egli sia richiesto della stipulazione di un contratto di trasferimento immobiliare, il compimento delle attività preparatorie e successive necessarie per il conseguimento del risultato voluto dalle parti e in particolare delle cosiddette visure catastali ed ipotecarie, allo scopo di individuare esattamente il bene e verificarne la libertà.

¹⁷ Cass. Civ., Sez. II, 8 agosto 2000, n. 10431: «la diligenza che il professionista deve impiegare nello svolgimento della sua attività è quella media, cioè la diligenza posta nell’esercizio della propria attività dal professionista di preparazione professionale e di attenzioni medie...».

¹⁸ Così R. PLENTEDA, *La responsabilità dell’avvocato. Rischi risarcitori e strumenti di tutela*, Halley Ed., 2008, p. 43

¹⁹ Sui contenuti ontologici della perizia: C. M. BIANCA, in *Diritto civile: l’obbligazione*, IV, Milano, 1990, Giuffrè, Milano, p. 95. L’Autore afferma che: «uno degli aspetti della diligenza è costituito dall’impiego di adeguate nozioni e strumenti tecnici. L’impiego delle adeguate nozioni tecniche è la perizia in senso oggettivo. la perizia in senso oggettivo si distingue rispetto alla perizia in senso soggettivo, quale abilità e preparazione tecnica. Perizia e diligenza non sono nozioni diverse. La prima è infatti un momento della seconda. L’adeguamento della diligenza alla natura dell’attività esercitata implica infatti essenzialmente l’applicazione delle appropriate cognizioni tecniche».

un professionista - deve garantire in sede di adempimento di qualsiasi obbligazione²⁰.

La perizia tecnica, pur assumendo un ruolo fondamentale, non sostituisce comunque la diligenza intesa nella sua primaria accezione, ma ne integra il contenuto, fornendo all'interprete un parametro unitario di valutazione del comportamento del debitore²¹.

In altri termini il canone di valutazione della condotta assunta dal debitore "qualificato" può essere individuato nel binomio "diligenza-perizia".

Sulla scorta di tale criterio la prestazione a carico del professionista deve considerarsi inadempita quando sia contrastante con il canone in parola.

Viceversa, deve ritenersi esattamente eseguita e l'obbligazione correttamente adempita, quando lo stesso abbia assunto un contegno scrupolosamente e attentamente informato al canone della perizia. Nonostante il mancato raggiungimento del risultato finale.

Così è fermo restando il principio per cui il professionista non è obbligato al conseguimento del risultato, è comunque da ritenersi vero che egli è tenuto, nell'adempimento delle obbligazioni assunte, ad osservare tutte le regole tecniche che mirano al conseguimento dello stesso.

Va da sé che il mancato o inesatto risultato non potrà determinare – autonomamente – la responsabilità contrattuale del professionista ben potendo, però, rilevare quale indicatore di una possibile condotta negligente, imperita o imprudente del medesimo.

Diviene dirimente, alla luce di siffatta osservazione ricostruttiva, la ragione tecnica del mancato od inesatto risultato, con la conseguenza che l'indagine sulla ragione tecnica del mancato od inesatto raggiungimento del risultato assume la funzione deterministica dell'"*an*" e del "*quantum*" della responsabilità.

Nello scenario delineato si inserisce la disposizione – eccezionale – di cui all'art. 2236 c.c.: laddove la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il professionista non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave²².

Orbene, in tema di responsabilità del professionista, la legge pone quale regola generale quella della diligenza qualificata prevista dall'art. 1176, comma 2 c.c. (definita come diligenza del buon professionista o del professionista medio) commisurata alla natura dell'attività prestata, prevedendo una norma che potremmo definire di "salvaguardia", invocabile quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà.

²⁰ Così R. PLENTEDA, *La responsabilità dell'avvocato. Rischi risarcitori e strumenti di tutela*, cit., p. 43.

²¹ In questo senso si è espressa anche la Cass. Civ., Sez. III, 8 marzo 1979, n. 1441, in *Giur. It.*, 1979, I, 1, 1494, secondo la quale: «il professionista deve impiegare la diligenza del regolato e accorto professionista, ossia del professionista esercente la sua attività con scrupolosa attenzione e adeguata preparazione professionale».

²² L'art. 2236 c.c., disciplinando fattispecie aventi ad oggetto prestazioni professionali di "speciale difficoltà", stabilisce che «il prestatore d'opera non risponde se non in caso di dolo o colpa grave» (con conseguente esclusione della responsabilità nell'ipotesi in cui nella condotta professionale si rinvenivano soltanto i presupposti della colpa lieve: in tal senso, Cass. 11/04/1995 n. 4152 e Cass. 18/10/1994 n. 8470).

Per tali ipotesi la richiamata norma dell'art 2236 c.c. limita la responsabilità del professionista alle evenienze del dolo o della colpa grave²³.

4. La Direttiva 2014/17/EU e il d.lgs. N. 72 del 2016.

La novità legislativa che ha dato nuova linfa alla regola generale della diligenza all'interno del rapporto obbligatorio, e che ha fatto sì che la stessa rilevi fin dal momento genetico dello stesso, è rappresentata dalle modifiche che hanno interessato la disciplina del credito al consumo.

Quest'ultima novità si caratterizza non solo per aver ampliato l'ambito applicativo della stessa, facendo sì che la diligenza innervi tutto lo spettro del rapporto obbligatorio, dalla sua nascita fino alla sua estinzione, ma anche per averne esteso l'ambito di applicazione soggettivo.

Infatti a venire in rilievo è la diligenza che deve essere tenuta anche dal soggetto attivo dell'obbligazione, ovvero il creditore.

Il riferimento è alla normativa come delineata nella direttiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 febbraio 2014 (nota anche come "*Mortgage Credit Directive*" o "MCD"), che ha modificato la precedente normativa di cui alla direttiva 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n.1093/2010, la quale è stata attuata nell'ordinamento italiano per il tramite del Decreto legislativo 21 aprile 2016, n. 72 (cd. Decreto "Mutui"), recante la disciplina sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali.

Anche qui, prima di procedere alla spiegazione delle ragioni di tali affermazioni, appare opportuno, per soddisfare esigenze di completezza, dare atto, sia pur brevemente, del percorso che ha portato all'emanazione della direttiva relativa al credito immobiliare ai consumatori e del suo ambito di applicazione oggettivo e soggettivo.

La Direttiva 2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, approvata il 4 Febbraio 2014²⁴, in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali rappresenta il più recente punto di arrivo di un procedimento ancora *in itinere* intrapreso dall'Unione europea al fine, da un lato, di promuovere la stabilità finanziaria, garantendo che «i mercati del credito ipotecario operino in

²³ È pacifico che la limitazione della responsabilità alla "colpa grave" riguardi soltanto la "perizia" richiesta al professionista per la "soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà" (art. 2236 c.c.), ma non si estende alla "diligenza" o prudenza, della cui inosservanza egli risponde, come ogni altro debitore, anche per colpa lieve (ex art. 1176, comma 2, c.c.). Si osservi, a titolo esemplificativo, il caso di un intervento chirurgico pur di speciale difficoltà, il cui esito si riveli infausto perché il chirurgo l'ha eseguito violando le regole di ordinaria diligenza. Cfr. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA E BRANCA, Bologna – Roma, 1993, 136 ss., con riferimenti conformi di dottrina e giurisprudenza, cui *adde*: Cass. Civ., 8 luglio 1994 n. 6464, in *Giust. civ.*, 1995, I, 767 con nota di GORGONE; Cass. 18 novembre 1997 n. 11440, in *Riv. Giur. Circ. e trasp.*, 1998, 67; Cass. 7 ottobre 1998 n. 9911, in *Foro. It.*, 1998, I, 3520; Cass. 19 maggio 1999 n. 4852, *ivi*, 1999, I, 2874 e in *Danno e Resp.*, 1999, 1104 con nota di COMANDÈ; Cass. 16 febbraio 2001 n.2335, in *Resp. Civ. Prev.*, 2001, 580, con nota di GUERINONE.

²⁴ Direttiva 2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 febbraio 2014 in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010, pubblicata nella G.U. n. L 60/34 del 28 Febbraio 2014

maniera responsabile»²⁵, e dall'altro di creare un mercato unico, efficiente²⁶ e competitivo nel quale i consumatori, i creditori e gli intermediari del credito²⁷ possano godere di un elevato livello di protezione.

Proprio per questa ragione la Direttiva di cui si discorre è stata definita da un punto di vista funzionale come un “Giano bifronte”.

Invero la direttiva in esame rappresenta un provvedimento attraverso il quale il legislatore europeo, animato sia da istanze di protezione nei confronti del consumatore e sia dalla necessità di assicurare la stabilità del mercato, incide sull'autonomia negoziale delle parti attraverso l'imposizione alla parte “forte del rapporto”, ovvero al professionista-finanziatore, di penetranti obblighi tra i quali quelli informativi, quelli di consulenza, quelli di «buona esecuzione dei contratti», ma soprattutto quello di valutazione del merito creditizio del consumatore.

L'ultimo *step* del percorso evolutivo che ha dato vita alla disciplina in esame è rappresentato dal recepimento da parte del legislatore italiano della disciplina sovranazionale.

Il legislatore italiano, invero, ha avviato il procedimento di attuazione della Direttiva 2014/17/UE con la Legge di delegazione europea n. 114 del 9 luglio 2015²⁸. L'iter di recepimento si è concluso con l'approvazione del d.lgs. del 21 aprile 2016, n. 72²⁹ che ha novellato il Testo unico delle leggi in materia bancaria

²⁵ Si v. il punto n. 1 della Relazione alla proposta e, per un'analisi ulteriore, il Documento di accompagnamento della Proposta di direttiva in merito ai contratti di credito relativi ad immobili residenziali, SEC (2011) 355, pubblicato il 31 marzo 2011, reperibile all'indirizzo [http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2011/0355/COM_SEC\(2011\)0355_IT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2011/0355/COM_SEC(2011)0355_IT.pdf)

²⁶ Nella Relazione alla proposta (punto n.1) la Commissione rileva che già il Libro bianco sull'integrazione dei mercati UE del credito ipotecario aveva individuato – ai punti n. 3.3, 3.4 e 4.1 – elementi direttamente pertinenti alla concessione responsabile dei mutui che ostacolavano il buon funzionamento del mercato unico. Si trattava, in particolare, dell'informativa precontrattuale, della consulenza, della valutazione del merito creditizio, del rimborso anticipato e dell'intermediazione creditizia.

²⁷ Tutte categorie di operatori protagoniste delle operazioni di credito ipotecario la cui tutela non era ritenuta adeguata dal quadro normativo vigente a livello europeo. Da una parte, infatti, la direttiva 2006/114/CE sulla pubblicità ingannevole e comparativa, la direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e la direttiva 93/13/CEE in merito alle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori non tengono conto delle specificità proprie del credito ipotecario; dall'altra, l'applicazione del *Voluntary Code of Conduct on Pre-Contractual Information for Home Loans* adottato il 5 marzo 2001, attesa la sua natura opzionale, si è dimostrata – come lamenta la Commissione nel n. 4 del Libro bianco – incoerente ed insufficiente. Ancora, l'ordinamento dell'Unione europea risultava lacunoso relativamente alla disciplina dei requisiti di autorizzazione, registrazione e vigilanza cui sottoporre gli enti non creditizi e gli intermediari del credito. La direttiva 2006/48/CE disciplinava infatti solamente le condizioni per l'accesso all'attività da parte degli enti creditizi.

²⁸ Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2014, pubblicata nella G.U. n. 176 del 31 luglio 2015.

²⁹ Attuazione della direttiva 2014/17/UE, in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali nonché modifiche e integrazioni del titolo VI-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sulla disciplina degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi e del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141, pubblicato nella G.U. n. 117 del 20 maggio 2016. Per espressa previsione dell'art. 3, c. 1° del D.Lgs. n. 72 del 2016 le nuove disposizioni sul credito immobiliare ai consumatori, con alcune eccezioni, sono entrate in vigore il primo luglio 2016 con riferimento ai contratti sottoscritti successivamente a tale data. Le eccezioni sono rappresentate

e creditizia (d.lgs. n. 385 del 1° settembre 1993) introducendo, nel Titolo VI dedicato alla «trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti», il capo I bis intitolato «credito immobiliare ai consumatori».

L'ambito di applicazione della disciplina sul credito immobiliare è rappresentato dal «contratto di credito» la cui definizione è contenuta nell'art. 120 *quinquies*, comma 1°, lett. c), del T.U.B. che la riferisce al contratto concluso tra un soggetto professionista (il «finanziatore»³⁰) ed un consumatore³¹, con cui il primo concede o si impegna a concedere al secondo un credito sotto forma di «dilazione di pagamento, prestito o altra facilitazione finanziaria». Perché gli si applichino le norme sul «credito immobiliare ai consumatori» – che in virtù dell'art. 120 *sexies* T.U.B. disciplinano tutti i «contratti di credito comunque denominati», salve le eccezioni ivi previste – è inoltre necessario che il credito concesso, o eventualmente quello che il finanziatore si è impegnato a concedere, sia garantito da un'ipoteca sul diritto di proprietà o su un altro diritto reale avente ad oggetto beni immobili residenziali o, alternativamente, che sia finalizzato all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un bene immobile edificato o, anche solamente, progettato.

Con riguardo alle fattispecie ricomprese nell'ambito oggettivo di applicazione, si tratta, a ben vedere, di due ipotesi affatto distinte³²: nel primo caso rileva l'oggetto, vale a dire la concessione di una garanzia avente per oggetto un immobile residenziale; nel secondo caso rileva lo scopo, senza che venga necessariamente in considerazione la presenza di una garanzia sull'immobile.

Così descritto l'iter e l'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo della disciplina di cui si discorre appare utile, al fine di cogliere la nozione accolta in tale ambito del criterio di diligenza, procedere ad analizzare gli obblighi di comportamento gravanti sul professionista.

dagli articoli 120 *octies*, 120 *novies*, 120 *decies*, c. 3 e 120 *duodecies* che, necessitando dell'approvazione di disposizioni di attuazione da parte del Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio su proposta della Banca d'Italia (o, nel caso dell'art. 120 *duodecies*, da parte della Banca d'Italia), sono entrate in vigore il primo novembre 2016. Le disposizioni di attuazione dell'art. 120 *octies* e 120 *novies* t.u.b. sono state approvate dal Presidente del CICR con D.M. del 29 settembre 2016 n. 380, reperibile all'indirizzo materia bancaria e creditizia (D.Lgs. n. 385 del 1° settembre 1993) introducendo, nel titolo VI dedicato alla «trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti», il capo I bis intitolato «credito immobiliare ai consumatori» http://www.mef.gov.it/ministero/comitati/CICR/documenti/DM_380_del_29.9.2016.pdf.

Quelle degli artt. 120 *decies*, c. 3 e 120 *duodecies* sono state emanate dalla Banca d'Italia con il provvedimento «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari - correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti» adottato 29 settembre 2016 e reperibile all'indirizzo http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivionorme/disposizioni/trasparenza_operazioni/Disposizioni_pro_trasparenza.pdf.

³⁰ Viene definito dall'art. 120 *quinquies*, c. 1°, lett. e) come il «soggetto che, essendo abilitato a erogare finanziamenti a titolo professionale nel territorio della Repubblica, offre o stipula contratti di credito». Si tratta dunque, come si è già rilevato, della banca o di un intermediario finanziario tenuto all'iscrizione presso l'apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia ex art. 106 T.U.B..

³¹ Il consumatore viene definito come la «persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta». Il legislatore italiano ha utilizzato dunque la medesima definizione di consumatore contenuta nell'art. 3 del «codice del consumo»

³² In termini G. FALCONE, «*Prestito responsabile e valutazione del merito creditizio*», in *Giurisprudenza Comm.*, 1, 2017

Sul punto dispone l'art. 120 *septies*, rubricato «*principi generali*», che finanziatore e intermediario del credito, nell'ambito di tutte le attività concernenti il credito immobiliare, debbano comportarsi con «*diligenza, correttezza e trasparenza, tenendo conto dei diritti e degli interessi dei consumatori*» e che debbano basare la propria attività sulle «*informazioni rilevanti riguardanti la situazione del consumatore, su ogni bisogno particolare che questi ha comunicato (e) su ipotesi ragionevoli con riguardo ai rischi cui è esposta la situazione del consumatore per la durata del contratto di credito*».

Il richiamo al canone della diligenza e a quello della correttezza da parte del legislatore nazionale richiede lo svolgimento di alcune considerazioni.

Appare opportuno infatti domandarsi se con il richiamo ai precetti di cui agli articoli 1175 e 1176 c.c. il legislatore abbia inteso riferirsi a quelle regole – nel modo in cui tradizionalmente vengono intese nel sistema codicistico – con riferimento specifico alla disciplina del credito immobiliare o se, invece, alla luce della matrice europea di tali obblighi e del particolare settore di intervento, essi si colorino anche di significati ulteriori e diversi rispetto a quelli di diritto comune³³. A tale quesito non può che corrispondere la seconda formulazione d'ipotesi. Invero posta la sopra evidenziata duplice funzione tradizionale riconosciuta alla regola della diligenza non può sottacersi come, nel settore di cui si discorre, il significato da ascriverle non possa esaurirsi in ciò.

Indice del fatto che il senso da attribuire alle regole della diligenza e della correttezza all'interno della nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori sia più ampio è dato scorgerlo dalla circostanza che l'art. 120 *septies* del T.U.B dispone l'osservanza di tali regole di comportamento nello svolgimento di tutte le attività disciplinate dal capo I bis: non solo quindi in quelle in cui vi è una relazione tra consumatore e professionista ma anche in quelle in cui quest'ultimo provvede alla redazione del materiale pubblicitario dei servizi offerti (art. 120 *octies* T.U.B.), remunera il proprio personale o si occupa di assicurarne il rispetto dei requisiti di professionalità (art. 120 *septiesdecies* T.U.B.).

Nello scenario così delineato, quindi, la diligenza, così come i parametri di correttezza e trasparenza, finiscono per costituire il *modus* attraverso il quale il finanziatore e l'intermediario del credito devono agire sul mercato del credito immobiliare e non solo i precetti cui devono adeguarsi durante lo svolgimento del singolo rapporto negoziale.

5. L'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore

Il superamento della lettura tradizionale dell'ambito di operatività del principio generale di diligenza all'interno della disciplina sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali sembra potersi scorgere, oltre che dalla previsione degli obblighi gravanti sul soggetto creditore/finanziatore cui si è appena fatto cenno, anche, e soprattutto, dalla previsione di un ulteriore obbligo gravante sullo stesso, rappresentato dalla valutazione del merito creditizio del consumatore. Prima di dare atto delle ragioni di tale affermazione alcune premesse di ordine sistematico si rendono tuttavia opportune.

³³ In questo stesso senso, M.C. VENUTI, *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, cit., 1049 ss.

Fondamentale, infatti, è comprendere in via preliminare in cosa si sostanzia l'obbligo di cui si discorre.

Con l'espressione "valutazione del merito creditizio del consumatore" si suole far riferimento all'accertamento dell'affidabilità economico-finanziaria, della solidità patrimoniale e della solvibilità dell'aspirante al credito rispetto all'erogazione dello stesso in suo favore.

La collocazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore nell'art. 1 della Direttiva 2014/17/UE³⁴ assume un valore significativo in quanto sintomatica dell'importanza che tale valutazione riveste per il legislatore europeo nella disciplina del credito immobiliare.

Scopo metagiuridico perseguito dal legislatore europeo è stato quello di contrastare gli effetti della crisi finanziaria che si è manifestata a partire dallo scorso decennio su gran parte dei mercati europei ed extraeuropei e le cui cause vengono rinvenute nella scarsa cultura finanziaria dei consumatori e nel comportamento irresponsabile dei mutuanti oltre che dei mutuatari. Fattori che, in concorso, si ritiene abbiano comportato l'esposizione di un gran numero di consumatori a condizioni di sovraindebitamento e a una perdita di fiducia sulla stabilità del mercato creditizio e sulla sua efficienza.

In questo scenario, pertanto, in ossequio al dovere di diligenza, e in una fase antecedente l'esecuzione del rapporto obbligatorio, è stato previsto un ulteriore obbligo gravante in capo al creditore rispetto a quelli tradizionalmente posti a suo carico, rappresentato dal succitato obbligo di valutazione circa il merito creditizio del consumatore.

L'art. 120 *undecies* del D. Lgs. 21 aprile 2016, n. 72 (decreto con cui è stato trasposto il contenuto della Direttiva all'interno dell'ordinamento giuridico italiano), recante in rubrica: "*Verifica del merito creditizio*", dispone per l'appunto che – prima della conclusione del contratto di credito – il soggetto finanziatore è tenuto a svolgere una valutazione approfondita dello stesso.

In tale fase, pertanto, e in un contesto entro il quale si inseriscono obblighi informativi a carattere bilaterale, differentemente da quanto accade nella disciplina consumeristica di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206 (cd. Codice del Consumo) in cui gli obblighi informativi gravano essenzialmente sulla parte "forte" del rapporto, il creditore è tenuto alla verifica del merito creditizio, ovvero, come detto, all'accertamento dell'affidabilità economico-finanziaria, della solidità patrimoniale e della solvibilità dell'aspirante al credito rispetto all'erogazione dello stesso in suo favore.

Tale accertamento costituisce attività centrale dell'intera operazione negoziale che pone in luce l'importanza del rispetto del dovere di diligenza all'interno, e più specificamente, sin dalla fase costitutiva del rapporto obbligatorio.

³⁴ Art.1 Direttiva 2014/17/UE, "Oggetto": La presente direttiva definisce un quadro comune per alcuni aspetti delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti contratti concernenti i crediti ai consumatori garantiti da un'ipoteca o altrimenti relativi a beni immobili residenziali, compreso l'obbligo di effettuare una valutazione del merito creditizio prima di concedere un credito, come base per lo sviluppo di standard efficaci per la stipula in relazione a beni immobili residenziali negli Stati membri, e per alcuni requisiti prudenziali e di vigilanza, anche per quanto riguarda lo stabilimento e la vigilanza di intermediari del credito, rappresentanti designati e enti non creditizi.

Su questo versante, la direttiva e la disciplina nazionale di recepimento della stessa, disegnano lo statuto comportamentale del professionista vincolando il suo agire al rispetto dei precetti dell'onestà, dell'equità, della trasparenza e della professionalità, imponendogli di tenere conto dei diritti e degli interessi del consumatore³⁵.

Il creditore, pertanto, accanto agli obblighi di condotta tradizionalmente posti a suo carico, quali quelli di rendere disponibili informazioni generali che permettano al consumatore di decidere quale contratto di credito concludere sulla base di tutta la gamma di prodotti offerti, quelli di fornire informazioni personalizzate (sia sui caratteri essenziali del contratto di credito, sia sui diritti attribuiti al consumatore) tramite il prospetto informativo europeo standardizzato prima che il consumatore sia vincolato da un'offerta contrattuale, quelli di spiegare in modo adeguato le caratteristiche del contratto di credito proposto e gli effetti che possono derivarne per lo stesso sulla base della sua situazione economico-finanziaria, ne ha un ulteriore che rileva, principalmente, nella fase precontrattuale: quello di valutazione del merito creditizio del consumatore.

Tale obbligo va letto alla luce delle finalità essenziali della direttiva: garantire la protezione del consumatore attraverso una politica di *responsible lending*³⁶, evitare che lo stesso incorra in situazioni di sovraindebitamento³⁷ assicurando la «sostenibilità nell'erogazione»³⁸ e tutelare, indirettamente, la stabilità del mercato del credito immobiliare³⁹.

La pregnanza che la valutazione del merito creditizio ha assunto nella disciplina del credito immobiliare è stata rimarcata nei primi commenti alla direttiva, i quali hanno sottolineato come essa costituisca «un punto di snodo cruciale della trama normativa della direttiva 2014/17/UE e uno dei fondamenti della regolazione del mercato “al tempo della crisi”».⁴⁰

³⁵ Si veda l'art. 7 della Direttiva 2014/17/UE.

³⁶ Per un'analisi dell'approccio seguito dal legislatore europeo nella dicotomia *responsible lending* – *responsible borrowing*, si veda E. PELLECCIA, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, pp. 206-208. Si veda altresì, G. FALCONE, “*Prestito responsabile*” e valutazione del merito creditizio, in *Giurisprudenza Comm.*, 1, 2017, 147 ss.

³⁷ Per i riferimenti al legame tra la situazione di sovraindebitamento e la verifica del merito creditizio si veda G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 1, 2013, 38 ss.; L. MODICA, *Tutela del sovraindebitamento incolpevole (L. 3/2012) o sanzione per omessa verifica del merito creditizio (art. 124 TUB)? Il “piano del consumatore” in funzione punitiva*, in *Diritto Civile Contem. (sito web)*, 2, 2014, 1 ss.; E. PELLECCIA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla “contrattazione con l'insolvente”?*, in *Nuove leggi Civ. Comm.*, 5, 2014, 1088 ss.; R. MONTINARO, *Il sovraindebitamento del consumatore: diligenza nell'accesso al credito ed obblighi del finanziatore*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 6, 2015, 781 ss.; Si veda anche l'ordinanza ABF, Collegio di Roma, n. 153 del 2013 e la decisione ABF, Collegio di Milano, n. 2464 del 2013 reperibili su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/ricerca-full-text/index.html>.

³⁸ Così il considerando n. 6 della Direttiva.

³⁹ L'idoneità di una cattiva valutazione del merito creditizio del consumatore a produrre effetti negativi sul mercato del credito è confermata dal considerando n. 57 che, riferendosi alla possibilità che il creditore faccia riferimento in quella sede alla sua «capacità (...) di trasferire parte dei rischi a terzi», richiama implicitamente i noti azzardi legati al fenomeno della “cartolarizzazione dei crediti” nel mercato immobiliare e le sue degenerazioni.

⁴⁰ Così E. PELLECCIA, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2, 2016, p. 214.

Di certo la previsione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore in quanto disposizione rivolta alle banche e agli altri intermediari finanziari autorizzati ai quali è riservato l'esercizio del credito, rientra nell'ambito di quelle regole che, attraverso il contenimento del rischio (di credito), sono volte a tutelare la solidità patrimoniale di tali soggetti, evitando che essi si trovino in una situazione di eccessiva esposizione creditoria, che può avere riflessi sull'intero sistema bancario e finanziario.

Del resto, tale finalità di natura pubblicistica è in linea con quelli che sono gli obiettivi della direttiva 2014/17/UE, tra i quali lo sviluppo e la stabilità del mercato del credito.

Venendo al contenuto della disciplina, l'art. 18 della Direttiva 2014/17/UE stabilisce innanzitutto che la valutazione del merito creditizio – che nel contesto del credito immobiliare ai consumatori deve essere «approfondita» (art. 18, par. 1) – può definirsi come «verifica delle prospettive di adempimento da parte del consumatore degli obblighi stabiliti dal contratto di credito».

Ai sensi dell'art. 20, par. 1, che ne indica i parametri valutativi⁴¹, essa deve essere effettuata sulla base delle informazioni sul reddito del consumatore, sulle sue spese e su altre informazioni sulla sua situazione economica e finanziaria «necessarie, sufficienti e proporzionate»⁴².

Tale affermazione assume particolare importanza nell'ambito del credito immobiliare ed ipotecario, se è vero, come è stato osservato⁴³, che una valutazione del merito creditizio ancorata alla mera valutazione dell'immobile e non alla capacità di rimborso del debitore è da considerare tra le cause del c.d. “*predatory lending*”: per restare in ambito domestico, basterà pensare a quanto, storicamente, sia stata negletta la valutazione del merito creditizio del richiedente in quanto sostanzialmente considerata assorbita dalla stima del bene immobile costituito a garanzia.

Pertanto tenendo conto della pratica diffusa tra gli operatori del credito di considerare, in sede di valutazione della solvibilità del mutuatario, il valore del bene immobile, specie nel caso in cui il contratto di credito sia assistito da ipoteca – assorbendo di fatto la valutazione del merito creditizio nella probabilità di soddisfare le ragioni creditorie mediante l'escussione della garanzia⁴⁴ – l'art. 18

⁴¹ La determinazione dei parametri sui quali assestare la valutazione sulla meritevolezza creditizia del consumatore individuata dal legislatore europeo risente in modo evidente dell'elaborazione compiuta dal *Financial Stability Board* con l'approvazione del documento *Principles for Sound Residential Mortgage Underwriting Practices* dell'aprile 2012, disponibile all'indirizzo http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_120418.pdf?page_moved=1.

⁴² Nel considerando n. 55 il legislatore europeo indica che la capacità e la propensione del consumatore a rimborsare il credito dovrebbe essere valutata tenendo in considerazione anche le spese periodiche del consumatore, gli altri eventuali debiti e i risparmi. Dovrebbero essere considerati, inoltre, gli eventi futuri che possano ragionevolmente verificarsi durante lo svolgimento del rapporto contrattuale. Si tratta, in particolare, della riduzione del reddito «quando la durata del credito non cessa con il pensionamento», delle eventuali oscillazioni negative del tasso di cambio e dell'aumento del tasso debitore.

⁴³ G. FALCONE, “*Prestito responsabile*” e valutazione del merito creditizio, in *Giurisprudenza Comm.*, 1, 2017

⁴⁴ Parte della dottrina vi ha rilevato una delle cause del c.d. *predatory lending*. In questo senso, si cfr. A. LUPOI, *Le direttive non vanno prese alla lettera (breve nota alla direttiva 2014/17/UE)*, in *Rivista di Dir. Ban.*, 3, 2016, 1 ss..

par. 3 stabilisce che la valutazione del merito creditizio non debba basarsi «prevalentemente» sull'eventuale maggior importo del valore del bene immobile residenziale rispetto all'importo del credito⁴⁵.

Il par. 4 dell'art. 20 precisa che gli Stati membri dovrebbero porre in essere misure volte ad assicurare che i consumatori, in sede di valutazione del merito creditizio, siano consapevoli della necessità di fornire informazioni sufficientemente complete, e onera il finanziatore o l'intermediario di comunicare al consumatore che, nel caso in cui il suo merito creditizio non possa essere valutato a causa del rifiuto di fornire informazioni sulla propria situazione finanziaria o gli elementi di supporto utili alla verifica delle informazioni veicolate, il credito non potrà essere concesso.

Quanto alla provenienza delle informazioni, il “creditore” può reperirle da «fonti interne» (il consumatore stesso⁴⁶) o da fonti esterne (le banche dati di cui al capo settimo della direttiva) e, al fine di non disperdere i dati raccolti durante il procedimento che possibilmente condurrà alla concessione del credito, esse ricomprendono anche quelle eventualmente fornite all'intermediario del credito. L'art. 20 precisa inoltre che le informazioni ricevute dal consumatore devono essere «opportunamente verificate» attingendo anche a «documentazione indipendente verificabile».

Le informazioni su cui si basa la valutazione del merito creditizio, così come il procedimento in cui si snoda, devono inoltre essere documentate e tenute aggiornate.

L'aggiornamento delle informazioni utili alla verifica del merito creditizio si apprezza anche alla luce del paragrafo 6 dell'art. 18 che prevede che, qualora si intenda procedere ad un aumento significativo dell'importo mutuato, il “creditore” compia una nuova valutazione del merito creditizio del consumatore «sulla base di informazioni aggiornate» (a meno che la possibilità di concedere un credito dall'importo più elevato non sia stata oggetto della valutazione del merito creditizio già compiuta).

Quanto invece all'apparato sanzionatorio predisposto in caso di omessa o scorretta valutazione del merito creditizio occorre rilevare che la Direttiva 2014/17/UE ha compiuto un passo avanti rispetto alla disciplina prevista dalla Direttiva

⁴⁵ Il considerando n. 55 limita la rilevanza del valore del bene immobile alla valutazione dell'importo del credito da concedere nel quadro di un contratto di credito garantito e precisa che la valutazione del merito creditizio dovrebbe invece basarsi sulla capacità del consumatore di far fronte ai propri obblighi nei termini del contratto. In tale contesto, gli operatori creditizi non dovrebbero quindi ritenere sufficiente, ai fini della valutazione della solvibilità del consumatore, la possibilità che il valore del bene immobile possa in futuro aumentare o anche superare l'importo del credito. Sulla stessa scia, il considerando n. 57 che afferma che l'eventuale possibilità di ricorrere alla cartolarizzazione del debito non dovrebbe indurre il mutuante ad ignorare gli esiti di un'eventuale valutazione negativa del merito creditizio, rendendo disponibile ad un consumatore un contratto di credito che probabilmente non sarà in grado di rimborsare.

⁴⁶ Al fine di consentire al consumatore di rendersi conto delle informazioni minime necessarie da trasmettere al finanziatore per raggiungere una valutazione del merito creditizio basata su informazioni adeguate, parte della dottrina ha ipotizzato – specularmente a quanto già avviene con riferimento al contratto di assicurazione ai sensi degli artt. 1892 e 1893 c.c. – l'utilità di utilizzare nella prassi negoziale un questionario che il finanziatore dovrebbe trasmettere al consumatore. Si cfr. M.M. FRANCISSETTI BROLIN, *Ancora sul c.d. «merito creditizio» nel credito al consumo. Chiose a margine di una recente decisione comunitaria*, in *Contratti e Impresa/Europa*, 1, 2015, pp. 369-370.

2008/48/CE ed uno indietro rispetto alla proposta di direttiva sui contratti di credito relativi a beni immobili residenziali.

Mentre la prima, infatti, nulla prevedeva sul punto, la seconda prevedeva che, qualora dalla valutazione fosse emerso che le prospettive di rimborsare il credito erano negative, il creditore avrebbe dovuto rifiutare il credito.

Il comma 5, lett. a) dell'art. 18 della Direttiva 2014/17/UE si limita invece ad instaurare una relazione tra l'obbligo di verifica del merito creditizio e la concessione del credito – senza giungere per questo ad assumere contorni paternalistici⁴⁷ – lasciando così un vuoto normativo che ha dato vita ad un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha visto diverse tesi contendersi il campo per l'individuazione della sanzione più “giusta”.

6. Il mancato rispetto dell'obbligo di valutazione del merito creditizio: conseguenze sanzionatorie

In assenza di un dato normativo chiarificatore, problemi sorgono con riguardo alle ipotesi in cui la condotta del finanziatore si ponga in contrasto con il dovere di diligenza per aver omesso o mal valutato il merito creditizio del consumatore.

In tale circostanza l'individuazione della sanzione più congrua appare necessaria, in quanto, il godimento dei diritti riconosciuti al consumatore potrebbe essere precluso dal comportamento dell'operatore professionale che, a fronte della previsione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio, il cui esatto adempimento garantisce la realizzazione concreta dei diritti attribuiti al consumatore, tenga una condotta che da quegli obblighi si discosti.

Regime rimediabile con riferimento al credito immobiliare ai consumatori che, da una parte, inciti gli operatori del credito a rispettare le regole di comportamento loro imposte e, dall'altra, assicuri ai titolari delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute la possibilità di pervenire ad una loro concreta realizzazione, seppure in via coattiva.

Come predetto, tuttavia, in assenza di una presa di posizione del legislatore sul punto, numerose sono le tesi che, nel corso del tempo, si sono contese il campo. Che sia così è dato dal fatto che la Direttiva sul credito immobiliare ai consumatori (al pari della Direttiva n. 48 del 2008) rifugge dal prendere espressa posizione in merito alle conseguenze del mancato rispetto dell'obbligo di preventiva valutazione del merito creditizio. E tanto specialmente con riferimento agli effetti sul contratto di credito che sia stato perfezionato pur in presenza di una assente o carente o negativa valutazione del merito creditizio⁴⁸.

La Direttiva in parola, invero, si limita a prevedere – all'art. 38 – che gli Stati membri stabiliscano le norme inerenti alle sanzioni applicabili alle violazioni delle disposizioni di diritto interno adottate sulla base della direttiva e che gli stessi attuino tutte le misure necessarie per garantirne l'applicazione. Inoltre che tali

⁴⁷ In questo senso si cfr. S. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2, 2014, 523 ss..

⁴⁸ In termini G. FALCONE, *“Prestito responsabile” e valutazione del merito creditizio*, in *Giurisprudenza Comm.*, 1, 2017, 147 ss..

sanzioni debbano essere connotate da peculiari caratteri⁴⁹. Sotto questo ultimo punto di vista, quindi, l'art. 38 pur non individuando le sanzioni da applicare alle violazioni delle regole di comportamento da parte degli operatori finanziari, con formula ormai consolidata nel diritto comunitario⁵⁰, precisa che gli strumenti sanzionatori prescelti discrezionalmente dagli Stati membri, qualunque essi siano, debbano essere dotati dei caratteri dell'efficacia, della proporzionalità e della dissuasività⁵¹.

L'unica sanzione indiretta espressamente prevista dall'art. 38, par. 2°, concerne l'opportunità che gli Stati membri prevedano che l'autorità nazionale competente divulghi nei confronti del pubblico dei consumatori qualsiasi sanzione amministrativa irrogata agli operatori creditizi per il mancato rispetto delle misure adottate a seguito del recepimento della direttiva, salvo il caso in cui tale divulgazione possa mettere gravemente a rischio i mercati finanziari, o arrecare un danno sproporzionato alle parti coinvolte.

Lo spirito di deterrenza insito in tale disposizione si coglie tenendo a mente le gravi ricadute che la pubblicizzazione di un operare scorretto da parte di alcuni operatori finanziari – perché posto in essere in spregio alle norme prudenziali, di vigilanza o a quelle che disciplinano il modo in cui deve essere condotta la relazione negoziale con il consumatore – può determinare sulla loro affidabilità nel mercato e si apprezza avendo riguardo ad uno dei principali obiettivi della legislazione europea sul credito immobiliare: la salvaguardia della fiducia dei consumatori.

Il tema dell'individuazione dell'apparato rimediabile, quindi, risulta essere di particolare momento. Appare infatti di tutta evidenza come l'effettiva operatività di una condotta responsabile nella concessione del credito possa essere assicurata attraverso la previsione di meccanismi di *enforcement* che siano non soltanto di stampo pubblicistico, ma anche, e soprattutto, di natura contrattuale.

Dal punto di vista delle sanzioni amministrative occorre rilevare che l'apparato rimediabile predisposto dal legislatore risulta essere più chiaro rispetto a quello di stampo civilistico. Invero, a dispetto del silenzio serbato dal legislatore del 2010, che aveva dato attuazione alla direttiva 2008/48/CE, quello del 2016, che ha dato attuazione alla direttiva 2014/17/UE, con l'art 1, comma 9 del d.lgs. n. 72 del 2016 ha modificato l'art. 144 T.U.B. nel senso di consentire, esplicitamente,

⁴⁹ Su questo versante, nel considerando n. 83, il legislatore europeo afferma che: “gli Stati membri possono decidere di recepire taluni aspetti della presente direttiva nel diritto nazionale con norme prudenziali, ad esempio la valutazione del merito di credito del consumatore, mentre altri, quali ad esempio gli obblighi dei mutuatari responsabili, sono recepiti mediante norme civili o penali.

⁵⁰ Innanzitutto, nella Direttiva 2008/48/CE.

⁵¹ Tale monito è ribadito anche nel considerando n. 76 che precisa «è opportuno che gli Stati membri stabiliscano norme relative alle sanzioni da applicare in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate a norma della presente direttiva e ne garantiscano l'attuazione. Benché la scelta delle sanzioni sia lasciata alla discrezionalità degli Stati membri, le sanzioni previste dovrebbero essere efficaci, proporzionate e dissuasive». Efficacia, proporzionalità e dissuasività sono attributi che le sanzioni individuate dagli Stati membri devono presentare in quasi tutte le normative di origine comunitaria. Si cfr. l'art. 23 della direttiva 2008/48/CE sui contratti di credito ai consumatori, l'art. 15 della direttiva 2008/122/CE sui contratti di multiproprietà e sui prodotti per le vacanze a lungo termine, l'art. 24 della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, l'art. 70 della direttiva 2014/65/UE relativa ai mercati degli strumenti finanziari, l'art. 25 della direttiva 2015/2302/UE sui contratti di pacchetto turistico e sui servizi turistici collegati.

l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria (quella prevista dal comma 1 di quell'articolo) anche nel caso di "inosservanza da parte delle banche e degli intermediari finanziari degli articoli (...), 120-undecies, (...)", ovvero, tra gli altri, quello che dispone l'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore.

Con riferimento invece alle sanzioni civilistiche, e agli effetti che l'omessa o carente valutazione del merito creditizio produce sul contratto perfezionato tra il professionista e il consumatore, le stesse vanno individuate in via interpretativa nel silenzio sul punto serbato dal legislatore. A tal fine tenuto conto delle affinità che le regole di condotta previste per i contratti di credito immobiliare presentano innanzitutto rispetto a quelle dettate in tema di contratti di credito ai consumatori, appare utile analizzare le soluzioni maturate in quella sede⁵² – già sedimentata nel nostro ordinamento e oggetto di intensa discussione da parte degli interpreti – per confrontarle successivamente con i risultati raggiunti dal diritto vivente e dalla dottrina con riferimento alla violazione dei doveri di comportamento nella prestazione dei servizi e nello svolgimento delle attività di investimento.

Il raffronto è volto a verificare se alcuni dei rimedi riconosciuti efficaci in questi contesti normativi possano essere eventualmente mutuati, con gli adattamenti che risulteranno necessari dato il diverso settore di disciplina, per colmare le lacune in punto rimediabile della regolamentazione del credito immobiliare ai consumatori.

Data l'importanza della questione a tale aspetto sarà dedicato un apposito paragrafo.

6.1 (*segue*) Le conseguenze civilistiche per la violazione dell'obbligo di preventiva valutazione del merito creditizio del consumatore: le vicende del contratto

Per quanto concerne le conseguenze civilistiche della violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore da parte del soggetto finanziatore, analogamente alla Direttiva 2008/48/CE e alla relativa disciplina di attuazione, anche la Direttiva 2014/17/UE ed il D.Lgs. n. 72 del 2016, suscitano nell'interprete, proprio per l'assenza di una specifica regolamentazione sul punto, una particolare attenzione sulla sorte del contratto di credito ai consumatori concluso a seguito di una omessa o scorretta valutazione del merito creditizio.

Per violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio si ritiene debba intendersi tanto il comportamento del finanziatore che faccia luogo alla concessione di credito in assenza della valutazione di cui si discorre, tanto quello in cui il soggetto finanziatore concluda il contratto in presenza di una valutazione carente di informazioni necessarie o effettuata senza una verifica di quelle acquisite dal consumatore.

Il silenzio serbato dal legislatore, tanto europeo che nazionale, ha fatto sì che numerose siano le teorie che sul punto si contendono il campo.

Secondo una prima ricostruzione, da ritenersi ormai superata, l'omessa valutazione del merito creditizio o l'erogazione del credito in spregio alle risultanze emerse

⁵² Ravvisa un rapporto di specialità tra la direttiva 2008/48/CE e la direttiva 2014/17/UE, G. FALCONE, "Prestito responsabile e valutazione del merito creditizio", cit., 147 ss..

dalla verifica non può che ripercuotersi sulla validità del contratto di finanziamento⁵³.

Tale teoria faceva perno sulla riconducibilità della violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio, e quindi della violazione del dovere di diligenza qualificata ex art. 1176 c.c., non all'interno della violazione delle regole di comportamento, ma in quelle di validità.

La questione presuppone la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento.

La differenziazione di cui si discorre, invero, ha risvolti applicativi di notevole portata, in quanto la violazione delle norme di comportamento non incide mai sulla validità del contratto, ma conduce all'inadempimento e ai conseguenti rimedi caducatori del contratto, oltre al risarcimento del danno, sempre che ne sussistano i presupposti. La violazione delle norme di validità del contratto comporta, invece, l'attivazione dei rimedi eliminatori che incidono sull'atto, come la nullità e l'annullabilità.

Ebbene la diligenza è sempre stata considerata, ragionevolmente, norma di comportamento.

Pur tuttavia, in passato, la giurisprudenza dedicandosi alla responsabilità dell'intermediario finanziario, ha inquadrato il canone di buona fede e della diligenza come canone di validità, ritenendo la violazione del principio di diligenza suscettibile di condurre alla nullità del contratto, nel caso in cui l'intermediario finanziario non rappresenti al cliente risparmiatore tutti gli elementi necessari capaci di consentire una prestazione del consenso davvero valida e, quindi, capaci di consentire una scelta in punto di investimento davvero consapevole.

Tale orientamento – innovativo – si è sviluppato nel periodo compreso tra il 2000 e il 2007, anno in cui ha fatto irruzione nel sistema, la nota sentenza della Cassazione, Sezioni Unite, 19 dicembre 2007, n. 26754 che riconduceva buona fede e diligenza all'interno della categoria delle norme di comportamento.

Per la Suprema Corte, infatti, il fenomeno del trascinarsi delle regole di comportamento fra le regole di validità andava arrestato, in quanto le prime (di cui quella di diligenza rappresenta una *species*) sono ontologicamente diverse dalle seconde: le regole di validità sono predeterminate e stabilite *ex ante* rispetto alla stipula del contratto mentre le regole di comportamento intervengono in una fase successiva alla stipula dell'atto ed attengono al concreto dipanarsi del rapporto⁵⁴.

Ulteriore argomentazione in forza della quale è possibile considerare superata la tesi che propende per la nullità del contratto stipulato in spregio all'obbligo di

⁵³ In tal senso cfr. C. IURILLI, *Il credito ai consumatori*, in *La disciplina dei rapporti bancari*, a cura di FIORUCCI, Padova, 2012, 461 ss., ove l'Autore qualifica, però con riferimento alla regola che impone l'obbligo di valutazione del merito creditizio di cui all'art. 124 bis T.U.B., la stessa come norma imperativa e fa discendere dalla sua violazione una nullità di protezione.

⁵⁴ In tal senso, Cass. Civ., 16 maggio 2016, n. 9981; Cass. Civ., 12 giugno 2015, n. 12262; Cass. Civ., 10 aprile 2014, n. 8462; Cass. Civ., 19 ottobre 2012, n. 18039. Per la Suprema Corte la nullità dei contratti di intermediazione finanziaria per violazione di norme imperative, in mancanza di espressa previsione di legge, si determina unicamente in caso di violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto, non anche quando le norme violate, seppur imperative, attengono al comportamento dei contraenti, potendo tale violazione configurare soltanto fonte di responsabilità: a) precontrattuale, con conseguenze risarcitorie; b) contrattuale ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto.

valutazione del merito creditizio è quella che fa leva, come è stato da taluni osservato⁵⁵, su una incidentale presa di posizione da parte dello stesso legislatore: la Direttiva 2014/17/UE, infatti, non rinuncia a considerare seppure, per l'appunto, incidentalmente la sorte del contratto che sia stato nondimeno concluso pur in violazione della norma che sancisce l'obbligo di quella valutazione.

Invero il par. 4 dell'articolo 18 della Direttiva 2014/17 UE sancendo che "gli Stati membri assicurano che, se un creditore conclude un contratto di credito con un consumatore, il creditore non risolva né modifichi in un secondo tempo il contratto di credito a danno del consumatore a motivo del fatto che la valutazione del merito creditizio era stata condotta scorrettamente", di fatto finisce per prendere posizione circa la validità dello stesso. Se è vero infatti che in assenza di una corretta valutazione del merito creditizio il contratto di credito di regola non dovrebbe essere stipulato, è anche vero che per tale motivo lo stesso non possa essere risolto, il che presuppone, ancor prima, che il contratto sia valido.

Infine, altra argomentazione idonea a confutare la tesi della nullità è quella che ravvisa l'inopportunità della sanzione in parola, posto che la stessa comporterebbe l'obbligo per il consumatore di restituire, immediatamente, le somme ricevute in prestito con un evidente *vulnus* per lo stesso.

Su altro versante non è mancata la tesi di quanti hanno ravvisato nella violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore una causa di annullabilità del contratto.

Tale tesi fa perno sulla circostanza che una valutazione deficitaria sia idonea a determinare un vizio del consenso determinato da errore o da dolo omissivo.

In tal caso, come noto, posto che l'annullabilità rappresenta un vizio meno grave rispetto alla nullità, la scelta di farla valere sarà rimessa solo alla volontà della parte interessata, e per quanto qui di interesse il consumatore parte debole del rapporto obbligatorio.

Senz'altro più persuasiva pertanto appare essere la tesi secondo cui la violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio, in quanto violazione di una regola di comportamento, dia vita ad una responsabilità precontrattuale (art. 1337 c.c.) da ricondursi alla categoria giurisprudenziale della responsabilità per danno derivante dalla conclusione di un contratto valido, ma sconveniente⁵⁶.

All'uopo, si valorizza la tesi, oggi prevalente, secondo cui il rimedio *de quo* dovrebbe ritenersi percorribile anche a fronte di un contratto valido ed efficace quante volte la volontà del contraente "gabbato" sia stata condizionata attraverso la violazione, perpetrata a suo danno dal creditore-finanziatore, dell'obbligo giuridico di diligenza e buona fede, gravante sulle parti anche nella fase delle trattative e della formazione del contratto.

A favore dell'impostazione in commento, si fa rilevare come non vi sia nel Codice alcuna norma che limiti l'operatività dell'azione di responsabilità precontrattuale alle sole circostanze in cui le parti non siano addivenute ad alcuna stipula, ovvero abbiano stipulato un contratto invalido.

Si osserva in secondo luogo che l'art. 1140 c.c., in tema di dolo incidente, nello stabilire che "se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il

⁵⁵ In termini G. FALCONE, "Prestito responsabile" e valutazione del merito creditizio, cit., 147 ss..

⁵⁶ In termini G. FALCONE, *op. ul. cit.*

contraente in mala fede risponde dei danni” contempla un’ipotesi specifica di responsabilità ex art. 1337 c.c. per violazione dell’obbligo di diligenza e buona fede a fronte di un contratto che è e resta valido.

In tale ipotesi, tuttavia, il risarcimento non sarà pari né all’interesse negativo (quello, cioè, a non essere coinvolto in trattative inutili), posto che nella specie il contratto è stato validamente stipulato, né all’interesse positivo (quello alla corretta esecuzione della prestazione dedotta in contratto), non venendo in considerazione alcuna forma di inadempimento, bensì all’interesse cd. differenziale, consistente nella differenza tra le peggiori condizioni spuntate dal contraente *in bonis* e le più favorevoli condizioni che lo stesso avrebbe verosimilmente conseguito in assenza del comportamento violativo del canone di diligenza perpetrato dalla controparte.

Conclusioni

Le osservazioni di riepilogo inerenti alle rilevanti questioni trattate nel presente lavoro non possono non riguardare l’esigenza fondamentale del rapporto obbligatorio: l’adeguatezza dell’adempimento.

E, quando si parla di adempimento, il pensiero si rivolge, naturalmente, al canone della diligenza, il quale costituisce non solo il suo presupposto indefettibile ma anche la misura della sua adeguatezza.

Come tutti gli istituti giuridici, anche quello della diligenza non è immune da ripensamenti normativi, i quali, nel corso degli anni, ne regolano gli ambiti operativi.

L’esigenza del ripensamento normativo dell’istituto, lungi dall’esprimere uno sterile esercizio di normazione, è dettata sempre da modificazioni degli assetti relazionali fra le parti del rapporto, i quali configurano la necessità di una rivisitazione dello scenario normativo per renderlo aderente alle nuove “criticità” che, storicamente, si profilano all’orizzonte.

Ciò è proprio quanto avvenuto con il “rinnovamento” del ruolo della diligenza nel rapporto obbligatorio, nell’ambito del quale il contratto è, ontologicamente, lo strumento (“involucro giuridico”) degli “spostamenti di ricchezza”.

Orbene, la sua progressiva “ricollocazione” nella relazione obbligatoria ha indotto il legislatore ad una inevitabile redistribuzione dell’incidenza applicativa dell’istituto fra creditore e debitore: si è pervenuti – non senza “sofferenza” e non senza “punti di intoppo” – al definitivo superamento, se vogliamo, della tradizionale “contra-posizione” dei ruoli di creditore e di debitore.

A tal fine il legislatore ha dovuto superare il limite applicativo della diligenza, tradizionalmente confinata nel recinto della fase dell’esecuzione del rapporto obbligatorio, determinandone l’importazione nella fase genetica di esso: a ben vedere, proprio questo è stato il percorso per “responsabilizzare” sia il creditore che il debitore e ciò è avvenuto mediante il processo che ha portato al fenomeno della “condivisione” del canone della diligenza nel momento della nascita dell’obbligazione.

L’evento è certamente rivoluzionario, perché, superando l’ingessatura di una lettura tradizionalmente orientata della regola della diligenza, ha originato impianti normativi nei quali la regola si appropria di quei requisiti di *flessibilità*

applicativa determinanti per la sua estensione operativa e senza i quali sarebbe stato impensabile il risultato ottenuto.

Come sempre accade in occasione di processi di adeguamento normativo, l'esigenza fatta propria dal legislatore è derivata da fatti storicamente determinati, i quali hanno posto all'attenzione l'inadeguatezza della disciplina vigente per fronteggiare le criticità sopravvenute.

Il riferimento è non solo alle norme sovraordinate ma anche – se non soprattutto – alla crisi economica che, a partire dall'anno 2008, ha dimostrato, per un verso, la “fragilità” del corrente sistema di accesso al credito e, per l'altro, la correlata “difficoltà” di adempiere da parte del debitore con effetti inevitabili sulla stessa certezza dell'adempimento (e, quindi, dei rapporti obbligatori). Fino ad un dato periodo storico (coincidente con l'insorgere della crisi economico-finanziaria) l'accesso al credito appariva fin troppo agevole mentre, successivamente e sempre più frequentemente, si è riscontrata una “stretta” creditizia ai fini del consumo, quest'ultima derivante da una verosimile sfiducia del sistema del credito nei confronti del consumatore-debitore.

Ed è in corrispondenza temporale di tale “punto di intoppo” economico-finanziario dell'ambito consumeristico che il legislatore ha deciso di intervenire. La materia consumeristica ha, quindi, costituito la sede opportuna per ricollocare, nel rapporto obbligatorio, l'istituto della diligenza.

La rassegna proposta delle norme sopravvenute consente di affermare che la diligenza ha assunto un ruolo “riequilibratore” nella relazione obbligatoria: lo stesso creditore, ora più di sempre, è tenuto a *cooperare ex ante* con il debitore al fine di individuare, unitamente a quest'ultimo (in ciò il superamento della tradizionale, reciproca “contra-posizione”), il limite fisiologico della personale possibilità di indebitamento. Mediante la compartecipazione del creditore al processo dinamico di individuazione di tale limite si “responsabilizzano” equamente entrambe le parti e si ottiene anche il risultato di deflazionare il contenzioso.

Le considerazioni ermeneutiche proposte assumono un rilievo addirittura più rilevante ove vengano spostate anche in un osservatorio più ampio, coincidente con le normative finalizzate alla “degiurisdizionalizzazione” del conflitto.

Le norme che impongono il canone della diligenza nella fase genetica dell'obbligazione implicano, giocoforza, il coinvolgimento anche del creditore attraverso la valutazione, *in limine temporis*, della “meritevolezza creditizia” del debitore. Esse anticipano l'analisi della “fisiologia” dell'indebitamento rimettendo allo stesso creditore – in sinergia negoziale con il debitore – il giudizio, preliminare all'accordo negoziale ed inerente la misura della affidabilità economica del debitore. Apparentemente non sembrano esservi novità rispetto al passato, quando un istituto finanziatore, al momento di erogare un credito, procedeva comunque a sue valutazioni. In realtà, le differenze sono sostanziali e decisive: ciò che prima era mera facoltà del finanziatore (la crisi dei mutui americani è l'esempio di un uso insufficiente o distorto di tale facoltà) oggi è regola ed è regola codificata dal sistema normativo, il quale ha sostituito il profilo facoltativo della valutazione preliminare della meritevolezza con quello doveroso, collegandovi sanzioni ben precise nonché assetti di responsabilità ben definiti e non eludibili nemmeno da parte del creditore.

Importato il canone della diligenza nella fase nascente dell'obbligazione si registrano ulteriori effetti rivoluzionari: (1) da un lato, un più sano sviluppo dell'autonomia negoziale. Potremmo affermare che la cooperazione della parte creditrice e della parte debitrice già *ex ante* accomuna entrambe nella realizzazione del programma negoziale, da leggersi, oggi, quale programma univocamente determinato e collaborativamente stilato. Potremmo, addirittura, affermare che il regolamento negoziale, conseguente alla scelta del programma negoziale, lascia pochissimi margini residuali di postuma conflittualità, in quanto derivante da intesa preliminare fra le parti sull'oggetto economico della prestazione del debitore, di cui vengono delineati subito i limiti di sostenibilità economico-negoziale; (2) dall'altro, una sensibile deflazione del contenzioso. Le parti dovrebbero, infatti, valutare preliminarmente le ragioni fondanti il contenzioso pur dopo aver concordato i limiti della sostenibilità del debito concordato. Invero, laddove insorga un inadempimento dovrebbe valutarsi se sia stata corrisposta un'adeguata diligenza (anche *ex parte creditoris*) nella erogazione del credito. Dovrebbe, altresì, valutarsi se il debitore abbia o meno corrisposto la diligenza dovuta.

Inoltre, il ruolo della diligenza – come ridisegnato dal legislatore – rientra nel più ampio progetto normativo di responsabilizzare compiutamente le parti fin dalla nascita del rapporto obbligatorio allo scopo – tanto ambizioso quanto meritevole – di depotenziare i conflitti configurabili in fase di esecuzione del regolamento negoziale nonché di sanzionare i soggetti che vengono meno agli obblighi di diligenza originariamente assunti.

Il nuovo ruolo della diligenza non potrà non avere effetti applicativi su gran parte dei rapporti obbligatori e sarà l'esperienza del caso concreto ad indicare, nel tempo a venire, i suoi benefici anche in funzione deflattiva dei contenziosi.

Sul piano teorico e pratico, allo stato, l'ampliamento operativo del canone della diligenza consente, comunque e già, di poter apprezzare il processo di modernizzazione normativa verificatosi, altro se non la sensibilità del legislatore verso significative "criticità" del sistema creditizio, nelle quali confluiscono anche disagi umani, derivanti dagli effetti di una crisi economica che appare essere strutturale piuttosto che congiunturale e che non sembra prossima a sua definizione.

*The legal and economic underpinnings of repo transactions: a comparative overview**

di Luca Meneghini**

Despite being at the forefront of banking and financial markets, repurchase agreements have thus far received little attention in the legal literature compared to other financial activities. Aim of this paper is to shed some more light on repurchase agreements, providing a better understanding of the legal and economic implications underlying repo transactions. Specifically, we seek to provide a meaningful comparison of the legal frameworks for repos in the United States and in Europe.

december 2019

* This paper was approved by the referees.

** J.D. Trieste - LL.M. Finance candidate at Institute for Law and Finance

1. Introduction

Repurchase agreements - known as *repos* - are one of the main sources of liquidity for the financial system. On the one hand, they are used in the money market with the primary aim of funding short-term positions or settling financing operations for banking and financial institutions. On the other hand, repos are routinely used by central banks as a monetary policy tool in open market operations in order to increase or decrease the aggregate money supply in the economy.

Despite being at the forefront of banking and financial markets, repo has thus far received little attention in the legal literature compared to other financial activities. Furthermore, legal scholars have barely exploited comparative analysis to better understand the common regulatory patterns and legal structures of repos across jurisdictions. Against this backdrop, aim of this paper is to shed some more light on repurchase agreements, providing a better understanding of the legal and economic implications underlying repo transactions. In our view, the law of a single country does not constitute in itself a useful subject of analysis due to the enormous size of the repo market and its interconnectedness to the global financial system. In view of this premise, we seek to provide a meaningful comparison of the legal frameworks for repos in the United States and in Europe, as these continental markets represent by far the largest portion of the global repo market.

2. The legal and economic structure of repo transactions

Repurchase agreements have a peculiar legal construct. On a preliminary basis, repos can be defined as a sale of financial assets coupled with a promise to repurchase the same assets at a later date at a pre-specified price¹. A legal analysis of repurchase agreements requires an understanding of the transaction underlying these contracts. Most of the difficulties in determining a clear legal framework come from the repo being defined as a “sale and repurchase of the underlying security”. However, from a substantive perspective, repos are similar to secured loans disguised as a sale². In other words, a repo is a form of short-term secured debt collateralized by financial assets³. Albeit being functionally deemed as a form of secured lending, it comes to be structured as a sale and subsequent repurchase of an underlying asset⁴.

¹ In the interests of providing fuller information, it is worth mentioning the definition of a repo transaction provided by Section 1 (a) of the 2011 Global Master Repurchase Agreement: “From time to time the parties hereto may enter into transactions in which one party, acting through a Designated Office, (“Seller”) agrees to sell to the other, acting through a Designated Office, (“Buyer”) securities or other financial instruments (“Securities”) [...] against the payment of the purchase price by Buyer to Seller, with a simultaneous agreement by Buyer to sell to Seller Securities equivalent to such Securities at a date certain or on demand against the payment of the repurchase price by Seller to Buyer”.

² P. SAGUATO, *The Liquidity Dilemma and the Repo Market: a Two-Step Policy Option to Address the Regulatory Void*, 2015, in *LSE Legal Studies Working Paper*, 21, 2015, p. 2.

³ Therefore, a repurchase agreement is in essence much like a short-term interest-bearing loan against specific collateral, see M. STOCKLEY, *Understanding Repurchase Agreements*, 2012, available at <https://www.treasury-management.com/index.php>.

⁴ J. ARMOUR, D. AWREY, P. DAVIES, L. ENRIQUES, J. N. GORDON, C. MAYER, J. PAINE, *Principles of Financial Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 452.

A basic repo may be chronologically viewed as a two-leg bilateral contract. In the first leg (opening leg) of the transaction, one counterparty (the seller/borrower) transfers securities to another counterparty (the buyer/lender) in exchange for cash, at a fixed time and at prespecified price⁵. The price to be paid in exchange for collateral is calculated at a discount rate (called “haircut”) from the assets’ fair market value⁶. The second leg (closing leg) of the transaction is a simultaneous agreement whereby the buyer (the lender) agrees to sell the securities back to the seller (the borrower) and the latter agrees to repurchase them at a future date or on demand⁷. More specifically, the seller commits to repurchase the same quantity of *equivalent securities*, which are both object of the contract and underlying collateral posted in the transaction⁸. “Equivalent securities” means that securities have to be economically but not legally identical - *i.e.* they have to be fungible with those transferred - given the fact that the recipient might as well have sold them because the legal title has been transferred⁹.

The difference between the price of the first leg and the (higher) price of the second leg represents the interest charged to the transaction and comes to be called the “repo rate”¹⁰. This repo rate, which is expressed in percentage points, should reflect the quality and liquidity of the collateral and the overall riskiness of the transaction.

The repo price is a key distinguishing feature of repo transactions, because it is not a function of the market value of the securities at the original purchase date nor it is a forward price of the securities at the purchase date¹¹. Instead, the price is a function of the original purchase price plus a financing cost element, notably the “repo rate”, thus differentiating repo from a traditional combination of a spot (*i.e.* immediate settlement) and a forward (*i.e.* immediate agreement but future settlement) transaction¹².

The typical maturity - *i.e.* the final payment date at which principal and interests are due to be paid - is very short, usually overnight, but parties may agree on different arrangements¹³.

Some remarks on the terminology surrounding the repo world are also worth mentioning. First, a repurchase agreement viewed from the perspective of the buyer is called a “reverse repo.” Repo and reverse repo are therefore two sides of

⁵ *Ibidem*, p. 453. See also P. SAGUATO, *The Liquidity Dilemma and the Repo Market: a Two-Step Policy Option to Address the Regulatory Void*, op. cit., p. 27.

⁶ J. ARMOUR, D. AWREY, P. DAVIES, L. ENRIQUES, J. N. GORDON, C. MAYER, J. PAINE, *Principles of Financial Regulation*, op. cit., p. 454.

⁷ P. SAGUATO, *The Liquidity Dilemma and the Repo Market: a Two-Step Policy Option to Address the Regulatory Void*, op. cit., p. 27.

⁸ R. PEROTTI, *The Repo Market*, 2016, p. 1, available at <http://rp.rperotti.com>.

⁹ C. GEORGIU, J. HAINES, *Understanding Repo and the GMRA*, APOLLO LEGAL/ASHURST LLP/ICMA, 2017, p. 23.

¹⁰ R. PEROTTI, *The Repo Market*, op. cit., p. 1.

¹¹ C. GEORGIU, J. HAINES, *Understanding Repo and the GMRA*, op. cit., p. 1.

¹² *Ibidem*. A spot transaction is a contract for buying or selling a security for immediate settlement on the spot date, usually after two days after the trade. A forward transaction is a contract in which terms are agreed now but settlement will occur at a future date, see S. VALDEZ, P. MOLYNEUX, *An Introduction to Global Financial Markets*, London, Macmillan Palgrave, 2016, pp. 498-504.

¹³ P. SAGUATO, *The Liquidity Dilemma and the Repo Market: a Two-Step Policy Option to Address the Regulatory Void*, op. cit., p. 30.

the same transaction, in the sense that for each repo there is a specular reverse transaction in which the buyer purchases the seller's securities, with a simultaneous commitment to resell, and lends the seller cash by "reversing in" the securities¹⁴. Second, repos have different maturity dates: if they are fixed, the repo agreement is called "term repo" and its maturity is generally very short-term. Parties may also agree on an "open repo" where there is no maturity date¹⁵. In the latter case, the borrower will confirm each morning to the lender whether the repo maturity needs to be extended overnight¹⁶. If the parties have agreed to conclude an open repo, either party has "on demand" rights to terminate the contract, provided they give notice before an agreed deadline. Otherwise, repos have generally overnight maturity¹⁷. Comparatively, US-based repo agreements are generally overnight, while Europe-based agreements tend to be a little longer¹⁸. At the termination date of the contract - *i.e.* when the contract has reached its purpose and no longer stands - parties may agree to extend the duration of the deal by renewing it through a process called "rollover", in which the deal itself may be exactly replicated or adjusted with new contractual terms¹⁹.

Further, some uncertainty may arise with respect to the terminology as the term "repo" is sometimes used by market practitioners to refer to two operationally equivalent instruments, *i.e.* the classic repurchase agreement itself and the sell/buy-back. A sell/buy-back is an outright sale of a bond on the value date, and an outright repurchase of that bond for value on a forward date²⁰. Sell/buy-backs have simpler structures than repos as they are just related transactions (a spot sale of securities and a forward purchase of the same securities), relying on the economic relationship between the purchase price of the forward and the price of the spot plus a funding charge²¹. The most important difference is that a repo is always evidenced by a written contract, whereas the sell/buy backs may or may not be documented²². Sell/buy backs, especially if not documented in writing, are widely discouraged due to the increase in counterparty risk and due to the importance of having written close out netting provisions²³. Historically, some markets use predominately repurchase agreements, such as the US, UK, Belgium,

¹⁴ *Ibidem*, p. 29; see also S. LUMPKIN, *Repurchase and Reverse Repurchase Agreements*, in *Federal Reserve Bank of Richmond Economic Review*, 1987, p. 15, available at https://www.richmondfed.org/~media/richmondfedorg/publications/research/economic_review/1987/pdf/er730102.pdf.

¹⁵ P. SAGUATO, *The Liquidity Dilemma and the Repo Market: a Two-Step Policy Option to Address the Regulatory Void*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁶ M. CHOUDHRY, *The Repo Handbook*, Oxford, Elsevier Science, 2010, p. 132.

¹⁷ R. COMOTTO, *Frequently Asked Questions on Repo*, ICMA, 2015, p. 13, available at <https://www.icmagroup.org/Regulatory-Policy-and-Market-Practice/repo-and-collateral-markets/icma-ercc-publications/frequently-asked-questions-on-repo/>.

¹⁸ S. WU, H. NABILOU, *Repo Markets across the Atlantic: Similar but Unalike*, 2018, p. 18, available at <https://ssrn.com/abstract=3165720>.

¹⁹ P. SAGUATO, *The Liquidity Dilemma and the Repo Market: a Two-Step Policy Option to Address the Regulatory Void*, *op. cit.*, p. 28.

²⁰ M. CHOUDHRY, *An Introduction to Repo Markets*, Chichester, John Wiley & Sons Ltd, 2006, p. 11.

²¹ C. GEORGIU, J. HAINES, *Understanding Repo and the GMRA*, *op. cit.*, p. 5.

²² *Ibidem*. In order to deal with the shortcomings of sell/buy-backs, market participants found practical solutions such as gentlemen's agreements to reprice in case of a decrease in value of the purchased securities.

²³ *Ibidem*.

France, while in others sell/buy-back are more common, like in Italy or Spain²⁴. Nowadays, according to the International Capital Market Association's (ICMA) European Repo Market Survey, 92.4% of the trading in repo markets is carried through repurchase agreements, 7.3% through GMRA or equivalent master agreements documented sell/buy-backs and only 0.3% through undocumented sell/buy-backs²⁵.

As already mentioned, from an economic point of view a repo is functionally equivalent to a secured loan - where a borrower pledges an asset as collateral for the loan (which then becomes a secured debt) - because it combines the sale of securities with the contextual agreement to repurchase the same assets²⁶. However, rather than secured debts, repo transactions - financially speaking - constitute secondary market trade in securities or, as for the case of money market transactions, short-dated cash transactions, similar in nature to certificates of deposits (CD), Treasury bills (T-Bills), commercial paper and floating rate notes (FNR)²⁷. Repo transactions can also be seen as "hybrid" transactions carrying features of both categories, depending on whether the cash leg or the securities leg of the transaction mentioned above is dominant for the purposes of the parties²⁸. Finally, more structured repo transactions may also be economically seen as financings or even derivatives²⁹.

When considering the economic nature of repo transactions, the first feature to emerge is an apparent paradox whereby a seller gives full legal ownership to a buyer for the term of the repo but does not transfer the risk and return on the assets: this entails that if the value of the collateral falls down the seller would suffer a loss³⁰. This paradox is the direct result of the seller's commitment to repurchase the collateral on a specific date for a fixed price that equals the purchase price plus a return on the use of the buyer's cash³¹. As argued above, as a consequence of its risk-bearing, the seller is entitled to receive the return on the collateral in compensation, but this can happen in two ways: (i) the return is paid automatically to the seller in the case of accrued interest on a coupon-bearing bond used as collateral; (ii) if the coupon is paid during the term of the repo, the return is paid directly to the buyer who has a contractual obligation to make an equivalent payment to the seller³².

²⁴ R. COMOTTO, *Frequently Asked Questions on Repo*, op. cit., p. 10.

²⁵ ICMA, *European Repo Market Survey No 35*, 2018, p. 18, available at <https://www.icmagroup.org/Regulatory-Policy-and-Market-Practice/repo-and-collateral-markets/icma-ercc-publications/repo-market-surveys/>.

²⁶ P. SAGUATO, *The Liquidity Dilemma and the Repo Market: a Two-Step Policy Option to Address the Regulatory Void*, op. cit., p. 30.

²⁷ C. GEORGIU, J. HAINES, *Understanding Repo and the GMRA*, op. cit., p. 4.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*. The vast majority of the literature covering financial markets do not consider or treat repo as a derivative contract, but rather as a money market instrument. For a dissenting opinion see P. FAURE, *Is the repo a Derivative?*, in *African Review of Economic and Finance*, 2(2), 2011, p. 194 ff., in which the author argues that repo should be regarded as a derivative because is derived from an existing financial market instrument, *i.e.* the underlying instrument, and takes its value from another segment of the financial market.

³⁰ EUROCLEAR, *Understanding Repo and the Repo Market*, 2009, p. 22, available at <https://www.theotcspace.com/sites/default/files/2011/11/003-the-repo-market.pdf>.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

3. The legal nature of repo: a comparative overview

The analysis should proceed to investigate the differences in the legal construct of repos between the two shores of the Atlantic. Understanding the divergent legal mechanics is not only relevant from a theoretical standpoint but it also affects the way the market is structured and how operations with repos are conducted in different jurisdictions³³. Against this backdrop, it can be preliminary noted that due to its simple legal structure repo transactions are accepted in both common law and civil law jurisdictions, but a comparative survey of the contractual scheme shows that its legal construction is essentially different in Europe (including the UK) and in the USA, the most diverging feature lying in collateral management³⁴.

3.1. The European framework

In Europe, the legal title of collateral is transferred from the seller to the buyer of the securities by means of an outright transfer of legal ownership, thereby making the European repo transaction a true sale³⁵. During the life of the repo, the buyer holds legal title to the collateral and is therefore formally entitled to any ownership-related benefits, including coupons and dividends that may be paid by the issuer of the collateral³⁶. However, at the same time, the seller retains the risk on the collateral as she agrees to buy it back. Clearly, the seller would not accept this risk without a certain return, consisting of coupons and dividends. Therefore, the buyer generally agrees to satisfy the seller by paying compensatory amounts equivalent to any income payments received on the collateral, which are referred to as “manufactured payments”³⁷. Any income payments generated by the collateral shall go to the seller, although they are materially delivered to the buyer as the legal owner at the time of payment³⁸. Manufactured payments are due even if the securities have been sold or rehypothecated to a third party, because the buyer only has to return equivalent securities³⁹. Overall, in such transaction structure, both market risk and any rewards associated with the ownership of the

³³ In Italy, for instance, the repurchase agreement (so called *pronti contro termine*) is traditionally concluded through two different sales contracts, a spot contract (*contratto a pronti*) and a forward contract (*contratto a termine*) that are linked by the same contractual object and through an economic link. Nevertheless, Italian authors have expressed many diverging opinions on the legal nature of *pronti contro termine*, see M. TOLA, *Pronti contro termine*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 99 ff. and A. DI AMATO, *Il contratto di pronti contro termine*, in E. GABRIELLI (ed.), *Commentario del Codice Civile. Dei singoli contratti. Leggi collegate*, Milano, UTET Giuridica, 2011, p. 109 ff.

³⁴ S. WU, H. NABILOU, *Repo Markets across the Atlantic: Similar but Unalike*, op. cit., pp. 4–5.

³⁵ R. PEROTTI, *The Repo Market*, op. cit., p. 2.

³⁶ R. COMOTTO, *Frequently Asked Questions on Repo*, op. cit., p. 20.

³⁷ C. GEORGIU, J. HAINES, *Understanding Repo and the GMRA*, op. cit., p. 49.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Section 5 of the 2011 GMRA. For a definition of what is treated as income, see Section 2, paragraph 2 (y): “all interest, dividends or other distributions thereon, including distributions which are a payment or repayment of principal in respect of the relevant securities”.

assets are with the original owner while outright ownership is temporarily transferred to the buyer⁴⁰.

In Europe, because a repo transaction involves the transfer of securities from one party to another, the 2002 Financial Collateral Directive (FCD)⁴¹ applies. The FCD provides for three different ways of delivering securities⁴²: (i) “title transfer financial collateral arrangement” (“TTCA”), implying transfer of the full legal title to the securities⁴³; (ii) “security financial collateral arrangement” - *i.e.* delivery of the securities under a security interest without transferring full title, for instance through a pledge arrangement⁴⁴; (iii) delivery of securities allowing for a “right of use” while retaining full title (however, should the securities be reused the arrangement transforms into a title transfer)⁴⁵. Against this backdrop, repurchase agreements transactions in Europe are mostly concluded with the TTCA, because this method would better fit the intended purposes of the parties. The securities are transferred from the original owner to the buyer, so that the latter becomes full owner of the relevant securities and the former receives a contractual claim for re-transfer of equivalent assets⁴⁶. When the contract is concluded, the buyer has full right to disposal over the collateralized securities and may either sell them,

⁴⁰ C. GEORGIU, J. HAINES, *Understanding Repo and the GMRA*, op. cit., pp. 49-52. In case of equity, voting rights and corporate bonds may be transferred with the legal ownership to the buyer, *see* R. COMOTTO, *Frequently Asked Questions on Repo*, op. cit., p. 20.

⁴¹ Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements.

⁴² P. PAECH, *Shadow Banking: Legal Issues of Collateral Assets and Insolvency Law*, in *European Parliament Directorate General for Internal Policies, Policy Department A: Economic and Scientific Policy*, 2013, p. 21.

⁴³ Directive 2002/47/EC Article 2 paragraph 1 a) - b): “*financial collateral arrangement*” means a title transfer financial collateral arrangement or a security financial collateral arrangement whether or not these are covered by a master agreement or general terms and conditions; “*title transfer financial collateral arrangement*” means an arrangement, including repurchase agreements, under which a collateral provider transfers full ownership of financial collateral to a collateral taker for the purpose of securing or otherwise covering the performance of relevant financial obligations.

⁴⁴ Directive 2002/47/EC Article 2 paragraph 1 c): “*security financial collateral arrangement*” means an arrangement under which a collateral provider provides financial collateral by way of security in favor of, or to, a collateral taker, and where the full ownership of the financial collateral remains with the collateral provider when the security right is established.

⁴⁵ Directive 2002/47/EC Article 5: “*Right of use of financial collateral under security financial collateral arrangements*”: If and to the extent that the terms of a security financial collateral arrangement so provide, Member States shall ensure that the collateral taker is entitled to exercise a right of use in relation to financial collateral provided under the security financial collateral arrangement. Where a collateral taker exercises a right of use, he thereby incurs an obligation to transfer equivalent collateral to replace the original financial collateral at the latest on the due date for the performance of the relevant financial obligations covered by the security financial collateral arrangement. Alternatively, the collateral taker shall, on the due date for the performance of the relevant financial obligations, either transfer equivalent collateral, or, if and to the extent that the terms of a security financial collateral arrangement so provide, set off the value of the equivalent collateral against or apply it in discharge of the relevant financial obligations. [...].

⁴⁶ P. PAECH, *Shadow Banking: Legal Issues of Collateral Assets and Insolvency Law*, op. cit., p. 21. The author argues that this is the easier way of structuring a repo transaction and actually the majority of repos are in the form of TTCAs, but theoretically it would be legally possible to secure the cash loan by a charge or pledge over the securities through a security interest. In this scenario, the original owner would remain the legal owner and the counterparty would have a weaker right (comparable to possession) over the securities.

transfer them to others as collateral or re-collateralize them⁴⁷. If the seller defaults, thereby failing to repurchase the securities at the termination date, the buyer keeps the ownership of the securities, having the option to sell them in order to cover losses arising from the defaulted transaction⁴⁸.

Since repurchase agreements are legally structured as outright sales, many bankruptcy laws are not applicable in the first place. As the securities are in the property of the buyer, the latter doesn't need to take enforcing actions against the collateral⁴⁹. As such, theoretically the European mechanism would not require special treatment through safe harbors in case of insolvency⁵⁰. However, possible differential treatments of repo transactions under the national laws of EU Member States and conflicts associated with those legal frictions have triggered the inclusion of safe harbors provisions both in the Financial Collateral Directive ("FCD") and in the Settlement Finality Directive⁵¹. Accordingly, parties agree on a set of risk mitigation tools, such as close-out netting and margin, in their master agreements⁵². Since also these clauses might be in conflict with general insolvency rules, in order to prevent the risk that they become unenforceable should a party fail, the FCD provides for additional layers of protection⁵³.

3.2. The US framework

In the United States, New York law (the predominant jurisdiction for American repo transactions) makes it difficult to transfer legal title to collateral. Accordingly, a repo under New York law is legally constructed as a pledge of collateral, and simultaneously exempted from certain bankruptcy debtor safeguards. More specifically, the collateral is pledged but simultaneously exempted from the automatic stay⁵⁴ on enforcement of collateral required under

⁴⁷ C. GEORGIU, J. HAINES, *Understanding Repo and the GMRA*, op. cit., p. 4.

⁴⁸ P. SAGUATO, *The Liquidity Dilemma and the Repo Market: a Two-Step Policy Option to Address the Regulatory Void*, op. cit., p. 28.

⁴⁹ J. ARMOUR, D. AWREY, P. DAVIES, L. ENRIQUES, J. N. GORDON, C. MAYER, J. PAINE, *Principles of Financial Regulation*, op. cit., p. 455. Notwithstanding with this general rule, some jurisdictions include restrictions on borrowers' ability to make payments to creditors or dispose of their assets during a specific period immediately preceding the event of insolvency. For the Italian framework see L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, Turin, Giappichelli, 2017, pp. 152 ff.

⁵⁰ S. WU, H. NABILOU, *Repo Markets across the Atlantic: Similar but Unalike*, op. cit., p. 6.

⁵¹ *Ibidem*, p. 7. See respectively Article 8 of the Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements and Article 9 of the Directive 98/26/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on settlement finality in payment and securities settlement systems.

⁵² P. PAECH, *Repo and Derivatives Portfolios Between Insolvency Law and Regulation*, in *LSE Legal Studies Working Paper*, 13, 2017, p. 5, available at <https://ssrn.com/abstract=2984199>.

⁵³ *Ibidem*. Protection includes, for instance, provisions upholding contractual clauses that allow for liquidation of repo portfolios in the run up to insolvency and beyond the opening of any proceeding, under which covered contracts are terminated, the market valued is determined as equivalent to replacement costs and a total net amount is determined based on the difference between positive and negative values. In addition, the preferential treatment of creditors allows for a margining process, *i.e.* the process by which the value of collateral is regularly adapted to properly reflect the constantly changing exposure flowing from the portfolio, affecting the anticipated net amount.

⁵⁴ Automatic stays are statutory safeguards that prevent creditors from undertaking actions to close-out their contracts with the debtor, forcing creditors' participation in the collective process of insolvency, see S. J. LUBBEN, *Repeal the Safe Harbors*, in *American Bankruptcy Institute Law Review*, 18, 2010, p. 323.

the US Bankruptcy Code that would normally apply to pledges⁵⁵. This is possible because in the US repos are considered “Qualified Financial Contracts” (QFCs)⁵⁶. Title II of the Dodd Frank Act Section 210(c)(8)(D) defines a QFC as “a securities contract, commodities contract, forward contract, repurchase agreement, swap agreement, or any similar agreement that the Federal Deposit Insurance Corporation determines by regulation, resolution, or order to be a qualified financial contract”. Including repo in the list of QFCs is of relevance, because the US Bankruptcy Code exempts QFCs from the automatic stay through special “safe harbors” provisions⁵⁷. Thanks to the safe harbor mechanism, the buyer can immediately terminate a repurchase agreement by closing out, netting or setting off its positions and seizing the underlying collateral in case of insolvency of its counterparty⁵⁸. In other words, the US repo is constructed in such way that in the event of a party’s insolvency, the counterparty holding the securities may liquidate them and accelerate or terminate the agreement⁵⁹.

Moreover, the buyer (“pledgee”) in a US repo has the right to use the collateral through rehypothecation, *i.e.* the use of pledged collateral as collateral in another transaction⁶⁰. Because of rehypothecation, the transaction effectively achieves the same economic outcome of an outright sale⁶¹. In regard to this, there is a legal distinction between the American rehypothecation and the right of use of collateral in non-US repo markets⁶². In the US, since the collateral is pledged, title to collateral effectively remains with the collateral-giver⁶³. If the latter grants a right of rehypothecation to the collateral-taker, the collateral-giver still remains the owner until the collateral-taker actually exercises her right of rehypothecation⁶⁴. When the right is exercised, the legal title to collateral will be transferred to the third party to whom the collateral has been rehypothecated and the collateral-giver will remain with a contractual right to the return of fungible assets⁶⁵. In addition, New York law provides for a fall-back provision in the event a buyer’s rights to collateral is not to be enforceable in law, leading to a recharacterization of repo as secured lending⁶⁶. Such fall-back provision is not allowed under English law or EU law (nor under the Financial Collateral Directive⁶⁷).

⁵⁵ R. PEROTTI, *The Repo Market*, op. cit., p. 2.

⁵⁶ S. WU, H. NABILOU, *Repo Markets across the Atlantic: Similar but Unalike*, op. cit., p. 8.

⁵⁷ S. J. LUBBEN, *The Bankruptcy Code Without Safe Harbors*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 84, 2010, p. 128.

⁵⁸ S. WU, H. NABILOU, *Repo Markets across the Atlantic: Similar but Unalike*, op. cit., p. 8.

⁵⁹ R. PEROTTI, *The Repo Market*, op. cit., p. 2; see also K. GARBADE, *The Evolution of Repo Contracting Conventions in the 1980s*, in *Federal Reserve Bank of New York Economic Policy Review*, 12(1), 2006, p. 30.

⁶⁰ R. COMOTTO, *Frequently Asked Questions on Repo*, op. cit., p. 10.

⁶¹ S. WU, H. NABILOU, *Repo Markets across the Atlantic: Similar but Unalike*, op. cit., p. 6.

⁶² R. COMOTTO, *Frequently Asked Questions on Repo*, op. cit., p. 11.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 10.

⁶⁷ Under the FCD, there is a clear distinction between pledge and title transfer, leading to the enforcement through a sale in case of a pledge and appropriation of full title in case of title transfer, thus avoiding recharacterization both at the time of perfection and enforcement, see J. DALHUISEN,

Despite the aforementioned legal characterization being accepted in the literature, American authors and courts have overtime times discussed about the nature of the repo legal construction. There is a long-standing dispute as to how repos should be characterized from a legal standpoint and what are the consequence of such characterization for this multi-trillion-dollar market⁶⁸. Against this backdrop, US-based repos entail a so-called recharacterization risk. Recharacterization is a term used by scholars and practitioners to indicate the risk of a transaction being treated by a court as something different from what the parties originally intended. This risk in our analysis is the risk of a title transfer arrangement to be treated as a grant of security interest⁶⁹. This may occur because, as argued above, repos are substantially equivalent to secured loans as they both are financing arrangements characterized by a number of similarities⁷⁰. Under US law, if repurchase agreements were to be considered disguised secured transactions, then Article 9 of the Uniform Commercial Code (UCC)⁷¹ would apply, as this article covers all transactions intended to create security interest in personal property, in spite of the actual form adopted by the parties⁷². If that was the case, there is consensus among US commercial lawyers that characterizing repo contracts as security interests would have disastrous effects on the financial industry⁷³. In such a case, in fact, remedies of article 9 UCC would apply, so that in case of a breach of the seller's obligation to repurchase the securities, the buyer would need to sell the securities in a foreclosure sale and then return to the debtor

Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law Volume 2, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 717.

⁶⁸ J. SCHROEDER, *Repo Madness; the Characterization of Repurchase Agreements under the Bankruptcy Code and the U.C.C.*, in *Syracuse Law Review*, 46, 1996, p. 1008.

⁶⁹ C. GEORGIU, J. HAINES, *Understanding Repo and the GMRA*, op. cit., p. 125. See also, J. DALHUISEN, *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law Volume 2*, op. cit., pp. 519 ff.; W. HAGERTY, *Lifting the Cloud of Uncertainty over the Repo Market: Characterization of Repos as Separate Purchases and Sales of Securities*, in *Vanderbilt Law Review*, 37, 1984, pp. 401 ff.; G. SIEGEL, *Retail Repurchase Agreements: Overcoming Insecurity within the Securities Laws*, in *Annual Review of Banking Law*, 2, 1983, pp. 257 ff.

⁷⁰ J. Schroeder, *Repo Redo: Repurchase Agreements After the Real Estate Bubble*, in *Cardozo Legal Studies Research Paper*, 360, 2012, p. 2. For a list of similarities, between repos and secured loans, see A. DUNCAN, R. CANNON, *Repos of Loans - Now Possible*, p. 1, available at <https://www.cadwalader.com/uploads/books/105f9f59f9b4806acab6368322ebbb31.pdf>.

⁷¹ Article 9 of the Uniform Commercial Code governs a type of property interest, namely the security interest, laying the rules for effective creation, enforceability and priority of such interests, see H. HUGHES, *Property and the True Sale Doctrine*, in *University of Pennsylvania Business Law Review*, 19(4), 2017, p. 919. More specifically, see G. MCCORMACK, *Secured Credit under English and American Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 70 ff., hereby summed as follows: Article 9 adopts a universal, unitary concept of security interest. The scope of its application is to apply to any transaction, regardless of its form, that creates a security interest in personal property or fixtures by contract and to a sale of accounts, chattel paper, payment intangibles or promissory notes. Security interest is therein defined as an interest in personal property or fixtures that secures either payment or else the performance of an obligation. Its scope is broad enough to encompass any functionally equivalent legal devices, for example transactions that do not involve the creation of security but nevertheless, in economic terms, serve the same financing purpose.

⁷² J. SCHROEDER, *A Repo Opera: How Criimi Mae Got Repos Backwards*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 76, 2002, p. 572.

⁷³ *Ibidem*, p. 565. For instance, the Fed strongly relies on the presence of a functioning market in repos as a tool for monetary policy.

any monetary surplus from the market value obtained from this sale⁷⁴. Accordingly, lawyers drafting repos avoid the language of secured lending and call their transaction by the name of sale⁷⁵. Regardless, American judges have generally been keen to market needs and have often argued that repo transactions are functionally separate from secured loans, showing not only judicial sympathy for the parties' own self-serving characterization, but even refusing to enter into any recharacterization process of complex financial products⁷⁶. Therefore, practically, this risk should not be reason of major concern⁷⁷. Besides, it can be easily noted that the best way to avoid recharacterization risk is simply by means of appropriate contract drafting.

4. Collateral

⁷⁴ J. SCHROEDER, *Repo Madness; the Characterization of Repurchase Agreements under the Bankruptcy Code and the U.C.C.*, op. cit., p. 1008. Also recommended W. CHIP, *Are Repo Really Loans?*, Tax Notes, 2002, pp. 1056 ff., available at <https://www.cov.com/~media/files/corporate/publications/2002/05/are-repos-really-loans.pdf>; K. KETTERING, *Repledge and Pre-Default Sale of Securities Collateral under Revised Article 9*, in *Chicago-Kent Law Review*, 74, 1999, pp. 1109 ff.; H. SCHATZ, *The Characterization of Repurchase Agreements in the Context of the Federal Securities Laws*, in *St. John's Law Review*, 61, 1987, pp. 290 ff.; K. KETTERING, *True Sale of Receivables: a Purposive Analysis*, in *American Bankruptcy Institute Law Review*, 16, 2008, pp. 511 ff.; M. SPIELMAN, *Wholesale Loan Repurchase Agreements: an Assessment of Investment Transaction Risks in Light of Continuing Legal Uncertainty*, in *Commercial Law Journal*, 99, 1994, pp. 476 ff.; J. DALHUISEN, *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law Volume 2*, op. cit., pp. 519 ff.

⁷⁵ J. SCHROEDER, *Repo Redo: Repurchase Agreements After the Real Estate Bubble*, op. cit., p. 3.

⁷⁶ J. SCHROEDER, *A Repo Opera: How Criimi Mae Got Repos Backwards*, op. cit., p. 565. In the interests of providing fuller information, we have to acknowledge that English law is not exempt from such risk. Under English law certain security interests require registration and are void against a liquidator of the chargor on its insolvency if such registration did not occur. The risk derives from the requirement to register a security interest under the Companies Act of 2006. Potentially, if an English court would rule that a repo should be recharacterized as a loan, the seller being an English company, then the security would not be effective because it would have not been registered with the Companies House. As a result, the buyer would only have an unsecured claim against the seller for the repurchase price. But like American judges, English courts generally characterize a contractual document based on the parties' actual will, see C. GEORGIU, J. HAINES, *Understanding Repo and the GMRA*, op. cit., p. 125. We also have to remind that there is no statutory definition of security interest in the UK and one must look at judicial interpretation. By contrast, Article 1(37) of the Uniform Commercial Code defines a security interest as an interest in personal property that secures either payment of money or the performance of an obligation or the interest of a buyer of accounts see G. MCCORMACK, *Secured Credit under English and American Law*, op. cit., p. 1; K. ONG, E. YEUNG, *Repos & Securities Lending: the Accounting Arbitrage and their role in the global financial crisis*, in *Capital Markets Law Journal*, 6(1), 2010, p. 94; A. DUNCAN, R. CANNON, *Repos of Loans - Now Possible*, op. cit., p. 1.

⁷⁷ For GMRA-documented repo, the standard contract include a layer of protection against recharacterization. Paragraph 6 (f) of the 2011 GMRA states that: "Notwithstanding the use of expressions such as "Repurchase Date", "Repurchase Price", "margin", "Net Margin", "Margin Ratio" and "substitution", which are used to reflect terminology used in the market for transactions of the kind provided for in this Agreement, all right, title and interest in and to Securities and money transferred or paid under this Agreement shall pass to the transferee upon transfer of payment, the obligation of the party receiving Purchased Securities or Margin Securities being an obligation to transfer Equivalent Securities or Equivalent Margin Securities".

In repurchase agreements, the term collateral is used to describe the securities sold. The seller retains no property interest in the security as the buyer has the right to sell them over to a third party with no need of seller's permission⁷⁸. Nonetheless, the securities transferred in a repo are of uttermost importance in the anatomy of the transaction, because they operate as collateral for the stability of the deal⁷⁹. Collateral in repo should bear the lowest credit and liquidity risk possible, making it easy to sell the underlying securities for a predictable value in the event of default⁸⁰. There are two basic collateral structures around which the transaction can be built: (i) the general collateral repo ("GC"), which is nowadays dominant in the market and (ii) the special collateral repo⁸¹. With regard to the GC market, parties refer to a range of high quality and very liquid assets, fungible with each other, that they are willing to accept in the transaction⁸². Therefore, the GC repo rate is purely driven by the supply of - and demand for - cash⁸³. When negotiating GC repos, the seller may choose which security to deliver as collateral, since the agreement covers only the term, size and price of the transaction⁸⁴. The other available collateral option is the so called "special collateral"⁸⁵. In a special collateral repo, buyers look for specific securities, depending on the assets' characteristics or their financial investment strategy⁸⁶. Investors buying collateral are *de facto* lending money, so they are willing to lend at lower rates in exchange for their desired collateral, driving down the interest rate and causing what is called a collateral squeeze⁸⁷.

Regardless of whether securities are traded as GCs or specials, financial intermediaries operating in the repo market need to acquire a large quantity of assets in order to collateralize their transactions. First and most obvious sources of collateral are bond and equities held on their own balance sheets⁸⁸. Another viable alternative is the use of brokerage assets deposited by their clients⁸⁹. A further option involves the rehypothecation process described above⁹⁰.

After describing the collateral frameworks available to the parties, we need to define which assets are used as collateral in today market practice. Not surprisingly, a survey of the current assets traded in the market indicates that

⁷⁸ ICMA, *A Guide to Best Practice in the European Repo Market*, 2017, p. 94, available at <https://www.icmagroup.org/Regulatory-Policy-and-Market-Practice/repo-and-collateral-markets/icma-ercc-publications/icma-ercc-guide-to-best-practice-in-the-european-repo-market/>.

⁷⁹ P. SAGUATO, *The Liquidity Dilemma and the Repo Market: a Two-Step Policy Option to Address the Regulatory Void*, 2015, op. cit., p. 28.

⁸⁰ R. COMOTTO, *Frequently Asked Questions on Repo*, op. cit., p. 8.

⁸¹ P. SAGUATO, *The Liquidity Dilemma and the Repo Market: a Two-Step Policy Option to Address the Regulatory Void*, op. cit., pp. 28-29.

⁸² R. COMOTTO, *Frequently Asked Questions on Repo*, op. cit., p. 11.

⁸³ K. SCHULTZ, J. BOCKIAN, *Repurchase Agreements*, in S. SWAMMY, G. STRUMEYER (eds.), *The Capital Markets*, Hoboken, Wiley, 2017, p. 197.

⁸⁴ R. COMOTTO, *Frequently Asked Questions on Repo*, op. cit., p. 11.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 12.

⁸⁶ P. SAGUATO, *The Liquidity Dilemma and the Repo Market: a Two-Step Policy Option to Address the Regulatory Void*, op. cit., p. 29.

⁸⁷ K. SCHULTZ, J. BOCKIAN, *Repurchase Agreements*, op. cit., p. 199.

⁸⁸ J. ARMOUR, D. AWREY, P. DAVIES, L. ENRIQUES, J. N. GORDON, C. MAYER, J. PAINE, *Principles of Financial Regulation*, op. cit., p. 455.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 456.

sellers and buyers look for collateral with the lowest counterparty and liquidity risk. These assets are largely represented by bonds issued by creditworthy central governments⁹¹. In addition, a key component in the selection process is the pricing of the securities, which should reflect the potential risks of the underlying transaction⁹². In this regard, the collateral is valued below its current market price in order to incorporate several risk factors, including counterparty, legal and liquidity risks⁹³. This pricing results in a haircut (also called initial margin), that reflects the difference between the actual market value and the purchase price⁹⁴. Currently, it is estimated that more than 85% of the collateral used in the European repo markets are government securities⁹⁵. Structured products, on the contrary, represent a smaller component and are mainly used in the small European tri-party market, where they amount to about 10% of EU triparty repos⁹⁶. In the United States, Treasury securities account for about 65% of the American market, while the remaining is dominated by government-backed Agency debt and Agency Mortgage-Backed Securities⁹⁷. Other collateral are private sector assets, which are less liquid and riskier. Private sector assets include a large variety of securities including, but not limited to: (i) corporate bonds, typically senior unsecured debt; (ii) baskets of equity reproducing market indexes; (iii) covered bonds; (iv) AAA-rated mortgage-backed securities (MBS), especially from the residential sector, and other asset-backed and synthetic securities of the highest credit rating; (v) money market securities such as commercial paper and certificates of deposit⁹⁸. Overall, the predominant use of highly rated assets as collateral, *i.e.* with a AAA rating, especially in the European market, makes the repo market resilient and improves financial stability. This is because sovereign bonds are generally risk-free⁹⁹. This is also why the 2008 financial crisis affected much more the American repo market than the highly government-bond-collateralized European market¹⁰⁰.

⁹¹ P. SAGUATO, *The Liquidity Dilemma and the Repo Market: a Two-Step Policy Option to Address the Regulatory Void*, *op. cit.*, p. 29.

⁹² *Ibidem.*

⁹³ *Ibidem.*

⁹⁴ *Ibidem.* SAGUATO points out that the concepts of haircut and initial margin are both used in the repo market as equivalent tools but are actually calculated differently. A haircut is a discount to the true value of an asset, for example the value of the purchased security, so if the market value is for instance \$100 and a 2% haircut is applied the security will be treated as it had a value of \$98. In contrast, the initial margin represents the market value of the collateral as a percentage of the purchase price, for example if the buyer requires a 2% initial margin for every \$100 of purchase price that it pays it will receive purchased securities worth \$102 from the seller.

⁹⁵ ICMA, *European Repo Market Survey No. 35*, 2018, p. 14. The survey, conducted in June 2018 and published in October 2018, shows that the figure for government bonds is 85.2%. Specifically, the shares for each government are allocated as follows: 19.8% Germany, 15.4% France, 13.2% UK, 11.7% Italy, 6.1% Spain, 5.1% USA, 4.9% Japan, 3.4% Belgium, 5.5% other eurozone countries, 5.2% other OECD countries.

⁹⁶ S. WU, H. NABILOU, *Repo Markets across the Atlantic: Similar but Unalike*, *op. cit.*, p. 21.

⁹⁷ R. PEROTTI, *The Repo Market*, *op. cit.*, p. 3. For an overview of the role played by private-label asset-backed securities as collateral to repo during the financial crisis, see A. KRISHNAMURTHY, S. NAGEL, D. ORLOV, *Sizing Up Repo*, in *The Journal of Finance*, 69(6), 2014, pp. 2394 ff.

⁹⁸ R. COMOTTO, *Frequently Asked Questions on Repo*, *op. cit.*, pp. 8-9.

⁹⁹ S. WU, H. NABILOU, *Repo Markets across the Atlantic: Similar but Unalike*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁰⁰ *Ibidem.*

5. Documentation

Financial transactions are frequently documented through master agreements. These master agreements are written umbrella contracts setting out terms, conditions, rights and obligations governing all transactions underlying the same financial instrument or class of instruments between two or more counterparties¹⁰¹. In other words, master agreements are standardized contract forms. This type of centralized, modular contracting - usually drafted by industry groups to supply core terms for an entire market - is a common practice in global financial markets¹⁰². Repo agreements are no exception.

Albeit sharing the feature of being considered a true sale under a legal perspective, European repo transactions may be subject to specific provisions of the laws of Member States, thus representing a possible source of contractual inconsistency and legal conflict¹⁰³. Over time, these differences triggered industry-driven initiatives to lay the foundations of a harmonized governance and design of repurchase agreements, namely adopting a Global Master Repurchase Agreement (“GMRA”), drafted under the auspices of the International Capital Market Association (ICMA) in cooperation with its US counterpart, the Securities Industry and Financial Markets Association (SIFMA). GMRA is the principal master agreement in Europe and for cross-border repo transactions, as well as for many domestic transactions, the governing law of which is English law¹⁰⁴. GMRA is used in the US market only when an American repo involves an international counterparty, because the US domestic market still tends to adopt a SIFMA-drafted master agreement, the Master Repurchase Agreements (MRA), which is governed by New York law, first published in 1996 and not updated since¹⁰⁵. GMRA was first published in 1992 and updated in 1995 and in 2000, while the latest version was published in 2011 to reflect changes in market practice and to harmonize GMRA with other master agreements, especially the Global Master Securities Lending Agreement (GMSLA) and the ISDA Master Agreement¹⁰⁶. Currently, there are three main master agreements adopted in market practice: (i)

¹⁰¹ ICMA, *A Guide to Best Practice in the European Repo Market*, op. cit., p. 106.

¹⁰² A. GELPERN, *The Importance of Being Standard*, in *European Central Bank 2016 Annual Legal Department Conference Proceedings*, 2017, p. 24.

¹⁰³ S. WU, H. NABILOU, *Repo Markets across the Atlantic: Similar but Unalike*, op. cit. p. 6.

¹⁰⁴ S. WU, H. NABILOU, *Repo Markets across the Atlantic: Similar but Unalike*, op. cit., p. 7.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 8. For an overview of the differences between the MRA and the GMRA, see SIFMA, *Supplemental Guidance Notes. The Master Repurchase Agreements (1996 Version) and PSA/ISMA Global Master Repurchase Agreement (1995 Version)*, 1997, available at <https://www.sifma.org/resources/general/mra-gmra-msla-and-msftas/>. In sum, each standard agreement was developed in consideration of the market practices and legal environment in New York and London respectively. Accordingly, the main difference is the governing law, New York law for the MRA and English law for the GMRA. There are structural differences in the remedies applicable in the event of the default, as the MRA relies on termination or liquidation or replacement of securities, while the GMRA structures its remedies on close-out and set-off provisions. There are also differences in agency provisions and additional market-based differences relating to the events of default, margin calculation and margin for forward transaction. While the MRA addresses the regulatory status of certain US counterparties, the GMRA has specific annexes to allow for GMRA to be subject to another local law.

¹⁰⁶ R. COMOTTO, *Frequently Asked Questions on Repo*, op. cit., p. 18.

1995 GMRA; (ii) 2000 GMRA; (iii) 2011 GMRA¹⁰⁷. GMRA's provisions do not need further negotiation by repo counterparties, since they are considered generic to the market¹⁰⁸. Annex I "Supplemental Terms or Conditions" sets out terms and conditions that are peculiar to the specific transaction, in which additional terms may be agreed on by the parties¹⁰⁹. Additional Annexes may be added to adapt the GMRA to specific markets and jurisdictions other than England¹¹⁰. Finally, the specific commercial terms of each individual transactions are provided in a model template called "Confirmations" included in Annex II "Form of Confirmation"¹¹¹. Further, special provisions apply if the defaulting party has documented its repo business under GMRA¹¹². Namely, a defaulting party under the GRMA triggers one of the Events of Default listed in the agreement, triggering contract's close-out¹¹³. Accordingly, all outstanding obligations due on repos are accelerated for immediate netting and settlement¹¹⁴.

As mentioned above, documenting repos through GMRA is essential for the transaction to be potentially successful. However, regulators also require regularly updated legal opinions as a condition of recognizing the enforceability of the whole agreement¹¹⁵. Accordingly, each year ICMA demands legal opinions in more than sixty jurisdictions on the enforceability of GMRA (or key parts of the agreement), especially the close-out netting provisions¹¹⁶. Legal opinions are

¹⁰⁷ C. GEORGIU, J. HAINES, *Understanding Repo and the GMRA*, op. cit., p. 11.

¹⁰⁸ ICMA, *A Guide to Best Practice in the European Repo Market*, op. cit., p. 106. For instance, the general agreement contained in the 2011 GMRA is divided into paragraphs, categorized as follows: 1. Applicability; 2. Definitions; 3. Initiation, Confirmation, Termination; 4. Margin Maintenance; 5. Income Payments; 6. Payment and Transfer; 7. Contractual Currency; 8. Substitution; 9. Representations; 10. Events of Default; 11. Tax Event; 12. Interest; 13. Single Agreement; 14. Notices and Other Communications; 15. Entire Agreement, Severability; 16. Non-assignability, Termination; 17. Governing Law; 18. No Waivers etc.; 19 Waiver of Immunity; 20. Recording; 21. Third Party Rights.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*. Some available annexes include the Agency Annex, the Bills Annex, the Buy/Sell Back Annex, the Canadian Annex, the Equites Annex, the Gilts Annex, the Italian Annex.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² For information about the default management process see C. GEORGIU, J. HAINES, *UNDERSTANDING REPO AND THE GMRA*, op. cit., pp. 155 ff.

¹¹³ R. COMOTTO, *Frequently Asked Questions on Repo*, op. cit., p. 22. The list enumerates many acts of insolvency, such as presentation of a petition for the winding-up of the party, appointment of a liquidator, failures to pay cash amounts, making incorrect or untrue representations, being suspended from dealing in securities by an official body, etc. However, the insolvent party is automatically put into default only when a petition for the winding-up is filed or a liquidator is appointed, otherwise the party is not actually in default until its counterparty serves a Default Notice.

¹¹⁴ C. GEORGIU, J. HAINES, *Understanding Repo and the GMRA*, op. cit., p. 155. This default mechanism was tested during the failure of Lehman Brothers and proved to work well, mitigating the impact of the crisis.

¹¹⁵ R. COMOTTO, *Frequently Asked Questions on Repo*, op. cit., p. 18.

¹¹⁶ C. GEORGIU, J. HAINES, *Understanding Repo and the GMRA*, op. cit., p. 133. The opinions are available only to ICMA members. In 2016, the jurisdictions covered by Netting Opinions were 66, namely Anguilla, Australia, Austria, Bahamas, Bahrain, Barbados, Belgium, Bermuda, Brazil, British Virgin Islands, Canada, Cayman Islands, China, Croatia, Curaçao and Sint Maarten, Cyprus, Czech Republic, Denmark, England, Estonia, Finland, France, Georgia, Germany, Greece, Guernsey, Hong Kong, Hungary, India, Indonesia, Ireland, Israel, Italy, Japan, Jersey, Kuwait, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Malaysia, Malta, Mexico, Netherlands, New

pivotal for repo markets in order to minimize legal risk, including recharacterization risk, and provide clarity with respect to the legal certainty of the agreement and consequences of a default¹¹⁷. In view of this, netting legal opinions are the most important for the mechanics of a repo transaction. They cover the validity and enforceability of the close-out netting provisions, the validity of GMRA as a whole (including issues related to governing law), and the legal nature of repo in order to avoid recharacterization of the collateral title transfer¹¹⁸. Market participants look for legal opinions as part of their legal risk management process, to make sure GMRA are legally valid, and as a mean to benefit from favorable netting treatment for the purposes of regulatory capital, accounting treatment and internal credit limits¹¹⁹. Each opinion has standard formatting and covers the following topics: (i) scope, indicating types of agreement and types of entities covered; (ii) assumptions, in which the legal counsel provides the factual and legal assumptions on which the netting opinion is based; (iii) actual opinion, which represents the core content; (iv) qualifications, that qualify or limit the opinion itself; (v) insolvency qualifications, explaining insolvency laws and procedure of the jurisdictions involved; (vi) GMRA core provisions, which are so material to the netting analysis that are not amendable by the parties¹²⁰. Netting opinions are complex and most of the times do not provide straightforward, clarifying answers to the questions posed by the parties. This is why parties need an additional so-called “clean opinion”, on whether the opinion itself is sufficiently clear or not¹²¹.

6. Taxonomy of repos

From a legal and economic point of view, the basic repo agreement can be characterized by a number of different structures, each with their own peculiar features in order to suit specific customer requirements. The most important dichotomy is based on differences in the delivery method of cash and the way collateral is managed. In particular, this feature is pivotal to understand the difference between bilateral repurchase agreements (where buyer and seller transact directly), and tri-party repurchase agreements (where a clearing bank positions itself between the borrower and the lender)¹²². Differences between bilateral and tri-party include different timing of settlement, settlement costs and risk protections, and the ability to choose securities that can be posted as collateral¹²³.

Zealand, Norway, Oman, Philippines, Poland, Portugal, Qatar, Russia, Scotland, Singapore, Slovakia, Slovenia, South Africa, South Korea, Spain, Sweden, Switzerland, Taiwan, Thailand, Turkey, United Arab Emirates, United States of America.

¹¹⁷ EUROCLEAR, *Understanding Repo and the Repo Market*, op. cit., p. 53.

¹¹⁸ C. GEORGIU, J. HAINES, *Understanding Repo and the GMRA*, op. cit., p. 133.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ *Ibidem*, pp. 134-135.

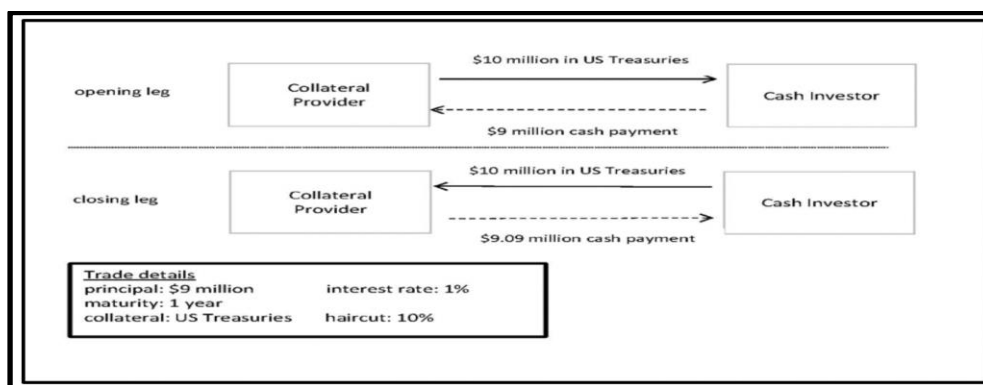
¹²¹ *Ibidem*, p. 136.

¹²² M. BARR., H. JACKSON, M. TAHYAR, *Financial Regulation: Law and Policy*, St Paul, Foundation Press, 2016, p. 1226.

¹²³ V. BAKLANOVA, A. COPELAND, R. MCCAUGRIN, *Reference Guide to U.S. Repo and Securities Lending Markets*, in *Federal Reserve Bank of New York Staff Reports*, 740, 2015, p. 5.

6.1. Bilateral repo

The bilateral repos provide for exchange of cash and securities directly between cash providers and collateral providers, usually simultaneously¹²⁴. In a bilateral repo, two parties negotiate the terms of the trade, including the principal amount of the transaction, the interest rate due by the collateral provider, the type of securities they intend to deliver, along with the haircut for the collateral pledged and the maturity date¹²⁵. This type of repo corresponds to the classic definition of repurchase agreement as a two-leg bilateral contract: (i) in the first/opening leg the seller (“collateral provider”) delivers securities to the buyer in exchange for cash; (ii) in the second/closing leg the buyer (“cash investor”) gives back the securities to the seller for a higher amount of cash, reversing in this way the cash flows¹²⁶. The following diagram provides a visual snapshot of the bilateral repo mechanics.



(Source: V. Baklanova, A. Copeland, R. McCaugrin, *Reference Guide to U.S. Repo and Securities Lending Markets*, in *Federal Reserve Bank of New York Staff Reports*, 740, 2015, p. 7)

Bilateral repos have many advantages, especially when parties desire to maintain direct interaction or they look for a specific underlying security as collateral¹²⁷. Moreover, this bilateral transaction allows the cash investor to obtain direct control over the collateral for the purposes of hedging against the collateral provider's default risk¹²⁸. The cash investor is also entitled to re-pledge the same collateral in other transactions¹²⁹. This additional right to re-pledge the collateral is a key aspect of bilateral repos. The process through which parties may re-utilize

¹²⁴ T. ADRIAN, B. BEGALLE, C. COPELAND, A. MARTIN, *Repo and Securities Lending*, in *Federal Reserve Bank of New York Staff Reports*, 529, 2013, p. 5. Also see A. COPELAND, D. DUFFIE, A. MARTIN, S. MCLAUGHLIN, *Key Mechanics of the U.S. Tri-Party Repo Market*, in *Federal Reserve Bank of New York Economic Policy Review*, 2012, p. 2. The bilateral market can additionally be classified in two main segments, one in which dealers borrow cash and one in which dealers lend cash.

¹²⁵ V. BAKLANOVA, A. COPELAND, R. MCCAUGRIN, *Reference Guide to U.S. Repo and Securities Lending Markets*, op. cit., 6.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ T. ADRIAN, B. BEGALLE, A. COPELAND, A. MARTIN, *Repo and Securities Lending*, op. cit., p. 5.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ K. SCHULTZ, J. BOCKIAN, *Repurchase Agreements*, op. cit., p. 194.

the collateral is called “rehypothecation”¹³⁰. The collateral buyer, as the actual legal owner of the collateral, has the capacity to re-utilize the collateral by re-pledging it to a third party¹³¹. This process allows the buyer to obtain new funding at lower cost¹³².

However, bilateral contracting has certain costs, namely the transactional costs of deliveries. Moreover, parties have to ensure sound collateral pricing that may reflect the actual market value of the repo principal discounted for the operational risk that the delivery might not occur¹³³. In a bilateral repo, the buyer is also required to record the securities received as collateral and ensure proper margin is applied¹³⁴. Finally, the custodian bank of each party is responsible for clearing and settlement processes¹³⁵.

6.2. Tri-party repo

A tri-party transaction is more complex than a bilateral repo. On the one hand, clearing and settlement occur through a settlement system operated by a third intermediary party in its own balance sheets, namely a clearing bank, that holds in custody both cash and collateral used in the transaction¹³⁶. The post-trading process is therefore outsourced to a single custodian bank in order to reduce the administrative burden for investors¹³⁷. On the other hand, in the first leg of the transaction there is an initial credit extension to the borrower that usually takes place in late afternoon, while both cash and collateral are transferred to the

¹³⁰ Rehypothecation is an alternative name for repledging or reuse, the latter being also used in the repo market for the outright sale of collateral from the buyer to a third party, potentially causing some confusion in the terminology.

¹³¹ R. COMOTTO, *Frequently Asked Questions on Repo*, op. cit., p. 11.

¹³² A. COPELAND, D. DUFFIE, A. MARTIN, S. MCLAUGHLIN, *Key Mechanics of the U.S. Try-Party Repo Market*, op. cit., p. 2.

¹³³ K. SCHULTZ, J. BOCKIAN, *Repurchase Agreements*, op. cit., p. 195. Operational considerations are of utmost importance, because buyers and sellers need to conduct a daily mark-to-market and issue margin calls, as bilateral repo are mainly done through a delivery versus payment’ settlement. *Also see* R. COMOTTO, *Frequently Asked Questions on Repo*, op. cit., p. 20, for an explanation of the two occasions when failure to deliver collateral might happen, that is at the start of the repo if the seller fails to deliver or at the end of the repo if there is a failure to deliver by the buyer.

¹³⁴ A. COPELAND, D. DUFFIE, A. MARTIN, S. MCLAUGHLIN, *Key Mechanics of the U.S. Try-Party Repo Market*, op. cit., p. 3.

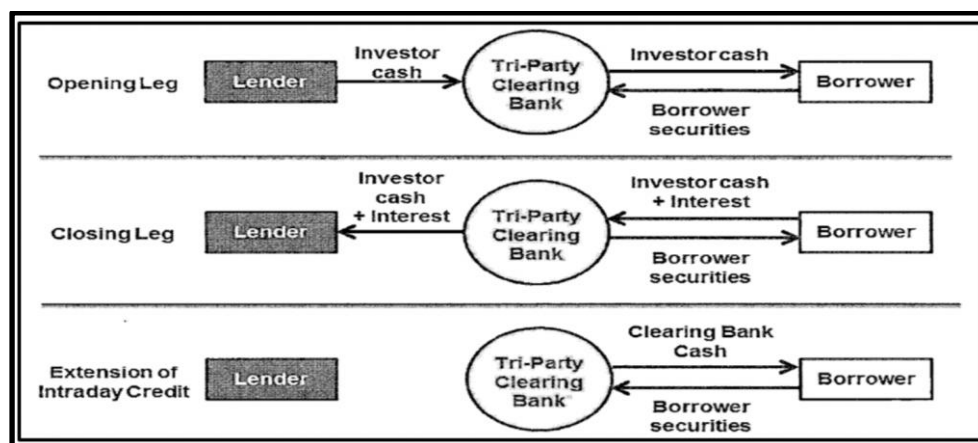
¹³⁵ V. BAKLANOVA, A. COPELAND, R. MCCAUGRIN, *Reference Guide to U.S. Repo and Securities Lending Markets*, op. cit., p. 5.

¹³⁶ V. BAKLANOVA, C. CAGLIO, M. CIPRIANI, A. COPELAND, *A New Survey of the U.S. Bilateral Repo Market: A Snapshot of Broker-Dealer Activity*, in *Federal Reserve Bank of New York Staff Reports*, 758, 2016, p. 1.

¹³⁷ R. COMOTTO, *Frequently Asked Questions on Repo*, op. cit., p. 20. In Europe, the most important clearing agents are Clearstream Luxembourg, Euroclear, Bank of New York Mellon, and JP Morgan. In the US they are Bank of New York Mellon and JP Morgan, the latter having though announced to leave the market soon, *see* Pensions & Investments, *JPMorgan exit from repo market seen as further regulatory fallout*, 16 August 2016. *See also* K. GARBADE, *The Evolution of Repo Contracting Conventions in the 1980s*, in *Federal Reserve Bank of New York Economic Policy Review*, 12(1) 2006, 38ff, where the author explains how the market for triparty repo was developed by Salomon Brothers in the late 1970s as a device to reduce the cost of financing its positions in Treasury securities.

clearing bank¹³⁸. The clearing bank places the collateral provided by the borrower and the funds obtained from the lender in each other's accounts. In fact, the clearing bank usually holds already collateral and cash from each party, so that it only needs to internally set off the accounts through a process known as "winding the transaction"¹³⁹. During the life of the transaction, borrowers may not access the collateral and lenders cannot withdraw their funds¹⁴⁰. The clearing bank unwinds the transaction the morning after the transaction occurs by releasing the collateral to the borrower and placing the funds, including a premium, back into the lender's account¹⁴¹. Moreover, between the unwinding and winding process the clearing bank extends intraday credit to the borrower in order to ease the financing of its securities inventories, since they are no longer financed by the tri-party cash lender¹⁴².

The clearing bank does not take the role of principal intermediary in the transaction, but it merely acts as an agent¹⁴³. The triparty agent it is solely responsible for giving instructions to a Central Securities Depository (CSD) on behalf of counterparties to a repo¹⁴⁴. The fact that the clearing bank is an agent also means the legal relationship between the parties remains unchanged, while they still bear the risks of the transaction, including the risk of default of one counterparty¹⁴⁵. The following diagram better clarifies this point.



(Source: M. Barr., H. Jackson, M. Tahyar, *Financial Regulation: Law and Policy*, St Paul, Foundation Press, 2016, p. 1228)

¹³⁸ M. Barr, H. Jackson, M. Tahyar, *Financial Regulation: Law and Policy*, op. cit., p. 1228.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ V. BAKLANOVA, A. COPELAND, R. MCCAUGRIN, *Reference Guide to U.S. Repo and Securities Lending Markets*, op. cit., p. 8. Therefore, a triparty agent is not a Central Clearing Counterparty (CCP), which instead would interpose between counterparties to net their transaction, becoming the seller to every buyer and the buyer to every seller, see also R. COMOTTO, *A Primer on Tri-Party Repo*, op. cit., p. 1.

¹⁴⁴ R. COMOTTO, *A Primer on Tri-Party Repo*, op. cit., p. 1.

¹⁴⁵ R. COMOTTO, *Frequently Asked Questions on Repo*, op. cit., 20.

In the event of default of one counterparty the tri-party agent would simply refuse to receive further instructions from the defaulting party, waiting instead for further instructions from the non-defaulting party¹⁴⁶. Against this backdrop, in a tri-party repo parties still need to sign bilateral written agreements, such as a master agreement, but they also need further documentation with the triparty agent, adding another layer of contractual obligations¹⁴⁷.

Tri-party transactions offer several advantages, especially where parties involved in repo transactions have no operational capability to trade by themselves. Clearing agents have in fact the infrastructure to increase operational efficiencies to reduce costs to both buyers and sellers¹⁴⁸. Moreover, clearing agents ensure enhanced protection for the purpose of the repo transactions: cash investors are protected from dealer's default through a haircut negotiated with the collateral provider¹⁴⁹. At the same time, collateral providers are protected from failure of delivery as the collateral is held in custody of the bank and may not be utilized outside its triparty settlement platform¹⁵⁰. The intermediary also provides a range of services, including collateral management in the form of pricing and daily marking-to-market (*i.e.* daily settling of gains and losses due to changes in the market value of the security), managing trade, collateral selection, payment and ensuring that the collateral posted may satisfy the master agreement standardized provisions, which also details specific requirements for eligible collateral¹⁵¹. Against this background, collateral selection is particularly important. Although it may be performed manually by the seller, it is usually automated by the agent through algorithms¹⁵². European triparty agents also offer sellers an unconstrained right of substitution of the collateral during the life of the repo transaction¹⁵³. Since physical delivery of securities does not take place, transactions costs are lower than in a bilateral repo and exchange of cash and collateral is entirely made through a journal entry on the books of the clearing bank¹⁵⁴. All that being said, triparty contracting also has some downsides, which became clear during the last financial crisis¹⁵⁵. In particular: (i) when a broker

¹⁴⁶ R. COMOTTO, *A Primer on Tri-Party Repo*, op. cit., 1.

¹⁴⁷ R. COMOTTO, *Frequently Asked Questions on Repo*, op. cit., 20. The documentation may include, for instance, account-opening documents, general terms of business, service agreements. Some provisions are specifically common to triparty documentation: general framework, election of commercial parameters, operating procedures, indemnities, liability limitations, rights of reuse, disputes, governing law, etc. see C. GEORGIU, J. HAINES, *UNDERSTANDING REPO AND THE GMRA*, op. cit., 122 ff.

¹⁴⁸ K. SCHULTZ, J. BOCKIAN, *Repurchase Agreements*, op. cit., 196. Some specific examples of services offered by a triparty agent include account holding, transaction processing, selection of purchased securities, margining, substitutions, reporting.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ V. BAKLANOVA, A. COPELAND, R. MCCAUGRIN, *Reference Guide to U.S. Repo and Securities Lending Markets*, op. cit., p. 8.

¹⁵¹ K. SCHULTZ, J. BOCKIAN, *Repurchase Agreements*, op. cit., p. 196. Also see R. COMOTTO, *A Primer on Tri-Party Repo*, op. cit., p. 2, for detailed explanations on the process of collateral selection and substitution.

¹⁵² R. COMOTTO, *A Primer on Tri-Party Repo*, p. 2.

¹⁵³ *Ibidem*. The substitution might happen for several reason, for example securities become ineligible or cheaper securities become available.

¹⁵⁴ K. SCHULTZ, J. BOCKIAN, *Repurchase Agreements*, op. cit., p. 196.

¹⁵⁵ M. BARR, H. JACKSON, M. TAHYAR, *Financial Regulation: Law and Policy*, op. cit., p. 1229.

dealer suffers liquidity shortages, the clearing bank may restrict credit by shortening repo maturities and demanding higher interest rates and more collateral through an increase of haircuts, thus effectively exposing repo borrowers to lenders runs; (ii) if the solvency of the borrower's is questioned while the transaction is unwound, lenders may refuse to provide funds to rewind the transaction and pull their deposits, exposing the clearing bank to borrowers' credit risk for longer than expected; (iii) clearing banks may be exposed to borrowers' defaults, triggering a fire sale of the collateral that could cause negative spillover effects to other dealers holding the same securities¹⁵⁶.

From a legal and institutional perspective, the triparty market is somehow different in Europe and in the United States. Triparty agents settle around 60% of the American repo market, focusing on treasury and agency debt, while in Europe they are normally involved in managing non-government bonds and equity, staggering at less than 10% of the total repo market¹⁵⁷. It must be noted that while in Europe true term repos are dominant, in the US the triparty system has traditionally unwound term repos each morning to be rearranged in the afternoon, effectively transforming them in overnight repos that are rolled over each day, in order to give sellers a daily opportunity to replace collateral¹⁵⁸. In Europe, the same outcome is achieved through direct substitution and margining¹⁵⁹. Finally, the European market does not suffer from a concentration of the investor base, while the American one is dominated by money market mutual funds and securities lending agents reinvesting cash collateral¹⁶⁰. Within the standard triparty market, there is a segment of the US repo market - the General Collateral Finance (GCF) repo market - which only allows high-quality, liquid assets that are close substitutes to each other (hence, "general") to be posted in covered transactions¹⁶¹. The GCF allows netting in both legs of the transaction so as to minimize costly transfer of securities, both by extending the time granted to the borrower for delivery and by reducing the cost for collateral substitution¹⁶². Unlike a standard triparty transaction, where parties' identity is revealed, the GCF is traded anonymously, thus resulting in a blind-brokered interdealer market¹⁶³. In other words, participants do not need to choose and identify a

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ R. COMOTTO, *Frequently Asked Questions on Repo*, op. cit., p. 21.

¹⁵⁸ R. PEROTTI, *The Repo Market*, op. cit., p. 4. Also see R. COMOTTO, *Frequently Asked Questions on Repo*, op. cit., p. 21, where it is pointed out that this practice requires the triparty agents to create a systemic intraday credit exposure; also see A. COPELAND, A. MARTIN, M. WALKER, *Repo Runs: Evidence from the Tri-Party Repo Market*, in *Federal Reserve Bank of New York Staff Reports*, 506, 2011, pp. 6 ff., in which the authors describe the timing of events of triparty repo markets in the United States in three stages: (i) morning: trade agreement; (ii) afternoon: collateral allocation; (iii) next morning: the "unwind".

¹⁵⁹ R. COMOTTO, *Frequently Asked Questions on Repo*, op. cit., p. 21.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ M. J. FLEMING, K. GARBADE, *The Repurchase Agreement Refined: GFC Repo*, in *Federal Reserve Bank of New York Current Issues in Economics and Finance*, 9(6) 2003, 1. To participate, dealers must be netting members of FICC's Government Securities Division, see T. ADRIAN, B. BEGALLE, A. COPELAND, A. MARTIN, *Repo and Securities Lending*, op. cit., p. 6.

¹⁶² M. J. FLEMING, K. GARBADE, *The Repurchase Agreement Refined: GFC Repo*, op. cit., p. 3. Interest on the repo is paid at maturity, but there are daily accrued interests and mark-to-market payments associated with the reversals, protecting financial interests of both parties.

¹⁶³ M. BARR, H. JACKSON, M. TAHYAR, *Financial Regulation: Law and Policy*, op. cit., p.1230.

counterparty to complete the transaction, thereby saving the costs of negotiating individual collateral arrangements¹⁶⁴. The common feature with the triparty market is the use of the same infrastructure, as trades are settled on the books of the clearing banks¹⁶⁵. The main advantage of the GCF is trade netting, which allows dealers to manage their position more flexibly. Currently, in the United States most of the transactions occur via GFC documentation¹⁶⁶.

7. The repo market: a primer

Albeit the scope of this paper is strictly limited to the repo transaction, it is desirable to make some brief remarks on the overall repo market.

The repo market is largely over-the-counter, therefore estimates of its size are difficult to come by, due to the lack of transparency and reporting duties. In this regard, we also need to highlight that repurchase agreements are strictly intertwined with what has come to be known as the “shadow banking” system¹⁶⁷. Currently, to provide a complete overview on its market size and characteristics, one should compare the market dimensions in Europe and in the US, as they combined represent more than 70% of the global repo market¹⁶⁸. In Europe, the European Repo and Collateral Council (ERCC) of the International Capital Market Association (ICMA) conducted a semi-annual survey on the European repo market in June 2018¹⁶⁹. The survey asked 62 offices of fifty-nine financial groups, mainly banks, for the value and breakdown of repo contracts on their trading books outstanding at the close of business on June 2018. The results showed that the total value of the repo contracts on the books of the participating institutions was EUR 7351 billion. In the US, the total repo market borrowing by primary dealers ranged between a notional amount of \$2 trillion and \$2.3 trillion for the twelve months ending in September 2018, as in prior years¹⁷⁰. The triparty activity (exclusive of GFC transactions) went from the \$1.6 trillion of March 2016 to the \$1.9 trillion of October 2017.

In Europe, repos are the main source of money market funding for banks and transactions are primarily conducted in the so-called “interbank repo market” - where banks can extend loans to one another for a specified term using repos¹⁷¹. Banking institutions - including commercial, retail, and investment firms, as well

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ M. J. FLEMING, K. GARBADE, *The Repurchase Agreement Refined: GFC Repo*, op. cit., p. 5.

¹⁶⁶ T. ADRIAN, B. BEGALLE, A. COPELAND, A. MARTIN, *Repo and Securities Lending*, op. cit., p. 5.

¹⁶⁷ For an overview of the role played by repos in the shadow banking system, see A. M. PACCES, H. NABILOU, *The Law and Economics of Shadow Banking*, in I.H.-Y. CHIU, I. G. MACNEIL (eds.), *Research Handbook on Shadow Banking. Legal and Regulatory Aspects*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 7 ff.

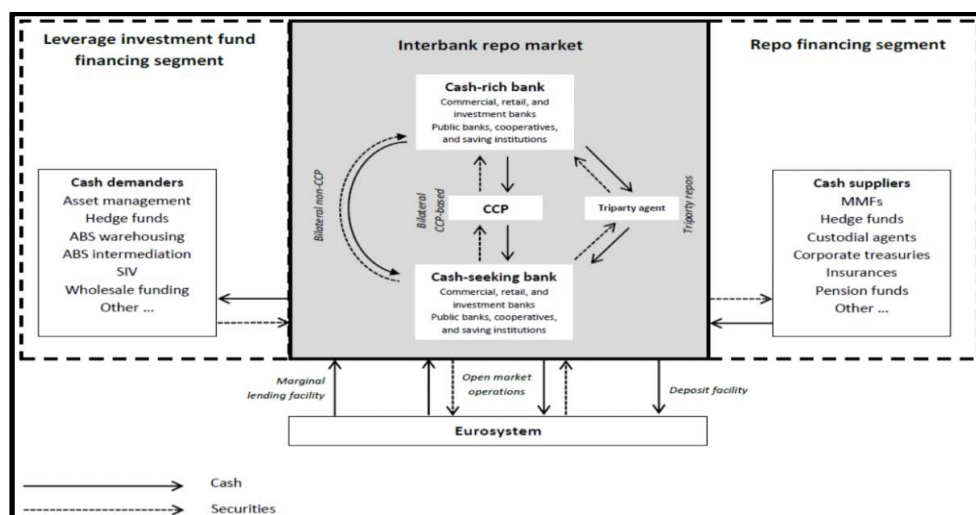
¹⁶⁸ P. SAGUATO, *The Liquidity Dilemma and the Repo Market: a Two-Step Policy Option to Address the Regulatory Void*, op. cit., p. 15.

¹⁶⁹ See ICMA, *European Repo Market Survey No. 35*, 2018.

¹⁷⁰ Financial Stability Oversight Council (FSOC), *Annual Report*, 2018, p. 44; see also SIFMA, *Repo Market Fact Sheet*, 2017.

¹⁷¹ L. MANCINI, A. RANALDO, J. WRAMPPELMAYER, *The Euro Interbank Repo Market*, in *Swiss Finance Institute Research Paper No. 13-71*, 2015, p. 4., available at https://www.cbs.dk/files/cbs.dk/angeloranalodpaper_4.pdf. The interbank repo market does not include all the repos outside the banking sector.

as national central banks - looking for risk-averse opportunities benefit from this huge market fueled by the European System of Central Banks (ESCB)¹⁷². Additional market participants include securities market intermediaries and highly leveraged investors, such as hedge funds driven by optimal funding strategies¹⁷³. The following diagram better clarifies the European scenario.



(Source: L. Mancini, A. Ranaldo, J. Wrampelmeyer, *The Euro Interbank Repo Market*, in *Swiss Finance Institute Research Paper No. 13-71*, 2015, p. 29)

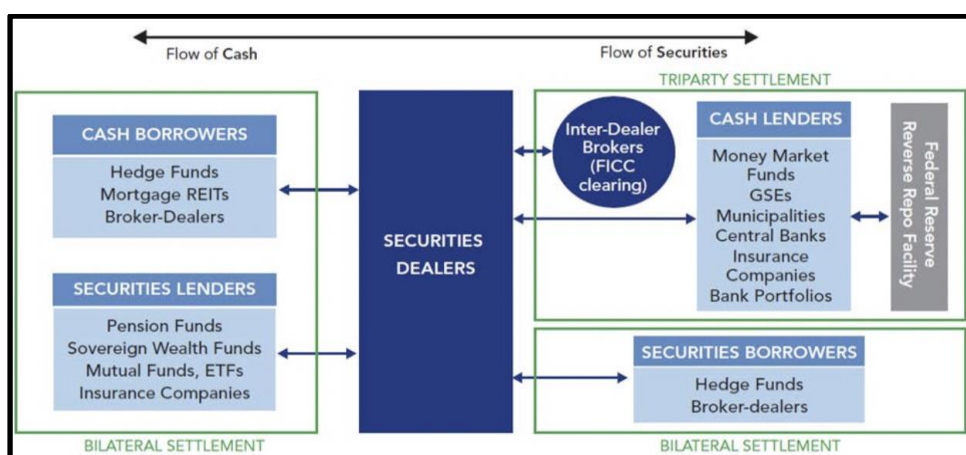
Conversely, in the United States securities dealers are generally involved in repo transactions, operating as intermediaries between cash lenders and cash borrowers¹⁷⁴. American lenders are generally institutional investors of cash pools, while borrowers are generally investors, such as broker-dealers¹⁷⁵. The Federal Reserve System is also an active market participant. The following diagram provides a visual snapshot of the American scenario.

¹⁷² S. WU, H. NABILOU, *Repo Markets across the Atlantic: Similar but Unalike*, op. cit., p. 17.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 16.

¹⁷⁴ S. WU, H. NABILOU, *Repo Markets across the Atlantic: Similar but Unalike*, op. cit., p. 17.

¹⁷⁵ V. BAKLANOVA, A. COPELAND, R. MCCAUGRIN, *Reference Guide to U.S. Repo and Securities Lending Markets*, op. cit., p. 15. Also see SIFMA, *Repo Market Fact Sheet*, 2017.



(Source: V. Baklanova, A. Copeland, R. McCaugrin, *Reference Guide to U.S. Repo and Securities Lending Markets*, in *Federal Reserve Bank of New York Staff Reports*, 740, 2015, p. 16)

Despite the different composition of repo users in Europe and in the US, their operational functioning and economic purposes are quite similar. First, repo buyers are risk-averse, cash-rich investors looking for safe short-term investments, such as money market mutual funds (MMMFs)¹⁷⁶, asset managers, insurance companies, pension funds, corporations, banks, government sponsored entities (GSEs) and municipalities¹⁷⁷. They trade in repos to earn a profit by maximizing their return on short-term cash, motivated by the layer of protection offered by the collateral¹⁷⁸. Second, sellers are entities such as hedge funds, real estate investment trusts and asset managers looking for low-cost funding strategies to finance or leverage their securities positions to increase portfolio returns¹⁷⁹. Additionally, as repos are used to obtain specific securities, investment companies, pension funds and insurance companies are the main providers of collateral upon demand¹⁸⁰. Third, financial intermediaries, such as securities dealers and large banks, engage in repo transactions as both sellers and buyers¹⁸¹. The intermediation chain provides clients with collateralized financing and allows

¹⁷⁶ Money market funds are financial intermediaries that manage funds on behalf of investors who wish to invest in low-risk securities. MMMFs allow for funds withdrawal at a short notice. Their objective is to maintain the value of their assets' principal, so they only invest in low-risk, short-term securities, see M. KACPERCZYK, P. SCHNABL, *Money Market Funds. How to Avoid Breaking the Buck*, in V. ACHARYA, T. COOLEY, M. RICHARDSON, I. WALTER (eds.), *Regulating Wall Street. The Dodd-Frank Act and the New Architecture of Global Finance*, Hoboken, Wiley, 2011, pp. 305 ff.; M. BARR., H. JACKSON, M. TAHYAR, *Financial Regulation: Law and Policy*, op. cit., pp. 1197 ff.

¹⁷⁷ K. Schultz, J. Bockian, *Repurchase Agreements*, op. cit., p. 190. For a market overview also see V. Baklanova, *Repo and Securities Lending: Improving Transparency with Better Data*, in *Office of Financial Research Brief Series No. 15-03*, 2015.

¹⁷⁸ K. Schultz, J. Bockian, *Repurchase Agreements*, op. cit., p. 190.

¹⁷⁹ V. BAKLANOVA, A. COPELAND, R. MCCAUGRIN, *Reference Guide to U.S. Repo and Securities Lending Markets*, op. cit., p. 17. Much of their borrowing activities happens indirectly through the prime brokerage units of these firms, see EUROCLEAR, *Understanding Repo and the Repo Market*, p. 21.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 17

¹⁸¹ K. SCHULTZ, J. BOCKIAN, *Repurchase Agreements*, op. cit., p. 190.

the dealers to repledge the collateral to obtain additional funding for cash investors through bilateral and reverse repos, while triparty repos are mostly used by the dealers to fund themselves¹⁸². After raising funds through repos, these intermediaries have a number of alternatives: (i) they may use these funds to purchase other financial assets in order to keep them in their balance sheets or to repackage them for sale via securitization; (ii) they can support their brokerage activities to ensure they meet their financial obligations; (iii) they may use these funds to pay other liabilities, including dividends or debts with third-party service providers¹⁸³.

With regard to the triparty repo market, buyers include cash-rich but risk-adverse investors that do not possess internal infrastructures for collateral management and securities settlement, such as, again, some money market mutual funds, pension funds, wealth funds and commercial banks¹⁸⁴. Sellers of triparty products are mostly securities dealers that benefit from the lower operational requirements (*e.g.* not having to take care of collateral management themselves)¹⁸⁵. As argued above, because of the triparty repo structure, a clearing bank is always involved, acting as an intermediary agent.

Finally, central banks use repos to implement their monetary policy through open market operations in order to provide assistance to the banking system¹⁸⁶.

8. Conclusion

This paper sought to scrutinize the legal and economic foundations of the repurchase agreement's structure from a comparative legal standpoint. The examination has unearthed both common features and substantial differences in the legal framework of repurchase agreements in Europe and in the United States. On the basis of these findings, we shall endeavor to summarize the main distinguishing features. It must be recalled that repo transactions are widely executed in both common law and civil law jurisdictions, but a comparative survey of the contractual scheme shows that their legal construct is essentially different. As argued multiple times, in Europe legal title of the underlying collateral is transferred from the seller to the buyer of the securities by means of an outright transfer of legal ownership, thereby making the European repo transaction a legal true sale - or, in the wording of the Financial Collateral Directive, a title transfer collateral arrangement. Conversely, in the United States, the collateral in the transaction is formally pledged, but it is simultaneously exempted from the automatic stay, through special "safe harbors" provisions, so that - in the event of

¹⁸² V. BAKLANOVA, A. COPELAND, R. MCCAUGRIN, *op. cit.*, p. 17.

¹⁸³ J. ARMOUR, D. AWREY, P. DAVIES, L. ENRIQUES, J. N. GORDON, C. MAYER, J. PAINE, *Principles of Financial Regulation*, *op. cit.*, p. 456.

¹⁸⁴ R. COMOTTO, *A Primer on Tri-Party Repo*, *op. cit.*, pp. 3-4.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 4.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 8. For instance, the ECB is empowered with standard and non-standard monetary policy tools to ensure the transmission of monetary policy throughout the financial system. The legislative framework is set out in Article 18 of the ESCB Statute, which provides that "*in order to achieve the objectives of the ESCB and to carry out its tasks, the ECB and the national central banks may operate in the financial markets by buying and selling outright (spot and forward) or under repurchase agreement and by lending or borrowing claims and marketable instruments, whether in euro or other currencies, as well as precious metals [...]*".

a party's insolvency - the counterparty holding the securities may liquidate them and accelerate or terminate the agreement. The peculiar treatment of US-based repo agreements, coupled with the right of rehypothecation of collateral, imprints on the transaction the same economic outcome as a true sale. Regardless of actual legal status, both legal systems allow for bilateral and tri-party delivery structures. However, while bilateral settlement is widely used in both European and American over-the-counter markets, collateral management in the US is mostly conducted via the tri-party scheme, whereas in Europe the tri-party sector plays a relatively small part. On the other hand, repos in the European market are mostly cleared through central clearing counterparties, using electronic repo trading systems. Also, US-based repo agreements are generally processed overnight, while Europe-based agreements tend to take a little longer (from two days to one week). In addition, it must be recalled that in both legal systems sellers and buyers look for underlying collateral with the lowest counterparty and liquidation risk, therefore it is no surprise that in Europe government securities are dominant, while in the US both Treasuries and other government-sponsored agency securities are overwhelmingly used.

From an institutional perspective, the infrastructure of the European market is different from the American one, as a consistent number of euro repo transactions are conducted in the interbank market, reflecting the continental bank-based system. This implicates that European repo transactions are not entirely settled in the shadow banking system. Accordingly, market participants are mostly banking institutions - including commercial, retail, and investment firms, as well as national central banks. Conversely, in the United States, a securities dealer is generally involved in the transaction, operating as an intermediary between cash lenders and cash borrowers. Therefore, market participants are mostly institutional investors of cash pools, such as money market mutual funds acting as lenders on one side, and broker-dealers acting as borrowers on the other. Hence, the American market is more entangled with the shadow banking sector.

All the above considered, we want to emphasize that the comparative approach should be the preferred analytical tool to scrutinize the ever-evolving legal and economic dynamics of cross-continental financial transactions.

Approfondimenti e saggi

La segnalazione in Centrale di Allarme Interbancaria: profili di (il)legittimità e l'onere della prova dell'avvenuto pagamento tardivo.

Brevi considerazioni sulla condotta del traente e del trattario.

di Antonio Zurlo

La legittimità della segnalazione in Centrale di Allarme Interbancaria (d'ora innanzi, CAI) è questione che vive sempre di rinnovata attualità, nel panorama bancario – finanziario, specie nella valutazione analitica della condotta posta in essere dalla Banca trattaria, quasi scontando una scorta di influenza consumeristica.

Ai fini che qui più interessano, la disciplina normativa, segnatamente l'art. 9, secondo comma, lett. b), della legge 15 dicembre 1990, n. 386, prevede testualmente che *l'iscrizione è effettuata: [...]* nel caso di difetto di provvista, quando è decorso il termine stabilito dall'articolo 8 (ovverosia sessanta giorni dalla data di scadenza del termine di presentazione del titolo) *senza che il traente abbia fornito la prova dell'avvenuto pagamento [...]*.

Dalla letteralità del dato normativo emerge chiaramente come in capo al soggetto traente si articoli un duplice onere: attivarsi per il pagamento tardivo, in sanatoria, nonché darne prova documentale all'Istituto trattario. La relazionalità tra questi due adempimenti ha ingenerato, in seno alla giurisprudenza (di merito e arbitrale), alcune conflittualità, invero riducibili.

Come sottolineato da autorevole dottrina, la quietanza di pagamento è adempimento dal valore inibitorio dell'iscrizione in archivio, solo laddove:

- rechi la puntuale indicazione dell'importo pagato (coincidente con sorte del titolo oltre oneri accessori) e la relativa data;
- contenga la sottoscrizione autenticata del portatore del titolo (come espressamente previsto dall'art. 8, terzo comma);
- sia redatta e presentata all'Istituto di credito entro il termine perentorio di sessanta giorni, decorrente dalla data della prima presentazione del titolo.

Requisiti che devono necessariamente concorrere, dal momento che, in loro difetto, la Banca trattaria non godrebbe di alcun margine per porre in essere un (diverso e ulteriore) accertamento del pagamento in sanatoria, eventualmente effettuato dal soggetto traente^[1].

A tal riguardo, assume indubbio rilievo la caratterizzazione della stessa procedura di segnalazione del nominativo, nell'archivio informatizzato di cui all'art. 10bis l. n. 386/90: procedimento che non è nella disponibilità della Banca, che, quindi, non può scientemente effettuare alcuna valutazione discrezionale sull'avvio del medesimo.

Di tal guisa, nel caso in cui non dovessero concretizzarsi “concorsualmente” tutte le suindicate circostanze inibitorie della segnalazione, anche un pagamento, in

seconda presentazione, di un assegno bancario, emesso in mancanza totale o parziale di fondi, non esonererebbe l'Istituto trattario dall'obbligo di attivare la procedura *de qua*: il momento consumativo della fattispecie coincide, difatti, con l'infruttuosa presentazione al pagamento del titolo; di conseguenza, la Banca è tenuta, al momento della prima presentazione dell'assegno, all'esecuzione di tutti gli adempimenti di legge (come l'invio tempestivo del preavviso di revoca, ai sensi dell'art. 9bis, che è stato qualificato come un obbligo di trasparenza, e non come mera condizione di legittimità^[2]), relativi tanto all'avvio della procedura sanzionatoria amministrativa, quanto alla segnalazione in CAI.

La descritta inderogabilità della procedura si giustifica anche nell'ottica della tutela di un interesse collettivo, quasi "sovraordinato", quello del mercato e dei suoi operatori; l'avvio del procedimento, come affermato recentemente anche dalla giurisprudenza arbitrale, costituisce un vero e proprio obbligo verso l'intero sistema creditizio^[3] e la sua cogenza appare giustificata dalla precipua rilevanza della tutela della fede pubblica nell'assegno bancario quale mezzo di pagamento^[4]. In considerazione della natura primaria e diffusa degli interessi presidiati, tale stringente meccanismo sanzionatorio, proprio in ossequio alla letteralità dello stesso dato normativo, può essere ragionevolmente "inibito" esclusivamente mediante la tempestiva effettuazione del c.d. pagamento tardivo, oltrevia per il tramite della corresponsione di una somma inclusiva, oltre che del valore facciale del titolo, degli interessi, della penale prevista dall'art. 3 della medesima legge e delle eventuali spese per il protesto (o constatazione equivalente), nonché, al contempo, fornendo all'Istituto trattario prova dell'avvenuta sanatoria, nei termini e con le modalità normativamente stabilite (con quietanza del portatore, con firma autenticata, da redigere e presentare entro la scadenza di cui all'art. 8 l. n. 386/90).

In claris non fit interpretatio. Il tenore del dato normativo è, in sostanza, estremamente chiaro e non vi sono ragioni evidenti per disattenderlo, con letture artefattamente manipolative. La presentazione tempestiva della quietanza, lungi dal rappresentare un mero onere accessorio all'adempimento della sanatoria, è, per converso, un obbligo essenziale per evitare la segnalazione in CAI; ne consegue, quindi, l'inevitabilità dell'iscrizione nel caso in cui (purtroppo, tutt'altro che infrequente), nel termine perentorio dei sessanta giorni, si sia provveduto unicamente al pagamento del titolo (maggiorato da interessi e penale), senza la successiva tempestiva produzione al trattario. Non essendoci nessuna caratterizzazione in termini di facoltatività e/o accessorietà, né, tantomeno, nessuna graduazione dirimente tra i due obblighi normativamente previsti (pagamento e presentazione del titolo quietanzato), se ne deve ragionevolmente dedurre che la mancata osservanza, nella sua integralità, della procedura di pagamento tardiva (della quale, come più volte ribadito, la redazione e l'allegazione della quietanza autentica, nei termini perentori normativamente imposti, sono parti coesenziali), non possa consentire, né, tantomeno, una surrettizia elusione della disciplina sanzionatoria^[5]. La mancata osservanza dell'intera procedura di pagamento tardivo e, quindi, anche la mancata produzione della quietanza autenticata nei perentori termini previsti dalla legge non consente di evitare l'iscrizione, non essendo ravvisabile al riguardo alcuna discrezionalità da parte della trattaria^[6].

La formalità normativamente imposta della prova dell'avvenuta sanatoria, preordinata al già rappresentato superiore principio di tutela del credito, conferisce certezza alle verifiche prodromiche alla corretta attivazione della procedura di segnalazione: la tempestiva presentazione della quietanza di pagamento autenticata, lungi dal rappresentare una mera *quisquilia* accessoria al pagamento tardivo, è l'unico strumento idoneo, in senso squisitamente oggettivo (mancando, come anticipato, margini di discrezionalità in capo alla Banca)^[7], a comprovare incontrovertibilmente l'avvenuta esecuzione del pagamento^[8].

Su di un piano più strettamente pragmatico – operativo, tale considerazione si traduce nella legittimità della condotta dell'intermediario che, a fronte dell'intempestività della redazione e/o della produzione della quietanza, abbia proceduto con l'iscrizione. In tale eventualità, difatti, in ossequio a quanto rilevato precedentemente, la Banca trattaria, in base alle disposizioni in materia, sarebbe tenuta, ad attivare la procedura per l'iscrizione in CAI: non potrebbe, consequenzialmente, né censurarsi la sua condotta, in quanto evidentemente legittima, né accordare l'eventuale tutela cautelare al cliente, poiché evidentemente infondata^[9].

Ove necessario, in senso maggiormente avvalorativo della ricostruzione proposta, può addursi la letteralità dell'art. 15, secondo comma, D.M. n. 458 del 07.11.2001, in cui, relativamente al preavviso di revoca, viene testualmente statuito che *la prova del pagamento tardivo dell'assegno nel sessantesimo giorno deve essere fornita dall'interessato entro l'orario di apertura dello stabilimento trattario*. La disposizione normativa *de qua*, oltre a indicare il termine di decorrenza per l'invio del preavviso, disciplina, dettagliatamente, l'eventualità di una produzione della quietanza nell'ultimo giorno utile (il sessantesimo), chiarendo come la stessa debba essere effettuata non in qualsiasi orario, ma entro quello di apertura dell'Istituto trattario. *La voluntas legis* pare, anche in questo caso, evidente: l'interessato non solo è gravato dell'onere di munirsi della quietanza autenticata, ma anche di quello consequenziale di produrla entro l'orario di chiusura della Banca trattaria, del sessantesimo giorno^[10].

In tema di emissione di assegno bancario senza provvista, la prova del pagamento, al fine di precludere l'applicazione della sanzione amministrativa, deve essere data esclusivamente nelle forme prescritte dal predetto art. 8, e, quindi, mediante quietanza con firma autenticata dal portatore, rilasciata entro sessanta giorni dalla scadenza del termine di presentazione del titolo; che è modalità esclusiva^[11], essendo a tale scopo irrilevante la dimostrazione del pagamento a mezzo di prova testimoniale^[12]. Tale necessità dev'essere intesa come finalizzata non ad assicurare la soddisfazione del beneficiario, quanto a garantire e rafforzare le esigenze di tutela generale dell'economia e dei consociati, disincentivando condotte strumentali e opportunistiche, foriere di incertezze negli scambi e di costi aggiuntivi nelle transazioni, a carico della collettività^[13].

In tal senso, è stato reputato legittimo il comportamento della Banca che aveva segnalato alla CAI il mancato pagamento di un assegno nei sessanta giorni dalla scadenza, avendo l'Istituto ritenuto irrilevante una quietanza del creditore priva della autentica della firma, mentre solo in secondo tempo, ovverosia dopo la comunicazione *ex art. 9*, era stata presentata la quietanza autenticata: in altri termini, è stata confermata l'irrilevanza della quietanza autenticata rilasciata in

data successiva ai sessanta giorni di cui all'art. 8 l. n. 386/90, addirittura pur essendo stata presentata nei termini una quietanza non autenticata^[14].

La quietanza autenticata da un pubblico ufficiale rappresenta, difatti, l'unico elemento probatorio certo capace di rendere edotta la Banca circa l'avvenuta sanatoria, non essendo esigibile una diversa condotta da parte di quest'ultima. In considerazione della rilevanza primaria della tutela del risparmio e degli interessi diffusi variamente correlati a essa, la legge pone a carico del soggetto traente non solo l'onere di effettuare il pagamento tardivo nel termine di legge, ma anche quello, del tutto equipollente, di fornire, nel medesimo termine, la prova dell'avvenuto pagamento^[15]: accogliere la richiesta di tutela cautelare formulata da parte ricorrente significherebbe contraddire il dato normativo e concorrere a eluderne lo spirito sanzionatorio.

Ragionando *a contrario*, la soluzione non cambierebbe. Optando per l'illegittimità della condotta della trattaria, si addiverrebbe una stasi nell'applicazione delle previsioni normative di cui alla l. n. 386/90, in quanto si pretenderebbe che una Banca, a fronte di un allarme derivante dalla presentazione di un assegno scoperto, debba attendere un tempo, indeterminato, prima di attivare la procedura di revoca delle autorizzazione e di segnalare, quindi, il nominativo del traente, consentendo a quest'ultimo, magari anche a distanza di mesi, di farsi rilasciare una quietanza autenticata e, per giunta, con finalità retroattiva. In altri termini, si legittimerebbe una vera e propria elusione della normativa, che vedrebbe artefattamente ridotto il suo ambito di applicazione.

La presentazione ampiamente tardiva degli assegni quietanzati, da ascrivere a una condotta quantomeno colposa del traente (a meno di comprovate responsabilità di soggetti terzi e/o specifiche giustificazioni), deve ritenersi circostanza causale che impedisca alla Banca trattaria di essere tempestivamente edotta dell'avvenuto pagamento tardivo, imponendole l'attivazione dell'*iter* sanzionatorio^[16], tenuta, in ogni caso, a procedervi, per non incorrere nella responsabilità solidale per gli assegni emessi successivamente dallo stesso soggetto, nel periodo in cui avrebbe dovuto, correttamente, operare la revoca (corresponsabilità giustificata a garanzia di tutti quei soggetti terzi che si siano interfacciati con un soggetto che, per converso, non sarebbe dovuto essere ritenuto affidabile e a cui sarebbe dovuto essere stato precluso l'utilizzo di assegni quali strumento di pagamento).

Da ultimo, come ulteriore elemento avvalorante la legittimità e la correttezza della condotta posta in essere dall'Istituto di credito, nella rassegnata situazione, è d'uopo rilevare come la spendibilità della quietanza liberatoria, ai fini inibitori delle conseguenze sanzionatorie previste dalla legge n. 386/90, esiga anche della doverosa indicazione della data effettiva del pagamento tardivo; a tal riguardo, la Corte di Cassazione ha recentemente stabilito che, in tema di emissione di assegno bancario senza provvista, la prova del pagamento (entro sessanta giorni dalla data di scadenza del termine di presentazione dell'assegno), cui consegue l'inapplicabilità della correlata sanzione amministrativa, non ammetta equipollenti e, per evitare l'insorgenza di eventuali accordi fraudolenti dell'obbligazione cartolare, esiga la certezza della data del pagamento, rappresentando il rispetto di detto termine condizione per il corretto operare dell'esenzione da responsabilità^[17]. Del resto, è evidente come l'assenza di contemporaneità tra pagamento e quietanza sia destinata quantomeno a generare perplessità sulla genuinità del pagamento tardivo, tenendo, peraltro, in debita considerazione, che

debba essere il traente dell'assegno, proprio in qualità di soggetto interessato alla cancellazione dell'iscrizione nell'archivio, a doversi attivare con la necessaria diligenza, non solo ai fini della sanatoria, ma anche a quelli della sua prova nei confronti della Banca trattaria^[18].

Non pare possa tacersi di quell'interpretazione più sostanzialista del dato normativo, condivisa da alcune pronunce giurisprudenziali, che, creando una disparità funzionale tra i due oneri previsti dalla normativa, conferisce all'avvenuto pagamento tardivo una rilevanza privilegiata e dirimente, rispetto alla presentazione della prova documentale della sua effettuazione, derubricata a mero dato accessorio. Secondo tale lettura, ricorrendo all'interpretazione letterale dello stesso art. 9, secondo comma, lett. b), si evincerebbe sì l'obbligo del traente a fornire prova del pagamento, ma senza la subordinazione a qualsivoglia formalità in ordine a modalità e tempistica. Nello stesso senso, la natura gravemente sanzionatoria propria dell'interdizione bancaria dovrebbe indurre a *escludere un ulteriore aggravio della posizione del traente*, rappresentato dalla *necessità di rispettare un termine quanto alla prova del pagamento tardivo* e, al contempo, a evitare applicazioni eccessivamente rigorose e formalistiche della sanzione, essendo il pagamento lo scopo primariamente perseguito dal legislatore. In altri termini, ove non si privilegiasse quest'aspetto sostanziale, pur in presenza di un pagamento integrale, ma comprovato tardivamente (e nonostante sia carente un espresso riferimento temporale), dovrebbe procedersi all'iscrizione nell'archivio informatico. Un eccesso sanzionatorio, specie in considerazione della circostanza per cui il pagamento tardivo presupponga unicamente l'attivazione tempestiva del soggetto traente, mentre la quietanza autenticata necessiti una corrispondente attività collaborativa anche del beneficiario^[19].

Per quanto possano apparire, perlomeno *prima facie*, meritorie, le argomentazioni rassegnate non pare possano essere condivise, stante una lettura oggettivata del dato normativo (e non funzionalmente manipolativa) dalla quale si rileva l'equiordinazione dei due oneri, sostanziale e formale, nonché la diffusamente rassegnata rilevanza della presentazione della quietanza autenticata quale unico fattore certificato di conoscibilità dell'avvenuto pagamento.

Relativamente alla prova (tardiva) del pagamento (tardivo), il solo elemento probatorio incontrovertibile che possa concorrere a conferire una qualche certezza alla tempestività della prestazione, sarebbe l'autentica della quietanza, se tempestiva: in altri termini, un qualche margine di operatività per addivenire a una revoca del provvedimento inibitorio (e a una sorta di soluzione compromissoria, tra i due orientamenti ermeneutici) potrebbe essere rinvenuto unicamente nel caso di autenticazione tempestiva (entro i sessanta giorni) delle quietanze di pagamento e di un ritardo solo nella loro presentazione.

A completamento di questa breve disamina, pare opportuno evidenziare come una sorta di eccesso di zelo possa essere addebitato alla Banca trattaria solo laddove abbia proceduto all'iscrizione del nominativo in CAI, successivamente alla presentazione tardiva della prova del pagamento: se dall'interessato venga, difatti, presentata la quietanza autenticata, oltre la scadenza dei sessanta giorni, ma, al contempo, non sia stata ancora attivata la procedura di segnalazione, la trattaria, in ottemperanza al generale principio di buona fede e correttezza nei rapporti contrattuali, non può legittimamente procedere con l'iscrizione, dovendosi

ritenere legittimamente esonerata dal correlato obbligo^[20]. D'altro canto, *non omne quod licet honestum est*.

La conclusione pare necessitata. La *ratio* giustificatrice sottesa alla scelta di subordinare l'inserimento del nominativo del traente a un duplice onere, quello del pagamento tardivo e della correlata prova, del tutto equiordinati, è da individuarsi nella necessità di tutelare efficacemente la relazionalità tra soggetti, pubblici e privati, in ambito bancario e finanziario, rapporti che si sviluppano su certezze formali, che necessitano di procedure improntate a particolare rigidità e automatismo^[21].

Scegliere di aderire a una diversa e antitetica ricostruzione rispetto a quella proposta, condurrebbe *de plano* all'esito paradossale di sovvertire il meccanismo tutelare previsto dal legislatore, dovendosi ammettere, in assenza di qualsivoglia riferimento temporale certo, che il soggetto traente possa provare alla Banca trattaria il tempestivo pagamento in sanatoria, in maniera del tutto svincolata da formalità temporali, anche, quindi, dopo mesi o anni dalla preventivata scadenza, minando l'equilibrio (già particolarmente influenzabile) del sistema creditizio e privandolo proprio di quelle certezze necessarie per il suo corretto funzionamento. Pensare di poter accettare che la produzione tardiva di quietanze autenticate (magari anche in data ampiamente successiva a quella perentoria di scadenza) possa rappresentare una corretta (per quanto surrogata) modalità di adempimento dell'onere formalistico e, quindi, concorrere a causare, sul piano processuale, la revoca di un provvedimento sanzionatorio legittimo, rappresenterebbe una forma surrettizia di elusione, a beneficio del traente, del dato normativo e della rigida tempestività preventivata dal legislatore.

14 novembre 2019

[1] V. Profeta, *La tutela cautelare avverso l'iscrizione nella Centrale d'Allarme Interbancaria: una rassegna di giurisprudenza.*, in *Banca borsa tit. cred.*, fasc. 4, 2005, 446 ss.

[2] V. ABF, Collegio di Milano, 25 luglio 2019, n. 18402.

[3] V. ABF, Collegio di Milano, 7 ottobre 2015, n. 7807.

[4] In tal senso, Corte Cost., 29 aprile 1993, n. 203, in *dejure.it*.

[5] In questo senso, ABF, Collegio di Napoli, 22 dicembre 2014, n. 8598; ABF, Collegio di Milano, 31 marzo 2015, n. 2469.

[6] Così, ABF, Collegio di Napoli, 10 febbraio 2016, n. 1187.

[7] Sul punto, Trib. Bari, 28 settembre 2019, n. 3278, già commentata in questa Rivista, con nota di M. Luceri, *Illegittima segnalazione in C.A.I.: tra obbligo e discrezionalità della cancellazione.*, 6 ottobre 2019, <https://www.dirittodelrisparmio.it/2019/10/06/illegittima-segnalazione-in-ca-i-tra-obbligo-e-discrezionalità-della-cancellazione/>.

[8] In tal senso, V. Profeta, *op. cit.*

[9] V. ABF, Collegio di Roma, 1° febbraio 2019, n. 3255; ABF, Collegio Roma, 20 aprile 2017, n. 4263.

[10] Sul punto, Trib. Marsala, 9 luglio 2003, che chiarisce come *il traente al fine di evitare l'iscrizione nell'archivio della CAI ha l'onere di fornire allo stabilimento trattario*

la prova del pagamento tardivo entro i termini e con le forme stabilite dall'art. 8 della Legge 386/90.

[11] Sul punto, R. Razzante, *La nuova disciplina sanzionatoria degli assegni senza provvista e senza autorizzazione*, in *Giur. it.*, 2002, 2209 ss.

[12] V. Cass. Civ., Sez. II, 29 dicembre 2011, n. 29771, in *dejure.it*.

[13] In questi termini, A. Nigro, *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario. Atti del Convegno (Roma, 23-24 aprile 2004)*, Giuffrè, 2006, 408.

[14] Così, Trib. Monza, Sez. Desio, 16 marzo 2004.

[15] V. ABF, Collegio di Napoli, 22 febbraio 2016, n. 1567.

[16] V. ABF, Collegio di Napoli, 22 dicembre 2014, n. 8598.

[17] Così, Cass. Civ., Sez. II, 2 novembre 2017, n. 26078, in *dejure.it*.

[18] V. Trib. Arezzo, 23 febbraio 2018.

[19] In questi termini, Trib. Milano, 15 ottobre 2014, in *ilcaso.it*.

[20] V. ABF, Collegio di Milano, 7 settembre 2016, n. 7486.

[21] V. Trib. Trani, Sez. distaccata Andria, 31 ottobre 2002.

La teoria del “professionista di rimbalzo”, nei contratti di garanzia.

di Antonio Zurlo

«As to whether a natural person who agrees to secure the contractual obligations owed by a commercial company to a banking institution under a credit agreement can be regarded as a ‘consumer’ within the meaning of Article 2(b) of Directive 93/13, it should be observed that while a contract providing security or a contract of guarantee can be described, with regard to its purpose, as a contract which is ancillary to the principal contract which gives rise to the debt it secures (see, to that effect, judgment of 17 March 1998, Dietzinger, C-45/96, EU:C:1998:111, paragraph 18), from the point of view of the contracting parties it presents itself as a distinct contract, as it is concluded between persons other than the parties to the principal contract. It is therefore as parties to the contract providing security or contract of guarantee that the capacity in which those parties acted must be assessed.»

CGUE, 14 settembre 2016, C-534/2015

Per intraprendere questa breve disamina, premessa necessitata pare essere quella per cui sia stato definitivamente superato quell’orientamento per cui la tutela consumeristica non potesse considerarsi applicabile alla figura del fideiussore. Difatti, è opportuno rilevare come la concettualità di “consumatore”, derivante da un’ellissi definitoria rispetto a quella di “professionista”^[1], proprio in ragione della intrinseca (e irriducibile) polimorfia della categoria *de qua*, non possa non includere anche il sottoscrittore di un contratto di garanzia.

Assunta l’astratta assoggettabilità della fideiussione alla disciplina consumeristica, l’indagine, pur persistendo sulle categorie soggettive e sulla loro correlata operatività, deve necessariamente spostarsi sulla potenziale inferenza qualificatoria intercorrente tra debitore principale e garante.

In altri termini, ai fini dell’applicabilità della disciplina comunitaria, poi trasposta nel Codice del consumo, bisogna individuare il soggetto da assumere quale parametro per l’accertamento, in concreto, della sussistenza dei requisiti consumeristici. Se il debitore, parte del rapporto principale; se il garante, parte del rapporto accessorio.

In queste dinamiche complesse deve inserirsi e inquadrarsi la figura del c.d. “professionista di riflesso” (o “di rimbalzo”), quale creazione dottrinale che è stata originata da quell’orientamento, invero ormai risalente, sviluppatosi in seno alla giurisprudenza di legittimità^[2], secondo cui, ai fini della qualificazione soggettiva del garante e, quindi, a una sua eventuale sussunzione nelle categorie tipizzate dalla normativa consumeristica, occorresse avere riguardo alla posizione

del debitore principale; di tal guisa, ne derivava che se l'obbligazione garantita fosse stata posta in essere da un soggetto professionista (intendendosi per tale, ai sensi dell'art. 3, lett. c, cod. cons., *la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario*), anche il fideiussore, di conseguenza, sarebbe stato ritenuto tale, pur se autonomamente qualificabile come consumatore, ai sensi della lett. a dello stesso art. 3[3]. Sebbene, quindi, alla fideiussione, pur essendo ritenuta non includibile nei contratti di cessione di beni o di prestazione di servizi intercorrenti tra professionista e consumatore, per quella che accedeva a un contratto bancario poteva ritenersi comunque sussistente il requisito oggettivo per l'applicabilità della disciplina delle clausole abusive, ai sensi della legge n. 52/1996, proprio in ragione del collegamento contrattuale intercorrente tra il contratto costitutivo del debito principale garantito e quello costitutivo dell'obbligazione fideiussoria; pur tuttavia, relativamente alla determinazione e alla qualificazione del requisito soggettivo, la qualità del debitore principale risultava assorbente di quella del fideiussore, determinandone la sussumibilità o meno alla tutela consumeristica[4]. Non pare possa tacersi, peraltro, come tale impostazione interpretativa fosse avvalorata anche dalla posizione della Corte di Giustizia Europea[5], che dalla tipica natura negoziale accessoria della fideiussione ne faceva derivare l'assoggettabilità alla disciplina in materia di tutela del consumatore propria del negozio principale, in conseguenza della forza attrattiva che quest'ultimo esercita sul primo: in relazione al requisito qualificatorio soggettivo, quindi, la qualità del debitore principale risultava assorbente, influenzando in maniera determinante anche quella del fideiussore, ai fini dell'individuazione del soggetto – consumatore. In altri termini, l'applicabilità della disciplina (*rectius*, della tutela) consumeristica era esclusa lì dove il contratto di fideiussione fosse stato concluso da persona fisica al di fuori del suo ambito di attività professionale, ma a garanzia di un debito contratto da un soggetto, viceversa, agente “professionalmente”[6].

Come anche evidenziato dalla più recente giurisprudenza di merito, è da ritenersi ormai priva di pregio la scelta di non poter ricondurre il fideiussore garante di un debito contratto da una società nella categoria dei consumatori, riservandogli, per converso, la prefata qualifica personalizzata del c.d. “fideiussore di rimbalzo”.

In sostanza, si è giustamente ritenuto di non poter più condividere la sussistenza di una stringente inferenza tra la qualità del debitore e quella del garante, talmente influente da poter finanche escludere quest'ultimo, in maniera *tranchant*, dalla tutela ordinamentale specificamente improntata per la parte contrattuale debole. Tale relazionalità qualitativa e tale approccio ermeneutico, per quanto condivisi da una parte della giurisprudenza di legittimità più risalente, sono stati, invero, da sempre oggetto di forti perplessità in seno alla dottrina e, più significativamente, sono stati sconfessati anche dalla più recente giurisprudenza unionale, la quale, in un deciso *revirement* di alcuni suoi precedenti pronunciamenti, ha statuito che, nel caso in cui una persona fisica abbia garantito le obbligazioni di una società commerciale, il giudice *a quo*, per determinare se il soggetto abbia agito nella sua attività professionale (risultando, in tal caso, del tutto estraneo alla disciplina consumeristica), debba valutare fattivamente i collegamenti funzionali intercorrenti con la società garantita (quali, a titolo meramente esemplificativo, l'amministrazione di quest'ultima o una partecipazione non trascurabile al suo capitale sociale)[7].

In altri termini, la Corte di Giustizia è addivenuta alla negazione di qualsivoglia automatismo fondato sull'asserita *vis atractiva* del contratto principale su quello accessorio di garanzia, derivandone che non si possa porre in essere una sorta di surrettizia "professionalizzazione", a meno che non sia accertata la sussistenza di elementi tali da comprovare l'oggettiva fuoriuscita del garante dalla categoria consumeristica.

Est modus in rebus, esiste una misura nelle cose, lungi da meccanismi ciclostilati e stereotipati di standardizzazione preventiva.

Dalla volontà di eleggere l'indagine controfattuale a più meritorio principio operativo deriva il fattivo superamento del concetto di accessorietà, perlomeno nella sua versione più assorbente, recuperando e valorizzando l'assoluta oggettività insita nel dato normativo a presidio del contraente debole – consumatore; deve procedersi, quindi, a una valutazione obiettiva e personalizzata, parametrata al singolo caso concreto, in chiave funzionale, con un'analisi dei rapporti contrattuali e delle attività intercorrenti tra garante e parte garantita[8]. È con riferimento unicamente alla qualità personale dei contraenti, a seconda che essi agiscano o meno nell'ambito della loro attività professionale, che la Direttiva 93/13/CEE si proponeva di definire i contratti ai quali si sarebbe applicata e siffatto principio corrisponde all'idea fondativa dell'intero sistema di tutela istituito dalla stessa fonte comunitaria: il consumatore si trova asseritamente in una situazione di inferiorità rispetto alla sua controparte contrattuale, il professionista, sia per quanto riguarda il potere nelle trattative, sia con riferimento al livello di informazione, disparità che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte unilateralmente da quest'ultimo, senza poter, quindi, incidere, in alcun modo, sul contenuto delle stesse[9].

Ragioni di tutela che si rinvengono in maniera ancora più marcata nel settore bancario – finanziario e, segnatamente, in relazione ai contratti di garanzia, lì dove a fondamento vi è un impegno personale del garante o del fideiussore al pagamento del debito contratto da un soggetto terzo, comportante obblighi onerosi, gravanti sul proprio patrimonio personale, e, al contempo, l'incompleta conoscibilità del rischio assicurato.

Assunte queste coordinate, entro cui orientare l'iter argomentativo, la Corte Europea non può che addivenire alla conclusione per cui, laddove una persona fisica si impegni a garantire le obbligazioni contratte da una società commerciale nei confronti di un Istituto bancario, in base a un contratto di credito, per la sua qualificazione ai fini dell'applicabilità o meno della disciplina consumeristica, sia necessario rilevare che *il contratto di garanzia o di fideiussione, sebbene possa essere descritto, in relazione al suo oggetto, come un contratto accessorio rispetto al contratto principale da cui deriva il debito che esso garantisce, si presenti, dal punto di vista delle parti contraenti, come un contratto distinto in quanto è stipulato tra soggetti diversi dalle parti del contratto principale. Ne consegue che la valutazione "consumeristica" debba essere ragionevolmente condotta assumendo quale unico parametro la qualità con cui le parti del contratto di garanzia (o di fideiussione) abbiano agito*[10].

Ciò si traduce, su di un piano più strettamente pragmatico – operativo, in un procedimento valutativo analitico della posizione del fideiussore rispetto alla società beneficiaria della garanzia, nel quale assumono rilievo potenzialmente dirimente anche eventuali relazioni parentali.

Rifuggendo, difatti, da qualsiasi estremizzazione del dato normativo, sì come puntualmente rilevato dalla giurisprudenza più recente, pare senz'altro evidente come il sottoscrittore di una fideiussione posta a garanzia delle obbligazioni di uno stretto congiunto non possa che assumere, nei confronti dell'Istituto di credito, un rischio sostanzialmente "personale", avendo quale unica finalità quella, assolutamente non professionale, di consentire al congiunto l'ottenimento del finanziamento[11].

Si assiste, dunque, anche a una sorta di ribaltamento della presunzione, passando da quella di professionalità all'altra, antitetica, di "consumerismo". Il garante persona fisica è consumatore, a meno che non abbia una relazionalità "privilegiata" con la società il cui debito garantisce.

Trattasi, di *default*, di una posizione *in re ipsa* soggettivamente debole, che non può che essere assoggettata alla stringente disciplina consumeristica, in quanto il prestatore la garanzia è soggetto astrattamente incapace di valutare, in maniera compiuta e, soprattutto, professionalmente, il grado di rischio sotteso alle obbligazioni assunte dal garantito, nonché l'affidabilità finanziaria di quest'ultimo. L'asservimento funzionale del rapporto accessorio a quello principale non può ragionevolmente essere inquadrato come elemento atto a determinare *l'automatica estensione al garante della qualifica soggettiva che compete al debitore principale, atteso che il collegamento tra i due negozi opera sul piano oggettivo, non anche su quello soggettivo concernente le diverse posizioni e, soprattutto, le diverse esigenze di tutela delle persone che tali negozi hanno posto in essere*[12].

Se, difatti, si possa reputare incontrovertibile che l'asservimento funzionale *de quo* possa giustificare l'assoggettamento del rapporto accessorio alla disciplina di quello principale, non appare, parimenti, *incontrovertibile che da ciò possa derivarsi l'automatica estensione al garante della qualifica soggettiva che compete al debitore principale, atteso che il collegamento tra i due negozi opera sul piano oggettivo, non anche su quello soggettivo concernente le diverse posizioni e, soprattutto, le diverse esigenze di tutela delle persone che tali negozi hanno posto in essere*[13].

Rispetto all'affidabilità di una caratterizzazione razionale e metodica del singolo caso concreto, la tesi del c.d. "professionista di rimbalzo" è, peraltro, chiaramente fallace, laddove si consideri che le garanzie bancarie possano anche non avere quell'accessorietà, rispetto al debito principale, potendosi anche atteggiare quali contratti autonomi di garanzia[14], come nel caso contengano espressa previsione di pagamento "a semplice richiesta" e senza eccezioni, già considerata dalla giurisprudenza di legittimità indice sintomatico di una certa autonomia della garanzia prestata[15], sì come, d'altronde, della "sopravvivenza" della fideiussione, anche nel caso in cui l'obbligazione garantita sia dichiarata invalida.

Di tal guisa, la figura *de qua* sarebbe, quindi, del tutto improponibile nei casi in cui l'eventuale attrazione automatica del fideiussore nella qualifica soggettiva del debitore garantito risulterebbe ingiustificata, difettando in concreto un rapporto di accessorialità fra garanzia e debito principale, e, al contempo, l'applicazione della teoria solo limitatamente alle garanzie bancarie *accessorie* farebbe, irragionevolmente, *dipendere la tutela del garante non dall'oggettivo bisogno di protezione del contraente debole ma dal modo in cui sono congegnate le clausole del contratto di garanzia*, anche nell'ipotesi, invero tutt'altro che infrequente, di predisposizione unilaterale e di accettazione per adesione del contratto.

Nel caso di una persona fisica garante dell'adempimento delle obbligazioni di una società commerciale, spetta all'organo giudicante determinare se tale soggetto abbia agito nell'ambito della sua attività professionale o sulla base dei collegamenti funzionali che la legano a tale società (quali, ad esempio, l'amministrazione o una partecipazione non trascurabile al capitale sociale), o se, per converso, abbia agito esclusivamente per scopi di natura privata^[16].

In conclusione, pare senz'altro evidente come la tutela consumeristica, inclusiva della nullità di protezione da clausole abusive e/o vessatorie, sia l'unica strumentazione efficace a schermare la posizione del fideiussore, che abbia prestato garanzia a una società, rispetto alla quale non sia legato da alcun rapporto tale da giustificare un asservimento funzionale e, consequenzialmente, una parificazione sostanziale, della sua posizione a quella del debitore principale.

Asserzione che, evidentemente, apre alla "reviviscenza" di importati corollari applicativi. Su di un piano più strettamente operativo, difatti, dalla rinnovata assoggettabilità alla disciplina consumeristica non pare possa non derivarsi l'eventuale nullità del contratto di fideiussione per la violazione della normativa specificamente posta a contrasto della vessatorietà delle clausole, nella contrattazione asimmetrica tra professionista e consumatore^[17].

26 novembre 2019

^[1] In questi termini, A. Nobile, *Le tutele civilistiche avverso le pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 1/2014, 180 ss.

^[2] Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 13 giugno 2006, n. 13643, in *dejure.it*; Cass. Civ., Sez. I, 12 novembre 2008, n. 27005, in *dejure.it*; Cass. Civ., Sez. III, 29 novembre 2011, n. 25212, con nota di S. Bortolotti, *Il fideiussore di una società non è un consumatore*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 0, 2011, 506; Cass. Civ., Sez. I, 9 agosto 2016, n. 16827, con nota di L. Vizzoni, *Cassazione e vicenda fideiussoria: fra qualifica soggettiva del garante e abusi del creditore*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 3, 2017, 290; Cass. Civ., Sez. I, 3 febbraio 2017, n. 2954, in *dejure.it*.

^[3] Così, ABF, Collegio di Roma, 26 luglio 2013, n. 4109.

^[4] Così, Cass. Civ., Sez. I, 13 maggio 2005, n. 10107, in *dejure.it*.

^[5] V. Corte di Giustizia, 17 marzo 1998.

^[6] In tal senso, Cass. 29 novembre 2011, n. 25212, con nota di S. Bortolotti, *Il fideiussore di una società non è un consumatore*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 0, 2011, 506.

^[7] V. CGUE, 19 novembre 2015, causa C-74/15.

^[8] V. Trib. Brescia, 22 maggio 2018, n. 1548, in *ilcaso.it*.

^[9] Così, CGUE, 19 novembre 2015, causa C-74/15.

^[10] In questi termini, CGUE, 14 settembre 2016, C-534/2015. V. anche Cass. Civ., Sez. III, 13 dicembre 2018, n. 32225, con nota di G. Fiengo, *Il garante consumatore*, in *Ridare.it*, 10 giugno 2019; Trib. Ancona, 8 agosto 2018, n. 1329, in *dejure.it*.

^[11] V. Trib. Roma, Sez. XVII, 18 giugno 2019, n. 12895.

^[12] Così, ABF, Collegio di Napoli, 8 aprile 2015, n. 2698.

^[13] Così ABF, Collegio di Roma, 26 luglio 2013, n. 4109.

[14] V. Trib. Arezzo, 17 luglio 2018, n. 765, in *dejure.it. Contra*, Cass. Civ., Sez. VI, 5 dicembre 2016, n. 24846, con nota di M. C. Dolmetta, *Sul fideiussore consumatore: linee dell'evoluzione giurisprudenziale.*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 3, 2017, 281.

[15] In tal senso, Cass. Civ., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, con nota di G. B. Barillà, *Le Sezioni unite e il Garantievertrag un quarto di secolo dopo: una pronuncia "storica" fa chiarezza sui differenti modelli di garanzie bancarie autonome.*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 3, 2010, 279. V. anche D. Cerini, *Le Sezioni Unite sulle polizze fideiussorie: un'occasione per una riflessione*, in *Diritto e Fiscalità dell'assicurazione*, fasc. 1, 2011, 250.

[16] In tal senso, ABF, Collegio di Coordinamento, 8 giugno 2016, n. 5368. Nel caso di specie, il Collegio non rinveniva agli atti elementi tali da indurre a contestare la qualifica di consumatore in capo al ricorrente, non essendo stato comprovato né il possesso, al momento del rilascio della garanzia, di una partecipazione non trascurabile al capitale della società, né, tantomeno, l'assunzione di cariche sociali. In senso contrario, la natura di cooperativa edilizia della società garantita e le stesse finalità della garanzia (ovverosia, agevolare la concessione di un finanziamento alla società per la realizzazione degli immobili programmati) lasciava ragionevolmente ipotizzare che il garante non fosse stato mosso esclusivamente da *favor societatis*, ma anche dall'interesse mutualistico a diventare proprietario di un immobile.

[17] Per la prevalenza del foro del consumatore, Trib. Padova, Sez. II, 27 giugno 2018, in *dejure.it*.

Giurisprudenza

Giurisprudenza commentata

Assicurazioni. È vessatoria la clausola che esclude la guida in stato di ebbrezza dall'oggetto del contratto

Nota a Cass. Civ., sez. III, 09 luglio 2019, n. 18324

di Giulia De Giorgi

Fatto

La ricorrente, compagnia assicurativa, risultante soccombente in entrambi i precedenti gradi di giudizio, presentava ricorso innanzi alla Corte di Cassazione al fine di ottenere, dal proprio assicurato, «*il pagamento della somma di € 312.909,91 oltre interessi e rivalutazione*», a seguito del risarcimento danni erogato al terzo a seguito di sinistro stradale, causato da guida in stato di ebbrezza; com'è dato leggere nel primo ricorso, tale pretesa trovava fondamento giuridico nell'esercizio del diritto di rivalsa, di cui la compagnia assumeva di essere titolare, in conseguenza di una clausola che escludeva dall'oggetto del contratto di assicurazione la guida in stato di ebbrezza. La Suprema Corte ha rigettato il ricorso in virtù della vessatorietà della clausola che escludeva la guida in stato di ebbrezza dall'oggetto del contratto; quest'ultima circostanza risulterebbe dalla sottoscrizione, da parte dell'assicurato, di una clausola contenente una «*copertura massima, cd. "super", formula nella quale rientrava innanzitutto la rinuncia, da parte della compagnia, all'azione di rivalsa*».

La vessatorietà della clausola e i contratti per adesione

Nel caso *a quo*, le ragioni che hanno condotto i giudici di merito a ritenere inesistente il preteso diritto di rivalsa si addensano intorno alla natura vessatoria^[1] della clausola contrattuale, escludente la guida in stato di ebbrezza dall'oggetto del contratto. Stando alle motivazioni del Tribunale, poi confermate anche in appello, la presente clausola doveva ritenersi nulla, sia in virtù di profili formali (sottoscrizione per adesione) che per quelli dal tenore sostanziale (limitazione della responsabilità dell'assicurazione):

a) per quanto concerne il primo punto, gli Organi Giudicanti hanno ritenuto che la stipulazione di tale clausola sia avvenuta con modalità pressoché automatiche, in assenza di una «*compiuta e sufficiente ponderazione*» del contenuto da parte del consumatore^[2]. Secondo un orientamento giurisprudenziale^[3], ormai consolidato, un contratto viene definito per adesione allorché risulti predisposto da un contraente sotto forma di schema standardizzato^[4], destinato ad essere utilizzato in plurimi rapporti, «*si da escludere una sua formazione in esito a [d una specifica] trattativa negoziale*»^[5];

b) sotto il secondo aspetto, invece, è necessario evidenziare che si tratta di una clausola limitativa della responsabilità (della compagnia ricorrente), la quale, altrimenti, avrebbe operato «*a seguito di precetti normativi*»^[6]. In applicazione della nullità c.d. di protezione, a norma dell'art. 36 del Codice del Consumo (d.lgs n. 206 del 2005), «*le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono*

nulle, mentre il contratto rimane valido per il resto». Su un piano strettamente processuale, siffatta patologia del negozio giuridico si connota per la presenza di due profili, entrambi convergenti sul concetto di parzialità e relatività^[7]:

1. dei soggetti (c.d. legittimazione riservata), che si pone in deroga al riconoscimento di una legittimazione generica all'azione di nullità *ex art. 1421 c.c.*^[8];

2. dell'ambito di applicazione, «*in quanto di regola la nullità della singola clausola non si estende all'intero contratto*»^[9].

L'ambiguità e il conflitto tra clausole contrattuali

L'ambiguità del caso in esame ruota intorno ad una sovrapposizione logico-testuale delle clausole, superata in via ermeneutica dalla Corte d'Appello; sul punto, non a caso la Corte di Cassazione, avallando l'interpretazione *contra stipulatorem* formulata dal giudice territoriale, sottolinea l'equivocità delle suddette clausole che, se da un lato massimizzavano la copertura assicurativa (mediante la previsione c.d. "super", ritenuta inclusiva della rinuncia, da parte della compagnia, all'azione di rivalsa); dall'altro invece prevedevano delle limitazioni alla rinuncia, che erano difficilmente percepibili dal consumatore che si avvalsesse della normale diligenza.

L'elemento, altresì, degno di nota consiste nella coincidenza che tali restrizioni venissero contenute proprio nelle «*clausole predisposte unilateralmente dalla compagnia e sottoscritte per adesione dal consumatore*».

Il criterio di interpretazione *ex art. 1370 c.c.*

In presenza di una tale discordanza tra clausole contrattuali, la Suprema Corte non poteva che suggellare il criterio interpretativo, in precedenza utilizzato dai Giudici di merito, *ex art. 1370 c.c.* («*Interpretazione contro l'autore della clausola*»). Nello specifico, si tratta di un parametro di cui l'interprete si avvale in costanza di clausole contrattuali polisensu, rivestendo inoltre una funzione sociale in pendenza di contratti asimmetrici.

Difatti, l'orientamento dottrinale maggioritario converge verso un utilizzo di *default* del criterio *contra stipulatorem*; quest'ultimo non soltanto è ritenuto funzionale all'erogazione di una «*tutela del contraente economicamente meno attrezzato*»^[10], ma viene anche definito come nevralgico strumento per controbilanciarne «*la sottoposizione a clausole sfavorevoli, inserite in un contratto alla cui predisposizione non ha partecipato*»^[11].

Per concludere, non possono non citarsi i limiti applicativi dell'art. 1370 c.c.: pertanto, come ritenuto da una parte della giurisprudenza, il ricorso a tale regola interpretativa si rivela superfluo allorquando «*il giudice di merito fonda la sua interpretazione sulla comune intenzione delle parti, quest'ultima desunta dal comportamento delle medesime e ritenuta sufficiente a dissipare eventuali dubbi sul contenuto della clausola*»^[12].

[Qui la pronuncia](#)

[1] Sull'onerosità delle clausole vessatorie, cfr. V. Roppo, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 907, secondo cui tratto comune delle clausole *ex art.* 1341, comma 2, c.c. risiede nell'aggravamento della posizione contrattuale dell'aderente, che lo privano «di diritti o poteri che egli avrebbe in base alla disciplina comune del rapporto contrattuale», oppure gli accollano «obblighi o soggezioni che in base a quella disciplina egli non avrebbe».

[2] Le problematiche connesse ad una espressa manifestazione del consenso dei contraenti si acuiscono in sede di stipulazione di contratti per via telematica. Per un approfondimento sulla conclusione dei *point and click contracts*, cfr. D. Lamanna Di Salvo, *La tutela del consumatore nell'ordinamento italiano tra strumenti privatistici e pubblicistici*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, n. 12, p. 2692.

[3] Cass. civ., Sez. II, 21 aprile 1988, n. 3091, in *Mass. Foro it.*, 1988, n. 461: «è risaputo che l'ipotesi contemplata dall'art. 1341 c.c. è caratterizzata dalla predisposizione di uno schema contrattuale da parte di uno contraenti che, uniformando la disciplina dei suoi rapporti con altri soggetti ad un modello prefissato, mette di volta in volta l'altro eventuale contraente dinanzi all'alternativa di accettare in blocco o di rifiutare, senza alcuna trattativa, il complesso delle clausole predisposto».

[4] Sulla contrattazione standardizzata, cfr. E. Guerinoni, *I contratti del consumatore: principi e regole*, Torino, Giappichelli, 2011.

[5] G. Pescatore – C. Ruperto, *Codice civile annotato con la giurisprudenza della Corte costituzionale, della Corte di Cassazione e delle giurisdizioni amministrative superiori*, Milano, Giuffrè, tomo I, 2005, p. 1962.

[6] Cass. civ., Sez. II, 7 febbraio 2003, n. 1833, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, p. 281.

[7] S. Pagliantini, *L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 407.

[8] *Contra*, un indirizzo giurisprudenziale ha tentato di circoscrivere il perimetro di legittimazione mediante la previsione di un *onus probandi* a carico dell'attore: allorquando il soggetto che propone la relativa azione non dimostra «la sussistenza di un proprio concreto interesse ad agire», subirà una preclusione in termini di accesso alla giustizia, nella misura in cui «l'azione stessa non è proponibile», sul punto, cfr. Cass. civ., Sez. I, 23 novembre 2007, n. 24423, Cass. civ., Sez. II, 4 dicembre 2007, n. 26359.

[9] L. Felletti, *Commento a Cass. civ., 13 ottobre 2011, n. 21202 e Cass. civ., 20 luglio 2011, n. 15892 (ord.)*, in *Resp. civ. e prev.*, p. 504.

[10] E. F. Carbonetti, *La formazione ed il perfezionamento del contratto*, in R. Cavallo Borgia (a cura di), *Responsabilità e assicurazione*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 85.

[11] L. Bugiolacchi, *Massimario delle assicurazioni e della circolazione stradale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, n. 7/8, p. 1650.

[12] Cass. civ., Sez. Lav., 13 febbraio 1980, n. 1028.

Fideiussione e violazione normativa antitrust: la tutela è solo risarcitoria. Nota a una pronuncia controtendenza

Nota a Trib. Treviso, sez. II, 26 agosto 2019, n. 1852

di Antonio Zurlo

Valutando l'incidenza, sui singoli contratti stipulati dagli Istituti di credito con gli utenti, dell'intesa anticoncorrenziale concretizzatasi nell'adozione dello schema uniforme di fideiussione predisposto nel 2003 dall'ABI, la pronuncia annotata, disallineandosi rispetto al più recente orientamento giurisprudenziale, rileva come l'unica forma di tutela esperibile, a fronte di violazioni rilevanti *ex art. 2 l. n. 287/1990*, non possa che essere quella risarcitoria, esperibile tanto nelle forme dell'iniziativa individuale (attraverso un'estensione pretoria della legittimazione attiva all'azione *ex art. 33 l. n. 287/1990*^[1] ad utenti e consumatori^[2]), quanto in quelle dell'azione collettiva (ai sensi dell'art. 140*bis* d.lgs. n. 206/2005^[3]).

A tal riguardo, il Tribunale evidenzia come la tesi della nullità derivata, asseritamente accolta dalla più recente giurisprudenza di legittimità^[4], abbia quali elementi fondativi:

- il diritto dei consumatori a una scelta effettiva tra prodotti posti in concorrenza, negato nel caso di realizzazione di intese vietate (delle quali il contratto di fideiussione non rappresenterebbe altro che lo sbocco realizzativo degli effetti);
- l'intrinseca e strettissima relazionalità intercorrente tra il contratto finale (tra imprenditore e utente) e l'intesa anticompetitiva, derivandone la partecipazione del primo all'illiceità della seconda;
- la protezione e la salvaguardia delle ragioni del consumatore sottese, assieme alla tutela della libertà di iniziativa economica, alla legge n. 287/1990 e la necessità, quindi, della conservazione di un regime di effettiva concorrenzialità del mercato: imprescindibile diviene il riconoscimento di una legittimazione attiva in capo al consumatore, consentendogli di eccepire l'illiceità dell'intesa a monte e del singolo contratto a valle;

In sostanza, l'invalidità del contratto individuale viene declinata sia in termini di nullità derivata, accentuando il supposto vincolo funzionale inscindibile tra intesa illecita e la successiva contrattazione con l'utenza^[5], sia come nullità per vizio proprio (e, nello specifico, per illiceità della causa), assumendo che le clausole "anticoncorrenziali" si porrebbero in aperto contrasto con norme imperative e, segnatamente, con l'art. 2 della l. n. 287/1990 (e, probabilmente, con l'art. 101 TFUE)^[6].

Conclusioni che, a giudizio del Tribunale di Treviso, nella pronuncia *de qua*, non sono meritevoli di condivisione, per i motivi che saranno oggetto di puntuale rassegna e approfondimento nel prosieguo.

L'impossibilità di una nullità per contrarietà a norme imperative

La riproduzione di clausole giudicate lesive della concorrenzialità del mercato non può sicuramente essere assunta quale premessa per ipotizzare la nullità del contratto a valle per contrarietà a norme imperative, ai sensi dell'art. 1418, primo comma, c.c.

Per quanto, infatti, la definizione di "intese", contenuta nell'art. 2 l. n. 287/1990, sia sicuramente molto ampia, essendo inclusiva non solo degli "accordi", ma anche delle mere "pratiche concordate" aventi come oggetto o per effetto di impedire o falsare in modo consistente il gioco della concorrenza, ciò nonostante non pare possa revocarsi in dubbio che il riferimento sia da intendersi esclusivamente alle intese tra imprese in concorrenza e non interferisca, conseguentemente, sull'esecuzione dei rapporti commerciali tra queste ultime e i contraenti terzi.

A giudizio del Tribunale, siffatta perimetrazione, fondata sulla letteralità della disposizione normativa, costituisce rilievo di per sé sufficiente *a escludere che si possa predicare la nullità del c.d. contratto "a valle" per violazione di norma imperativa ex art. 1418, primo comma, c.c.*: affinché si possa affermare tale invalidità negoziale, è, difatti, necessario che *dette norme disciplinino direttamente elementi intrinseci alla fattispecie negoziale, conformandone la struttura o il contenuto, ovvero impongano determinate condizioni di liceità della stipulazione* (quali, a titolo meramente esemplificativo, particolari autorizzazioni amministrative o l'iscrizione di uno o entrambi i contraenti in appositi albi o registri).

Relativamente alla configurazione di un'ipotetica nullità derivata, l'organo giudicante evidenzia come, per il propagarsi dell'invalidità da un rapporto giuridico ad un altro, sia necessaria la sussistenza, tra i due, di *un vincolo di dipendenza funzionale o, quantomeno, di un collegamento negoziale oggettivamente apprezzabile*; nella sostanza, per ipotizzare un convogliamento degli effetti invalidanti dall'intesa anticoncorrenziale, a monte, verso i sottostanti contratti a valle è, in ogni caso, l'accertamento preliminare dell'*esistenza di un nesso di indissolubile dipendenza*^[7].

Di tal guisa, la caducazione automatica del rapporto dipendente, in conseguenza dell'invalidità o della risoluzione del rapporto giuridico al quale il primo accede, è circostanza effettuale ammessa generalmente nei subcontratti (in cui l'inesistenza o il venir meno del rapporto obbligatorio principale fa inevitabilmente venir meno la causa di quello accedente), per l'evidente impossibilità di questo ultimo di realizzare la ragion pratica in vista della quale era stato stipulato, oppure, in maniera non dissimile, in tema di delegazione, ai sensi dell'art. 1271, secondo comma, c.c. (ove è espressamente previsto che l'eventuale nullità del rapporto di valuta, caducando la funzione complessiva della delegazione, renda priva di causa l'assunzione dell'obbligazione del delegato verso il delegatario).

La necessità di un collegamento negoziale ai fini della propagazione degli effetti invalidanti

Per la configurazione di un collegamento negoziale in senso tecnico, dal quale derivare l'unitarietà della fattispecie attenzionata, è, contrariamente, necessaria la ricorrenza di un duplice requisito: uno di carattere strettamente oggettivo, ovvero sia il nesso teleologico tra i negozi, finalizzati alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti; l'altro più propriamente soggettivo, costituito dal comune intento pratico dei contraenti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli

negozi, ma anche il coordinamento tra di essi, con la finalità di realizzare un obiettivo ulteriore, autonomo dal punto di vista causale e trascendentale rispetto agli effetti tipizzati di ciascuno dei negozi posti in essere. Come puntualmente evidenziato nella pronuncia annotata, la sussistenza di questo secondo requisito postula, a sua volta, o l'identità soggettiva tra le parti di entrambi gli accordi, o, alternativamente, la consapevole adesione del contraente del rapporto dipendente alle dinamiche dell'accordo a monte e che, asseritamente, potrebbe pregiudicarlo. Sebbene, infatti, l'identità delle parti non sia effettivamente requisito imprescindibile ai fini del collegamento negoziale, nel caso dovesse difettare, *l'intento delle parti di consentire a un tale collegamento è meno scontato e richiede una prova rigorosa, perché in questi casi è ben più probabile che l'unitarietà del risultato perseguito da uno soltanto dei contraenti non determini un'interdipendenza funzionale*^[8].

L'applicazione del principio *simul stabunt simul cadent* necessita, quindi, sul piano oggettivo di *una ragione pratica ulteriore e distinta da quella dei singoli contratti in sé considerati* e, parallelamente, su quello soggettivo, dell'*oggettivizzazione, da parte dei contraenti coinvolti, del comune intento pratico e della volontà di coordinamento teleologico dei contratti*: nel caso tali requisiti dovessero difettare, un contratto, *che sia stato validamente perfezionato, che presenti i requisiti strutturali di validità previsti dalla legge* e, al contempo, *non persegua in sé una causa illecita o immeritevole per l'ordinamento giuridico*, non può ragionevolmente essere assoggettato agli effetti invalidanti in dipendenza dell'accertamento della nullità o della caducazione di un rapporto giuridico diverso ed intercorso tra terzi.

I contratti stipulati tra la singola impresa e il singolo cliente (ovverosia, nel caso di specie, le fideiussioni) derivano dall'autonomia privata dei contraenti, ovverosia da un'autonoma manifestazione di consenso, che, in quanto tale, può recepire, all'interno del regolamento contrattuale, anche le singole clausole riproduttive dell'illecita determinazione anticoncorrenziale.

Pur tuttavia, che l'impresa possa uniformare la propria manifestazione di autonomia privata al programma violativo della disciplina antitrust *non appare*, a giudizio del Tribunale, *sufficiente a privare il successivo contratto a valle di un'autonoma ragion d'essere*.

In tal senso, è circostanza fattuale quella per cui, nelle normali dinamiche sottese alla contrattazione individuale, *le intese mostrino di non costituire un tutt'uno con i contratti a valle, di non essere a questi collegati né per legge né per volontà delle parti* e, da ultimo, *di non rappresentarne in alcun modo un presupposto di esistenza, validità od efficacia*. Ciò premesso, ne deriva l'impossibilità di individuare un nesso di dipendenza delle fideiussioni attenzionate con la deliberazione dell'ABI "incriminata", né, tantomeno, un vero e proprio collegamento negoziale.

L'assenza di un nesso di dipendenza e/o di un collegamento negoziale

Non pare possa sottacersi, per giunta, come, nei contratti di fideiussione oggetto della controversia, *non vi sia alcun obiettivo richiamo alla deliberazione dell'ABI di approvazione del modello standardizzato di fideiussione omnibus*^[9]. Non risulta, peraltro, che tale deliberazione abbia, in qualche modo, vincolato l'Istituto di credito stipulante al rispetto dello schema *de quo* nella contrattazione con terzi, ma, per converso, è comprovato, a livello esperienziale, come le Banche abbiano

concluso molteplici contratti di fideiussione aventi contenuto difforme rispetto al summenzionato modello. A parere del Tribunale si è, quindi, di fronte *non agli effetti di un vero e proprio accordo giuridicamente vincolante, bensì di una prassi, senz'altro consolidata e peraltro sicuramente preesistente alla predisposizione dello schema ABI, consistente nella tendenza alla standardizzazione contrattuale*, all'interno della quale solo alcune clausole potrebbero (per gli addotti motivi) essere scientemente tacciate di anticoncorrenzialità.

La presunta illiceità della causa della fideiussione

Da ultimo, l'organo giudicante esclude anche la presunta illiceità della causa del contratto di fideiussione, sottoscritto a valle dal cliente della banca. A tal riguardo, in motivazione è assunto come dirimente il rilievo che, anche a voler ammettere che l'Istituto di credito persegua, con la contrattazione individuale, come fine ultimo quello di alterare a suo favore il mercato (o di ottenere un extraprofitto), ponendo, di fatto, in essere una condotta anticoncorrenziale, l'altro contraente, il cliente – fideiussore, stipula, invero, il contratto per soddisfare un proprio interesse, perfettamente coerente con il fine tipico dell'operazione posta in essere. Ne deriverebbe l'individuazione di un solo motivo illecito, ascrivibile all'imprenditore, sicuramente non comune e non condiviso dall'altro contraente: irrilevante, quindi, a norma dell'art. 1345 c.c.

L'inosservanza di norme, anche imperative, che impongano o, al contrario, precludano alle parti di porre in essere alcuni comportamenti e che, al contempo, non siano corredate, sul piano strettamente sanzionatorio, da specifiche ipotesi di nullità testuali, non possa determinare la nullità dell'atto negoziale eventualmente posto in essere in loro violazione, in ossequio di quel principio cardine del sistema ordinamentale di non – interferenza tra regole di comportamento e regole di validità^[10]. Adottando la prospettiva della nullità si addiverrebbe, a giudizio del Tribunale, a esiti paradossali; per rimanere in un'area sostanzialmente contigua, nel caso del c.d. “*dumping*” (pratica commerciale pacificamente anticoncorrenziale, consistente nella vendita di beni a un prezzo inferiore al costo di produzione), ove si considerassero rilevanti non solo i comportamenti delle imprese, ma anche l'attività negoziale posta in essere con soggetti terzi, tale assunto condurrebbe, sul piano sanzionatorio, alla nullità dei singoli contratti di compravendita con i consumatori, con questi ultimi tenuti alla retrocessione del bene (nel caso si propenda per la nullità totale), ovvero al pagamento del sovrapprezzo (nel caso di nullità parziale, *ex* art. 1419 c.c.)^[11].

Né si potrebbe ipotizzare, per tenere indenne il consumatore dai descritti effetti pregiudizievoli in esito alla caducazione del contratto, una qualche nullità di protezione, con una legittimazione relativa, difficilmente compatibile con l'impianto della nullità virtuale, *ex* art. 1418, primo comma, c.c., in primo luogo, e, soprattutto, formalmente non ipotizzabile in assenza di una qualsivoglia previsione normativa, “accondiscendente” in tal senso.

Per aversi nullità, in definitiva, non basta la semplice violazione della norma imperativa dell'art. 2 l. n. 287/1990, ma *occorre che, per effetto di tale violazione, si sia determinata una situazione di oggettiva incompatibilità tra il precetto posto dalla disposizione antimonopolistica e la regola negoziale contenuta nei contratti a valle dell'intesa: è necessario, quindi, che la proibizione contenuta nella norma investa anche il*

precetto che le parti si sono date e in base al quale intendono disciplinare i propri rapporti. Circostanze non rinvenibili nella fattispecie normativa in esame, dal momento che la proibizione dettata dalla legge antitrust non condanna in maniera diretta il contenuto degli atti negoziali, ma un comportamento che si pone a monte di questi.

La tutela risarcitoria quale unica forma esperibile

La conclusione pare, dunque, necessitata. Come anticipato in premessa, secondo il Tribunale adito, l'unica forma di tutela esperibile, a fronte di intese anticoncorrenziali (o di altre violazioni comunque rilevanti *ex art. 2 l. n. 287/1990*) è quella risarcitoria, con conseguente rigetto dell'eccezione di nullità delle fideiussioni asseritamente contrastanti con la disciplina anticoncorrenziale.

[Qui il testo integrale della sentenza.](#)

[1] V. F. Di Peio, *L'azione di risarcimento dei danni ex art. 33, comma 2, l. n. 287/1990: l'onere probatorio sussistente in capo al consumatore in presenza di intesa restrittiva della concorrenza accertata dall'AGCM*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 4, 2015, 1220.

[2] V. Cass. Civ., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, con nota di A. Guarneri, *L'illecito antitrust degli assicuratori, le azioni degli assicurati e una questione di competenza risolta dalle Sezioni Unite.*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 2, 2005, 440. V. anche T. Meschini, *Nota a Cass. civ. S.U. n. 2207 del 2005*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 6, 2005, 721.

[3] Azione che, difatti, è espressamente limitata *all'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni*, finalizzato al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori ed utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

[4] Il riferimento è a Cass. Civ., Sez. I, 12 dicembre 2017, n. 29810, con nota di C. Belli, *Contratto a "valle" in violazione di intese vietate dalla Legge Antitrust*, in *GiustiziaCivile.com*, 25 maggio 2018.

[5] Per un approfondimento, V. M. Pennetta, *Fideiussione omnibus: nullità per violazione della normativa antitrust*, in questa Rivista, 27 agosto 2019, <https://www.dirittodelrisparmio.it/2019/08/27/fideiussione-omnibus-nullita-per-violazione-della-normativa-antitrust/>.

[6] Sulla nullità sottesa all'art. 2 l. n. 287/1990, Cass. Civ., Sez. I, 22 maggio 2019, n. 13846, già commentata in questa Rivista, con nota di A. Zurlo, *Fideiussione omnibus e disciplina anticoncorrenziale*, 8 agosto 2019, <https://www.dirittodelrisparmio.it/2019/08/08/fideiussione-omnibus-e-disciplina-anticoncorrenziale/>.

[7] V. Trib. Napoli, 1 marzo 2019, n. 2338, già commentata in questa Rivista, con nota di M. Lecci, *Sulla nullità delle fideiussioni modello ABI*, 3 aprile 2019, <https://www.dirittodelrisparmio.it/2019/04/03/sulla-nullita-delle-fideiussioni-modello-abi/>.

[8] Così, Cass. Civ., Sez. I, 25 novembre 1998, n. 11942, in *dejure.it*.

[9] Pare opportuno rammentare, perlomeno incidentalmente, come all'esito dell'istruttoria condotta da Banca d'Italia, rispetto al citato schema contrattuale,

venivano ritenute illegittime le clausole di cui agli artt. 2, 6 e 8, persistendo, viceversa, la validità di quella relativa al pagamento “a prima richiesta”. Per un approfondimento sulla questione, G. Calabrese, *Fideiussione omnibus “a valle”: illecito antitrust e nullità (parziale?)*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2019, 3, 517.

[10] Sul punto, Cass. Civ., Sez. Un., Sez. Un., 19 settembre 2007, n. 26724, con nota di G. Nappi, *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, in *Giustizia Civile*, fasc. 5, 2008, 1189. V. anche T. Febbrajo, *Violazione delle regole di comportamento nell’intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite*, in *Giustizia Civile*, fasc. 12, 2008, 2785.

[11] Relativamente alla nullità delle fideiussioni, Trib. Padova, 29 gennaio 2019, già commentata in questa Rivista, con nota di P. Verri, *Fideiussioni omnibus: la nullità è parziale*, 2 aprile 2019, <https://www.dirittodelrisparmio.it/2019/04/02/fideiussioni-omnibus-la-nullita-e-parziale/>.

Illegittima segnalazione in C.A.I.: tra obbligo e discrezionalità della cancellazione

Nota a Trib. Bari, 29 agosto 2019, n. 3278.

di Marzia Luceri

Premessa

Il Tribunale di Bari, con la sentenza in oggetto, ha rigettato la domanda di risarcimento per i danni subiti a causa della segnalazione nella Centrale d'Allarme Interbancaria (d'ora in poi, C.A.I.), effettuata dalla Banca convenuta e reputata illegittima dall'attore, che, più nello specifico, lamentava l'inosservanza dei principi di buona fede e correttezza da parte dell'Istituto di credito, nell'espletamento dell'attività istruttoria strumentale all'iscrizione[1].

La disciplina normativa di riferimento

Premesso che la disciplina normativa da richiamare, ai fini della risoluzione della controversia in esame, sia la legge 15 dicembre 1990, n. 386 (rubricata "*La nuova disciplina sanzionatoria degli assegni bancari*"), pare opportuno anteporre una breve descrizione della C.A.I., della sua operatività, nonché dei presupposti della relativa segnalazione.

In attuazione della delega contenuta nell'art. 1 della l. n. 205/1999, il d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507 (rubricato "*Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio*") ha profondamente innovato la materia oggetto di disamina. La *ratio* dell'indicata normativa è assicurare il regolare funzionamento del sistema di pagamento ed elevarne il grado di sicurezza mediante le segnalazioni d'illegittimo impiego dei relativi strumenti e l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie[2].

Stando a quanto statuito all'art. 10-*bis* della summenzionata legge, la C.A.I. è un archivio informatizzato, istituito presso la Banca d'Italia e attivo dal 2 giugno 2002, che provvede alla raccolta delle segnalazioni relative a coloro che abbiano emesso assegni bancari e/o postali senza autorizzazione ovvero senza provvista, ovvero sia dei cc.dd. "cattivi pagatori".

Relativamente alla controversia oggetto del presente commento, l'attore, avendo emesso un assegno bancario "scoperto", senza possedere, quindi, la disponibilità delle somme necessarie al pagamento, veniva iscritto, all'esito della procedura normativamente prevista, nell'archivio di cui al summenzionato art.10-*bis*.

A tal riguardo, la disciplina sanzionatoria degli assegni bancari prevede che, qualora venga emesso un assegno privo di provvista, l'istituto di credito trattario provveda, ai sensi dell'art. 9-*bis* della l. n. 386/1990, a notificare al debitore-traente, entro il decimo giorno dalla presentazione al pagamento del titolo e presso il domicilio eletto dallo stesso, il c.d. preavviso di revoca: con tale comunicazione, la banca trattaria avvisa il traente che, scaduto il termine di sessanta giorni *ex* art. 8, senza aver fornito la prova dell'avvenuto pagamento, mediante la presentazione della quietanza autenticata dal beneficiario[3], il suo nominativo verrà iscritto in

C.A.I. e, conseguentemente, *“gli sarà revocata ogni autorizzazione ad emettere assegni”*.

È opportuno sottolineare l'importanza della tempestività del preavviso di revoca: per mezzo di tale comunicazione il traente, posto a conoscenza delle conseguenze derivanti dall'iscrizione del proprio nominativo alla C.A.I., ha la possibilità di poter intervenire, prima che la revoca abbia effetto, ponendovi rimedio con il pagamento tardivo^[4].

Le circostanze fattuali e la decisione del Tribunale

Dall'esposizione dei fatti di causa, emerge chiaramente come la banca convenuta abbia rispettato i termini previsti agli artt. 8 e 9-*bis* della L. n. 386/1990.

Essendo la disciplina sanzionatoria *de qua* una normativa a tutela dell'intero sistema creditizio, gli istituti di credito sono obbligati ad avviare la procedura di segnalazione alla C.A.I.; la valutazione in merito alla sussistenza dei presupposti non è discrezionale^[5].

A riprova di ciò, l'art. 10 statuisce una responsabilità solidale del trattario che ometta ovvero non provveda tempestivamente all'iscrizione nel relativo archivio: l'istituto di credito sarà *“obbligato in solido con il traente a pagare gli assegni emessi dallo stesso traente nel periodo in cui avrebbe dovuto operare la revoca, anche se manca o è insufficiente la provvista, nel limite di venti milioni per ogni assegno”*.

La giurisprudenza arbitrale ha più volte evidenziato come la *ratio* dell'art. 9-*bis* risulti chiaramente ispirata a tutela del traente e sia caratterizzata da un rigoroso formalismo, finalizzato a rendere assolutamente certo il domicilio del cliente al quale inviare il preavviso di revoca^[6].

Tornando alla controversia oggetto della presente nota, il Tribunale adito ha dovuto verificare se la banca trattaria, in relazione alla circostanza per cui la raccomandata, relativa al preavviso di revoca, fosse stata restituita con il segno sulla voce “[destinatario] trasferito”, abbia effettivamente agito senza la dovuta diligenza.

A tal riguardo, stando a quanto testualmente disposto all'art. 9-*ter*, comma 2, della l. n. 386/1990, il cliente ha il dovere di comunicare, *“con dichiarazione presentata direttamente alla banca o all'ufficio postale, ovvero mediante telegramma o lettera raccomandata con avviso di ricevimento, o con altro mezzo concordato dalle parti, di cui sia certa la data di ricevimento”*, quelle che sono le eventuali variazioni del domicilio eletto, ai fini delle comunicazioni di cui all'art. 9-*bis*.

Relativamente al caso di specie, non risulta che la banca trattaria abbia ricevuto comunicazione alcuna in ordine alla modifica del domicilio del traente.

In ragione di ciò, non può che trovare applicazione l'art. 9-*bis*, comma 4, il quale prevede che *“la comunicazione si ha per effettuata ove consti l'impossibilità di eseguirla presso il domicilio eletto”*; dall'applicazione di tale disposizione, si evince come non risulti comprovata la condotta negligente da parte della convenuta.

In ultima analisi, ai fini che qui interessano, il Tribunale di Bari ha posto in evidenza la condotta tenuta dalla banca trattaria non appena il traente le ha consegnato la quietanza liberatoria del pagamento tardivo dell'assegno bancario: nonostante tale quietanza liberatoria fosse stata presentata oltre i termini stabiliti dalla legge, l'istituto di credito *“prontamente si attivò per conseguire la cancellazione della iscrizione in C.A.I.”*.

Il giudice di primo grado, in conclusione, ha rilevato non solo la corretta attuazione delle prescrizioni della l. n. 386/1990 da parte della convenuta (qualificando, per tale ragione, legittima la relativa segnalazione), ma ha altresì ravvisato la buona fede della medesima nella condotta posta in essere prima di procedere alla segnalazione, nonché a seguito alla presentazione della quietanza liberatoria. In tal senso, pare opportuno evidenziare come l'istituto di credito, quale contraente "forte", provvedendo spontaneamente e prontamente alla cancellazione della predetta iscrizione nonostante la presentazione tardiva della quietanza liberatoria, abbia fatto sì che il diritto all'immagine e alla reputazione del traente non venisse sacrificato per tutta la durata della segnalazione (6 mesi). Alla luce di tali osservazioni, il Tribunale, come anticipato in apertura, ha rigettato la domanda attorea di risarcimento per i danni, imputando all'esclusiva negligenza del traente l'iscrizione in C.A.I.

[Qui il testo integrale della sentenza.](#)

[1] L'attore riteneva, altresì, responsabili gli operatori postali del mancato recapito della raccomandata contenente il "preavviso di revoca C.A.I.", restituita al mittente con il segno sulla voce "[destinatario] trasferito".

[2] V. S. Daminelli, *Assegno emesso senza provvista: la segnalazione in CAI è un obbligo per le banche*, 30 novembre 2015, www.diritto24.ilsole24ore.com.

[3] La normativa, ai sensi dell'art. 8, comma 3, in alternativa alla presentazione della quietanza con firma autenticata dal portatore, consente che la prova dell'avvenuto pagamento possa essere fornita dal traente, "in caso di pagamento a mezzo di deposito vincolato, mediante attestazione della banca comprovante il versamento dell'importo dovuto".

Qualora il beneficiario dell'assegno non provveda a rilasciare la quietanza liberatoria nei termini necessari alla presentazione della stessa al trattario, il traente, provata la mancata collaborazione, potrà agire nei suoi confronti per il risarcimento dei danni patrimoniali e non. In tal senso, Corte. Cost. ord. n. 319/2006. V. anche M. Monteleone, *Assegno scoperto: evitare segnalazioni in CAI e avere il risarcimento dal creditore*, 16 febbraio 2014, www.laleggepertutti.it

[4] V. M. Tidona, *Il preavviso di revoca nella segnalazione alla Centrale d'Allarme Interbancaria degli assegni non pagati per difetto di provvista*, 15 luglio 2011, www.tidona.com

[5] In tal senso, Cass. Civ., ord. 11.04.2017, in *expartecreditoris.it*.

[6] V. ABF, Coll. Coordinamento, dec. n. 8858/2015; ABF, Coll. Napoli, dec. n. 6780/2016; ABF, Coll. Palermo, dec. n. 3513/2018.

Interessi moratori usurari e gratuità del contratto di leasing finanziario

Nota a Cass. Civ. 13 settembre 2019, n. 22890

di Andrea Cavalera

1. Abstract

Nella pronuncia in esame l'art. 1815 comma 2 c.c. viene interpretato nel senso che la previsione di interessi moratori usurari non comporta la gratuità del contratto di *leasing*, restando salva la "diversa" pattuizione relativa agli interessi corrispettivi. Tale interpretazione, come si spiegherà meglio nel prosieguo, pone un argine interpretativo che rifiuta la c.d. interpretazione estensiva della suddetta norma.

2. La questione in fatto

Nel 2004 veniva stipulato, tra due società, un contratto di locazione finanziaria con il fine di edificare un fabbricato artigianale. Tuttavia la società interessata a tale scopo conveniva in giudizio la seconda per sentire dichiarare, previo accertamento dell'applicazione di tassi di interessi usurari, la gratuità del contratto di cui sopra e la condanna alla restituzione di tutti gli importi versati a titolo di interessi.

Il Tribunale accoglieva le domande attoree e condannava la società a restituire quanto percepito a titolo di interessi per una somma pari a € 356.779,80.

La soccombente, a questo punto, proponeva appello in via principale. In via incidentale lo proponeva invece l'ormai intervenuto Fallimento della prima società. Con sentenza del 28 giugno 2017 la Corte d'Appello accoglieva parzialmente l'appello principale e rideterminava la somma capitale da restituire in € 2.662,85. Quest'ultima cifra era pari alla sola somma degli interessi moratori corrisposti in corso di contratto.

A fondamento di tale pronuncia la Corte d'Appello, osservava che:

- la normativa anti-usura era applicabile con riferimento agli interessi a qualsiasi titolo pattuiti. Dunque non solo con riguardo agli interessi corrispettivi ma anche a quelli moratori;
- in primo grado, il Tribunale, accertava che erano stati già pattuiti interessi di mora superiori alla soglia anti-usura;
- era dovuta la restituzione dei soli interessi moratori usurari in quanto il rimedio dell'art. 1815 comma 2 c.c. poteva colpire solo la clausola degli interessi di mora e non quella degli interessi corrispettivi visto che questi ultimi erano stati pattuiti in misura inferiore al tasso soglia anti-usura.

3. In diritto. Brevi cenni sul contratto di leasing finanziario e sulla disciplina degli interessi usurari

Giova in questa sede ricordare, seppur brevemente, le caratteristiche del contratto di leasing finanziario sul quale insistevano gli interessi usurari contestati.

Tale tipologia contrattuale, non essendo annoverata nel Codice Civile tra le fattispecie negoziali tipiche, viene ricondotta nella categoria dei contratti atipici. Tale atipicità ha fatto sì, nel corso degli anni, che fossero dottrina e giurisprudenza ad impegnarsi nella individuazione delle sue caratteristiche. Il legislatore nazionale, in realtà, ha tentato più volte di tipizzare il contratto di leasing finanziario. Ciò è avvenuto, ad esempio, con la Legge per il mercato e la concorrenza n. 124/2017 del 4 agosto 2017, recante «disposizioni finalizzate a rimuovere ostacoli regolatori all'apertura dei mercati, a promuovere lo sviluppo della concorrenza e a garantire la tutela dei consumatori, anche in applicazione dei principi del diritto dell'Unione europea in materia di libera circolazione, concorrenza e apertura dei mercati, nonché delle politiche europee in materia di concorrenza». La novella legislativa, all'art. 1, comma 136 e ss., introduce una definizione del contratto di leasing finanziario. In particolare il comma 136 dispone che: «*Per locazione finanziaria si intende il contratto con il quale la banca o l'intermediario finanziario iscritto nell'albo di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, si obbliga ad acquistare o a far costruire un bene su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore, che ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e lo fa mettere a disposizione per un dato tempo verso un determinato corrispettivo che tiene conto del prezzo di acquisto o di costruzione e della durata del contratto. Alla scadenza del contratto l'utilizzatore ha diritto di acquistare la proprietà del bene ad un prezzo prestabilito ovvero, in caso di mancato esercizio del diritto, l'obbligo di restituirlo*». Il legislatore, con tale disposizione, ha recepito gran parte dei risultati interpretativi a cui si era giunti. (1)

Su tale contratto atipico si incardina la vicenda relativa alla corresponsione degli interessi usurari di cui si è detto sopra.

Si rende necessario a questo punto un richiamo alla disciplina degli interessi usurari al fine di meglio comprendere le conclusioni della Suprema Corte.

Negli ultimi anni quello dell'usura si è dimostrato essere un tema rivitalizzato soprattutto dall'emersione di numerosi intrecci che esso ha creato, ad esempio, con il fenomeno dell'anatocismo bancario.

Nel nostro ordinamento la L. 108/1996 ha introdotto criteri oggettivi di rilevazione del fenomeno usurario, applicabili in via specifica nei rapporti tra banca e cliente. La suddetta legge ha introdotto modifiche importanti tanto al regime penale dell'usura (2), ex art. 644 c.p., quanto alla disciplina civilistica ex art. 1815 c.c. (*si rinvia al paragrafo successivo*).

Per ciò che interessa in questa sede si deve evidenziare come, secondo la disciplina civilistica, se sono convenuti interessi usurari, la relativa clausola è nulla e non sono dovuti interessi.

Proprio per far chiarezza in merito alla disciplina giuridica dei rapporti in essere al momento dell'entrata in vigore della L. 108/1996, il legislatore è intervenuto con il D.L. 394/2000 convertito in legge dall'art. 1 della L. 24/2001, fornendo una interpretazione autentica della L. 108. Si è infatti chiarito che ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815 c.c., si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento (3).

Ora è possibile fare cenno – senza pretesa di essere esaustivi in questa sede – al problema relativo al computo finalizzato a stabilire il superamento del tasso soglia.

Le istruzioni della Banca D'Italia del 2.08.2009 (punto C4) escludono dal computo usurario gli interessi di mora e gli oneri assimilabili contrattualmente per il caso di inadempimento di un obbligo.

La giurisprudenza penale, per contro, ha risposto positivamente al quesito relativo all'inclusione degli interessi di mora nel computo per la verifica del superamento del tasso soglia. Di segno contrario invece una parte notevole della giurisprudenza civile, secondo la quale le Istruzioni sono norme tecniche autorizzate e in quanto tali devono essere applicate in sede di rilevazione dell'usura. Proprio da tale presupposto si fa discendere la illegittimità della eventuale applicazione di diverse formule di calcolo rispetto a quella contenuta nelle Istruzioni. La giurisprudenza si è inoltre chiesta se gli interessi corrispettivi si sommino o meno a quelli di mora. A tal proposito, bisognerebbe rapportare i primi al finanziamento erogato e i secondi all'inadempimento. Da questo punto di vista la rata non pagata non si scompone in quota capitale e quota interessi ma diviene *sic et simpliciter* prestazione inadempita ex art. 1218 c.c., sulla quale van calcolati gli interessi di mora ex art. 1224 c.c..

Quest'ultimo importo, sommato agli ulteriori collegati all'inadempimento, compone l'aggregato sul quale si determina in percentuale l'onere concretamente preteso in rapporto alla rata. Tale onere deve poi essere confrontato con il tasso soglia.

4. Art. 1815 comma 2 c.c.

Con riguardo al secondo comma dell'art. 1815 c.c. si discute se oltre agli interessi usurari (5), debbano essere restituiti anche gli altri oneri (commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese) collegati all'erogazione del credito.

In particolare è dibattuto se il riferimento agli interessi contenuto nella suddetta norma, debba essere inteso come comprensivo anche di tutti gli oneri (interpretazione estensiva), o se invece la nullità sia limitata alla clausola che stabilisce gli interessi (interpretazione restrittiva), con salvezza per voci diverse dagli interessi stessi.

A favore della tesi più rigorosa (sostanziale gratuità del mutuo, v., ad es., Trib. Massa 11.10.2017) si pongono le seguenti ragioni:

- a) l'art. 1815 comma 2 c.c. si inserisce in un sistema normativo che mira a proteggere il contraente più debole e a contrastare il fenomeno dell'usura;
- b) la considerazione che limitare l'interpretazione della norma agli interessi in senso stretto darebbe luogo a comportamenti agevolmente elusivi delle finalità perseguite dal legislatore;
- c) il collegamento con l'art. 1419 comma 2 c.c. che sancisce ipotesi di nullità parziale del contratto, limitata a singole clausole sostituite di diritto da norme imperative. (4)

La diversa interpretazione, che limita la nullità alla clausola che stabilisce gli interessi, si giova invece delle considerazioni seguenti:

- 1) il tenore letterale dell'art. 1815 comma 2 c.c.;
- 2) il confronto con la precedente versione di tale norma, che prevedeva la sostituzione degli interessi usurari con quelli legali;
- 3) il suo carattere sanzionatorio e speciale che ne sconsiglia un'interpretazione estensiva;
- 4) il possibile arricchimento ingiustificato del mutuatario.

Secondo il Collegio di coordinamento dell'ABF n. 12830/2018, investito della questione relativamente ad un contratto di assicurazione abbinato al contratto di finanziamento, il riferimento esplicito all'art. 1815, comma 2, c.c. contenuto nell'art. 1 del D.L. n. 394/2000 e l'inciso "comunque convenuti, a qualsiasi titolo" manifestano in modo palese la volontà del legislatore di stabilire uno stretto collegamento tra la norma civile e quella penale e, quindi, di interpretare il concetto di interessi in maniera onnicomprensiva, includendovi – anche ai fini civilistici – tutti i costi elencati nel comma 4 dell'art. 644 c.p. e cioè commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito.⁽⁶⁾

Proprio sull'interpretazione dell'art. 1815 secondo comma c.c. si sofferma la Corte di Cassazione nel momento in cui ritiene infondati i motivi posti alla base del ricorso dopo la pronuncia della Corte d'Appello.

5. La pronuncia della Cassazione

I ricorrenti hanno denunciato, ai sensi dell'art. 360 primo comma n. 3 c.p.c., la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1815 secondo comma c.c. e dell'art. 1 del d.l. n. 394 del 2000, convertito dalla legge n. 24 del 2001, per aver erroneamente la Corte territoriale, limitato l'obbligo di restituzione ai soli interessi moratori pagati, anziché riconoscere la gratuità del rapporto integralmente considerato, pur confermando l'usurarietà *ab origine* del tasso moratorio pattuito.

La Suprema Corte di Cassazione ritiene infondato tale motivo richiamandosi anche ad una sua precedente pronuncia, la n. 21470 del 2017.

Secondo quest'ultimo arresto, l'art. 1815 secondo comma c.c., nel prevedere la nullità della clausola relativa agli interessi, ove questi siano usurari, intende per clausola la singola disposizione pattizia che contempri interessi eccedenti il tasso-soglia, indipendentemente dal fatto che essa esaurisca la regolamentazione dell'entità degli interessi dovuti in forza del contratto. Pertanto la sanzione dell'art. 1815 secondo comma c.c., "non può che colpire la singola pattuizione che programmi la corresponsione di interessi usurari, non investendo le ulteriori disposizioni che, anche all'interno della medesima clausola, prevedano l'applicazione di interessi che usurari non siano".

Con ciò la Corte intende dire che laddove le parti abbiano convenuto un saggio di interesse inferiore al tasso soglia, la relativa disposizione è valida se non vi è modo di ritenere che ad essa venga trasmessa la patologia negoziale che colpisce l'altra pattuizione.

Non è stata quindi riconosciuta la gratuità del contratto di leasing ma è stata confermata la sola restituzione degli interessi moratori pagati in quanto il meccanismo ex art. 1815 secondo comma c.c., secondo la Corte, colpisce esclusivamente la singola clausola contrattuale con cui si prevedono gli interessi ad un tasso usurario (nel caso di specie gli interessi moratori).

Si è dunque aderito alla interpretazione restrittiva della suddetta norma e non a quella estensiva la quale avrebbe previsto la nullità di ogni clausola contenente previsione di interessi anche al di sotto del tasso soglia.

Qui la pronuncia: [Cass. Civ. n. 22890 del 13 settembre 2019, n. 22890/2019](#)

(1) Vinella Paolo Giuseppe, *Contratto di leasing finanziario: le novità introdotte dalla legge concorrenza*, in *www.diritto24.ilsole24ore.com*, 6.09.2017.

(2) La letteratura è sul punto assai vasta. Si segnalano in particolare: f. Cossa, *Commento alla L. 7 marzo 1996, n. 108*, in *Commentario del c. c.*, diretto da G. Gabrielli, *Delle obbligazioni, vol. III*, a cura di Cuffaro, Torino, 2013, 698 ss.; D. Colavincenzo, *Nullità e rescissione dei contratti usurari*, Napoli, 2011; F. Sforza, *La normativa in materia di usura*, in E. Galanti (a curadi), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2008, 1241 ss.; A. Sassi, *Esegesi e sistema del contratto usurario*, *Riv. dir. civ.*, I, 2010, 247 ss.; P. Dagna, *Profili civilistici dell'usura*, Padova, 2008; L. Porcelli, *La disciplina degli interessi bancari*, cit., 89 ss.; G. Passagnoli, *Contratto usurario es sopravvenienza normativa*, Padova, 2005; V. Pandolfini, *Gli interessi usurari*, Milano, 2002; riccio, *Il contratto usurario nel diritto civile*, Padova.

(3) T. Velletri, 3 dicembre 1997, T. Milano, 13 novembre 1997 e T. Velletri, 30 aprile 1998, in *Foro it.*, I, 1998, 1609 SS., con nota di A. Palmieri, *Usura e sanzioni civili: un meccanismo già usurato?*; le prime due decisioni, insieme a T. Roma, 4 giugno 1998 (quest'ultima di segno opposto a quelle sopra menzionate), sono pubblicate anche in *Banca borsa*, II, 1998, II, 501 ss., con nota di U. Morera, *Interessi pattuiti, interessi corrisposti, tasso soglia e...usuraio sopravvenuto*, e di P. Severino Di Benedetto, *Riflessi penali della giurisprudenza civile sulla riscossione di interessi divenuti usurari successivamente all'entrata in vigore della L. 108/1996*; la prima è edita anche in *Corriere giur.*, 1998, 192 ss., con commento di G. Gioia, *Interessi usurari: rapporti in corso e ius superveniens*; T. Milano, 13 novembre 1997 può consultarsi anche *Corriere giur.*, 1998, 435 ss., con nota di V. Carbone, *Interessi usurari dopo la L. 108/1996*. Vedi anche T. Firenze, 10 giugno 1998, T. Lodi, 30 marzo 1998 (nonché ancora T. Roma, 4 giugno 1998), *Corriere giur.*, 1998, 805 ss., con commento di ID., *Usura: nuovi rintocchi*. In sede di legittimità, cfr. Cass., 22 aprile 2000, n. 5286 (*ove il rapporto negoziale non sia ancora esaurito, non si può continuare a dare effetto alla clausola, contenuto in un contratto di conto corrente bancario, stipulato in epoca anteriore all'entrata in vigore della nuova disciplina sull'usura, con la quale sono stati pattuiti interessi ad un tasso divenuto superiore a quello di soglia*), *Foro it.*, I, 2000, 2180 ss.; *Contr.*, 2000, 688 ss., con nota di A. Maniaci, *La nuova normativa in materia di usura ed i rapporti negoziali in corso* (insieme a Cass., 2 febbraio 2000, n. 1126, la quale – ancorché in termini più laconici- aveva per prima statuito il principio secondo cui la L. 108/1996, che ha modificato l'art. 644 c.p., in difetto di previsione di retroattività, non può operare rispetto ai precedenti contratti di mutuo, pur essendo di immediata applicazione nei relativi rapporti limitatamente alla regolamentazione di effetti ancora in corso); *Corriere giur.*, 2000, 878 ss., con nota di G. Gioia, *La disciplina degli interessi divenuti usurari: una soluzione che fa discutere* (insieme a T. Palermo, 7 marzo 2000). In tema di mutuo, vedi poi Cass., 17 novembre 2000, n. 14899 (*nel mutuo, ove il rapporto negoziale non sia ancora esaurito in quanto perduri l'obbligazione di corrispondere, oltre ai ratei di somma capitale, anche gli interessi, la rilevabilità d'ufficio della nullità della clausola relativa agli interessi che si assumono essere usurari in applicazione dei criteri dettati dalla L. 108/1996, non può ritenersi preclusa per il solo fatto che il contratto sia stato stipulato anteriormente all'entrata in vigore della nuova disciplina; momento significativo per*

individuare se il tasso di interessi del mutuo stipulato anteriormente all'entrata in vigore della L. 7 marzo 1996, n. 58 superi la soglia stabilita nei decreti ministeriali trimestrali previsti dall'art. 2 detta legge è quello della dazione di detti interessi, e non quello della stipula del contratto, essendo tenuto il giudice a rilevarne anche d'ufficio l'illegittimità qualora si controverta all'esecuzione del contratto), Foro it., I, 2001, 80 ss., con nota dia. Palmieri, Tassi usurari e introduzione della soglia variabile: ancora una risposta interlocutoria; ivi, I, 918 ss., con nota die. Scoditti, Mutui a tasso fisso: inserzione automatica di clausole o integrazione giudiziale del contratto?; In senso contrario, cfr. Invece (oltre alla già menzionata T. Roma, 4 giugno 1998, cit.) T. Roma, 10 luglio 1998, Corriere giur., 1998, con nota di A. Moliterni e a. Palmieri, Tassi usurari e razionamento: repressione e prevenzione degli abusi nel mercato del credito; T. Avellino, 12 aprile 1999, Dir. Fall., II, 1999, 916 ss., con nota dig. Landolfi, Brevi note in tema di interessi usurari sopravvenuti ai sensi della L. N. 108/ 1996; T. Venezia, 20 settembre 1999, Giur. It., 2000, 955 ss., con nota di v. Pandolfini, Sopravvenuta usurarietà del tasso di interesse e tutela civilistica dell'usura: incertezze e questioni di legittimità costituzionale.

(4) Si veda, ex multis, *Commentario breve al Codice Civile*, CEDAM, 2018

(5) Il tasso di interesse è usurario quando è superiore ai tassi medi praticati da banche e intermediari finanziari, rilevati trimestralmente dal Ministro del Tesoro (legge 7 marzo 1996, n. 108), qualora risultino "sproporzionati". In ogni caso si considerano usurari i tassi che superano del 50 % i saggi pubblicati. Inoltre, sono usurari gli interessi quando si verifichi l'approfittamento di cui al terzo comma dell'[art. 644 del c.p.](#), che punisce il reato di usura.

(6) fiorucci fabio, *Interessi usurari e art. 1815, comma 2, c.c.* In www.elegal.it, 28.08.2018

Le fideiussioni “a valle” e le intese anticoncorrenziali “a monte”: le prime “immunizzate” dalla nullità delle seconde

Commento a Cass. Civ., sez. I, 26 settembre 2019, n. 24044

di Antonio Zurlo

Premessa

La nullità delle fideiussioni, per violazione della normativa antitrust, parrebbe essere divenuta un novello Gatto del *Cheshire*, di *carrolliana* memoria, in seno alla giurisprudenza tanto di merito, quanto di legittimità, scontando, perlomeno a un esame frettoloso, un’altalenanza di pronunce, alcune favorevoli, altre contrarie alla sua configurabilità. Di fatto, però, la Corte di Cassazione, benché, forse, sibillina in alcuni passaggi, è stata sempre fermamente chiara nell’escludere qualsivoglia automatismo nella propagazione dell’invalidità (*rectius*, nullità) delle intese “a monte” verso i contratti fideiussori “a valle”, attribuendo, a tal riguardo, un’indubbia centralità alla metodica dell’accertamento del caso concreto.

Gli accordi elusivi della normativa anticoncorrenziale e le fideiussioni fatte sottoscrivere dagli Istituti di credito ai loro clienti sono entità poste su piani, sì contigui, ma sostanzialmente differenti, tra i quali, lungi da una categorica esclusione, può esserci comunicabilità anche della patologia, ma da allegare e comprovare specificatamente: è questo l’approdo cui giunge la recentissima ordinanza qui annotata. Esito, invero, non nuovo, ma che, forse, andava nuovamente formalizzato, anche alla luce di alcune interpretazioni enfaticanti e sensazionalistiche delle precedenti pronunce della Suprema Corte.

Breve ricostruzione del fatto e rassegna dei motivi di ricorso

I ricorrenti proponevano ricorso per cassazione avverso la sentenza della Corte di Appello di Napoli, pronunciata nell’ambito di una controversia concernente l’opposizione a un decreto ingiuntivo, notificato loro in qualità di fideiussori di una società che aveva sottoscritto mutuo chirografario con la Banca resistente.

Più nello specifico, ai fini che qui interessano, le doglianze a fondamento dell’opposizione avevano riguardato la presunta nullità del contratto di fideiussione, per contrarietà a norme imperative (o per illiceità della causa), dal momento che le dichiarazioni fideiussorie, *predisposte unilateralmente dalla Banca e sottoscritte dai ricorrenti in forma di negozio unilaterale*, riproducevano pedissequamente le Norme Bancarie Uniformi (d’ora innanzi, NBU), oggetto di censura da parte di Banca d’Italia, in quanto sussumibili nelle intese illecite, *ex art. 2 l. n. 287/90* [1]. Veniva, inoltre, dedotto come siffatta nullità fosse da ritenersi estesa anche agli atti negoziali recepenti le stesse clausole (ovverosia, nel caso di specie, la fideiussione oggetto di contestazione).

La Corte territoriale, giudicando non meritevoli di accoglimento i motivi dell’impugnazione, aveva respinto l’appello, disattendendo l’eccezione di nullità totale delle fideiussioni, per contrarietà alla normativa antitrust. In particolare, sebbene nel contratto di fideiussione stipulato tra gli allora appellanti e l’Istituto di credito, fossero effettivamente presenti clausole riproducenti nella sostanza il

contenuto di quelle asseritamente censurate, la nullità delle stesse, a giudizio del Collegio, non poteva scientemente condurre a una declaratoria di nullità dell'intero contratto, in mancanza della prova dell'essenzialità delle clausole *de quibus*, ai fini della stipulazione dell'accordo.

L'accertamento della nullità del contratto di fideiussioni assurge a elemento centrale nei motivi di ricorso avverso il pronunciamento di secondo grado.

I ricorrenti, difatti, denunciavano la violazione e/o falsa applicazione e/o falsa interpretazione degli artt. 2 l. n. 287/90 e 1419 c.c., nonché del principio di diritto enunciato nell'ordinanza della Corte di Cassazione n. 29810/2017: a loro giudizio, la Corte di appello, interpretando e applicando in maniera riduttiva il Provvedimento di Banca d'Italia e il precedente giurisprudenziale summenzionato, avrebbe dichiarato erroneamente la nullità di singole clausole e non dell'intero contratto di fideiussione, per converso da ritenersi integralmente nullo, perché concluso in applicazione di intese illecite concluse "a monte" (tali dovendosi ritenere le NBU dell'ABI in materia di contratti di fideiussione). I ricorrenti evidenziavano, inoltre, l'impossibilità di addurre prova inerente all'essenzialità delle clausole ai fini della conclusione del contratto, atteso che dette disposizioni venivano riprodotte dalla Banca nel singolo contratto e la concessione del finanziamento veniva subordinata alla sottoscrizione del contratto fideiussorio, sì come redatto.

La decisione del Collegio: nessun automatismo, ma accertamento specifico degli eventuali profili di nullità

La Prima Sezione giudica non meritevole di accoglimento il motivo di ricorso, poiché evidentemente infondato.

Come, difatti, già affermato in precedenti pronunciamenti, la legge antitrust introita, nel panorama ordinamentale, norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato, *ovvero chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata*: di fronte a un'intesa anticoncorrenziale (e, quindi, vietata), il consumatore – acquirente finale del prodotto vede eluso il proprio diritto a una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, da un lato, e, dall'altro, il c.d. contratto "a valle" (nel caso di specie la fideiussione) costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti. Dal momento che la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra (perlomeno potenzialmente) la concettualità di danno ingiusto, ai sensi dell'art. 2043 c.c., il consumatore finale, che subisca danno da una contrattazione che non ammetta alternative, proprio in conseguenza dell'esistenza di una collusione "a monte", ha a propria disposizione l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno, di cui all'art. 33 l. n. 287/90, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori dell'accordo anticoncorrenziale^[2].

La giurisprudenza di legittimità ha, quindi, da sempre rimarcato l'ontologica quanto ineludibile differenza intercorrente tra gli accordi "a monte", ovvero sia le intese, e i contratti sottoscritti "a valle", le fideiussioni, assoggettando ognuna delle due categorie, per quanto sinallagmaticamente contigue, a patologie e

rimediaibilità differenti: le prime, oggetto di valutazione in merito alla illiceità per violazione della normativa antitrust, sono sanzionate con la nullità; i secondi, procurando quale diretto nocumento una limitazione della scelta, mediante l'azione risarcitoria.

È premura della Prima Sezione ricordare, difatti, come con ordinanza da più parti equivocata nell'effettiva portata contenutistica^[3], la stessa Corte abbia, in relazione agli effetti della nullità di un'intesa tra imprese limitativa della libera concorrenza, chiarito come dalla declaratoria *de qua*, emessa dalla Autorità Antitrust, ai sensi dell'art. 2 della l. n. 287/90, non si possa far derivare automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, che, per converso, sono destinati a mantenere la loro validità, derivandone *sic et simpliciter* esclusivamente un'azione di risarcimento danni avverso le imprese "colluse"^[4], esperibile da parte dei clienti^[5]; siffatto risarcimento non sconta, peraltro, limitazioni di sorta, giovandosi di una sorta di retroattività esecutiva: è, difatti, previsto *per tutti i contratti che costituiscano applicazione di intese illecite, anche laddove siano stati conclusi in epoca anteriore all'accertamento della loro illiceità da parte dell'autorità indipendente preposta alla regolazione di quel mercato.*

Dalla motivazione di tale ultima ordinanza, peraltro, contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti, non può certamente farsi discendere, né, tantomeno, pare possa presumersi la qualificazione *tout court* delle NBU in materia di contratti di fideiussione *quali intese illecite* (in quanto contenenti clausole contrarie a norme imperative) o *la nullità in toto del contratto di fideiussione* oggetto di contestazione. A tal riguardo non può che essere osservato che l'Autorità amministrativa, nel summenzionato provvedimento, abbia circoscritto l'accertamento della illiceità ad alcune specifiche clausole delle NBU, poi trasfuse nelle dichiarazioni unilaterali rese in attuazione di dette intese, circostanza che di per sé non esclude, né si pone in posizione di insuperabile incompatibilità con l'eventualità che, in concreto, la nullità del contratto "a valle" debba essere valutata dal giudice adito, nella sua integralità, alla stregua degli artt. 1418 ss. c.c., o che, parimenti, si possa vertere in un'ipotesi di sua parzialità, trovando, viceversa, applicazione l'art.1419 c.c., nel caso in cui l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una siffatta pronuncia demolitoria^[6].

Circostanza quest'ultima rinvenibile nello specifico caso oggetto del ricorso, ove la Corte territoriale, ritenendo di poter preservare la dichiarazione fideiussoria, ha proceduto a espungere soltanto quelle clausole ritenute frutto di intese illecite, poiché non incidenti sulla struttura né, tantomeno, sulla causa dell'contratto medesimo e, da ultimo, non interferenti in senso peggiorativo sulla posizione dei garanti, peraltro meglio tutelati a seguito dell'espunzione. Essendo favorevoli esclusivamente all'interesse dell'Istituto di credito (concorrendo, nella sostanza, ad aggravare la posizione dei fideiussori, rispetto a quella che sarebbe stata con l'applicazione della disciplina codicistica), risulta priva di pregio ogni doglianza, formulata dai ricorrenti, relativa la predisposizione unilaterale dello schema contrattuale: solo la Banca, difatti, avrebbe potuto dolersi dell'eteroregolamentazione manutentiva del contratto fideiussorio. Quest'ultima asserzione, invero, desta qualche perplessità, nella misura in cui l'Istituto di credito predisponente il contratto e, quindi, anche le singole clausole (eventualmente)

tacciate di essere illecite possa anche dolersi della loro espunzione (si assisterebbe quasi a un'elusione del divieto di venire *contra factum proprium*).

[Qui il testo integrale della sentenza.](#)

[1] Sulla nullità sottesa all'art. 2 l. n. 287/1990, Cass. Civ., Sez. I, 22 maggio 2019, n. 13846, già commentata in questa Rivista, con nota di A. Zurlo, *Fideiussione omnibus e disciplina anticoncorrenziale*, 8 agosto 2019, <https://www.dirittodelrisparmio.it/2019/08/08/fideiussione-omnibus-e-disciplina-anticoncorrenziale/>.

[2] Così, Cass. Civ., Sez. Un., 29 febbraio 2005, n. 2207, con nota di A. Guarneri, *L'illecito antitrust degli assicuratori, le azioni degli assicurati e una questione di competenza risolta dalle Sezioni Unite.*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 2, 2005, 440. V. anche T. Meschini, *Nota a Cass. civ. S.U. n. 2207 del 2005*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 6, 2005, 721.

[3] Il riferimento è a Cass. Civ., Sez. I, 12 dicembre 2017, n. 29810, con nota di C. Belli, *Contratto a "valle" in violazione di intese vietate dalla Legge Antitrust*, in *GiustiziaCivile.com*, 25 maggio 2018. V. anche S. D'Orsi, *Nullità dell'intesa e contratto "a valle" nel diritto antitrust*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 3, 2019, 575.

[4] In tal senso, Trib. Napoli, 1 marzo 2019, n. 2338, già commentata in questa Rivista, con nota di M. Lecci, *Sulla nullità delle fideiussioni modello ABI*, 3 aprile 2019, <https://www.dirittodelrisparmio.it/2019/04/03/sulla-nullita-delle-fideiussioni-modello-abi/>.

[5] Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 11 giugno 2003, n. 9384, con nota di F. Sebastio, *I negozi vincolati in diritto civile e in diritto antitrust.*, in *Giustizia Civile*, fasc. 11, 2004, 2756; Cass. Civ., Sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, con nota di T. Elisino, *Il consulente del lavoro non è l'unico legittimato a prestare il servizio di elaborazione e stampa paghe dei lavoratori*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 0, 2009, 155; Cass. Civ., Sez. III, 20 giugno 2011, n. 13486, in *dejure.it*.

[6] *Contra* Trib. Treviso, Sez. II, 26 agosto 2019, n. 1852, già commentata in questa Rivista, con nota di A. Zurlo, *Fideiussione e violazione normativa antitrust: la tutela è solo risarcitoria. Nota a una pronuncia controtendenza.*, 19 settembre 2019, <https://www.dirittodelrisparmio.it/2019/09/19/fideiussione-e-violazione-normativa-antitrust-la-tutela-e-solo-risarcitoria-nota-a-una-pronuncia-controtendenza/>.

Interessi moratori: il giudizio dell'ABF parzialmente difforme rispetto a quanto statuito dalla Suprema Corte

Collegio di Coordinamento, 2 ottobre 2019, n. 22746

di Marco Chironi

Nella decisione il commento, il Collegio di Coordinamento dell'Arbitro Bancario e Finanziario ha affrontato l'annosa questione assai dibattuta in dottrina ed in giurisprudenza, riguardante la natura degli interessi moratori ed in particolare, la loro rilevanza ai fini del calcolo del tasso soglia usura. Ulteriore punto su cui si è soffermato il Collegio concerne la possibilità di pronunciare *ex officio* l'eccessiva onerosità del tasso moratorio.

La decisione di cui si discorre rappresenta un'importante opportunità di riflessione sullo stato dell'arte per una critica valutazione rispetto alle conclusioni (parziali) cui è pervenuta la giurisprudenza di legittimità.

Fatto

Il ricorrente aveva adito il Collegio di Palermo esponendo di aver concluso un contratto di prestito personale affetto da una serie di aspetti patologici, tra cui, per quel che interessa in questa sede, l'usurarietà delle condizioni praticate.

Il Collegio territoriale ritenendo la suddetta eccezione assorbente rispetto agli ulteriori motivi di ricorso, ha verificato che nè il tasso corrispettivo nè quello moratorio, presi singolarmente, superassero il tasso soglia usura determinato trimestralmente dalla Banca d'Italia. Viceversa, il superamento del tasso soglia usura si sarebbe realizzato esclusivamente nel caso di sommatoria tra interessi corrispettivi ed interessi moratori.

Per tali motivi, il Collegio di Palermo ha rimesso la questione innanzi al Collegio di Coordinamento, registrando una notevole divergenza tra quanto statuito dalla giurisprudenza di legittimità^[1] (secondo cui anche gli interessi di mora soggiacciono alle norme sul calcolo usura) e quanto deciso dai collegi ABF (Collegio di Coordinamento n. 1875/2014; 3214/2014; 3955/2014), che invece, hanno giudicato irrilevante il tasso convenzionale di mora ai fini del calcolo usura.

Motivi di diritto

1. *Sulla sommatoria tra interessi moratori ed interessi corrispettivi*

Nel giudicare infondata la domanda del ricorrente, il Collegio di Coordinamento ha ricostruito la problematica attinente al rapporto tra interessi moratori e tasso soglia usura.

Preliminarmente, il Collegio ha rilevato che sommare gli interessi moratori agli interessi corrispettivi rappresenta un'operazione logico-giuridica totalmente errata, in quanto detti costi hanno natura diversa, essendo alternativi tra loro^[2]: se il debitore è in termini deve corrispondere gli interessi corrispettivi, quando è in ritardo qualificato dalla mora, al posto degli interessi corrispettivi deve pagare quelli moratori.

Occorre infatti evidenziare che l'ontologica differenza tra i due tipi di tassi è confermata dalla circostanza per cui il tasso corrispettivo si calcola sul capitale residuo, mentre il tasso di mora si calcola sulla rata scaduta, che include l'importo del capitale residuo e l'interesse corrispettivo su di esso calcolato.

Pertanto, il Collegio di Coordinamento ha affermato il seguente principio di diritto: *“In ragione della diversa natura e funzione degli interessi moratori rispetto agli interessi corrispettivi non è consentita – ai fini della valutazione dell’usurarietà delle clausole contrattuali – la eterogenea sommatoria degli stessi”*.

II. Sul rilievo officioso della manifesta eccessività dell'importo convenuto

Il Collegio, dopo aver escluso l'usurarietà delle condizioni pattuite, ha accertato, nel caso di specie, il notevole scostamento dell'interesse di mora rispetto al corrispettivo, che in termini astratti potrebbe consentire all'arbitro di rilevare d'ufficio la vessatorietà della relativa clausola contrattuale ex art. 36 cod. cons.

È stato poi evidenziato che sebbene la giurisprudenza di legittimità abbia riconosciuto la riconducibilità degli interessi di mora alla disciplina anti-usura ex l. n. 108/1996, nella giurisprudenza di merito sussistono orientamenti di segno diverso (Trib. Roma 12 dicembre 2014; Trib. Verona 9 aprile 2014).

Sul punto, anche Banca d'Italia [\[3\]](#) ha avanzato alcune perplessità circa l'apparato motivazionale ante ordinanza n. 27442/2018 della Suprema.

Il Collegio di Coordinamento, registrando la mancanza di orientamenti stabili e definitivi, ha confermato quanto statuito con la decisione n. 1875/2014. In tale pronuncia è stata contestata la teoria dell'unitarietà degli interessi siccome incompleta *“perché muove dalla sola analisi della causa giustificatrice astrattamente considerata e trascura di considerare che gli interessi corrispettivi sono stabiliti in dipendenza di un equilibrio concordato che determina anche i termini temporali in cui lo spostamento di disponibilità di una somma di denaro da un soggetto all'altro abbia effetto. Al contrario, gli interessi moratori compensano il creditore per la perdita di disponibilità di somme di denaro che esso non abbia accettato, ma che solo subisce per effetto del ritardo del pagamento che gli è dovuto e per un periodo di tempo non prevedibile. Il fatto che la misura degli interessi moratori possa essere pre concordata tra le parti non incide sulla differenza rilevata perché pre liquidare l'ammontare del danno non muta la natura del debito risarcitorio”*.

In definitiva, il Collegio di coordinamento ha attribuito all'interesse moratorio la natura di penale di diritto privato, cosicché da necessitare di un criterio (insieme diverso dal secondo comma dell'art. 1815 cod. civ. e dall'art. 1224, cpv., cod. civ.) che faccia applicazione dell'interesse legale nel caso di nullità della disposizione contrattuale.

Nel caso di specie, dopo aver quantificato la differenza tra quanto pattuito in contratto

e i nuovi parametri statistici, il Collegio di Coordinamento – stante la mancanza di prova di elementi idonei a dimostrare un riflesso complessivamente negativo sull'economia dell'operazione creditizia o sull'eventuale scorrettezza e mala fede del finanziatore e non essendo nemmeno stata provata dal ricorrente la concreta applicazione di detti costi – non ha ritenuto manifestamente eccessivo l'interesse moratorio convento.

Il Collegio ha al contempo enunciato il seguente principio di diritto: “*Ai fini della valutazione di manifesta eccessività dell’interesse moratorio convenuto tra le parti assume decisivo rilievo nei contratti di credito al consumatore, insieme a elementi di giudizio ricavabili da dati statistici e da elementi circostanziali, la valutazione complessiva degli interessi delle parti in chiave di correttezza e buona fede. Resta ferma, a fronte della nullità della relativa clausola contrattuale, l’applicazione – in luogo del tasso convenuto fra le parti – dell’interesse corrispettivo a norma dell’art. 1224 cod. civ.*”.

Rebus sic stantibus, secondo quanto sostenuto dal Collegio di coordinamento, in astratto è possibile rilevare *ex officio* l’eccessiva onerosità dell’interesse moratorio rispetto a quello corrispettivo; tuttavia, in caso di nullità verrà applicato l’art. 1224 c.c., con la conseguente applicazione dell’interesse corrispettivo, in luogo del tasso moratorio convenuto tra le parti.

[Qui il testo della decisione](#)

[1] [Vedi da ultimo Cass. civ. 27442/2018 con nota di M. Lecci, Prime brevi osservazioni in merito all’accertamento dell’usurarietà del tasso moratorio, su questa rivista.](#)

[2] [In tal senso Cass. Civ. 1447/2019, con nota di M. Chironi, La Suprema Corte sulla differenza ontologica tra interessi moratori e interessi corrispettivi, in questa rivista.](#)

[3] [Vedi Banca d’Italia, Chiarimenti in materia di applicazione della legge anti usura, 3 luglio 2013](#)

Onere probatorio del PSP: la sola prova dell'autenticazione e della regolarità dell'operazione sconosciuta non è sufficiente

Nota ABF, Collegio di Coordinamento, 2 ottobre 2019

di Marzia Luceri

Premessa

L'Arbitro Bancario e Finanziario, con la presente decisione, ha enunciato un principio interpretativo in ordine all'assolvimento dell'onere della prova della frode, del dolo o della colpa grave dell'utente, posto a carico del prestatore di servizi di pagamento (d'ora in poi, PSP), a norma dell'art. 10, comma 2, d.lgs. n. 11/2010, discostandosi dalla precedente giurisprudenza arbitrale e rafforzando la tutela dell'utente, frequentemente vittima di attività fraudolente da parte di terzi.

La controversia oggetto del ricorso

Il ricorrente contestava, in qualità di titolare di una carta ricaricabile emessa dall'intermediario resistente, un'operazione di pagamento on-line a favore di un beneficiario estero, effettuata da terzi ignoti, asserendo di essere sempre stato in possesso della carta e del corrispondente PIN, senza averne mai rivelato gli estremi e senza averne mai subito furto o smarrimento.

L'intermediario resistente, in sede di controdeduzioni, affermava *“la legittima esecuzione e sostanziale regolarità dell'operazione oggetto di contestazione”*, precisando che la *“spunta verde”*, risultante dai log informatici, denotava l'assenza di irregolarità o anomalie.

Nell'espone i fatti di causa, il PSP evidenziava che l'operazione era stata eseguita con il sistema dinamico di autorizzazione con utilizzazione dell'OTP^[1]; quanto asserito risultava certificato dal simbolo presente nella colonna *“Input mode”* dei summenzionati log.

In conclusione, l'intermediario precisava che *“i clienti sono gravati dall'obbligo di diligente custodia dei dispositivi personalizzati che consentono l'utilizzo dello strumento di pagamento, quali tessere con microchip e password, nonché di osservanza delle disposizioni contrattuali pattuite con l'intermediario”*.

Tuttavia, in sede di repliche, il ricorrente rilevava l'inidoneità della *“spunta verde”* ad attestare l'assenza di regolarità dell'operazione ovvero la circostanza che la stessa fosse stata effettuata dall'utente; in secondo luogo, asseriva di non aver mai ricevuto la password dinamica mediante SMS.

In ragione della peculiarità della controversia e dell'importanza della normativa in esame^[2], il Collegio di Bari, territorialmente competente, ha rimesso la presente questione al Collegio di Coordinamento.

L'ordinanza di rimessione: l'applicabilità dei principi e delle regole del diritto processuale civile nel procedimento ABF

Premesso che *il rischio di utilizzazione fraudolenta degli strumenti di pagamento viene posto, in prima battuta, a carico dell'intermediario*, nell'ordinanza di rimessione, il Collegio di Bari richiamava il primo e il secondo comma dell'art. 10 del d.lgs. n.

11/2010, evidenziando come, sulla base di precedenti decisioni del Collegio di Coordinamento, l'apparente corretta autenticazione dell'operazione non sia *necessariamente sufficiente a dimostrarne la riconducibilità all'utilizzatore che la abbia disconosciuta, cosicché la responsabilità dell'utilizzatore resta circoscritta ai casi di comportamento fraudolento del medesimo ovvero al suo doloso o gravemente colposo inadempimento degli obblighi previsti dall'art. 7 del decreto sopra menzionato*^[3].

In ragione di ciò, qualora non venga dimostrata tale responsabilità da parte del PSP, *l'utilizzatore non sarà tenuto a sopportare le conseguenze dell'uso fraudolento, o comunque non autorizzato, dello strumento di pagamento.*

Nonostante l'intermediario resistente abbia allegato i log informatici e abbia versato in atti la tracciatura dell'SMS^[4], il Collegio di Bari non riteneva fossero stati provati i fatti idonei a integrare il dolo o la colpa grave dell'utente, poiché detta prova non può coincidere con la mera regolarità formale dell'operazione.

Se così fosse, ad avviso dell'ordinanza di rimessione, si procederebbe ad una *interpretazione abrogata* dell'art. 10, comma 2, d.lgs. n. 11/2010.

Inoltre, al fine di dirimere i dubbi interpretativi, il Collegio remittente ha richiamato due precedenti decisioni di coordinamento con le quali è stata affermata l'applicabilità, nel procedimento ABF, dei principi e delle regole del diritto processuale civile.

Con la prima decisione, nel rispetto del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato *ex art. 112 c.p.c.*, si precisa che l'Arbitro deve *decidere sulla base dei fatti allegati dalle parti e delle prove fornite per supportarli*^[5].

In applicazione del principio della domanda e del rispetto del contraddittorio, con la seconda decisione, il Collegio chiarisce che *“il ricorrente è tenuto a formulare una domanda che sia articolata nel petitum [...] e nella causa petendi [...] e a produrre la documentazione dimostrativa. Reciprocamente, il resistente ha l'onere processuale di addurre le argomentazioni (fattuali e giuridiche) idonee a contrastare la domanda e di produrre la documentazione ritenuta idonea allo scopo [...]. Il giudicante (l'arbitro come il giudice) ha il potere – dovere di stabilire la corretta qualificazione giuridica delle questioni portate alla sua cognizione, ma non quello di prendere in esame situazioni di fatto diverse da quelle rappresentate dalle parti”*^[6].

Da ultimo, ai fini che qui interessano, il Collegio di Bari ha rimesso la questione al Collegio di Coordinamento affinché venga chiarito se l'onere probatorio relativo alla sussistenza del dolo o della colpa grave del cliente possa ritenersi assolto anche in assenza di una specifica allegazione da parte del PSP ovvero possa desumersi dalla prova della “regolarità formale” dell'operazione o, in alternativa, non debba ritenersi assolto.

La decisione del Collegio di Coordinamento

Prima di procedere all'esame della controversia oggetto dell'ordinanza di rimessione, il Collegio di Coordinamento ha precisato che nella giurisprudenza arbitrale, ancor prima della novella del 2017, era costante l'orientamento interpretativo secondo il quale l'onere probatorio del dolo o della colpa grave dell'utente dovesse ricadere sull'intermediario^[7].

I Collegi arbitrali erano soliti, tuttavia, *procedere in via autonoma all'accertamento della colpa grave del ricorrente*: per mezzo degli elementi conoscitivi risultanti dagli atti e delle informazioni documentate, forniti dal PSP, ai fini della prova

dell'autenticazione e della regolarità dell'operazione disconosciuta, in via presuntiva, veniva desunta la sussistenza della colpa grave.

La prassi pocanzi evidenziata, ad avviso del presente Collegio, non risulta coerente con quanto previsto al secondo comma dell'art.10 del d.lgs. n. 11/2010 (*ante e post* novella) il quale, innanzitutto, precisa che *“l'utilizzo di uno strumento di pagamento registrato dal prestatore di servizi di pagamento [...] non è di per sé necessariamente sufficiente a dimostrare che l'operazione sia stata autorizzata dall'utente medesimo, né che questi abbia agito in modo fraudolento o non abbia adempiuto con dolo o colpa grave a uno o più degli obblighi di cui all'articolo 7”* e, in secondo luogo, attribuisce l'onere probatorio della frode, del dolo o della colpa grave al PSP.

Questa osservazione trova riscontro, altresì, in quanto affermato dalla Relazione illustrativa che accompagna lo schema del d.lgs. n. 218/2017[8].

Il Collegio di Coordinamento fa presente come le attività fraudolente, che coinvolgono gli utilizzatori degli strumenti di pagamento, siano alquanto sofisticate e aggressive, in grado di *prevalere sui presidi di sicurezza approntati dal PSP, senza che al comportamento dell'utilizzatore possa riconoscersi alcuna efficienza causale (o quanto meno non determinante) nella produzione del fatto illecito.*

A tal riguardo, si osserva come i PSP dispongano, altresì, di “applicativi antifrode”, dai quali sarebbe possibile percepire le eventuali anomalie che coinvolgono le operazioni nella loro fase esecutiva[9].

In ragione di ciò, ad avviso del Collegio di Coordinamento, i prestatori dei servizi di pagamento sarebbero nella posizione di poter assolvere l'onere probatorio, allegando informazioni utili quali, ad esempio, la ricezione dell'SMS contenente la password, l'accertata assenza di *malware* oppure di tentativi falliti di digitazione del PIN, consentendo all'utente di poter limitare la propria condotta processuale al solo disconoscimento dell'operazione (il che, ad avviso dello scrivente, desta delle perplessità).

Al fine di avvalorare il proprio orientamento interpretativo, il Collegio di Coordinamento ha richiamato una sua precedente decisione, con la quale si precisava la necessità della prova di un *comportamento abnorme e, in quanto tale, non scusabile*[10].

In ultima analisi, in ordine alla controversia in esame, il Collegio si orienta in senso conforme a quanto asserito nell'ordinanza di rimessione in merito all'applicabilità dei principi del processo civile sull'onere della prova, richiamando, a tal proposito, una recente sentenza della Cassazione in relazione alla distinzione tra potere di allegazione e quello di rilevazione[11], per mezzo della quale ritiene che *dovrebbe escludersi la rilevabilità d'ufficio della colpa grave sulla base del materiale probatorio legittimamente acquisito, stante la previsione normativa che indica come necessaria l'iniziativa di parte.* Tuttavia, si precisa che, nel caso in cui l'accertamento dell'elemento soggettivo *de quo* dovesse palesamente emergere dalle dichiarazioni rese dal ricorrente in sede di denuncia, si potrebbe ritenere assolto l'onere probatorio da parte del PSP, anche qualora non venga dedotta alcuna informazione in merito alla colpa grave dell'utente.

Alla luce di tali osservazioni, ai fini che qui interessano, il Collegio di Coordinamento accoglie il ricorso, accertando il diritto del ricorrente al rimborso dell'importo indicato, nonché enunciando il principio interpretativo per cui:

“la previsione di cui all’art. 10, comma 2, del d. lgs. n.11/2010 in ordine all’onere posto a carico del PSP della prova della frode, del dolo o della colpa grave dell’utilizzatore, va interpretato nel senso che la produzione documentale volta a provare l’”autenticazione” e la formale regolarità dell’operazione contestata non soddisfa, di per sé, l’onere probatorio, essendo necessario che l’intermediario provveda specificamente a indicare una serie di elementi di fatto che caratterizzano le modalità esecutive dell’operazione dai quali possa trarsi la prova, in via presuntiva, della colpa grave dell’utente”.

[Qui il testo della decisione](#)

[1] L’OTP (ossia “on-time password”) è una password temporanea che l’intermediario affermava esser stata inviata tramite SMS al numero di cellulare del ricorrente.

[2] Il D.lgs. n. 11/2010, in materia di strumenti di pagamento, è stato modificato dal d.lgs. n. 218/2017, il quale ha previsto disposizioni rafforzative del regime di *favor probatorio* a beneficio dell’utente.

[3] V. ABF, Coll. Coord., dec. n. 3947 del 24.06.2014. In tal senso vedi anche Coll. Coord. dec. n. 3498/2012; Coll. Coord., dec. n. 991/2014.

[4] Da tale tracciatura si evinceva che la data e l’orario di creazione della password coincidevano con quelli dell’operazione contestata. Nonostante la prova dell’invio dell’SMS, il Collegio di Bari asseriva che, per mezzo della tracciatura, non potesse dirsi provata la sua ricezione.

[5] V. ABF, Coll. Coord., dec. n. 7716/2017

[6] V. ABF, Coll. Coord. dec. n. 10929/2016

[7] V. ABF, Coll. Coord., dec. n. 3947/2014 nella parte in cui prevede che *“L’onere di provare che l’utilizzatore abbia agito con dolo o colpa grave, incombe peraltro, sull’intermediario ai sensi dell’art. 10 del su richiamato decreto”.*

[8] *“Inoltre, lo schema del decreto modifica ulteriormente la disposizione contenuta nell’art. 10, prevedendo che il PSP, compreso, se del caso, il prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento, forniscano gli elementi di prova della frode, del dolo o della colpa grave dell’utente, poiché l’utilizzo di uno strumento di pagamento registrato dal PSP non è di per sé necessariamente sufficiente a dimostrare che l’operazione sia stata autentica dall’utente medesimo”.*

[9] Si rinvia, in particolar modo, alle informazioni riguardanti le caratteristiche del *device utente*, quali, ad esempio, il sistema operativo, il tipo di browser e l’indirizzo IP. Tali elementi, di rado, vengono indicati nei *log* informatici, che i PSP forniscono nelle controdeduzioni, attraverso i quali viene accertata la regolarità e la legittima esecuzione dell’operazione (come nella controversia in esame).

[10] V. ABF, Coll. Coord. dec. n. 6168/2013. Nella presente decisione si afferma l’eventualità di poter ammettere una prova in via presuntiva *“laddove sussista una serie di elementi di fatto particolarmente univoca e convergente, al punto che possa ragionevolmente ritenersi che l’utilizzo fraudolento sia effettivamente riconducibile sul piano causale alla condotta dell’utilizzatore”.*

[11] V. Cass. civ. ord. n. 27405/2018 secondo la quale *“in relazione all’opzione difensiva del convenuto consistente nel contrapporre alla pretesa attorea fatti ai quali la legge attribuisce autonoma idoneità modificativa, impeditiva o estintiva degli effetti del*

rapporto sul quale la predetta pretesa si fonda, occorre distinguere il potere di allegazione da quello di rilevazione; infatti, mentre il primo compete esclusivamente alla parte e va esercitato nei tempi e nei modi previsti dal rito in concreto applicabile (pertanto, soggiacendo alle relative preclusioni e decadenze), il secondo spetta alla parte (ed è soggetto, perciò, alle preclusioni stabilite per le attività di parte) solo qualora la manifestazione della sua volontà sia strutturalmente prevista quale elemento integrativo della fattispecie difensiva (come nell'ipotesi di eccezioni corrispondenti alla titolarità di un'azione costitutiva), ovvero quando singole disposizioni espressamente indichino come indispensabile l'iniziativa di parte”.

I casi di azzeramento del saldo nel caso di azione promossa dal correntista

Cass. Civ., 9 ottobre 2019, n. 25373

di Marco Chironi

“When the account holder sues in judgment a Bank to estimate the giving and the taking of his bank account, he has to prove the accrued account balance from the beginning of the period for which the bank statements have been produced. Nevertheless, it is possible to use those elements that allow the judge to admit that the debt, in the undocumented period, is non-existent or inferior compared to the beginning negative account balance of the first bank statement produced, or, that allow to recognize a credit for the customer”.

La tematica oggetto del giudizio posta al vaglio della Suprema Corte riguarda la possibilità di applicare il c.d. “saldo zero” nell’ipotesi di domanda giudiziale avanzata dal correntista.

Con la pronuncia in esame, confermando quanto già statuito dai giudici di legittimità con sentenza n. 11543/2019, la Suprema Corte ha enunciato il seguente principio di diritto: *“Nel caso di domanda proposta dal correntista, l’accertamento del dare e avere può del pari attuarsi con l’utilizzo di prove che forniscano indicazioni certe e complete atte a dar ragione del saldo maturato dall’inizio del periodo per cui sono stati prodotti gli estratti conto; ci si può inoltre avvalere di quegli elementi i quali consentano di affermare che il debito, nell’intervallo temporale non documentato, sia inesistente o inferiore al saldo passivo iniziale del primo degli estratti conto prodotti, o che permettano addirittura di affermare che in quell’arco di tempo sia maturato un credito per il cliente stesso; diversamente si devono elaborare i conteggi partendo dal primo saldo debitore documentato”.*

L’applicabilità del “saldo zero” nel caso di azione promossa dal correntista

La possibilità o meno di azzerare il saldo nel caso di domanda proposta dal correntista in rapporti di conto corrente rappresenta, nella prassi, uno dei motivi principali del contenzioso bancario.

Con la pronuncia in esame, che si pone sulla stessa lunghezza d’onda del precedente 11543 del 2019 (est. Falabella), si assiste al consolidamento dell’orientamento della Suprema Corte, secondo cui è possibile applicare il “saldo zero” nel caso di azione promossa dal correntista.

Tuttavia, occorre svolgere alcune precisazioni.

Nella parte motiva della sentenza che ha espresso la massima sopra evidenziata viene chiarito che, *“in linea di principio l’incompletezza della serie degli estratti conto si ripercuote sul correntista su cui grava l’onere della prova degli indebiti pagamenti, sicché in assenza di diverse evidenze il conteggio del dare – avere deve essere effettuato partendo dal primo saldo a debito del cliente di cui si abbia evidenza (cfr., in tema Cass. 28 novembre 2018 n. 30822). Questo non esclude, tuttavia, che lo stesso correntista possa fornire puntuali elementi di prova atti a dar ragione del pregresso andamento del conto, così da consentire la ricostruzione per il periodo non documentato dagli estratti; e non*

esclude nemmeno che, sulla base del complessivo quadro processuale, e indipendentemente da tale ricostruzione, al periodo in questione possa assegnarsi un saldo di diverso ammontare, più favorevole al cliente [...] Ove sia il correntista ad agire in giudizio per la ripetizione ed il primo degli estratti conto prodotti rechi un saldo iniziale a suo debito [...] è inoltre possibile prendere in considerazione quegli ulteriori elementi che consentano di affermare che il debito nel periodo non documentato sia inesistente o inferiore al saldo iniziale del primo degli estratti conto prodotti, o che addirittura in quell'arco di tempo sia maturato un credito per il cliente stesso”.

Quanto insegnato dalla Suprema Corte è chiaro: laddove processualmente siano stati acquisiti elementi probatori, anche di natura indiziaria, grazie ai quali sia possibile accertare che il saldo a debito del correntista di cui all'estratto di partenza nelle operazioni di ricalcolo, risulti inficiato da clausole illegittime, è doveroso ragionare nel senso che l'asserito credito di partenza della Banca rappresenti una cifra privo di valore.

Conseguenze pratiche

Ovviamente dal suddetto principio di diritto non discende un'automatica applicazione del saldo zero ogni qual volta proponga azione il correntista, che rimane, ad avviso di chi scrive, pur sempre onerato di farsi parte diligente sia in corso di giudizio attraverso, ad esempio, la richiesta di ordine esibizione ex art. 210 c.p.c., che in fase stragiudiziale attraverso l'art. 119 T.u.b.

In definitiva, ai fini dell'azzeramento del saldo occorre verificare la condotta processuale del correntista e della Banca, oltre ad accertare l'avvenuto addebito di poste illegittime per tutta la durata del rapporto.

Sia consentito sottolineare la correttezza logico – giuridica di quanto affermato dai giudici di legittimità in quanto, altrimenti, l'Istituto di credito, fin troppo facilmente potrebbe abusare della propria posizione negoziale e processuale, omettendo di produrre l'integrale rendicontazione^[1] e, quindi, di impedire al correntista di ricostruire l'andamento del rapporto.

Ulteriore puntualizzazione da effettuare riguarda l'applicazione del saldo zero, che lungi dall'essere uno strumento che avvantaggia il cliente, il quale attraverso l'integrale rendicontazione avrebbe potuto provare addirittura un suo credito maturato nel periodo non coperto da estratti conto, costituisce il modo per partire da una cifra, che nel corso del giudizio sia accertato essere priva di valore, in quanto inficiata da addebiti illegittimi da parte della Banca.

[Qui il testo della decisione](#)

^[1] Sul punto, Cass. civ. 3875/2019 est. Dolmetta, con nota di M. CHIRONI, *Banche, rendiconto e trasparenza: alcune decisioni chiarificatrici*, in questa rivista. In detta pronuncia la Suprema Corte discorre di un vero e proprio *ius exhibendum* del correntista ad ottenere, anche in assenza di preventiva richiesta ex art. 119 T.u.b., l'integrale rendicontazione del rapporto.

La rimborsabilità a vista dei buoni fruttiferi postali

Nota a ABF, Collegio di Coordinamento, 2 ottobre 2019

di Antonio Zurlo

L'Arbitro Bancario Finanziario (d'ora innanzi, ABF), con la recentissima decisione in oggetto, addivenendo alla risoluzione di una risalente controversia ermeneutica sull'estensibilità (o meno) della disciplina specificamente prevista per i libretti postali ai buoni fruttiferi, ha stabilito la rimborsabilità a vista, presso gli uffici di emissione, di questi ultimi, in quanto meri titoli di legittimazione, con l'esclusiva funzione di identificare l'avente diritto a una prestazione.

La controversia oggetto del ricorso

Il ricorrente adiva l'ABF, chiedendo di poter procedere alla riscossione di tre buoni fruttiferi postali giunti a scadenza, da lui sottoscritti unitamente ai propri genitori, ormai defunti. Deduceva, altresì, che tali buoni attribuissero pari facoltà di rimborso ai tre intestatari.

L'Intermediario resistente, in sede di controdeduzioni, eccepiva, *ex* l'art. 184 del d.p.r. n. 156/1973, comma 1, relativo ai libretti di risparmio postale e applicabile anche ai buoni postali fruttiferi, che *il pagamento dei crediti rappresentati dai libretti intestati a persona defunta, oppure a due o più persone una delle quali sia deceduta, dovesse essere effettuato, previa estinzione dei titoli, in base ad autorizzazione dell'Amministrazione* e, al contempo, che, ai sensi dell'art. 187 d.p.r. n. 156/1973, comma 1 (anch'esso specificamente previsto per i libretti di risparmio postale, ma applicabile anche ai buoni postali fruttiferi), *il rimborso a saldo del credito del libretto cointestato, anche con la clausola di pari facoltà, a due o più persone, una delle quali sia deceduta, dovesse essere eseguito con quietanza di tutti gli aventi diritto.*

Il Collegio di Roma, territorialmente competente, riteneva opportuno sospendere la procedura e procedere con la rimessione della questione al Collegio di Coordinamento, considerandone la soluzione di particolare importanza e la contestuale sussistenza di contrasti interpretativi nella giurisprudenza ordinaria.

L'ordinanza di rimessione: il parallelismo tra libretti postali e buoni fruttiferi

Il Collegio rimettente evidenziava come fosse premessa necessitata alla risoluzione del ricorso stabilire *se la disciplina espressamente prevista per il rimborso dei libretti postali, in caso di decesso di un cointestatario con clausola "PFR" (comportante la necessità di una quietanza di tutti gli aventi diritto, dunque anche degli eredi del defunto) fosse applicabile anche al caso di rimborso dei BFP, in virtù del rinvio previsto dall'art. 203 del d.p.r. 256/1989; ovvero, per converso, se il rimborso dei BFP, anche nel caso di decesso di un cointestatario con clausola "PFR", dovesse più correttamente sottostare alla disciplina per essi prevista in via generale dall'art. 178 d.p.r. 156/1973 e dall'art. 208, primo comma, del suo regolamento esecutivo d.p.r.*

256/1989, che come ricordato prevede il rimborso a vista del titolo, e il pagamento degli interessi.

È stata premura del medesimo Collegio osservare come, sulla questione sì come formulata, vi sia un radicato e diffuso contrasto, tanto nella giurisprudenza arbitrale[1], quanto in quella ordinaria[2]. L'ordinanza di rimessione critica, invero, l'impostazione metodologica sfavorevole all'estensibilità della disciplina dei libretti postali (seguita dalla Corte d'Appello di Milano), osservando che, *nel rapporto tra norme giuridiche, la deroga di una norma a una diversa norma postula evidentemente che le due norme si riferiscano alla medesima fattispecie*. Lo stesso Collegio remittente, rassegnando la normativa di riferimento, rileva come il titolo VI del d.p.r. n. 256/89, dedicato ai buoni fruttiferi postali, non contenga alcun riferimento alla clausola con pari facoltà di rimborso, nell'ipotesi del decesso di uno dei cointestatari: ne consegue che non possa farsi riferimento alla previsione di raccordo, contenuta nella parte finale dell'art. 203 del d.p.r. n. 256/89, *secondo cui le norme relative al servizio dei libretti di risparmio postali si applicano "sempreché non sia diversamente disposto dalle norme del presente titolo VI"*, che, viceversa, tace in merito alla fattispecie in esame.

Non potrebbe, peraltro, neppure sostenersi una sorta di autonomia e autosufficienza della disciplina dei buoni fruttiferi, in quanto delegittimerebbe, sotto il profilo sistematico, il rinvio operato dal citato art. 203, indice sintomatico della presenza nella disciplina dei prodotti postali *de quibus* di alcune lacune, che rinnovano la necessità di affrontare il problema inerente all'applicabilità dell'art. 187.

La stessa ordinanza di rimessione precisa, inoltre, che l'impostazione criticata non è stata neppure condivisa da precedenti decisioni di questo stesso Arbitro, che hanno a più riprese negato l'applicabilità dell'art. 187 ai buoni fruttiferi postali intestati con clausola di pari facoltà di rimborso e che hanno considerato il suddetto articolo *limitativo di diritti e come tale da interpretare in modo tassativo applicandolo alla sola fattispecie negoziale (i libretti postali cointestati) per la quale è stato formulato*. Pur tuttavia, anche quest'ultima interpretazione non è giudicata convincente dal Collegio remittente, poiché la disposizione *de qua* non sarebbe limitativa dei diritti di credito del cointestatario, quanto, piuttosto, incidente sul profilo della legittimazione a ottenere il rimborso del titolo. Gli stessi precedenti richiamati hanno omesso, peraltro, di tenere in debita considerazione gli interessi degli altri soggetti coinvolti nella fattispecie in esame, ovverosia i soggetti defunti e i loro eredi: l'art. 187 d.p.r. n. 256/89 è, invero, funzionalmente preordinato a *tutelare i soggetti che succedono al defunto nella titolarità del rapporto di credito nel rispetto delle volontà del defunto, ove manifestate, e, in ogni caso, in applicazione delle norme sul diritto successorio*. Di tal guisa, se è vero che la norma incida in senso negativo sulla legittimazione a riscuotere le somme recate dal titolo, limitandola, nella prospettiva del cointestatario superstite, essa, al contempo, concorre indubbiamente ad assicurare tutela agli eredi, dal momento che consente a questi ultimi di venire a conoscenza dell'esistenza stessa dei buoni fruttiferi. In sostanza, si assiste a una (sensibile) limitazione della facoltà di disporre per il cointestatario superstite, a favore dell'implementazione di un meccanismo tutelare degli eredi, anche ignari dell'esistenza degli investimenti del *de cuius*: il punto di equilibrio è

da rinvenirsi nell'espressa previsione della quietanza di tutti gli aventi diritto, per procedere alla riscossione.

Da ultimo, in senso avvalorativo di tale ultima considerazione, l'ordinanza del Collegio di Roma, a favore dell'estensibilità della disciplina (che, di fatto, è la tesi, che, neppure tanto surrettiziamente, propone) rileva, da un punto di vista strettamente fiscale, che i buoni fruttiferi postali siano, ai fini dell'imposta di successione (*ex art. 12, lett. i, D.lgs. n. 346/1990*), equiparati ai titoli di Stato e come da ciò consegua *“l'inesistenza di un obbligo giuridico a carico del contribuente (ossia di quei soggetti che sono gravati dal relativo incombente; fondamentalmente i chiamati all'eredità), di inserimento dei buoni postali nel documento fiscale prescritto dall'articolo 28 D.lgs. 346/1990”*: non facendo parte, ai fini fiscali, dell'attivo ereditario, può risultare estremamente difficile per gli eredi cointestatari venire a conoscenza della medesima esistenza dei buoni, nonché del credito ivi incorporato.

La decisione del Collegio di Coordinamento: la “diversa” natura giuridica dei buoni fruttiferi postali

Il Collegio di Coordinamento non condivide le conclusioni cui addiviene l'ordinanza di rimessione. In via preliminare, l'ABF evidenzia come la tesi descritta dia per scontata la ricorrenza di un presupposto fattuale che, sebbene corrispondente all'*id quod plerumque accidit*, non rappresenta circostanza ineludibile: l'intestazione congiunta dei prodotti finanziari non è necessariamente la manifestazione di una donazione indiretta, a favore di un figlio (come nel caso di specie), essendo, contrariamente, possibile che all'acquisto abbiano, totalmente o parzialmente, partecipato tutti i cointestatari, a prescindere dai legami parentali intercorrenti.

In tal senso, si è espressa anche la giurisprudenza di legittimità^[3], secondo cui *la mera cointestazione di buoni postali fruttiferi, operata da un genitore per ripartire fra i figli anticipatamente le proprie sostanze, possa configurare, ove sia accertata l'esistenza dell'animus donandi, una donazione indiretta*, dal momento che, mediante il negozio direttamente concluso con il terzo depositario, la parte che deposita il proprio denaro consegue l'effetto ulteriore di attuare un'attribuzione patrimoniale in favore di colui che ne diventa beneficiario per la corrispondente quota, essendo questi, quale contitolare del titolo nominativo a firma disgiunta, legittimato a fare valere i relativi diritti. Lungi dal rappresentare un automatismo, affinché la cointestazione possa rappresentare una donazione indiretta, occorre, pertanto, accertare la contestuale sussistenza di un elemento oggettivo e di uno soggettivo, ovverosia che: 1) l'acquisto dei buoni fruttiferi sia stato effettuato con esclusiva provvista dei genitori; 2) vi sia *l'animus donandi* a favore del figlio.

La richiamata normativa fiscale rappresenta, paradossalmente, un ulteriore ostacolo alla soluzione prospettata: se, difatti, possa essere vero che l'inesistenza di un obbligo giuridico, a carico del contribuente, di inserire i buoni postali nel documento fiscale (escludendoli, quindi, dall'eredità) complichino la conoscibilità degli stessi per gli altri eredi, è altrettanto veritiero che proprio tale esclusione elimina l'obbligo di inserire gli stessi prodotti finanziari nell'asse ereditario, *non essendo prescritto da alcuna norma che la disciplina dei buoni postali debba essere volta anche a salvaguardare gli interessi dei coeredi*.

Secondo il Collegio, un ruolo assolutamente dirimente, a favore della non – estensibilità della disciplina dei libretti postali (e, quindi, dell’infondatezza della tesi proposta nell’ordinanza di rimessione), non può che essere ascrivito alla diversa natura giuridica dei buoni fruttiferi postali. Rappresenta, difatti, dato ormai incontrovertibile quello per cui i libretti di risparmio postale siano anche titoli di credito, ovvero sia incorporino un diritto di credito esercitabile dal possessore del documento. I buoni fruttiferi, per converso, sì come statuito anche dalla giurisprudenza di legittimità^[4], sono meri titoli di legittimazione e hanno, quindi, la sola funzione di identificare l’avente diritto alla prestazione^[5].

A tal riguardo, l’art. 2002 c.c. stabilisce testualmente che “*le norme di questo titolo (il V, Titoli di credito, del IV libro del codice civile) non si applicano ai documenti che servono solo per identificare l’avente diritto alla prestazione, o a consentire il trasferimento del diritto senza le forme proprie della cessione*”^[6]. Dalla letteralità del dato codicistico consegue l’inapplicabilità ai buoni fruttiferi postali della normativa di rinvio, su cui ha invece fatto leva l’ordinanza di rimessione, restando, viceversa, applicabile l’art. 178 d.p.r. n. 156 del 1973, a mente del quale, i buoni postali sono rimborsabili a vista presso gli uffici di emissione^[7]. Una lettura difforme sarebbe sovversiva di tutta la struttura sistematica: se, infatti, i titoli di legittimazione debbano avere quale unica funzione quella di identificare l’avente diritto a una prestazione, senza incorporare alcun diritto cartolare e senza svolgere la funzione di far circolare in credito^[8] (a differenza dei titoli di credito), ammettere che il debitore possa legittimamente rifiutare la prestazione, sia pure per tutelare le ragioni di terzi, significherebbe vanificare la funzione che l’ordinamento ha ad essi assegnato.

Per quanto possa essere, nella sostanza, comprensibile la preoccupazione di carattere “tutelare” sottesa all’ordinanza di remissione, la normativa di riferimento non tutela gli interessi dei coeredi, né può ragionevolmente essere distorta per perseguire fini a essa estranei. I soggetti eventualmente pretermessi, venuti a conoscenza *aliunde* dell’esistenza dei buoni intestati anche ai propri danti causa, potranno, in ogni caso, agire nei confronti del cointestatario superstite, innanzi al giudice ordinario.

Da ultimo, l’accoglimento di una soluzione difforme si porrebbe in una irriducibile conflittualità con il principio, già statuito da questo stesso Collegio^[9], per cui “*il singolo coerede è legittimato a far valere davanti all’ABF il credito del de cuius caduto in successione sia limitatamente alla propria quota, sia per l’intero, senza che l’intermediario resistente possa eccepire l’inammissibilità del ricorso deducendo la necessità del litisconsorzio né richiedere la chiamata in causa degli altri coeredi*”^[10] e che, al contempo, “*il pagamento compiuto dall’intermediario resistente a mani del coerede ricorrente avrà efficacia liberatoria anche nei confronti dei coeredi che non hanno agito, i quali potranno far valere le proprie ragioni solo nei confronti del medesimo ricorrente*”.

Per tutte le ragioni diffusamente argomentate, il Collegio conclude accertando il diritto di parte ricorrente alla riscossione dei buoni fruttiferi postali attenzionati, nonché affermando il principio di diritto per cui “*Nell’ipotesi di Buoni Fruttiferi Postali cointestati con pari facoltà di rimborso, ciascuno dei cointestatari ha il diritto di riscuoterli anche nel caso di decesso di uno o più degli altri cointestatari*”.

[Qui il testo integrale della decisione.](#)

[1] A tal riguardo, viene evidenziato come fossero tendenzialmente per l'applicabilità alla specie della normativa citata alcune decisioni di Collegi di Milano, Roma, Napoli, Bari, mentre, in senso contrario, si ponessero altre decisioni di Collegi di Milano, Torino, Bologna, Roma, Napoli, Bari.

[2] Come testualmente riportato nella decisione annotata, la Corte d'Appello di Roma ha ritenuto applicabile anche ai buoni postali la normativa relativa ai libretti di risparmio. In senso contrario, la Corte d'Appello di Milano ha affermato che la norma contenuta nell'art. 208 del d.p.r. 256/89, secondo cui "I buoni sono rimborsabili a vista presso l'ufficio di emissione per capitale ed interessi" avrebbe "chiaro contenuto derogatorio rispetto alla disciplina dettata ex art. 203 per il rimborso dei libretti di risparmio postali, risulta perfettamente aderente e in piena conferma del dettato normativo dell'art. 178 d.p.r. 156/73 (del quale il d.p.r. 256/89 costituisce regolamentazione di esecuzione), ai sensi del quale, infatti, "i buoni postali sono rimborsabili a vista presso gli uffici di emissione"; orientamento quest'ultimo condiviso, anche se per ragioni in parte diverse, dalla Corte d'Appello di Torino.

[3] V. Cass. Civ., Sez. II, 9 maggio 2013, n. 10991.

[4] Così, Cass. Civ., Sez. I, 16 dicembre 2005, n.27809.

[5] V. Cass., Civ., Sez. Un. 11 febbraio 2019, n. 3963, con nota di G. Satta, *Buoni postali: la parola alle Sezioni Unite*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 28, 2019, 3.

[6] V. Cass. Civ., Sez. I, 28 febbraio 2018, n. 4761, con nota di R. Bencini, *Buoni postali fruttiferi: che cosa sono e quando scade il diritto al rimborso*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 38, 2018, 14.

[7] In tal senso, App. Milano, 25 ottobre 2017, in *Foro.it.*, 2017, 12, I, 3748.

[8] V. Trib. S. Maria Capua V., 21 maggio 2015, con nota di G. Rotondo, *Regime giuridico dei buoni postali fruttiferi: tra eterointegrazione del contratto e tutela dell'affidamento del cliente.*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 5, 2016, 633.

[9] V. ABF, Collegio di Coordinamento, 20 dicembre 2018, n. 27252.

[10] In tal senso, Cass. Civ., Sez. I, 3 giugno 2014, n. 12385, in *dejure.it.*; v. anche Cass. Civ., Sez. Un., 15 giugno 2007, n. 13979, in *dejure.it.*

***I contratti (autonomi) di garanzia e la disciplina consumeristica:
la reviviscenza della competenza territoriale esclusiva e la
vessatorietà della sua deroga.***

Commento a Cass. Civ., sez. III, 15 ottobre 2019, n. 25914.

di Antonio Zurlo

Premessa.

La dirompente attualità dei contratti di fideiussione è nuovamente protagonista di una recentissima pronuncia della Suprema Corte di Cassazione. Acquietata (almeno per il momento) la *querelle* sull'asserita nullità (totale, parziale, originaria, derivata) da violazione della normativa antitrust (poi, "derubricata" a nullità potenziale, da accertare fattivamente caso per caso, dal giudice del merito, con la sola certa sopravvivenza del rimedio risarcitorio)^[1], l'analisi della giurisprudenza di legittimità è ritornata sui profili, invero attigui ai precedenti, della vessatorietà sottesi alla contrattazione per adesione, non potendo esimersi dall'avviare un processo di sapiente metabolizzazione di un recente e deciso *revirement* unionale, sulla questione. Nella sentenza annotata, si assiste di fatto a un recupero della disciplina consumeristica, che torna a godere di margini di applicabilità più ampi rispetto a quelli entro i quali era stata confinata da un'interpretazione, forse eccessivamente stilosa, irreggimentata e, nella sostanza, elusiva del dato normativo comunitario, prima, e nazionale, poi, da parte del giudice nazionale.

La fideiussione e la sua trasfigurazione in contratto autonomo di garanzia.

Come rilevato a più riprese dalla giurisprudenza di legittimità, il contratto autonomo di garanzia, espressione dell'autonomia negoziale, *ex art. 1322 c.c.*, ha la funzione di tenere indenne il creditore dalle conseguenze dell'inadempimento della prestazione gravante sul debitore principale, laddove, per converso, la fideiussione è funzionalizzata a garantire l'adempimento dell'obbligazione principale altrui, stante l'identità tra la prestazione del debitore principale e quella dovuta dal garante^[2]. In altri termini, il contratto autonomo realizza il *trasferimento da un soggetto a un altro del rischio economico connesso alla mancata esecuzione* (per il mancato adempimento o, anche, per un'altra diversa ragione) *della prestazione contrattuale*; la fideiussione, viceversa, *tutela l'interesse all'adempimento della prestazione principale*^[3].

Di tal guisa, mentre il fideiussore diviene sostanzialmente un *vicario* del debitore, l'obbligazione del garante autonomo s'atteggia in via differente, ponendosi *in via del tutto autonoma rispetto alla prestazione obbligatoria oggetto del contratto garantito*, rispetto alla quale è *qualitativamente diversa*, poiché finalizzata non a garantire il relativo adempimento, quanto, piuttosto, a indennizzare il creditore insoddisfatto, tramite il versamento tempestivo di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata/inesatta prestazione del debitore principale^[4]. Il contratto autonomo di garanzia si caratterizza, pertanto, per l'assenza di quell'accessorietà rispetto alla prestazione principale, che, contrariamente, è elemento intrinsecamente caratterizzante la fideiussione^[5].

Più nello specifico, la differenziazione è, *ictu oculi*, rinvenibile nell'esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni che sarebbero spettate al debitore principale (in deroga, quindi, all'art. 1945 c.c.), e, del tutto specularmente, nella preclusione per quest'ultimo di chiedere l'opposizione, da parte del garante, al creditore garantito delle eccezioni nascenti dal rapporto principale^[6], nonché nella rinuncia a opporre eccezioni da parte dello stesso garante che, dopo il pagamento, abbia agito in regresso (ove, viceversa, la normale accessorietà della garanzia fideiussoria avrebbe comportato per il garante l'onere di preavvisare il debitore principale della richiesta di pagamento del creditore, ai sensi dell'art. 1952, secondo comma, c.c.), per consentire al debitore di potersi opporre al pagamento (in presenza di eccezioni da far valere nei confronti del creditore)^[7]. Dall'assenza dell'accessorietà deriva che il garante, relativamente al rapporto principale, possa ricorrere unicamente all'*exceptio doli generalis*, residuando, in aggiunta, le sole eccezioni direttamente discendenti dal contratto di garanzia^[8]. La giurisprudenza di legittimità ha, inoltre, evidenziato l'indubbio rilievo qualificatorio sotteso all'inserimento, in un contratto di fideiussione, di una clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni", sì determinante da implicare, di per sé, la qualificazione del negozio *de quo* alla stregua di contratto autonomo di garanzia, con una consequenziale autonomizzazione delle due posizioni (differentemente) debitorie, del garante e del debitore principale. A tal riguardo, si è, difatti, rilevato l'assoluta incompatibilità di un pagamento a prima richiesta e senza eccezioni con la *ratio* sottesa al principio di accessorietà, benché l'assenza di formule simili a quella summenzionata non rappresenti presunzione assoluta di accessorietà, non potendosi scientemente escludere la qualificabilità in termini di garanzia autonoma in presenza di diversi e ulteriori elementi^[9]. L'accertamento in ordine alla sussistenza o meno di una sorta di relazionalità funzionale tra i due contratti, deve, quindi, essere condotto in concreto e in maniera analitica, dal giudice di merito^[10], residuando una censurabilità in cassazione esclusivamente per violazione dei canoni legali di interpretazione del contratto, *ex artt.* 1362 ss.^[11], o per vizio di motivazione^[12].

In altri termini, *il sindacato di legittimità può avere ad oggetto non la ricostruzione della volontà delle parti, quanto esclusivamente l'individuazione dei criteri ermeneutici del processo logico del quale il giudice di merito si sia avvalso per assolvere i compiti a lui riservati, al fine di verificare se sia incorso in vizi del ragionamento o in errore di diritto*^[13].

A tal riguardo, è orientamento pressoché granitico in seno alla giurisprudenza di legittimità^[14] quello per cui, ai fini della ricerca della comune intenzione dei contraenti, il primo e principale strumento debba essere individuato nel senso letterale delle parole e delle espressioni utilizzate, non in maniera atomistica, ma parametrandolo all'intero contesto contrattuale: le singole clausole devono, quindi, essere considerate in correlazione tra loro, *procedendosi al relativo coordinamento ai sensi dell'art. 1363 c.c.*, dal momento che per senso letterale delle parole debba essere correttamente intesa *tutta la formulazione letterale della dichiarazione negoziale, in ogni sua parte ed in ogni parola che la compone, e non già in una parte soltanto, quale una singola clausola di un contratto composto di più clausole, dovendo il giudice collegare e raffrontare tra loro frasi e parole al fine di chiarirne il significato*^[15].

Sebbene, come dedotto, l'elemento letterale non possa che avere una funzione fondamentale nella ricerca della reale o effettiva volontà delle parti, l'organo giudicante non può, ad ogni modo, relegare in ruoli gregari gli ulteriori criteri legali di interpretazione e, segnatamente, quelli dell'interpretazione funzionale, *ex art. 1369 c.c.* (che consente di addivenire all'accertamento del significato contrattuale coerentemente alla ragione pratica scelta dalle parti)^[16], e di quella secondo buona fede o correttezza, *ex art. 1366 c.c.*^[17] (ovverosia nella necessità di non suscitare falsi affidamenti, prima, e speculare su di essi, poi^[18], rifuggendo da interpretazioni strumentali e cavillose^[19]), valorizzando lo scopo pratico (e, quindi, la causa concreta) perseguito dalle parti con la stipulazione del contratto^[20].

La disciplina consumeristica e la vessatorietà delle clausole contrattuali

Permanendo in un'ottica strettamente funzionale, precedenti pronunciamenti giurisprudenziali hanno, altresì, precisato che anche *i requisiti soggettivi di applicabilità della disciplina legislativa consumeristica*, in relazione a un contratto di fideiussione stipulato da un socio in favore della società, debbano *essere valutati con riferimento alle parti dello stesso* (e non rispetto a quelle del distinto contratto principale)^[21], dando, in conseguenza, rilievo dirimente *all'entità della partecipazione al capitale sociale, nonché all'eventuale qualità di amministratore della società garantita assunto dal fideiussore*^[22], in adesione ai dettami della giurisprudenza comunitaria, che ha sottolineato come il contratto di garanzia/fideiussione (sebbene possa essere qualificato come un contratto accessorio rispetto al contratto principale)^[23], sia, dal punto di vista delle parti contraenti, un contratto distinto, in quanto stipulato tra soggetti diversi dalle parti del contratto principale^[24].

È, dunque, considerando le parti del contratto di garanzia (o di fideiussione) che debba essere ragionevolmente accertata l'eventuale sussistenza di una caratterizzazione in senso consumeristico^[25].

Pare senz'altro opportuno evidenziare, *incidenter tantum*, come da tale importante *revirement* in sede unionale (che ha, di fatto, negato la sussistenza di una *vis attrattiva* tra contratto principale e quello di garanzia) non possa che risultare fortemente ridimensionata la teorica, più volte condivisa dalla giurisprudenza di legittimità e arbitrale, del c.d. "professionista di rimbalzo", ovverosia della trasposizione della qualità di "imprenditore" dal soggetto societario garantito alla persona fisica garante^[26]; si è, in sostanza, assistito allo sdoganamento di una sorta di professionalizzazione surrettizia del garante, che, alla luce delle riportate ultime statuizioni, meriterà, sicuramente, una sapiente rilettura, assumendo quale partenza necessitata la letteralità stessa del dato codicistico. Ai sensi dell'art. 2, lettera b), Direttiva 93/13 (trasfuso nel Codice del Consumo), la nozione di consumatore ha un evidente carattere oggettivo, dovendosi *determinare alla stregua di un criterio funzionale, consistente nel valutare se il rapporto contrattuale in esame (nella specie, il contratto autonomo di garanzia) rientri nell'ambito di attività estranee all'esercizio di una professione*^[27] (spettando al giudice nazionale, investito della controversia, verificare le circostanze fattuali in tal senso rilevanti, raccogliere gli elementi di prova e stabilire se il contraente – garante possa essere qualificato o meno come "consumatore")^[28].

A giudizio della Terza Sezione, i principi ermeneutici rassegnati sono stati in parte disattesi dalla Corte territoriale. Relativamente alla fideiussione sottoscritta dai ricorrenti[29], i giudici d'appello avevano ravvisato che l'indubbia volontà delle parti fosse stata nel senso di costruire il rapporto in termini di "garanzia autonoma", obbligandosi, quindi, a eseguire il pagamento in favore del creditore garantito *su semplice richiesta di quest'ultimo e indipendentemente dalle vicende relative al rapporto principale intercorrente tra esso creditore ed il contraente*.

Qualificata nei suindicati termini la garanzia *de qua*, la Corte era pervenuta a rigettare l'applicabilità nel caso di specie della normativa consumeristica, *del tutto illogicamente e contraddittoriamente*, confermando la pronuncia del giudice di primo grado per cui, *laddove venga conclusa una fideiussione, ai fini della valutazione della qualità di "consumatore", occorre far riferimento non già al garante, ma al debitore principale garantito che, indubbiamente ed incontestatamente, nel caso di specie è una società commerciale*; nella sostanza, viene richiamato e riproposto, in entrambi i gradi di giudizio, il principio già espresso dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui *«in presenza di un contratto di fideiussione, è all'obbligazione garantita che deve riferirsi il requisito soggettivo della qualità di consumatore, ai fini dell'applicabilità della specifica normativa in materia di tutela del consumatore, di cui agli artt. 1469 bis ss. c.c., nel testo vigente ratione temporis, attesa l'accessorietà dell'obbligazione del fideiussore rispetto all'obbligazione garantita»*.

La Terza Sezione giudica del tutto erroneo tale richiamo, stante *la diversità strutturale e funzionale tra garanzia a prima e semplice richiesta e fideiussione*.

Nel caso di specie, deve necessariamente trovare applicazione il principio in ossequio del quale *«al contratto autonomo di garanzia, in difetto di diversa previsione da parte dei contraenti, non si applica la norma dell'art. 1957 c.c., sull'onere del creditore garantito di far valere tempestivamente le sue ragioni nei confronti del debitore principale, poiché tale disposizione, collegata al carattere accessorio dell'obbligazione fideiussoria, instaura un collegamento necessario e ineludibile tra la scadenza dell'obbligazione di garanzia e quella dell'obbligazione principale, e come tale rientra tra quelle su cui si fonda l'accessorietà del vincolo fideiussorio, per ciò solo inapplicabile ad un'obbligazione di garanzia autonoma»*[30]. Attesa, quindi, l'insussistenza del carattere dell'accessorietà, proprio della fideiussione (e non anche del contratto come nella specie di garanzia a prima e semplice richiesta), *ai fini dell'applicabilità del foro del consumatore il giudice deve avere invero riguardo al garante (e non già al garantito)*[31], *verificando se, adottando i criteri succitati, il medesimo possa qualificarsi come tale*.

Percorso logico ormai ineludibile ove si consideri anche, con riferimento alla stessa fideiussione, il richiamato recente "ripensamento" della stessa Corte di Giustizia, interprete senz'altro privilegiata della normativa comunitaria (dalla quale è originata la disciplina consumeristica nazionale): partendo dall'assunto per cui, *pur essendo accessorio, il contratto di garanzia/di fideiussione è invero distinto rispetto al contratto principale (da cui deriva il debito che garantisce), ove è stipulato da «soggetti diversi» dalle parti di quest'ultimo, sicché è «in capo alle parti del contratto di garanzia o di fideiussione che deve essere valutata la qualità in cui queste hanno agito»*; ne discende, come anticipato, che la disciplina consumeristica, dettata dalla Direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, possa essere applicata *a un contratto di garanzia immobiliare o di fideiussione stipulato tra una persona fisica e un ente creditizio*

al fine di garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di detto ente in base a un contratto di credito, quando tale persona ha agito per scopi che esulano dalla sua attività professionale e non ha alcun collegamento di natura funzionale con la suddetta società»; altresì sottolineando che spetta al giudice verificare tali circostanze.

La competenza territoriale esclusiva e la sua derogabilità

Da ultimo, non può infine sottacersi un riferimento alla conseguente abusività sottesa alla deroga del foro dei consumatori, alla luce della disciplina dettata dagli artt. 1469bis ss. c.c. e, poi, riversata negli artt. 33 ss. e 63 Cod. cons.

Come questa Corte ha già avuto più volte modo di affermare, *la disciplina di tutela del consumatore è funzionalmente volta a tutelare il consumatore a fronte della unilaterale predisposizione ed imposizione del contenuto contrattuale da parte del professionista, quale possibile fonte di abuso, sostanziandosi nella preclusione per il consumatore della possibilità di esplicitare la propria autonomia contrattuale, nella sua fondamentale espressione rappresentata dalla libertà di determinazione del contenuto del contratto.* La finalità ultima è approntare un apparato di guarentigie capace di prevenire qualsivoglia alterazione della posizione paritaria delle parti contrattuali e, dunque, un abusivo, nei mezzi e nei contenuti, assoggettamento di una all'altra[32]. Tanto con la unilaterale predisposizione di moduli e/o formulari (in vista di una loro utilizzazione per regolamentare una serie indefinita di rapporti), quanto, invero, mediante la stipulazione di un singolo contratto redatto per uno specifico affare, mediante l'unilaterale predisposizione e imposizione del relativo contenuto negoziale, il soggetto contrattualmente forte (*rectius*, il professionista) può legittimare abusivamente la propria fattiva autorità contrattuale sul consumatore: è nella lesione dell'autonomia privata di quest'ultimo che è rinvenibile la necessità dell'applicazione della disciplina di protezione[33]. Come puntualmente evidenziato nella sentenza annotata, deriva: da un lato, l'insufficienza della mera approvazione per iscritto delle clausole di deroga del foro competente, sì come di tutte le altre asseritamente vessatorie, ai fini di una loro corretta deroga[34]; dall'altro, che, *a precludere l'applicabilità della disciplina di tutela del consumatore in argomento è, invero, necessario che ricorra il presupposto oggettivo della trattativa, ex art. 34, comma 4, d.lgs. n. 206 del 2005[35]*, la cui sussistenza è un *prius* logico rispetto alla verifica della sussistenza del significativo squilibrio in cui riposa l'abusività della clausola o del contratto[36]. In tal senso, è onere gravante sul professionista comprovare l'effettivo svolgimento di una trattativa, *dotata dei caratteri essenziali suoi propri* (individualità, serietà ed effettività)[37], *quale fatto impeditivo della relativa applicazione[38]*. Ove, per converso, vi sia un accordo frutto, interamente o parzialmente di trattativa, l'accertamento giudiziale in ordine alla vessatorietà/abusività delle clausole contrattuali è destinato a rimanere (in tutto o in parte) precluso, *quand'anche l'assetto di interessi realizzato dalle parti risulti significativamente squilibrato a danno del consumatore[39]*.

In conclusione, l'esclusione dell'applicazione della disciplina di protezione è consentita solo in riferimento *a quelle clausole che abbiano costituito singolarmente oggetto di specifica trattativa, seria ed effettiva*, restando, viceversa, assoggettata alla normativa consumeristica la restante parte, non negoziata, del

contratto^[40] (come, nel caso oggetto della controversia, la competenza territoriale esclusiva del foro del consumatore).

[Qui il testo integrale della sentenza.](#)

[1] Per un approfondimento, Cass. Civ., Sez. I, 26 settembre 2019, n. 24044, già annotata in questa Rivista, con commento di A. Zurlo, *Le fideiussioni “a valle” e le intese anticoncorrenziali “a monte”: le prime “immunizzate” dalla nullità delle seconde.*, 2 ottobre 2019, <https://www.dirittodelrisparmio.it/2019/10/02/le-fideiussioni-a-valle-e-le-intese-anticoncorrenziali-a-monte-le-prim-immunizzate-dalla-nullita-delle-seconde/>.

[2] V. Cass. Civ., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, con nota di G. B. Barillà, *Le Sezioni unite e il Garantievertrag un quarto di secolo dopo: una pronuncia “storica” fa chiarezza sui differenti modelli di garanzie bancarie autonome.*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 3, 2010, 279; Cass. Civ., Sez. III, 22 novembre 2018, n. 30181, in *dejure.it*; Cass. Civ., Sez. III, 9 maggio 2019, n. 21840, in *dejure.it*.

[3] V. Cass. Civ., Sez. III, 9 maggio 2019, n. 21840, in *dejure.it*.

[4] V. Cass. Civ., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947 (v. *supra* nota 1).

[5] Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947; Cass. Civ. Sez. III, 17 giugno 2013, n. 15108, con nota di G. Tarantino, *Fideiussione o contratto autonomo di garanzia? Al giudice la qualificazione sulla base delle eccezioni esperibili dal garante nei confronti del creditore*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 0, 2013, 790; Cass. Civ., Sez. I, 31 luglio 2015, n. 16213, con nota di G. Tarantino, *Contratto autonomo di garanzia: al garante non è concesso di opporre alcuna eccezione al creditore*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 30, 2015, 6; Cass. Civ., Sez. III, 14 giugno 2016, n. 12152; Cass. Civ., Sez. III, 28 marzo 2017, n. 7883; Cass. Civ., Sez. III, 11 dicembre 2018, n. 31956; Cass. Civ., Sez. III, 9 maggio 2019, n. 21840. Con riferimento alla polizza fideiussoria di cui all'art. 38bis d.p.r. n. 633 del 1972, stipulata al fine di garantire, in favore dell'Amministrazione Finanziaria, la restituzione delle somme da questa indebitamente versate ai contribuenti in sede di procedura di rimborso anticipato dell'IVA, Cass. Civ., Sez. III, 29 dicembre 2018, n. 30837 e Cass. Civ., Sez. III, 29 dicembre 2018, n. 30836.

[6] V. Cass. Civ., Sez. I, 31 luglio 2015, n. 16213; Cass. Civ., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947.

[7] V. Cass. Civ., Sez. III, 17 giugno 2013, n. 15108; Cass. Civ., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947.

[8] V. Cass. Civ., Sez. III, 11 dicembre 2018, n. 31956, in *dejure.it*.

[9] Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 9 maggio 2019, n. 21840; Cass. Civ., Sez. III, 14 giugno 2016, n. 12152; Cass. Civ., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947.

[10] Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 14 giugno 2016, n. 12152; Cass. Civ., Sez. III, 28 marzo 2017, n. 7883; Cass. Civ., Sez. III, 5 aprile 2012, n. 5526.

[11] V. Cass. Civ., Sez. III, 19 marzo 2018, n. 6675, con nota di S. Mendicino, *Contestazione reciproca di inadempimento: non pronunzia ultra petita il Giudice che considera risolto il contratto per mutuo dissenso*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 49, 2018, 10; Cass. Civ., Sez. III, 6 maggio 2015, n. 9006, con nota di B. Emanuele, *L'interpretazione delle dichiarazioni unilaterali deve essere effettuata*

utilizzando le norme che disciplinano l'interpretazione dei contratti, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 19, 2015, 45.

[12] Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 14 giugno 2016, n. 12152; Cass. Civ., Sez. III, 19 maggio 2011, n. 10998; Cass. Civ., Sez. III, 15 febbraio 2011, n. 3678.

[13] Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 22 ottobre 2014, n. 22343; Cass. Civ., Sez. III, 29 luglio 2004, n. 14495.

[14] Contra, Cass. Civ., Sez. Trib., 10 ottobre 2003, n. 15100; Cass. Civ., Sez. II, 23 dicembre 1993, n. 12758.

[15] V. Cass. Civ., Sez. III, 28 agosto 2007, n. 828; Cass. Civ., Sez. I, 22 dicembre 2005, n. 28479; Cass. Civ., Sez. III, 16 giugno 2003, n. 9626.

[16] V. Cass. Civ., Sez. III, 13 novembre 2018, n. 29016, in *dejure.it*.

[17] Cfr. Cass. Civ., Sez. VI, 6 dicembre 2018, n. 31574; Cass. Civ., Sez. III, 13 novembre 2018, n. 29016; Cass. Civ., Sez. III, 30 ottobre 2018, n. 27444; Cass. Civ., Sez. III, 12 giugno 2018, n. 15186; Cass. Civ., Sez. III, 19 marzo 2018, n. 6675. V. altresì Cass. Civ., Sez. III, 23 ottobre 2014, n. 22513; Cass. Civ., Sez. III, 27 giugno 2011, n. 14079; Cass. Civ., Sez. III, 23 maggio 2011, n. 11295; Cass. Civ., Sez. III, 19 maggio 2011, n. 10998; con riferimento agli atti unilaterali v. Cass. Civ., Sez. III, 6 maggio 2015, n. 9006.

[18] Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 6 maggio 2015, n. 9006; Cass. Civ., Sez. III, 23 ottobre 2014, n. 22513; Cass. Civ., Sez. III, 25 maggio 2007, n. 12235; Cass. Civ., Sez. Lav., 20 maggio 2004, n. 9628.

[19] Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 23 maggio 2011, n. 11295; Cass. Civ., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947.

[20] V. Cass. Civ., Sez. III, 23 maggio 2011, n. 11295.

[21] In tal senso, Trib. Brescia, 22 maggio 2018, n. 1548, in *ilcaso.it*.

[22] V. Cass. Civ., Sez. III, 13 dicembre 2018, n. 32225.

[23] V. Corte Giust., 17 marzo 1998, C-45/96.

[24] V. Corte Giust., 14 settembre 2016, C-534.

[25] V. Corte Giust., 19 novembre 2015, C-74/15. V. altresì Cass. Civ., Sez. VI, 5 dicembre 2016, n. 24846, con nota di M. C. Dolmetta, *Sul fideiussore consumatore: linee dell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 3, 2017, 281.

[26] In relazione alla figura del "professionista di rimbalzo", si è, quindi, ritenuto che la qualità del debitore principale potesse, in qualche modo, influenzare anche quella del garante, concorrendo a escludere quest'ultimo dalla normativa specificamente prevista per implementare la tutela della parte contrattualmente debole. Questo approccio ermeneutico, sostenitore di una tale inferenza qualitativa, benché condiviso anche in alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità, è stato, pur tuttavia, oggetto di forti critiche dottrinarie, che, anche alla luce del recente revirement in seno alla Corte di Giustizia, risultano senz'altro avvalorate nella loro fondatezza.

[27] V. Corte Giust., 19 novembre 2015, C-74/15.

[28] V. Cass. Civ., Sez. III, 13 dicembre 2018, n. 32225, con nota di G. Fiengo, *Il garante consumatore*, in *Ridare.it*, 10 giugno 2019.

[29] Fideiussione con la quale questi ultimi si erano assunti solidalmente alla società gli obblighi e gli oneri derivanti dalla polizza stipulata con la controricorrente (che avevano dichiarato *di conoscere e di accettare in ogni sua parte, comprese, cioè, le Condizioni Generali e Particolari, anche ai sensi degli artt. 1341, 1342*

c.c.), rinunciando espressamente sia al beneficio della preventiva escussione, sia ad avvalersi dei diritti e termini previsti dagli artt. 1945, 1950, 1952, 1953, 1954, 1955, 1956 e 1957 c.c. e obbligandosi ulteriormente «a rimborsare le somme di cui risultasse creditrice la società anche per eventuali tasse, soprattasse e penalità per la registrazione del presente atto, a semplice richiesta e senza riserva alcuna.

[30] V. Cass. Civ., Sez. III, 28 marzo 2017, n. 7883, in *dejure.it*.

[31] Cfr. Cass. Civ., Sez. VI, 5 dicembre 2016, n. 24846; Cass. Civ., Sez. I, 11 gennaio 2001, n. 314, con nota di F. Di Marzio, *Intorno alla nozione di «consumatore» nei contratti.*, in *Giust. civ.*, fasc. 9, 2001, 2151.

[32] V. Cass. Civ., Sez. III, 26 settembre 2008, n. 24262, con nota di S. Verucci, *Clausole vessatorie e tutela del consumatore. Oltre la formalità della dichiarazione*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 3, 2009, 588.

[33] V. Cass. Civ., Sez. III, 20 marzo 2010, n. 6802.

[34] Cfr. Cass. Civ., Sez. VI, 3 aprile 2013, n. 8167; Cass. Civ., Sez. III, 20 marzo 2010, n. 6802; Cass. Civ., Sez. III, 26 settembre 2008, n. 24262.

[35] Cfr. Cass. Civ., Sez. VI, 8 luglio 2015, n. 14288, con nota di F. Valerio, *Più garanzie per i giocatori: la disciplina a tutela del consumatore si applica anche ai contratti aleatori*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 27, 2015, 21; Cass. Civ., Sez. III, 20 marzo 2010, n. 6802; Cass. Civ., Sez. III, 26 settembre 2008, n. 24262.

[36] Cfr. Cass. Civ., Sez. VI, 8 luglio 2015, n. 14288; Cass. Civ., Sez. III, 20 marzo 2010, n. 6802; Cass. Civ., Sez. III, 26 settembre 2008, n. 24262; Cass. Civ., Sez. III, 28 giugno 2005, n. 13890.

[37] V. Cass. Civ., Sez. III, 26 settembre 2008, n. 24262.

[38] Cfr. Cass. Civ., Sez. , 20 agosto 2010, n. 18785; Cass. Civ., Sez. III, 20 marzo 2010, n. 6802; Cass. Civ., Sez. III, 26 settembre 2008, n. 24262.

[39] In tal caso, la preclusione discenderebbe non già dalla non vessatorietà della clausola, bensì dalla inconfigurabilità della predisposizione unilaterale e imposizione: in tal senso, Cass. Civ., Sez. VI, 8 luglio 2015, n. 14288; Cass. Civ., Sez. III, 20 marzo 2010, n. 6802; Cass. Civ., Sez. III, 26 settembre 2008, n. 24262.

[40] V. Cass. Civ., Sez. III, 20 agosto 2010, n. 18785, in *dejure.it*.

La (dis)omogeneità degli interessi, nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite

Commento a Cass. Civ., sez. I, 22 ottobre 2019, n. 26946

di Antonio Zurlo

Premessa.

«Chi, potendo risolvere una questione semplice, la complica, commette una cattiva azione. Ma ne commette una peggiore chi, volendo affrontare una questione complessa, la semplifica a tal punto da far solo finta di risolverla. In realtà, ne sta inventando un'altra, che non esiste, non è mai esistita e forse non esisterà mai»: questa affermazione del Professor Umberto Romagnoli, per quanto risalente, resta, tuttavia, ancora connaturata da un'evidente verità scientifico – dottrinale, che può essere, perlomeno a giudizio dello scrivente, facilmente mutuabile e riferibile alla questione, ormai inveterata, inerente alla diversa natura ontologica degli interessi corrispettivi e di quelli moratori, per taluni aspetti di difficile risoluzione e per talaltri artefattamente complicata, come, ad esempio, per quello relativo all'assoggettamento o meno dei secondi alla disciplina antiusura.

Questione che si è riproposta, con la rimessione alle Sezioni Unite, da parte della Prima Sezione, e che ha meritato la rinnovazione di alcune considerazioni critiche già formulate, in occasione dei precedenti pronunciamenti.

La supposta estensibilità della disciplina antiusura anche agli interessi moratori

I motivi d'impugnazione, al di là della loro formale articolazione, ruotano, sostanzialmente, attorno a tre questioni, che, a loro volta, appaiono incentrate sull'identificazione degli interessi da corrispondere sulla somma dovuta, a titolo di restituzione del finanziamento; segnatamente: a) la retroattività o meno della risoluzione del contratto (circostanza da cui far dipendere eventualmente l'obbligo della debitrice di corrispondere la quota di interessi compresa nelle rate insolute); b) l'assoggettabilità o meno alla normativa antiusura degli interessi moratori (e, dunque, la conseguente rilevanza dell'eventuale superamento del tasso soglia); c) l'inefficacia o meno della clausola contrattuale determinativa del tasso degli interessi moratori, come conseguenza della vessatorietà per mancanza di una specifica trattativa.

Delle tre è la seconda questione, sebbene ormai attenzionata più volte dalla giurisprudenza di legittimità, ad assumere centralità nell'ordinanza qui annotata, riaprendo, difatti, una *querelle* la cui soluzione, perlomeno *prima facie*, sembrava quesita.

A tal riguardo, come puntualmente rassegnato nella pronuncia *de qua*, la questione è stata risolta in senso affermativo (con la sola esclusione dei rapporti esauriti anteriormente all'entrata in vigore della l. n. 108/1996), richiamando le letteralità del primo comma dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815 c.c., che non distinguono tra interessi corrispettivi e moratori, nonché del primo comma dell'art. 1224 c.c., nella parte in cui prevede che, se prima della mora fossero dovuti interessi in misura

superiore a quella legale, quelli moratori debbano, di conseguenza, essere dovuti nella stessa misura^[1].

È pur vero che, recentemente, la medesima questione sia stata oggetto di un vaglio più approfondito, che ha condotto alla sostanziale conferma delle suddette conclusioni, anche adottando un angolo prospettico più complesso e sistematico della normativa settoriale. Di tal guisa, è stato giustamente riaffermato come gli art. 644 c.p. e 2 l. n. 108/1996 non introducano alcuna distinzione tra interessi corrispettivi e moratori, rifugiandosi nella generica definizione di “interessi”, e che, contestualmente, l’art. 1 D.L. n. 394/2000 confermi tale impostazione, riferendo l’indagine sul carattere usurario al momento della pattuizione “a qualsiasi titolo”, sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio (come chiarito nella relazione di accompagnamento della L. n. 24/2001, di conversione del D.L. citato).

In altre circostanze, si è avuto modo di evidenziare una presunta omogeneità funzionale, di matrice economica, tra le due classi di interessi, osservandosi che quelli corrispettivi sì come quelli moratori costituiscano, in sostanza, la remunerazione di un capitale di cui il creditore: nel primo caso, non ha goduto volontariamente; nel secondo, per converso, involontariamente. Si è, peraltro, anche evidenziato che tale supposta omogeneità non potesse essere ragionevolmente esclusa adottando un angolo visuale sì sempre funzionale, ma di tipo più strettamente giuridico: anche in questo caso, difatti, la funzione attribuita agli interessi moratori consiste nel risarcire il danno patito dal creditore per il ritardo nel pagamento di un debito pecuniario, *dal momento che tale pregiudizio non può consistere che nella necessità di ricorrere al credito, remunerando chi lo conceda, o, in alternativa, nella rinuncia ad impiegare la somma dovuta in investimenti proficui*. In senso avvalorativo, è stata ritenuta irrilevante anche la differenziazione della fonte originante gli interessi, se legale o convenzionale, sostenendosi, al riguardo, che, ai fini della misura degli stessi, debba essere dato rilievo esclusivamente alla forma scritta della pattuizione, richiesta per gli uni e per gli altri e funzionalizzata, in entrambi i casi, a tutelare il soggetto debitore.

La venatura quasi “paternalistica” della finalità normativa è stata, a sua volta, intesa come ulteriore elemento militante a favore dell’applicabilità della disciplina antiusura anche agli interessi moratori: volendo assecondare, difatti, la tesi contraria e, quindi, condividere l’esclusione dell’assoggettabilità, si addiverrebbe a quello che lo stesso Collegio remittente definisce “risultato paradossale”, ovverosia il rendere per il creditore più vantaggioso l’inadempimento che l’adempimento stesso.

Da ultimo, la compresenza di due diverse disposizioni codicistiche, una dedicata specificamente agli interessi corrispettivi (art. 1282 c.c.) e un’altra, viceversa, avente a oggetto quelli moratori (art. 1224 c.c.), non può assumere più rilievo del necessario, ovverosia quello di semplice dato formale, consistente in un mero retaggio dell’unificazione del codice civile con quello del commercio, che risolvevano in termini diversi il problema della decorrenza degli effetti della mora: non vi può, quindi, rinvenirsi né dedursi alcun riferimento, neppure surrettizio, a un’ipotetica volontà di diversificare la funzione delle due categorie di interessi, sottraendo quelli moratori alle leggi antiusura^[2].

La diversità strutturale e funzionale delle due categorie di interessi: la (dis)omogeneità

La tesi rappresentata, foriera dell'applicabilità lineare della disciplina antiusura anche agli interessi di mora, non pare poter essere condivisa, condividendo, quindi, le censure più volte mosse sia in sede giurisprudenziale che dottrinale.

Assumendo quale necessitato punto di partenze il dato letterale, pare, sin da subito, opportuno e necessario rilevare come il ricorso alla mera letteralità non possa ritenersi esaustivo, né, tantomeno, dirimente. L'art. 644 c.p., difatti: per un verso, riferisce il divieto dell'usura agli interessi dati o promessi *in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità* (ai sensi del primo comma), escludendo (perlomeno apparentemente) quelli dovuti a titolo di ristoro per il ritardo nell'adempimento; per altro verso, adotta un'espressione omnicomprensiva per addivenire alla definizione della base di calcolo del tasso usurario, imponendo, a tal riguardo, di tenere in debita considerazione le *remunerazioni a qualsiasi titolo* collegate all'erogazione del credito^[3]. In altri termini, ci si trova di fronte a un'ambiguità testuale e non, per converso, a un dato risolutivo. Incertezza che ha concorso a porre in risalto quell'orientamento, manifestatosi nella disciplina secondaria a partire dalle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nel 2001 e dal decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 25 marzo 2003, per cui, *nel procedere alla rilevazione del tasso effettivo globale medio di cui alla l. n. 108 del 1996, art. 2, comma 1*, si debbano ritenere costantemente esclusi dalla base di calcolo gli interessi moratori, *attribuendo una finalità meramente conoscitiva alla rilevazione del relativo tasso medio, periodicamente compiuta dall'Autorità di vigilanza*. La ragionevolezza di siffatta esclusione è stata giustificata, da un lato, sul rilievo che gli interessi moratori, in quanto aventi la loro fonte nella mora del debitore, costituiscano una voce di costo meramente eventuale, e, dall'altro, che l'estensione a questi ultimi della disciplina antiusura implicherebbe un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto alla pattuizione di penali *una tantum*, aventi analoga funzione, ma sottratte all'ambito di operatività della l. n. 108/1996.

Ad adiuvandum può essere anche mutuata la letteralità dell'art. 19 della Direttiva n. 2008/48/CE del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori, che, nel disciplinare il calcolo del tasso annuo effettivo globale (sebbene ai soli fini della trasparenza delle condizioni contrattuali), esclude *espressamente dal computo dei costi eventuali penali che il consumatore sia tenuto a pagare per l'inadempimento degli obblighi previsti dal contratto di credito, assumendo inoltre come presupposto l'ipotesi che il creditore ed il consumatore adempiano ai loro obblighi nei termini ed entro le date convenuti*.

Di pari contraddittorietà testuale soffre la nota di chiarimenti, diramata da Banca d'Italia il 3 luglio 2013, relativamente alle modalità di rilevazione del tasso effettivo globale medio, lì dove, pur affermandosi effettivamente che anche gli interessi di mora debbano essere assoggettati alla legge antiusura, si precisa, contestualmente, che gli stessi siano da ritenersi esclusi dal calcolo del tasso effettivo globale, *in quanto non dovuti dal momento dell'erogazione del credito, ma soltanto a seguito di un eventuale inadempimento da parte del cliente*, e, comunque, tali da determinare, per la loro superiorità rispetto a quelli corrispettivi, un innalzamento del tasso soglia, in evidente danno della clientela. La formulazione sibillina, lungi dal rivelarsi determinante in un senso o nell'altro, spalanca, di fatto, a un alone di ambiguità sull'effettivo rapporto da ritenere intercorrente fra gli interessi di mora e la disciplina antiusura.

L'argomento dell'asserita convenienza dell'inadempimento per il creditore, sottesa alla mancata assoggettabilità alla disciplina antiusura, non coglie, parimenti, nel segno, prestandosi a una sorta di "reversibilità", tutt'altro che ipotetica: l'azzeramento del debito degli interessi, difatti, potrebbe favorire comportamenti opportunistici da parte del debitore.

Non suscettibile di apprezzamento pare, da ultimo, la tenace insistenza sulla supposta omogeneità funzionale, di matrice economica, intercorrente tra le due classi di interessi, né tantomeno le "aperture" (interpretate, forse, strumentalmente dai sostenitori dell'estensibilità) apportate dalla giurisprudenza costituzionale.

Partendo dalla seconda circostanza, poiché di più immediata confutazione, è premura dello stesso Collegio remittente evidenziare come la Corte Costituzionale, nel valutare l'ammissibilità delle questioni sottoposte al suo esame, non si pronunci sulla correttezza dell'interpretazione della norma impugnata (spettante al giudice ordinario), limitandosi, per converso, a verificare che la lettura prescelta dal giudice *a quo* non risulti *implausibile e sia comunque idonea a giustificare la rilevanza della questione*^[4].

L'omogeneità delle due categorie di interessi sarebbe dato la cui veridicità risulterebbe essenziale, ove si dovessero condividere le ragioni fondative dell'asserita applicabilità agli interessi moratori della disciplina antiusura. L'una e l'altra tipologia troverebbero la loro giustificazione causale in una circostanza fattuale, ovverosia nella sottrazione della disponibilità di una determinata quantità di capitale, da una determinata sfera giuridica, a favore di un'altra, diversa. Di tal guisa, la tradizionale dicotomia tra interessi corrispettivi e di mora sarebbe elisa, in maniera *tranchant*, dalla constatazione che tanto il vantaggio del debitore – mutuatario (che utilizza denaro altrui, circostanza che, in sé, giustifica la previsione di interessi corrispettivi diretti a reintegrare il patrimonio del creditore), quanto il danno, a carico del creditore – mutuante per la ritardata restituzione del denaro (che, per converso, implica l'applicazione di quelli moratori, funzionalizzati a indennizzarlo) rappresentino due fenomeni non antitetici, ma speculari, poiché in ambedue i casi si riscontra una (non dissimile) funzione risarcitoria/indennitaria^[5]. Si addiverrebbe, in altri termini, proprio a quella affinità funzionale, caldeggiata dall'orientamento favorevole, prima rappresentato: nella fattiva unitarietà di funzioni si dovrebbero risolvere tutti gli impedimenti all'assoggettabilità degli interessi moratori alla disciplina antiusura. In realtà, la veridicità di un siffatto approdo pare circostanza tutt'altro che inequivoca, come *prima facie* potrebbe apparire. Come anticipato, non si può ragionevolmente tacere delle numerose critiche (mosse nella giurisprudenza di merito, sì come in quella arbitrale), sostanzialmente connesse alla difficoltà irriducibile di ipotizzare, prima, e giustificare, poi, su di un piano pragmatico – operativo, una effettiva omogeneità tra i due tipi di interessi.

La non assoggettabilità degli interessi di mora alla disciplina antiusura (problematica intrinsecamente connessa anche a quella, di fatto complementare, dell'asserita "cumulabilità" tra le due categorie) è confortata dall'evidente disomogeneità funzionale, che appare di tutta evidenza mutuando (paradossalmente) proprio il ragionamento addotto a sostegno dell'estensibilità.

Più nello specifico, la circostanza che gli interessi di mora, come evidenziato, configurino una sanzione eventuale (poiché strettamente dipendente nel verificarsi dall'inadempimento del soggetto debitore), induce a ritenerli non assoggettabili al

divieto espressamente previsto dal secondo comma dell'art. 1815, c.c., nonché, prima ancora, alla stessa *ratio* della disciplina antiusura, quella, cioè, di validare la composizione dei soli interessi corrispettivi (che trovano il proprio titolo direttamente in un momento fisiologico, quello del contratto, a differenza di quelli moratori, che lo rinvergono nella patologia della relazionalità, rappresentato dal ritardo del mutuatario)^[6].

In definitiva, gli interessi corrispettivi e quelli di mora non possono essere posti sullo stesso piano, in quanto non solo assolvono a funzioni diverse, ma hanno anche natura diversa; differenziazione che la giurisprudenza arbitrale ha, peraltro, avuto modo di puntare in tre elementi fondamentali, caratterizzanti i moratori: A) disciplina applicabile: dovuti dal giorno della mora, il soggetto creditore ne ha diritto anche se non pattuiti nel contratto (ai sensi del primo comma dell'art. 1224 c.c.) e il tasso, nel caso in cui non sia previsto espressamente, sarà pari a quello pattuito per gli interessi corrispettivi^[7]; B) riducibilità, *ex* art. 1384 c.c., in caso di situazioni patologiche; C) funzionalità: carattere dissuasivo, di ammonimento, che non concorre nella formazione del credito^[8].

L'assenza di un parametro statistico e l'adattabilità circostanziata di quelli esistenti

Traslando il *focus* dell'analisi su un livello più strettamente operativo, anche in questa sede è opportuno rammentare come due decisioni del Collegio di coordinamento^[9], tacciando di "eccessiva scioltezza" la posizione assunta dalla Corte di Cassazione proprio sulla presunta cumulabilità degli interessi, abbiano rilevato come quelli moratori non siano presi in considerazione dalle "Istruzioni per le rilevazioni dei tassi effettivi globali ai sensi della legge sull'usura" della Banca d'Italia nella determinazione del "tasso soglia" e, conseguenzialmente, non possano essere computati nel costo del credito ai fini della valutazione di usurarietà del negozio^[10].

In effetti, rappresenta circostanza fattuale difficilmente controvertibile quella per cui la procedura d'individuazione dei tassi soglia preveda la rilevazione trimestrale dei "TEG" o "TAEG", tassi effettivi (annui) globali, praticati, da un ceto selezionato di banche e intermediari finanziari, nell'ambito delle diverse categorie di operazioni finanziarie (mutuo, leasing, factoring, ecc.); di questi ultimi viene calcolata la media, addivenendo alla determinazione dei cc.dd. "TEGM" (ovverosia, i tassi effettivi globali medi)^[11].

Ne deriva necessariamente che, in linea di principio, gli interessi moratori non possano in alcun modo concorrere nella valutazione dell'usura, dal momento che non si può porre in relazione la misura di tali interessi con un tasso, quello soglia, rispetto alla determinazione periodica del quale non concorrono in alcun modo. È la stessa summenzionata comunicazione di Banca d'Italia, datata 3 luglio 2013, a evidenziare espressamente come gli interessi moratori *debbano essere esclusi dal calcolo del TEG, non essendo dovuti dal momento dell'erogazione del credito, ma solo a seguito di un eventuale inadempimento del cliente – debitore.*

L'estromissione degli interessi di mora, peraltro, risponde anche a un'esigenza "manutentiva" del sistema, consentendo di evitare di dover "considerare nella media operazioni con andamento anomalo": se, infatti, i moratori fossero inclusi nella determinazione del TEGM, essendo necessariamente più alti, concorrerebbero a determinare un sensibile innalzamento dei tassi soglia,

causando un evidente danno alla clientela. Ove fosse necessario, anche a vincere le ultime residuali resistenze, non può che farsi riferimento sia alla richiamata normativa unionale sul credito al consumo, che impone l'esclusione dal calcolo dei tassi medi di tutte quelle somme *pagate per l'inadempimento di un qualsiasi obbligo contrattuale* (incluso, di fatto, gli interessi di mora), sia i Decreti trimestrali del Ministero dell'Economia e delle Finanze, che, a loro volta, specificano come i tassi effettivi globali medi (...) non siano *comprensivi degli interessi di mora contrattualmente previsti per i casi di ritardato pagamento*.

Da ultimo, la circostanza che nessuna norma, allo stato, preveda la rilevazione periodica dei tassi moratori generalmente applicati, né, tantomeno, l'individuazione di una soglia *ad hoc* per questi pare dirimente [12].

Ritornando al dato testuale dell'ordinanza di rimessione, l'esclusione degli interessi moratori dalla base di calcolo del TEGM ha fatto insorgere il problema (irrisolto) dell'individuazione del parametro di riferimento da adottare, ai fini di un'eventuale valutazione del carattere usurario dei predetti interessi.

L'esistenza di un *cul-de-sac* è, peraltro, stata oggetto di ammissione da parte della stessa giurisprudenza favorevole all'applicabilità, che non ha potuto che constatare come, *in assenza di qualsiasi norma di legge in tal senso*, non possa ragionevolmente pretendersi di accertare *il carattere usurario sulla base di un tasso ottenuto incrementando arbitrariamente di qualche punto percentuale il tasso soglia, come previsto dai decreti ministeriali*, rifugiandosi (forse in maniera frettolosa e poco convinta) in una soluzione assai pragmatica, ma che non si è sottratta a critiche sulla tenuta. L'aver ritenuto di poter risolvere la questione introitando il principio per cui il riscontro vada compiuto *confrontando puramente e semplicemente il saggio degli interessi concordato dalle parti col tasso soglia calcolato in riferimento al tipo di contratto stipulato, senza alcuna maggiorazione od incremento*, ha, difatti, presentato l'indubbio inconveniente (puntualmente segnalato dalla più attenta dottrina) di ricadere nell'equivoco della disomogeneità, con tutti i suoi corollari soprascritti.

Il precedente nella ricerca dell'omogeneità: la commissione di massimo scoperto al vaglio delle Sezioni Unite. Una soluzione compromissoria (forse) da mutuare

La necessità di assicurare, anche artefattamente, omogeneità non è, invero, una novità nel comparto bancario – finanziario, poiché già avvertita, recentemente, con riferimento a una situazione “di calcolo”, in un certo qual senso complementare a quella qui attenzionata: ci si riferisce, in particolare, alla rilevanza da attribuire o meno alla commissione di massimo scoperto, sempre con riferimento alla disciplina antiusura, questione anch'essa oggetto di contrasto in seno alla giurisprudenza di legittimità e risolta, infine, dalle Sezioni Unite (statuendo il principio per cui *ai fini della verifica del superamento del tasso soglia, occorre procedere alla separata comparazione del tasso effettivo globale d'interesse praticato in concreto e della commissione di massimo scoperto eventualmente applicata [...] rispettivamente con il tasso-soglia e con la “commissione soglia” calcolata aumentando della metà la percentuale della commissione media indicata nei decreti ministeriali, compensando poi l'importo dell'eventuale eccedenza della commissione in concreto praticata con il “margine” degli interessi eventualmente residuo, pari alla differenza tra l'importo degli stessi, rientrando nella soglia di legge e quello degli interessi in concreto praticati*) [13].

È nel solco tracciato da quest'ultimo pronunciamento che la Prima Sezione rinviene la necessità di rimettere alle Sezioni Unite una nuova valutazione circa l'assoggettabilità o meno degli interessi moratori alla disciplina antiusura, magari addivenendo a una soluzione compromissoria non dissimile, sulla scorta di una sapiente applicazione del principio di simmetria.

[1] Cfr. Cass. Civ., Sez. VI, 6 marzo 2017, n. 5598, per cui «è noto che in tema di contratto di mutuo, la [L. n. 108 del 1996, art. 1](#), che prevede la fissazione di un tasso soglia al di là del quale gli interessi pattuiti debbono essere considerati usurari, riguarda sia gli interessi corrispettivi che quelli moratori»; Cass. Civ., Sez. III, 4 aprile 2003, n. 5324, in *dejure.it*; Cass. Civ., Sez. I, 17 novembre 2000, n. 14899, con nota di F. Di Marzio, *Il trattamento dell'usura sopravvenuta tra validità, illiceità e inefficacia della clausola interessi.*, in *Giustizia Civile*, fasc. 12, 2000, 3099; Cass. Civ., Sez. I, 22 aprile 2000, n. 5286), con nota di F. M. Gazzoni, *Usura sopravvenuta e tutela del debitore.*, in *Rivista del Notariato*, fasc. 6, 2000, 1445.

[2] V. Cass. Civ., Sez. III, 30 ottobre 2018, n. 27442, già commentata in questa Rivista, con nota di M. Lecci, *Prime brevi osservazioni in merito all'accertamento dell'usurarietà del tasso moratorio*, 2 novembre 2018, <https://www.dirittodelrisparmio.it/2018/11/02/prime-brevi-osservazioni-in-merito-allaccertamento-dellusurarieta-del-tasso-moratorio/>.

[3] La sola locuzione “a qualunque titolo” non è parsa sufficiente a giustificare l'applicazione estensiva della norma antiusura agli interessi moratori: così, Trib. Brescia, 24 novembre 2014.

[4] Cfr. Corte Cost., 10 marzo 2017, n. 56, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 2, 2017, 649; Corte Cost., 26 maggio 2017, n. 124, in *dejure.it*; Corte Cost., 6 dicembre 2002, n. 520, con nota di R. Lupi, *Sulla legittimità della costituzione in giudizio a mezzo posta, con spedizione degli atti entro i termini per la costituzione*, in *Riv. dir. trib.*, fasc. 2, 2003, 0143.

[5] Così, A. Zurlo, *Cumulabilità tra interessi corrispettivi e moratori: osservazioni e critiche alla nuova pronuncia della Cassazione* (Commento a Cass. Civ., Sez. VI, 4 ottobre 2017, n. 23192), in *Giuricivile – Rivista di diritto e giurisprudenza civile*, Ottobre 2017, <https://giuricivile.it/cumulabilita-interessi-corrispettivi-moratori/>.

[6] Così, A. Tarantino, *Usura e interessi di mora*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 675.

[7] Per giunta, per i crediti di denaro liquidi, dal momento della scadenza, sono dovuti immediatamente interessi moratori, che vanno a sostituire automaticamente quelli corrispettivi.

[8] V. A. Zurlo, *op. cit.*

[9] Il riferimento è a ABF, Collegio di coordinamento, 28 marzo 2014, n. 1875 e 30 aprile 2014, n. 2666.

[10] Così, A. Zurlo, *Usura sopravvenuta e cumulabilità degli interessi: rilievi critici alle recenti pronunce della Cassazione*, in questa Rivista, 29 novembre 2017, <https://www.dirittodelrisparmio.it/2017/11/29/usura-soppravvenuta-e-cumulabilita-degli-interessi-rilievi-critici-alle-recenti-pronunce-della-cassazione-antonio-zurlo/>.

[11] Sul punto, R. Marcelli, *L'usura della legge e l'usura della Banca d'Italia: nella mora riemerge il simulacro dell'omogeneità. La rilevazione statistica e la verifica dell'art. 644 c.c.: finalità accostate ma non identiche.*, in *Rivista di Diritto Bancario*, n. 2/2015, dirittobancario.it.

[12] In tal senso, Trib. Milano, 29 gennaio 2015, n. 1242, per cui *“Ai fini dell'applicazione della normativa antiusura, atteso che le rilevazioni dei Tassi Effettivi Globali Medi da parte di Bankitalia sono sempre state condotte con riferimento esclusivamente ai tassi corrispettivi, a oggi non è possibile una verifica in termini oggettivi del carattere usurario degli interessi moratori”*.

[13] V. Cass. Civ., Sez. Un., 20 giugno 2018, n. 16303, con nota di B. Gargani, *Superamento del tasso soglia nel periodo precedente l'entrata in vigore dell'art. 2-bis d.l. 185/2008: rilevanza delle commissioni di massimo scoperto*, in *GiustiziaCivile.com*, 4 settembre 2018. V. anche C. Robustella, *Le Sezioni Unite sulla commissione di massimo scoperto: una soluzione di compromesso tra certezza del diritto e giustizia sostanziale*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 3, 2019, 877.

Assicurazione. Scorretta imputazione dei pagamenti e perdita del beneficio assicurativo

Nota a Cass. Civ., sez. III, 07 novembre 2019, n. 28625

Di Giulia De Giorgi

Il fatto

La pronuncia in commento rappresenta l'epilogo di un giudizio promosso da parte di una S.p.a (assicurata), «*società di lavorazione e commercio di ferro*», che aveva stipulato un contratto di assicurazione dal rischio di insolvenza dei clienti, per una copertura entro e non oltre l'85% della perdita derivante da inadempimento dei suoi debitori. La società assicurata chiedeva in primo grado (ma senza alcun riscontro processuale) la condanna dell'assicuratore al pagamento degli indennizzi, pari a € 212.500,00, per gli insoluti registrati durante il periodo di validità della polizza. Successivamente, l'assicurata, soccombente nel primo grado di giudizio, proponeva appello e, in tale fase processuale, la corte territoriale ne accolse *in toto* le doglianze: il giudice di secondo grado non si limitò a circoscrivere la valenza della polizza ai soli pagamenti imputati ai crediti assicurati, bensì ritenne anche «*esclusa la violazione dell'obbligo di salvataggio*». Infine, la Corte di Cassazione accogliendo con rinvio, alcuni dei motivi del ricorso presentato dalla compagnia assicurativa, ha operato una rimodulazione dei principi interpretativi impiegati nelle precedenti fasi processuali.

Interpretazione del contratto ex art. 1914 c.c.: l'obbligo di salvataggio e il regime delle imputazioni

È bene precisare che, per obbligo di salvataggio *ex art. 1914 c.c.* deve intendersi quell'insieme di «*interventi che [...] risultano idonei ad impedire la produzione (in tutto o in parte) o il completamento del danno, con diritto di rivalersi nei confronti dell'assicuratore delle spese a tale scopo affrontate*»^[1]. Inoltre, a titolo definitorio, la controversia in questione concerne il ramo crediti delle assicurazioni, *ergo* «*il rischio garantito si arresta sulla perdita cosiddetta definitiva (totale o parziale) del valore del credito, dovuta ad insolvenza del debitore, accertata o manifesta o presunta nei modi e termini*» previsti nella polizza, in rapporto alla «*natura delle operazioni poste in essere*»^[2].

Nel caso *a quo*, il Tribunale ha accolto l'eccezione della compagnia (allora convenuta) relativa alla non dovutezza dell'indennizzo, in vista della scorretta imputazione (operata da parte dell'assicurata) dei pagamenti (successivi al recesso) ai crediti più recenti, piuttosto che a quelli (più datati) «*oggetto di assicurazione*». Pertanto, in primo grado è prevalsa un'interpretazione del contratto conforme all'obbligo di salvataggio *ex art. 1914 c.c.*^[3], nei confronti del quale la società assicurata si è rivelata inadempiente e, *rebus sic stantibus*, meritevole della perdita dei benefici assicurativi di cui all'art. 1915 c.c. Inoltre, anche a parere del Supremo Consesso, «*non è conforme ai canoni di corretta ermeneutica contrattuale quell'interpretazione della polizza che imputi i pagamenti successivi alla scadenza del periodo assicurato ai crediti più recenti*». Sul punto, la Cassazione non ha fatto che

conformarsi ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, che vede soccombente l'assicurato allorché questo, a seguito di accertate insolvenze dei propri clienti nonché coperte da polizza, pattuisca con questi ultimi nuove condizioni di rientro delle esposizioni, ma «*imputando i successivi pagamenti ai più recenti debiti piuttosto che a quelli più vecchi coperti dalla garanzia assicurativa*»^[4]. Per contro, la Corte d'Appello ha accolto le motivazioni dell'assicurato, ritenendo rispettato l'obbligo di salvataggio; tale esito è il risultato processuale di un'interpretazione restrittiva della clausola di polizza, quest'ultima destinata ad applicarsi soltanto ai crediti assicurati.

La duplice dimensione dell'obbligo di salvataggio

In termini meramente speculativi, l'obbligo a carico dell'assicurato previsto dall'art. 1914, comma 1, c.c. si scompone in due concetti che, sebbene differenti sono, tuttavia, tra loro interconnessi e prodromici; in particolare, è possibile descrivere l'obbligo in termini di clausola aperta, il cui contenuto differisce a seconda del frangente temporale in cui si considera il rapporto assicurativo. Schematicamente:

-prima del sinistro, il suddetto obbligo «*ha ad oggetto l'adozione di sforzi idonei per prevenire il verificarsi del rischio*»^[5]. A contrario, l'esistenza di un meccanismo automatico di corresponsione dell'indennizzo che, appunto, prescindesse dall'adempimento di un siffatto onere di condotta, produrrebbe degli effetti distorsivi all'interno del rapporto assicuratore-assicurato: primo tra tutti, non può che sottolinearsi il fenomeno di deresponsabilizzazione di quest'ultimo; non da ultimo si deve considerare la sopravvenuta irrilevanza, per l'assicurato, dell'estrinsecazione del rischio.

-dopo il sinistro, «*l'obbligo di cui all'art. 1914 c.c. ha ad oggetto l'adozione di sforzi idonei a limitare il danno, e costituisce applicazione del generale principio di cui all'art. 1227, comma 2, c.c.*»^[6].

Riportando tali costruzioni teoriche al caso in esame, è possibile contestualizzare la portata dell'obbligo di salvataggio e scomporne il contenuto, a seconda che si tratti della prospettiva *ex ante* o *ex post*:

-prima del perfezionamento dell'inadempimento dei clienti dell'assicurato, quest'ultimo ha il dovere di segnalare all'assicuratore «*eventuali situazioni di insolvenza accertata*»;

-dopo che sia «*inutilmente spirato il termine per l'adempimento, entro un termine di solito non superiore a quindici giorni*», spetta all'assicurato «*segnalare all'assicuratore il mancato pagamento*»^[7].

La perdita dei benefici assicurativi ex art. 1915 c.c. e l'elemento soggettivo minimo

Nel solco dell'orientamento maggioritario, la Suprema Corte ha introdotto un principio di diritto di estremo rilievo non soltanto in tema di elemento soggettivo minimo, quale preconditione per ritenersi integrato il danno all'assicuratore, ma anche relativamente alla correlata perdita dei benefici per l'assicurato (*ex art. 1915, comma 1, c.c.*).

Sebbene l'art. 1915 c.c. disponga che «*l'assicurato che dolosamente non adempie l'obbligo dell'avviso o del salvataggio perde il diritto all'indennità*», tuttavia la

giurisprudenza ha recentemente disposto che, per dirsi integrata tale fattispecie non è richiesto un particolare *animus agendi*; in altri termini, «non occorre lo specifico e fraudolento intento di arrecare danno all'assicuratore»^[8], rivelandosi, al più, sufficiente «la consapevolezza dell'obbligo previsto dalla norma e la cosciente volontà di non osservarlo»^[9].

1. La consapevolezza dell'obbligo. Riportando tale assunto alla vicenda *de qua*, «la consapevolezza di un diverso contenuto dell'obbligo contrattuale di computo dei pagamenti successivi ai crediti più recenti» deriva dalla presenza di un accordo intercorrente tra assicurata e sue clienti, contenente la regolamentazione dell'imputazione e derogatorio al funzionamento, per così dire, ordinario.

2. La cosciente volontà di non osservarlo. Dal tenore testuale della nota del 24/11/2010 dell'assicurata emerge la sua intenzione di predisporre «l'imputazione dei pagamenti successivi alle nuove forniture o, comunque, di mantenere quella ai debiti pregressi per una quota di € 25. 000 mensili». Non da ultimo, è necessario ribadire che la volontà dell'assicurata di non adempiere all'obbligo di salvataggio si rinviene nell'indicazione delle condotte che, invece, ne avrebbero permesso il rispetto.

Qui la pronuncia: [Cass. civ., Sez. III, n. 28625 del 07.11.2019](#)

[1] L. Bugiolacchi, *Adempimento dell'obbligo di salvataggio e credito dell'assicurato per le spese sostenute*, in *Risp. civ. e prev.*, 2006, n. 1, p. 167.

[2] Circolare ISVAP 24 ottobre, 1991, n. 162 (“disciplina dei rami «credito» e «cauzione»”), in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 1993, n. 2, p. 495.

[3] Sull'applicabilità di siffatto obbligo all'assicurazione della responsabilità civile, cfr. F. Cappai, *Obbligo di salvataggio e assicurazione della responsabilità civile: un difficile connubio*, in *Risp. civ. e prev.*, 2004, n. 3, pp. 742-752.

[4] Cass. civ., Sez. III, 28 luglio 2014, n. 17088.

[5] Sullo sdoppiamento dell'obbligo di salvataggio, cfr. R. Razzante, *Manuale breve di diritto delle assicurazioni*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli editore, 2013, p. 180.

[6] A. Donati, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, Milano, Giuffrè, 1954, p. 332; altresì, A. De Gregorio – G. Fanelli – A. La Torre, *Il contratto di assicurazione*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 109.

[7] Cass. civ., Sez. III, 22 giugno 2007, n. 14579, in *Giustizia Civile*, 2011, n. 11, p. 2417.

[8] *Ex multis*, v. Cass. civ., Sez. III, 22 giugno 2007, n. 14579, in *Assic.*, 2007, II, p. 2557, in *Giustizia civile*, 2007, supplemento al n. 10/08, p. 51; parimenti, sulla sufficienza della consapevolezza ad integrare il ritardo doloso (nell'esecuzione dell'obbligo di dare avviso, nel caso *a quo*), cfr. Cass. civ., Sez. III, 30 giugno 2015, n. 13355.

[9] Cass. civ., Sez. III, 28 luglio 2014, n. 17088, in P. Dubolino – C. Dubolino – F. Costa, *Codice civile commentato: Prima edizione 2019 Collana Commentati*, Milano, La Tribuna, 2019, p. 4015: nel caso di specie, è facilmente individuabile l'elemento soggettivo dal quale desumere la consapevolezza dell'assicurato circa l'esistenza dell'obbligo e la correlata intenzione di rimanere inadempiente; dunque, esso si

ricava dal mantenimento dei rapporti commerciali tra assicurata e clienti, reso evidente dalla pattuizione di «nuove condizioni di rientro delle esposizioni, [finalizzate ad evitare] la revoca del fido con la assicuratrice medesima, [si tratta di] circostanze che avevano condotto a ritenere che l'omissione di comunicazione era consapevole e non una mera dimenticanza».

Collegio di Coordinamento ABF: il consumatore ha diritto al rimborso delle componenti del costo totale del credito, compresi i costi up front

Collegio di Coordinamento ABF, 19 dicembre 2019, n. 2625

di Pierpaolo Verri

Il Collegio di Coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario si è espresso sulla questione relativa alla riduzione del costo del credito a seguito dell'estinzione anticipata del finanziamento, sollevatasi con la c.d. sentenza "Lexitor" della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

La sentenza "Lexitor", ha affermato che l'art. 16 della Direttiva 2008/48 deve interpretarsi nel senso che tutti i costi del credito, correlati o non alla durata residua del contratto, ad eccezione delle spese del notaio (la cui scelta compete al consumatore), sono riducibili in caso di estinzione anticipata del finanziamento.

Alla luce di tale interpretazione, poiché le sentenze interpretative della CGUE hanno natura vincolante per il giudice nazionale (non solo per il giudice del rinvio, ma anche per tutti quelli dei Paesi membri della Unione, e pertanto anche per gli Arbitri chiamati ad applicare le norme di diritto), il Collegio di Coordinamento ritiene che tale interpretazione sia ineludibile anche nel caso posto alla sua attenzione, poiché attiene sia all'art. 121, comma 1 lettera e) del TUB, che indica la nozione di costo totale del credito in piena aderenza all'art. 3 della Direttiva, sia all'art. 125 sexies TUB che, dal punto di vista letterale, appare a sua volta fedelmente riproduttivo dell'art. 16 par. 1 della stessa Direttiva.

Rileva il Collegio, infatti, che l'art. 125 sexies, secondo cui in caso di estinzione anticipata del finanziamento il consumatore ha diritto a una riduzione del costo totale del credito, "pari" all'importo degli interessi e "dei costi dovuti per la vita residuale del contratto", non sembra affatto diverso rispetto alla disposizione della Direttiva, secondo cui il consumatore ha diritto a una riduzione del costo totale del credito, che "comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto", giacché non può ragionevolmente attribuirsi alcun significativo rilievo distintivo alla differenza lessicale tra la riduzione del costo del credito che è "pari" a tutte le voci che compongono il costo totale del credito e la riduzione del costo totale del credito che "comprende" esattamente le medesime voci.

Ne discende che l'art. 125 sexies TUB, integrando la esatta e completa attuazione dell'art. 6 della Direttiva, come questa va letto e applicato nel senso indicato dalla CGUE, come se dicesse cioè che il diritto alla riduzione del costo del credito in caso di anticipata estinzione del finanziamento coinvolge anche i costi up front, al di là di ogni differenza nominalistica o sostanziale, pur esistente, con gli altri costi. Ai fini della soluzione del tema controverso, il Collegio opera poi delle ulteriori notazioni riguardo al valore del criterio pro rata temporis, spesso impropriamente evocato come se fosse l'unico metodo possibile di riduzione di tutti i costi del finanziamento. Tuttavia, il fatto che a seguito della sentenza Lexitor anche i costi up front siano soggetti a riduzione, non comporta necessariamente che il criterio pro rata temporis debba essere senz'altro applicato per la retrocessione di tutti i

costi del finanziamento, attraverso una meccanica estensione oggettiva della pregressa giurisprudenza formatasi rispetto ai costi recurring.

A tal riguardo, la Corte Europea non ne ha imposto l'applicazione, anche perché l'art. 16 della Direttiva 2008/48/CE "non stabilisce il metodo di calcolo da utilizzare", lasciando quindi agli Stati membri "un certo margine di manovra in materia". Ed in effetti, la Corte, attraverso la propria opzione ermeneutica dell'art. 16 della Direttiva 2008/48/CE, si è limitata a indicare che la necessità che il criterio di riduzione di tutte le componenti del costo totale del credito sia comunque basato su una regola di proporzionalità.

Il Collegio di Coordinamento opera una serie di passaggi logico giuridici per individuare il criterio di riduzione applicabile ai costi up front:

1. In primo luogo occorre depurare il contratto dalla inserzione della clausola che, sia pure in modo implicito, abbia escluso la ripetibilità dei costi riferiti ad attività preliminari, in quanto contraria a norma imperativa e perciò affetta da nullità rilevabile d'ufficio. La clausola nulla deve intendersi automaticamente sostituita ex art. 1419 comma 2, c.c. con la norma imperativa che, già al momento di conclusione del contratto (per effetto della natura dichiarativa della sentenza Lexitor), imponeva la retrocessione anche dei costi up front;
2. In secondo luogo, poiché la legge non indica al riguardo un particolare criterio di rimborso, si è in presenza di una lacuna del regolamento contrattuale;
3. In terzo luogo, la CGUE non ha imposto un criterio di riduzione comune e unico per tutte le componenti del costo del finanziamento.

Dovendo ricorrersi necessariamente a una fonte eteronoma per la costruzione del regolamento contrattuale lacunoso e non potendo rinvenirsi al momento una utile disposizione normativa suppletiva, il Collegio ricorre all'integrazione "giudiziale" secondo equità (art. 1374 c.c.) per determinare l'effetto imposto dalla rilettura dell'art. 125 sexies TUB, con riguardo ai costi up front. Poiché la equità integrativa è la giustizia del caso concreto, ogni valutazione al riguardo spetterà ai Collegi territoriali, tenendo conto della particolarità della fattispecie, essendo il Collegio di Coordinamento privo di poteri paranormativi.

Il Collegio di Coordinamento, tuttavia, chiamato a decidere nel merito riguardo al ricorso sottoposto al suo esame, ritiene che il criterio preferibile per quantificare la quota di costi up front ripetibile sia analogo a quello che le parti hanno previsto per il conteggio degli interessi corrispettivi, costituendo essi la principale voce del costo totale del credito espressamente disciplinata in via negoziale. Ciò significa che la riduzione dei costi up front può effettuarsi secondo lo stesso metodo di riduzione progressiva utilizzato per gli interessi corrispettivi (c.d. curva degli interessi) come desumibile dal piano di ammortamento.

Il Collegio di Coordinamento ha svolto poi alcune considerazioni in merito alla ricevibilità dei ricorsi, precisando che se il cliente ha a suo tempo domandato la retrocessione di tutti i costi, compresi quelli up front e il Collegio gli ha riconosciuto soltanto la retrocessione dei costi recurring, la pretesa afferente ai costi up front non può essere riproposta in virtù del principio ne bis in idem. Parimenti sarà inammissibile un nuovo ricorso successivo ad un precedente ricorso nel quale il cliente ha chiesto soltanto il rimborso di costi recurring. Nulla quaestio, invece, rispetto ai nuovi ricorsi.

In conclusione, il Collegio di Coordinamento dirime la questione esplicando il seguente articolato principio di diritto:

“A seguito della sentenza 11 settembre 2019 della Corte di Giustizia Europea, immediatamente applicabile anche ai ricorsi non ancora decisi, l’art.125 sexies TUB deve essere interpretato nel senso che, in caso di estinzione anticipata del finanziamento, il consumatore ha diritto alla riduzione di tutte le componenti del costo totale del credito, compresi i costi up front”.

“Il criterio applicabile per la riduzione dei costi istantanei, in mancanza di una diversa previsione pattizia che sia comunque basata su un principio di proporzionalità, deve essere determinato in via integrativa dal Collegio decidente secondo equità, mentre per i costi recurring e gli oneri assicurativi continuano ad applicarsi gli orientamenti consolidati dell’ABF”.

“La ripetibilità dei costi up front opera rispetto ai nuovi ricorsi e ai ricorsi pendenti, purché preceduti da conforme reclamo, con il limite della domanda”.

“Non è ammissibile la proposizione di un ricorso per il rimborso dei costi up front dopo una decisione che abbia statuito sulla richiesta di retrocessione di costi recurring”.

“Non è ammissibile la proposizione di un ricorso finalizzato alla retrocessione dei costi up front in pendenza di un precedente ricorso proposto per il rimborso dei costi recurring”.

Questo il testo della pronuncia: [Collegio di Coordinamento n. 2625/2019](#)

Rassegna

Conto corrente: il tasso di interesse può determinarsi “per relationem”

Cass. Civ. sez. I, 26 giugno 2019, n. 17110

di Pierpaolo Verri

Con l’ordinanza n. 17110 del 26/06/2019, la sez. I civile della Corte di Cassazione si è espressa sulla possibilità, in un contratto di conto corrente, di determinare il tasso di interesse “per relationem” ai sensi dell’art. 117 TUB.

Sul punto, l’orientamento giurisprudenziale prevalente è fermo nel ritenere soddisfatta la condizione posta dall’art. 1284 c.c. – *relativa alla determinazione del saggio di interessi legali*– allorché il contratto, pur non recando l’indicazione in cifra del tasso di interesse, contenga il richiamo a criteri prestabiliti ed elementi estrinseci, purché oggettivamente individuabili, funzionali alla concreta determinazione del tasso stesso.

Dottrina e giurisprudenza sono altresì concordi nel ritenere che il disposto dell’art. 117 TUB ammetta implicitamente che il tasso di interesse possa essere stabilito de relato, censurando unicamente le clausole contrattuali di rinvio agli usi, che sono nulle e da considerarsi non apposte.

La ratio di quest’ultima norma, infatti, va individuata nell’esigenza di salvaguardia del cliente sul piano della trasparenza e della eliminazione delle c.d. asimmetrie informative: il soggetto deve essere posto nelle condizioni di conoscere chiaramente i termini economici dei costi del contratto che sottoscrive, e tale finalità, in relazione alla determinazione del tasso di interesse, può essere perseguita non solo con l’indicazione numerica del tasso, ma anche con il rinvio ad elementi esterni, purché questi ultimi siano di sicura determinazione.

La Corte, però, specifica che quanto sopra esposto vale solo laddove il richiamo ai predetti elementi trovi giustificazione nella necessità di ancorare il tasso di interesse a indici o parametri di sicura identificazione che non siano determinati dalla banca: in tale ipotesi la finalità di trasparenza che sottende la norma può ritenersi soddisfatta, poiché non si è in presenza di alcun occultamento delle condizioni economiche contrattuali. In tal caso, la *relatio* è resa necessaria dalla volontà di far dipendere l’ammontare dell’interesse da elementi esterni, non predeterminabili.

Sulla scorta di tale affermazione si richiama l’art. 1.4, all. 2, delle istruzioni della Banca d’Italia del 1992, il quale prevede: “*Alcuni degli elementi che concorrono alla determinazione del costo complessivo dell’operazione possono essere omessi dal contratto nel caso in cui dipendano dalla quotazione di titoli o valute ad una data futura ovvero non siano comunque individuabili al momento della stipula del contratto scritto. In tali casi il contratto contiene gli elementi per la determinazione delle suddetti componenti di costo*”. Tale previsione, riconosce alla banca la possibilità di rinviare a fonti esterne la definizione della misura degli interessi, circoscrivendo tale ipotesi ai casi in cui non sia possibile definire in cifra il tasso.

Contrariamente, non è giustificabile un richiamo “*per relationem*” ad un indice già predeterminato unilateralmente dalla banca. Tale condotta non rispetterebbe la predetta ratio dell’art. 117 TUB, poiché il richiamo *de relato* costituirebbe uno strumento attraverso cui verrebbe celata una condizione economica del rapporto che l’istituto di credito avrebbe potuto indicare all’interno del contratto, ai sensi del quarto comma dell’art. 117 TUB. Fatta salva la possibilità di esercitare lo *jus variandi* ai sensi e nei limiti dell’art. 118 TUB.

La Corte, pertanto, conclude enunciando il seguente principio di diritto: “Nella vigenza dell’art. 117 d.lgs. n. 385/1993, il tasso di interesse può essere determinato *per relationem*, con esclusione del rinvio agli usi, ma in tal caso il contratto deve richiamare criteri prestabiliti ed elementi estrinseci che, oltre ad essere oggettivamente individuabili e funzionali alla concreta determinazione del tasso, risultano essere sottratti all’unilaterale determinazione della banca”.

Questa la pronuncia integrale: [Cassazione civile sez. I, 26/06/2019, n. 17110](#)

Responsabilità dei vertici della banca: confermata sanzione Consob a carico di MPS (titoli Casaforte)

Cass. Civ., Sez. II, 26 settembre 2019, n. 24081

di Michael Lecci

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 24081 del 2019, ha respinto il ricorso presentato dalla Banca per le irregolarità nella gestione del conflitto di interesse, da parte degli *ex* vertici dell'istituto bancario, in relazione al collocamento sul mercato dei titoli Casaforte.

Ha trovato, quindi, conferma la sanzione Consob di 2 milioni e 392 mila euro irrogata a Banca Mps, considerata responsabile in solido dei comportamenti scorretti verso la clientela tenuti dai vertici dell'istituto. In particolare, l'Autorità di Vigilanza aveva rilevato che la Banca, nell'ambito del collocamento sul mercato primario dei titoli «Casaforte»: aveva ommesso di identificare e gestire adeguatamente i conflitti di interesse; non aveva vigilato in relazione alle attività di valutazione di adeguatezza delle operazioni disposte dalla clientela; aveva adottato condotte irregolari nella profilatura dei prodotti e della clientela.

Conflitto di interesse

La Corte d'appello, nel merito, aveva rilevato la sussistenza «del conflitto i interessi in relazione al collocamento dei titoli «casaforte» per l'importanza rivestita dall'operazione ai fini del rafforzamento del coefficiente di patrimonializzazione e il perdurare di tale situazione di conflitto anche nel mercato secondario, stante la contrapposizione tra l'impegno incondizionato al riacquisto dei titoli assunti dalla banca nell'interesse della medesima e quello dei sottoscrittori, affinché non si avvalessero della facoltà di disinvestimento». A tal riguardo, puntualizza la Suprema Corte che una gestione del conflitto di interesse in modo conforme a quanto statuito dall'art. 21, comma 1*bis*, T.u.f., avrebbe richiesto l'adozione di misure organizzative idonee a garantire agli operatori di svolgere la loro attività in modo indipendente, per evitare incidenze negative sugli interessi dei clienti e di garantire una chiara informazione agli stessi sulla natura e sulle fonti del conflitto medesimo, onde poter assumere una decisione informata sui servizi prestati.

Profilatura dei clienti

Quanto alla violazione relativa alla profilatura della clientela (di cui all'art. 21, lett. a) e d), T.u.f, art. 15 del regolamento congiunto Banca d'Italia – Consob, e artt. 39 e 40 del regolamento Consob) la Corte territoriale aveva rilevato il ricorso, da parte della Banca, ad interventi di carattere discrezionale nella determinazione del profilo di rischio dei prodotti del gruppo, al fine di favorire la collocazione degli stessi.

Conclusioni della S.C.

La Corte di Cassazione, non potendo statuire diversamente nel merito, ha evidenziato come la Corte territoriale, *con motivazione ampia e sufficiente*, abbia

ritenuto sussistente il conflitto d'interessi per l'importanza dell'operazione di collocamento ai fini del rafforzamento dei coefficienti di patrimonializzazione e visto anche l'impegno incondizionato della banca al riacquisto dei titoli e al conseguente interesse a che i sottoscrittori non si avvalessero della facoltà di disinvestimento.

Invero, è stato evidenziato, non erano illecite *ex se* le pratiche di commercializzazione utilizzate, bensì le modalità attraverso le quali dette pratiche furono in concreto poste in essere. Ossia la stringente responsabilizzazione degli addetti al collocamento, anche con incentivi personali, al raggiungimento di appositi obiettivi settimanalmente indicati, e l'utilizzo di modalità di fidelizzazione del cliente-risparmiatore e sua induzione alla stabilità dell'investimento, con specifico riferimento al prodotto «casaforte».

Inoltre, puntualizza la Corte, nel caso in esame, il conflitto di interessi accertato riguardava un interesse proprio della Banca con il cliente-investitore e non un conflitto mediato dal rapporto tra la banca ed eventuali terzi, come accade allorché il collocamento avvenga per conto di altro emittente. Sicché, trattandosi di un conflitto di interessi diretto tra Banca-intermediaria e cliente-investitore, l'onere di informazione doveva essere ancora più pregnante

Conclude la Suprema Corte rilevando che «quando il potenziale conflitto di interessi può assumere una incidenza negativa sugli interessi dei clienti non basta l'adozione di idonee misure organizzative ma...è necessario informare i clienti di tutti gli aspetti connessi al conflitto medesimo».

Qui la pronuncia: [Cass. Civ., Sez. II, n. 24081 del 26.09.2019](#)

Corresponsabilità delle banche, trattaria e negoziatrice, in esito alla violazione dell'art. 43 L.A.

Cass. Civ., sez. VI, 11 ottobre 2019, n. 25698

di Donato Giovenzana

La Suprema Corte ha evidenziato come la Corte di appello abbia nella sostanza riconosciuto, sia in capo alla banca girataria per l'incasso che in capo alla banca trattaria, una responsabilità per l'omesso controllo delle regolarità formale del titolo, rilevando, poi, che tale responsabilità andava riconosciuta in misura inferiore per la banca trattaria (1/3), la quale *“si trovava ad operare in stanza di compensazione, dove affluiscono i titoli scambiati fra gli istituti aderenti e già sottoposti ad un primo vaglio della banca negoziatrice, sulla cui diligenza il sistema si trova a fare naturale affidamento”*.

In tal senso, la Corte di merito – ad avviso degli Ermellini – ha nella sostanza accertato che il danno prodottosi fosse ascrivibile sia alla condotta della banca negoziatrice, che aveva reso possibile la riscossione dell'assegno da parte di soggetto non legittimato, sia alla banca trattaria, alla quale era dunque riconducibile un concorrente comportamento negligente idoneo ad integrare gli estremi del fatto causalmente rilevante per la determinazione dell'evento dannoso, giacché il diligente compimento di tale verifica avrebbe condotto all'accertamento della irregolarità dell'assegno e al blocco del medesimo, scongiurando, così, l'addebito dell'importo portato dal titolo di credito sul conto corrente del traente. Come è noto, infatti, l'art. 43, comma 2, L.A., nell'attribuire la responsabilità a colui che paga a persona diversa dal prenditore o dal banchiere giratario per l'incasso, si riferisce sia alla banca girataria che alla banca trattaria, essendo quest'ultima tenuta, quando il titolo le viene rimesso in stanza di compensazione, a rilevarne l'eventuale alterazione o falsificazione, quando ciò sia verificabile con la diligenza media.

Secondo la Suprema Corte, la Corte di appello ha dunque riconosciuto che i due istituti di credito fossero solidalmente responsabili (anche se in diversa misura, per il differente grado di responsabilità, ravvisando quindi una responsabilità solidale in capo sia alla banca trattaria (1/3) che alla banca negoziatrice (2/3)) del danno lamentato (la responsabilità solidale della banca negoziatrice e della banca trattaria, in caso di alterazione dell'assegno è esplicitamente affermata da Cass. 9 febbraio 1999, n. 1087 e da Cass. 28 luglio 2000, n. 9902).

E' corretto allora l'assunto della banca controricorrente, secondo cui, venendo in questione una responsabilità solidale, la domanda di manleva della banca trattaria era intesa a far valere il proprio diritto di regresso. Trova dunque applicazione il principio per cui nel caso di obbligazione solidale al risarcimento dei danni, ai sensi dell'art. 2055 c.c., la prescrizione dell'azione di regresso di uno dei coobbligati decorre dall'avvenuto pagamento e non già dal giorno dell'evento dannoso, poiché, ai sensi dell'art. 2935 c.c., il diritto al regresso non può esser fatto valere prima

dell'evento estintivo dell'obbligazione; per il che finché non si è verificato “l'evento estintivo dell'obbligazione”, ossia il pagamento, nulla avrà a che pretendere un coobbligato in solido nei confronti dell'altro.

Qui la pronuncia: [Cass. Civ., sez. VI, Ordin. n. 25698 dell'11 ottobre 2019.](#)

Anatocismo: necessità della specifica approvazione della clientela dell'adeguamento alla Delibera CIRC

Cass. Civ., sez. I, 21 ottobre 2019, n. 26769

di Marco Chironi

The Supreme Court ruled that in the matter of compound interest the Bank to demonstrate its respect to the provisions of the ICRC Resolution 2000, must prove the express approval of the account holder, because it is inadequate the prove of publication on the G.U., which is a massive communication to all customers.

Nella decisione in commento, la Suprema Corte ha statuito che in materia di anatocismo ai fini dell'adeguamento alle disposizioni della delibera CIRC del 2000 la Banca deve provare l'approvazione espressa del correntista, in quanto non è sufficiente la mera pubblicazione sulla G.U. ovvero una comunicazione massiva a tutti i clienti.

Contratti ante Delibera CIRC 2000

Risulta orientamento consolidato della Suprema Corte ritenere illegittima la clausola di un contratto di conto corrente bancario stipulato tra le parti in data anteriore al 22 aprile 2000 che prevede la capitalizzazione annuale dei soli interessi maturati a credito del correntista, mentre quanto agli interessi a debito del correntista prevede una capitalizzazione su base trimestrale, con la conseguenza che, dichiarata la nullità della previsione negoziale di capitalizzazione trimestrale, per contrasto con il divieto di anatocismo stabilito dall'art. 1283 c.c., gli interessi a debito del correntista devono essere calcolati senza operare alcuna capitalizzazione (Cass. S.U. n. 24418/2010; Cass. 24156/2017).

È stato altresì chiarito come l'utilizzo delle clausole anatocistiche non sia configurabile quale uso normativo, bensì solamente quale uso di carattere negoziale (Cass. 3096/1999).

Adeguamento ai sensi dell'art. 7 della Delibera Circ del 2000

Connessa al richiamato principio di diritto è l'ulteriore problematica riguardante l'adeguamento, da parte della Banca, delle clausole contrattuali ai sensi dell'art. 7 della Delibera Circ del 2000, ovvero le necessarie formalità imposte all'Istituto di credito in relazione alla natura migliorativa o peggiorativa della pari periodicità della capitalizzazione.

In altri termini, occorre chiarire se a seguito della dichiarazione di nullità delle clausole anatocistiche, le nuove condizioni che prevedono la pari periodicità siano migliorative o peggiorative per il cliente.

Nel caso di specie, la Banca adduceva di aver correttamente adeguato le condizioni contrattuali applicate al rapporto secondo le disposizioni recate dall'innanzi richiamata delibera CIRC, mediante pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

I giudici di legittimità hanno preliminarmente rammentato che l'art. 7 della Delibera CIRC, "è una norma transitoria che, ancorché inserita nel contesto di un atto

deliberativo assunto dal CICR a mente dell'art. 120, comma 2 Tub, come aggiunto dall'art. 25, comma 2, d. lgs. 342/1999, si correla, per comunanza di fini, all'art. 25 comma 3 d. lgs. 342/1999 introduttivo nel medesimo art. 120 Tub del comma 3, sicché essendosi di questo dichiarata l'illegittimità costituzionale con sentenza n. 425 del 2000, la detta norma è stata privata di efficacia (...). Per tali ragioni, essendo la clausola di capitalizzazione degli interessi a debito nulla, *“sembra difficile negare che l'adeguamento alle disposizioni della delibera CICR delle condizioni in materia figuranti nei contratti in essere (...) non determini un peggioramento delle condizioni contrattuali”*. Del resto, la Suprema Corte, con sentenza n. 26779/2019, ha evidenziato che all'assenza di capitalizzazione annuale o alla capitalizzazione annuale, quali conseguenze della declaratoria di nullità della clausola anatocistica, si sostituisca la reciproca capitalizzazione trimestrale, sicché è evidente come, in tali fattispecie, vi sia un peggioramento delle condizioni contrattuali precedentemente applicante al conto corrente; il raffronto, infatti, non va eseguito tra il regime dell'annualità (pattuito) e quella della trimestralità degli interessi creditori, ma tra l'assenza di capitalizzazione o la capitalizzazione annuale degli interessi debitori, susseguenti alla dichiarazione di nullità.

Nella decisione in commento, la Suprema Corte ha affermato che in suddette fattispecie la norma applicabile è il comma 3 dell'art. 7 della detta Delibera, secondo cui *“Nel caso in cui le nuove condizioni contrattuali comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, esse devono essere approvate dalla clientela”*.

In conclusione, non è sufficiente, ai fini della dimostrazione della pari periodicità delle condizioni contrattuali la prova da parte della Banca, della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, ma è necessaria la dimostrazione della specifica approvazione della suddetta clausola da parte del singolo cliente. Nel caso in cui difetti tale approvazione, l'operata variazione contrattuale *“è inefficace nei suoi confronti (del cliente) e non impedisce alla nullità di dispiegare ogni suo più ampio effetto con riguardo all'intera durata del rapporto”*.

[Qui il testo della decisione](#)

La Suprema Corte in tema di gestione dei dati personali dei clienti

Cass. Civ., sez. I, 21 ottobre 2019, n. 26778

di Donato Giovenzana

Secondo la Suprema Corte – non condividendo, anzi, confutando recisamente quanto deciso dai Giudici di prime e seconde cure – la clausola con cui la banca ha subordinato il dar corso alle operazioni richieste dal cliente al consenso al trattamento dei dati sensibili è affetta da nullità in quanto contraria a norme imperative, a norma dell’art. 1418 c.c. Ne consegue che la condotta con cui lo stesso istituto di credito ha successivamente provveduto al “blocco” del conto corrente e del deposito titoli, proprio perché trova il proprio titolo in una clausola nulla dalla stessa inserita, non lo esonera da responsabilità per inadempimento contrattuale. Peraltro, la Banca, avendo sottoposto l’informativa citata all’attenzione del cliente all’atto della sottoscrizione del contratto di conto corrente bancario, di fronte al rifiuto del cliente di sottoscrivere il consenso al trattamento dei dati sensibili, avrebbe dovuto, ove avesse voluto essere coerente, rifiutarsi di instaurare il rapporto contrattuale e non invece, come effettivamente avvenuto, consentire al cliente di aprire il conto e di operare sullo stesso per un certo periodo di tempo, salvo poi “bloccarlo” per una causa di cui era già pienamente consapevole all’atto dell’apertura del conto corrente (e del conto titoli).

Ad avviso degli Ermellini, va, in primo luogo, osservato che la clausola con cui la banca ha subordinato l’esecuzione delle proprie operazioni al rilascio del consenso al trattamento dei dati sensibili contrasta indubbiamente con i principi informativi della legge sulla privacy, la quale ha natura di norma imperativa, contenendo tale normativa precetti che non possono essere derogati dall’autonomia privata in quanto posti a tutela di interessi generali, di valori morali e sociali pregnanti nel nostro ordinamento, finalizzati al rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, quali la dignità, la riservatezza, l’identità personale, la protezione dei dati personali.

Tra i principi che regolano la tutela della c.d. privacy rientra a pieno titolo quello di minimizzazione nell’uso dei dati personali, dovendo essere utilizzati solo i dati indispensabili, pertinenti e limitati a quanto necessario per il perseguimento delle finalità per cui sono raccolti e trattati. In particolare, tale principio è ben espresso dall’art. 3 del d.lgs n. 196/2003, recante il titolo “*principio di necessità nel trattamento dei dati*”, dall’art. 11 lett. d) legge cit. , che richiede la pertinenza, la completezza e non eccedenza dei dati rispetto alle finalità per cui sono raccolti e trattati ed è stato recentemente riaffermato con l’entrata in vigore dell’art. 5 lett. c) del regolamento europeo sulla protezione dei dati personali 2016/679. Il principio in esame deve essere, a maggior ragione, rispettato anche nel trattamento dei dati sensibili, intendendo per tali, a norma dell’art. 4 comma 10 lett. d) d.lgs n. 196/2003, quei dati personali idonei a rivelare l’origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l’adesione a partiti, sindacati,

associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale.

Nel caso di specie, la banca ha apoditticamente giustificato la necessità di un consenso obbligatorio del cliente al rilascio dell'autorizzazione al trattamento dei dati sensibili con la propria "policy" aziendale, ai fini di una imprecisata completa e migliore gestione dei rapporti con la clientela, precisando, anche secondo la ricostruzione dei giudici di merito, di ritenere necessario acquisire i dati sensibili, non nel senso "che la banca necessita di avere a disposizione i dati c.d. sensibili per poter operare, ma nel senso che potendo tali dati venire a conoscenza dell'istituto di Credito, in via di cautela la banca vuole ottenere il consenso al loro trattamento". Per la Suprema Corte, tale affermazione non ha una giustificazione plausibile.

La stessa banca ha dato atto – e non poteva fare diversamente in considerazione della precisa nozione di dati sensibili, evincibile dell'art. 4 comma 1° lett. d) d.lgs n. 196/2003 – di non aver bisogno di tali dati per operare. E' quindi evidente che il fondare, a scopo cautelativo, la richiesta obbligatoria al cliente di rilascio dell'autorizzazione al trattamento dei dati sensibili sulla eventuale (alquanto remota) possibilità che la Banca ne venga a conoscenza nel corso della sua attività assume la connotazione di un mero pretesto.

La Banca ha dunque richiesto obbligatoriamente – prospettando, diversamente, l'impossibilità di poter dar corso alle operazioni ed ai servizi richiesti – il consenso al trattamento di dati sensibili non pertinenti, non indispensabili (tali sono quelli relativi alle origine razziale, etnica del cliente, alla sua salute, alla vita sessuale, etc.) eccedenti in modo evidente le finalità per cui tali dati sono trattati e raccolti. Per il che e conclusivamente la sentenza impugnata è stata cassata con rinvio.

Qui la pronuncia: [Cass., Sez. I civ., Ordin. n. 26778, del 21 ottobre 2019](#)

Contratto assicurativo con clausole claims made: il controllo non è di meritevolezza

Cass. Civ., sez. III, 13 novembre 2019, n. 29365

di Antonio Zurlo

Nel caso di specie, la Corte d'Appello di Roma, con la sentenza gravata, aveva accertato e dichiarato la nullità della clausola contenuta nella polizza assicurativa della responsabilità civile professionale, in base alla quale venivano fissate limitazioni all'operatività della garanzia, con riferimento alla data di presentazione della richiesta risarcitoria da parte del soggetto danneggiato (c.d. clausola *claims made*). Nello specifico, i giudici di secondo grado avevano affermato che tale clausola, subordinando l'effettività della copertura assicurativa alla doppia condizione della verifica del danno (causato dall'assicurato) e della proposizione della domanda di risarcimento nel periodo di durata dell'assicurazione, costituisse un patto atipico, immeritevole di tutela ai sensi del secondo comma dell'art. 1322 c.c., concorrendo a realizzare un ingiusto e sproporzionato vantaggio dell'assicuratore e ponendo, specularmente, l'assicurato in una condizione di indeterminata e non controllabile soggezione^[1].

Nei motivi di ricorso, la Compagnia assicuratrice evidenziava che la clausola *claims made* contenuta nella polizza di assicurazione non prevedesse che, ai fini della copertura, tanto il danno causato dall'assicurato quanto la richiesta di risarcimento, formulata dal terzo danneggiato, dovessero essere avvenuti nel periodo di durata dell'assicurazione, essendo, invero, la garanzia operativa anche con riferimento agli accadimenti avvenuti nel biennio anteriore. Sosteneva, altresì, la piena liceità, sotto il profilo causale, della medesima clausola, richiamando, in tal guisa, la più recente giurisprudenza di legittimità.

La Terza Sezione Civile ritiene meritevoli di condivisione le doglianze. Il pronunciamento gravato, difatti, a giudizio del Collegio, non è conforme ai principi di diritto enunciati, a Sezioni Unite, in relazione alla validità e all'operatività delle clausole *claims made*, contenute nei contratti di assicurazione della responsabilità civile. Un siffatto modello assicurativo, convenzionalmente derogatorio dell'archetipo delineato dall'art. 1917, primo comma, c.c., è riconducibile al tipo dell'assicurazione contro i danni e, pertanto, non è assoggettabile al controllo di meritevolezza, di cui all'art. 1322, secondo comma, c.c., bensì alla *verifica*, ai sensi del primo comma della prefata disposizione codicistica, *della rispondenza della conformazione del tipo, operata attraverso l'adozione delle suddette clausole, ai limiti imposti dalla legge, da intendersi come l'ordinamento giuridico nella sua complessità, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale*.

L'indagine deve, quindi, riguardare, innanzitutto, la causa concreta del contratto, *sotto il profilo della liceità e dell'adeguatezza dell'assetto sinallagmatico rispetto agli specifici interessi perseguiti dalle parti*, non arrestandosi al momento della genesi del regolamento negoziale, ma investendo anche la fase precontrattuale (con un riscontro del corretto adempimento, da parte della Compagnia assicuratrice, degli obblighi di informazione sul contenuto delle *claims made*) e

quella, successiva, dell'attuazione del rapporto (controllando l'eventuale inserimento di clausole abusive); ne consegue che la tutela invocabile dal soggetto assicurato possa esplicarsi, *in termini di effettività, su diversi piani, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili di volta in volta implicati*^[2].

La Corte territoriale, discostandosi dai rassegnati principi, aveva affermato che la clausola *claims made* rendesse atipico il contratto di assicurazione e che, conseguentemente, la pattuizione fosse soggetta al controllo di meritevolezza e non alla verifica della causa in concreto del contratto tipico (e, segnatamente, della liceità e dell'adeguatezza del sinallagma, rispetto agli interessi perseguiti dalle parti) nonché del rispetto dei soli limiti normativamente imposti, *ex art. 1322, primo comma, c.c.*^[3]. Ponendo in essere una violazione degli artt. 1917, 1932 e 1322 c.c., come sostenuto dalla ricorrente.

[Qui il testo integrale dell'ordinanza.](#)

[1] In tal senso, Cass. Civ., Sez. III, 28 aprile 2017, n. 10506, con nota di N. de Luca, *Richieste postume e immeritevolezza delle claims made. Nomofilachia o disorientamento?*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 6, 2017, 682; v. anche C. Boiti, *Alcune riflessioni sulla distinzione tra giudizio di liceità e giudizio di meritevolezza e clausole claims made.*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 6, 2018, 978.

[2] Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437, con nota di A. Zurlo, *Clausole claims made: la meritevolezza cede il posto all'adeguatezza contrattuale*, in *Diritto.it*, 9 ottobre 2018, <https://www.diritto.it/clausole-claims-made-la-meritevolezza-cede-posto-alladeguatezza-contrattuale/>; Cass. Civ., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, con nota di A. Guarneri, *Le clausole claims made c.d. miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 4, 2016, 1238B.

[3] Il Collegio rileva, pur tuttavia, come tale verifica debba ragionevolmente essere intesa come estesa *a tutti i limiti ricavabili dall'intero ordinamento, eventualmente tenendo conto anche della fase delle trattative precontrattuali e di quella dell'attuazione del rapporto, nonché di eventuali clausole abusive inserite nel regolamento contrattuale, laddove necessario in relazione agli specifici rimedi invocati dalle parti.*

La responsabilità della negoziatrice per il pagamento di assegno non trasferibile a un soggetto non legittimato e gli eventuali profili di concorsualità nella spedizione del titolo

Cass. Civ., sez. VI, 29 novembre 2019, n. 31300

di Antonio Zurlo

La responsabilità ascrivibile in capo alla negoziatrice per il pagamento a un soggetto non legittimato di un assegno non trasferibile è di natura contrattuale (e, segnatamente, da contatto sociale qualificato). Ne consegue che la stessa, ove venga chiamata a rispondere del danno derivato, sia ammessa a provare che l'inadempimento non le sia imputabile, per aver assolto, con la diligenza normativamente richiesta, alla propria obbligazione.

Breve ricostruzione del fatto

Odierna ricorrente aveva proposto appello avverso la sentenza del Giudice di Pace di Roma, di accoglimento della domanda risarcitoria proposta dalla Società resistente. Nello specifico, il giudice di prime cure aveva ritenuto che l'allora convenuta avesse negoziato un assegno non trasferibile senza attenersi alla circolare ABI del 7 maggio 2001, che imponeva, in sede di identificazione del presentatore del titolo, di richiedere almeno un altro documento munito di fotografia, oltre la carta d'identità o la patente, notoriamente soggette a contraffazione; nel caso di specie, il prenditore era stato identificato unicamente mediante patente di guida.

Il Tribunale di Roma aveva rigettato l'appello e avverso tale ultimo pronunciamento la Società negoziatrice proponeva ricorso per cassazione.

I motivi di ricorso

Con il primo motivo, la ricorrente deduceva la violazione e falsa applicazione dell'art. 43 R.D. n. 1736/1933 in riferimento agli artt. 1218, 1176, secondo comma, e 1992 c.c., e della legge n. 445/2000, per la mancata adesione del Tribunale al principio statuito dalle Sezioni Unite^[1], in ordine alla responsabilità per il pagamento di un assegno non trasferibile. Più nello specifico, a giudizio della ricorrente, il giudice di prime cure aveva erroneamente ritenuto che la sussistenza della responsabilità, ai sensi dell'art. 43 legge assegni potesse prescindere dalla valutazione della prova liberatoria, *ex* art. 1218 c.c., e che, quindi, potesse risiedere solo ed esclusivamente nell'obbligo legale di pagare l'assegno non trasferibile al prenditore effettivo.

La stessa ricorrente sosteneva, peraltro, che, contrariamente a quanto rilevato dal Tribunale, la propria diligenza nell'esecuzione dell'operazione fosse stata comprovata *per tabulas*, poiché l'annotazione degli estremi identificativi sul retro del titolo avrebbero concorso a dimostrare che il versamento fosse stato eseguito dall'operatore di sportello solo dopo un'accurata e attenta verifica del titolo, della sua autenticità e dell'assenza di segni di contraffazione, di irregolarità e/o di alterazioni. La somma portata dal titolo sul rapporto al medesimo intestato era

stata, peraltro, resa disponibile solo dopo la ricezione dell'incasso e dell'autorizzazione al pagamento da parte della Banca trattaria – emittente, a seguito di scambio mediante procedura di *check truncation*.

Deduceva, altresì, che, sempre ai fini della valutazione della necessaria diligenza, l'irrelevanza della circostanza per cui fosse stato consentito a un soggetto munito unicamente di un solo documento identificativo di aprire un libretto, rientrando tale dinamica nella normale e usuale gestione dei rapporti con la clientela, anche se sconosciuta.

In conclusione, la sentenza gravata sarebbe dovuta essere riformata, perché il Tribunale, avendo omesso di valutare la diligenza tenuta nella negoziazione del titolo contestato, si sarebbe evidentemente disallineato rispetto alla prefata normativa settoriale, nonché alle richiamate disposizioni codicistiche; la motivazione adottata era, peraltro, non conforme alla legge nella parte in cui veniva genericamente affermato che la ricorrente si fosse *limitata ad addurre di aver indicato la prenditrice dell'assegno a mezzo patente di guida, con ciò incorrendo nella responsabilità sancita dall'art. 43 legge assegni*: in relazione alle modalità di identificazione del cliente, difatti, la legge n. 445/2000, tra i documenti di riconoscimento aventi corso legale di validità, includeva la patente di guida e, al contempo, nessuna norma imponeva l'acquisizione di due documenti di riconoscimento per l'identificazione della clientela in ambito bancario, sì come nessuna disposizione normativa era impositiva di un alcun obbligo in capo all'operatore di sportello nell'indagare se un assegno posto all'incasso fosse collegato (o meno) a un'accertata attività economica o di risparmio del presentatore.

Con il secondo motivo, la ricorrente deduceva la violazione e falsa applicazione dell'art. 83 D.p.r. n. 156/73 e del D.M. 26 febbraio 2004 (c.d. "Carta della qualità del servizio pubblico postale"), in riferimento all'art. 1227, primo comma, c.c. e art. 43 legge assegni. Nello specifico, si censurava la motivazione della sentenza gravata nella parte in cui il Tribunale aveva escluso il concorso di colpa del danneggiato, affermando, a tal riguardo, che l'evento dannoso non fosse dipeso dalla spedizione del plico postale (circostanza dalla quale sarebbe potuta al più derivare la sola conseguenza dell'appropriazione del titolo da parte del soggetto non legittimato), ma esclusivamente dalla condotta dell'Ente giratario per l'incasso, responsabile del pagamento in favore di un soggetto diverso dal beneficiario.

La natura dell'assegno di traenza avrebbe dovuto, per converso, imporre la massima cautela anche da parte della Banca e della Compagnia assicuratrice. In tal guisa, avrebbe dovuto riscontrarsi una responsabilità ai sensi del primo comma dell'art. 1227 c.c. della controricorrente, che *non avrebbe negato di aver spedito il titolo al beneficiario con posta ordinaria, senza fornire alcuna prova che l'assegno in questione [fosse] entrato nel circuito postale, ove, per converso, la spedizione del titolo a mezzo posta assicurata avrebbe costituito un comportamento diligente dell'attrice, conforme a quanto previsto dall'art. 1182, ultimo comma, c.c., quale forma di cautela finalizzata ad evitare o quanto meno ridurre il danno*.

La ricorrente deduceva, altresì, di non condividere l'iter argomentativo adottato dal giudice di prime cure, in quanto *il nesso di causalità tra la pacifica spedizione incauta dell'assegno e il danno conseguente (pagamento a mani di soggetto diverso dal*

beneficiario) non poteva scientemente ritenersi interrotto dal “fatto sopravvenuto” (ovverosia, la negoziazione effettuata da Poste), in quanto tale accadimento ne era conseguenza logica.

La Sesta Sezione Civile giudica infondati entrambi i motivi di ricorso.

La decisione della Corte

Come puntualmente richiamato nell’ordinanza qui annotata, le Sezioni Unite, con il pronunciamento summenzionato, si sono pronunciate sulla questione di diritto attinente all’interpretazione dell’art. 43, secondo comma, legge assegni, che stabilisce che «*colui che paga un assegno non trasferibile a persona diversa dal prenditore o dal banchiere giratario per l’incasso, risponde del pagamento*», previsione estendibile anche a quelle ipotesi in cui siano pagati a persona diversa dal prenditore un assegno circolare o un assegno bancario libero della Banca d’Italia non trasferibili, nonché un assegno di traenza^[2] (usualmente utilizzato, in luogo del bonifico bancario, per il pagamento di un soggetto che non sia titolare di un conto corrente o di cui non si conoscono le coordinate bancarie) munito della clausola di intrasferibilità.

Il Massimo Consesso ha avuto modo di statuire il principio di diritto per cui «*ai sensi dell’art. 43, 2° comma, legge assegni (r. d. 21 dicembre 1933, n. 1736), la banca negoziatrice chiamata a rispondere del danno derivato – per errore nell’identificazione del legittimo portatore del titolo – dal pagamento di assegno bancario, di traenza o circolare, munito di clausola di non trasferibilità a persona diversa dall’effettivo beneficiario, è ammessa a provare che l’inadempimento non le è imputabile, per aver essa assolto alla propria obbligazione con la diligenza richiesta dall’art. 1176, 2° comma, c.c.*».

In particolare, le Sezioni Unite, hanno ribadito il principio secondo cui «*la responsabilità della banca negoziatrice per avere consentito, in violazione delle specifiche regole poste dall’art. 43 legge assegni (r. d. 21 dicembre 1933, n. 1736), l’incasso di un assegno bancario, di traenza o circolare, munito di clausola di non trasferibilità, a persona diversa dal beneficiario del titolo, ha – nei confronti di tutti i soggetti nel cui interesse quelle regole sono dettate e che, per la violazione di esse, abbiano sofferto un danno – natura contrattuale, avendo la banca un obbligo professionale di protezione (obbligo preesistente, specifico e volontariamente assunto), operante nei confronti di tutti i soggetti interessati al buon fine della sottostante operazione, di far sì che il titolo stesso sia introdotto nel circuito di pagamento bancario in conformità alle regole che ne presidiano la circolazione e l’incasso*»^[3].

Ricondotta la responsabilità della Banca negoziatrice all’archetipo di quella contrattuale, derivante da contatto qualificato (inteso alla stregua di un fatto idoneo a produrre obbligazioni *ex art.* 1173 c.c. e dal quale derivano i doveri di correttezza e buona fede enucleati dagli artt. 1175 e 1375 c.c.), non appare consequenzialmente condivisibile la tesi per cui la Banca possa rispondere del pagamento dell’assegno non trasferibile, effettuato in favore di chi non è legittimato a prescindere dalla sussistenza dell’elemento della colpa nell’errore sull’identificazione del prenditore. Di tal guisa, le Sezioni Unite hanno evidenziato che «*una responsabilità oggettiva può infatti concepirsi solo laddove difetti un rapporto in senso lato “contrattuale” fra danneggiante e danneggiato, ed il primo sia chiamato a rispondere del fatto dannoso nei confronti del secondo non per essere con questi entrato in contatto, ma in ragione della particolare posizione rivestita o della relazione che lo lega*

alla res causativa del danno» e che «è principio consolidato nella giurisprudenza di questa Corte che il criterio che presiede alla valutazione della responsabilità da contatto sociale qualificato è quello delineato dagli artt. 1176, 2118 c.c.».

Ne consegue che, nell'azione promossa dal danneggiato, la Banca negoziatrice che ha pagato l'assegno non trasferibile, a persona diversa dall'effettivo prenditore, sia ammessa a provare che l'inadempimento non le sia imputabile, per aver assolto alla propria obbligazione con la diligenza dovuta, ai sensi del secondo comma dell'art. 1176 c.c.

A differenza di quanto sostenuto dalla ricorrente, il Tribunale risulta essersi correttamente attenuto ai rassegnati principi. Difatti, *pur avendo espressamente precisato di aderire all'orientamento giurisprudenziale che «sembra ... configurare una forma di responsabilità oggettiva a carico della banca, sussistente ogniqualvolta la persona fisica del prenditore non corrisponda al legittimato cartolare, a prescindere dalla valutazione del coefficiente di colpa della banca nella procedura di identificazione del prenditore»*, il giudice di primo grado ha valutato il comportamento della ricorrente, ritenendo, in base a un accertamento fattuale, insindacabile in sede di legittimità, che quest'ultima si fosse limitata ad addurre di aver identificato la prenditrice dell'assegno, incorrendo nella responsabilità di cui all'art. 43 legge assegni, e ha reputato, in conseguenza, irrilevante che la Banca negoziatrice non avesse ricevuto alcun messaggio di impagato, atteso che la procedura di *check truncation*, relativa all'incasso del titolo, non consenta la materiale verifica del pagamento dell'assegno al legittimo prenditore. Il Tribunale ha, in sostanza, ritenuto che la Società ricorrente non avesse ragionevolmente dimostrato che l'inadempimento non le fosse imputabile, per aver assolto alla propria obbligazione con la diligenza richiesta dall'art. 1176, secondo comma, c.c.

Relativamente al secondo motivo di ricorso, la Sesta Sezione richiama il principio per cui *«in materia di spedizione, per via postale ordinaria, di un titolo di credito pagabile all'ordine, munito della clausola di non trasferibilità, ove il pagamento a soggetto non legittimato sia attribuibile a negligenza della banca negoziatrice, ai fini della valutazione comparativa dell'incidenza o meno della colpa del creditore – emittente nella determinazione del danno, da accertare in concreto e alla luce del principio di “causalità adeguata”, non rilevano né il rischio generico assunto dall'emittente nell'affidarsi al servizio postale ordinario, né le modalità con le quali è stato spedito il plico postale»*^[4].

[Qui il testo integrale dell'ordinanza.](#)

^[1] Il riferimento è a Cass. Civ., Sez. Un., 21 maggio 2018, nn. 12477 e 12478, con nota di U. Accordini, *Nullum malum praeter culpam: considerazioni sulla responsabilità contrattuale della banca negoziatrice per erronea identificazione del legittimo portatore del titolo di credito*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 6, 2018, 1893. V. anche A. Lucia, *Responsabilità della banca per il pagamento di assegno non trasferibile ed onere della prova*, in *GiustiziaCivile.com*, fasc., 1° luglio 2019; A. Ricci, *Circolazione titoli e pagamento dell'assegno a soggetto non legittimato. Il tramonto della responsabilità oggettiva.*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 3, 2019, 318; D. Spagnuolo, *La responsabilità della banca per l'errata identificazione del prenditore di assegno non trasferibile.*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 3, 2019, 305.

[2] V. Cass. Civ., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, con nota di N. Muccioli, *La disciplina dell'assegno non trasferibile tra responsabilità e indebito*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 1, 2009, 0161B.

[3] V. Cass. Civ., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712. Vedi *supra* nota 2.

[4] V. Cass. Civ., Sez. III, 17 gennaio 2019, n. 1049, con nota di R. Bencini, *Spedizione di assegno via posta ordinaria: il concorso di colpa dell'emittente*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 11, 2019, 7.

Rideterminazione del rapporto dare – avere, ripetizione dell'indebito e carattere delle rimesse: una nuova pronuncia riepilogativa della Suprema Corte

Cass. Civ., sez. I, 9 dicembre 2019, n. 32016

di Antonio Zurlo

Breve ricostruzione del fatto

Una società per azioni in liquidazione aveva convenuto in giudizio la Banca, presso cui era titolare di un conto corrente, chiedendo che venisse dichiarata la nullità delle clausole inerenti la pattuizione di interessi ultralegali e la capitalizzazione trimestrale degli stessi, nonché per procedere alla conseguente rideterminazione del rapporto contabile, anche ai fini della verifica di un eventuale superamento del tasso soglia, con la condanna della convenuta alla restituzione delle somme illegittimamente addebitate.

L'Istituto di credito, costituendosi in giudizio, aveva chiesto il rigetto della domanda attorea, eccependo, nello specifico, la prescrizione del diritto azionato, e proponendo domanda riconvenzionale di condanna al pagamento di una somma quantificata in circa quattro milioni di euro. Il Tribunale di Milano aveva dichiarato la nullità della clausola di capitalizzazione degli interessi, e, al contempo, la prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito, relativamente al decennio anteriore alla proposizione della domanda; da ultimo, aveva accolto parzialmente la domanda riconvenzionale proposta dalla Banca.

La società aveva proposto appello, accolto parzialmente dalla Corte territoriale; più nello specifico, i giudici del gravame avevano confermato la prescrizione del diritto alla restituzione delle somme versate, rilevando che nel corso del rapporto di conto corrente la debitrice avesse superato i limiti del finanziamento concesso e richiamando, sul punto, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità in tema di ripetizione delle rimesse indebitamente effettuate in conto corrente, per cui in caso di versamenti solutori (e non ripristinatori) il termine prescrizionale dovesse farsi correttamente decorrere non dalla chiusura del conto, ma dalla data di compimento delle singole operazioni.

Avversa tale pronuncia la società proponeva ricorso per cassazione e resisteva con controricorso l'Istituto di credito.

La prescrizione del diritto alla ripetizione delle somme versate

Con il primo motivo, la società ricorrente denunciava la nullità della sentenza impugnata e l'omesso esame di un fatto controverso e decisivo per il giudizio, osservando, segnatamente, che, nel dichiarare prescritto il diritto alla restituzione delle somme versate sul conto corrente, in virtù dell'asserito carattere solutorio delle rimesse, la Corte territoriale avesse erroneamente conferito rilievo all'intero svolgimento del rapporto (durato oltre cinquant'anni e caratterizzato da periodici e rilevanti sconfinamenti), pur avvalendosi, in maniera evidentemente contraddittoria, delle risultanze della perizia contabile espletata in primo grado, che aveva attenzionato soltanto l'ultimo decennio.

Il motivo, sì come formulato, è infondato.

In tal guisa, la Prima Sezione evidenzia come il carattere solutorio, attribuito ai versamenti effettuati sul conto corrente, trovi giustificazione nell'accertamento compiuto dalla sentenza gravata, secondo cui, pur essendo il rapporto assistito da un'apertura di credito, la società debitrice avesse superato i limiti del fido accordatole, maturando, in conseguenza, una notevole esposizione. Tale argomentazione non può ritenersi in qualche modo inficiata dalla circoscrizione dell'arco temporale dell'indagine periziale, non essendovi prova che, all'inizio di tale periodo il conto presentasse un saldo creditore e avendo la stessa ricorrente ammesso la sussistenza di "periodici e rilevanti" sconfinamenti, da qualificarsi come elementi impeditivi del riconoscimento di una natura ripristinatoria alle rimesse effettuate dalla correntista.

La limitazione risulta, peraltro, ossequiosa dell'orientamento consolidatosi in seno alla giurisprudenza di legittimità, in tema di rapporti bancari in conto corrente, per cui, non essendo stato dedotto, né, tantomeno, dimostrato che fosse stata acquisita prova dell'andamento del conto nel periodo precedente o che fosse in altro modo emerso che al termine dello stesso il conto presentasse un saldo a credito del correntista, debbano restare a carico di quest'ultimo, secondo i principi generali dell'ordinamento, le conseguenze di tale lacuna probatoria. La Corte di Cassazione ha, difatti, a più riprese, affermato che, esclusa la validità della pattuizione d'interessi ultralegali o anatocistici a carico del correntista, per difetto dei requisiti di legge, l'onere di fornire la prova del credito fatto valere in giudizio incomba in ogni caso sull'attore, sia esso la Banca (che agisca per il recupero del saldo finale debitore del conto corrente)^[1], o il correntista (che agisca per la ripetizione degli importi illegittimamente addebitati o corrisposti)^[2].

Siffatta prova deve essere offerta documentalmente, allegando l'intero andamento del rapporto, mediante la produzione di tutti gli estratti conto attestanti i singoli addebiti e le corrispondenti rimesse, in modo da consentire una ricostruzione integrale delle partite di dare e avere^[3]: a tale risultato non può, difatti, pervenirsi né attraverso la prova del saldo finale, *in quanto lo stesso non consente di conoscere quali addebiti siano dovuti ad operazioni passive per il cliente e quali al computo degli interessi*, né, tantomeno, mediante la prova dei movimenti relativi a singoli periodi di contabilizzazione, *i cui saldi iniziali e finali costituiscono a loro volta l'effetto di precedenti operazioni attive e passive, nonché del calcolo degli interessi e della relativa capitalizzazione*.

Nel caso in cui gli estratti conto prodotti in giudizio (o gli altri documenti o argomenti di prova acquisiti agli atti, non potendosi riconoscere agli estratti valore di prova legale esclusiva)^[4] non dovessero consentire una ricostruzione dell'intero andamento del rapporto, *riferendosi soltanto al periodo più recente*, si è precisato che *il parziale inadempimento dell'onere probatorio non [comporti] necessariamente il rigetto della domanda, trovando comunque applicazione la regola di giudizio dettata dall'art. 2697 c.c., la quale, ponendo a carico della parte onerata le conseguenze dell'inadempimento, impone di distinguere il caso in cui il correntista sia convenuto da quello in cui sia attore in giudizio*, conseguendone che:

1. nella prima ipotesi, l'accertamento del dare – avere possa aver luogo *sulla base di ulteriori mezzi di prova idonei a fornire indicazioni certe e complete relativamente al saldo maturato all'inizio del periodo cui si riferiscono gli estratti*

conto prodotti. In senso non dissimile, possono valorizzarsi altri elementi (quali, ad esempio, le ammissioni del correntista stesso), idonei a consentire quantomeno di escludere che, con riferimento al periodo non documentato, egli abbia maturato un credito di imprecisato ammontare (tale da rendere impossibile la ricostruzione del rapporto di dare e avere tra le parti per il periodo successivo), e quindi di rielaborare i conteggi considerando pari a zero il saldo iniziale del primo degli estratti conto prodotti; in mancanza di tali dati la domanda deve essere respinta.

2. Nella seconda, l'accertamento del dare – avere possa attuarsi con l'utilizzazione di prove che forniscano indicazioni certe e complete idonee a giustificare il saldo maturato all'inizio del periodo per cui sono stati prodotti gli estratti conto, nonché di elementi che consentano di affermare che il debito, nell'intervallo temporale non documentato, sia inesistente o inferiore al saldo passivo iniziale del primo degli estratti conto prodotti, o che permettano addirittura di affermare che in quell'arco di tempo sia maturato un credito per il cliente stesso; diversamente, si devono elaborare i conteggi partendo dal primo saldo debitore documentato [5].

La distinzione tra rimesse ripristinatorie e rimesse solutorie

Con il secondo motivo, la società ricorrente lamentava che la sentenza impugnata avesse considerato tutti gli addebiti effettuati sul conto corrente come sconfinamenti dal fido, senza porre in essere una distinzione tra atti di utilizzazione dell'apertura di credito e operazioni effettuate allo scoperto, ovvero sia tra rimesse ripristinatorie e quelle solutorie. A tal riguardo, l'eccezione di prescrizione sollevata risultava vaga e generica, con inevitabili ricadute anche sull'onere probatorio inerente alla natura delle rimesse, incombente sulla Banca resistente (e originariamente convenuta per la restituzione).

A giudizio della Prima Sezione anche questo motivo è infondato.

A fronte dell'eccezione di prescrizione, sollevata dall'Istituto di credito, l'attrice avrebbe dovuto provare che le rimesse effettuate, nel periodo anteriore al decennio che aveva preceduto la proposizione della domanda, avessero avuto carattere ripristinatorio, essendo affluite su di un conto corrente con saldo passivo non eccedente i limiti dell'apertura di credito a esso collegata. Essendo, infatti, la decorrenza della prescrizione condizionata al carattere solutorio dei versamenti effettuati dal correntista, *questa decorre sempre dalla data del pagamento, qualora il conto risulti in passivo e non sia stata concessa al cliente un'apertura di credito, oppure i versamenti siano destinati a coprire un passivo superiore all'accreditamento*[6]. In tal senso si è ripetutamente espressa la giurisprudenza di legittimità (non senza contrasti)[7] e, da ultimo, anche le Sezioni Unite[8], che hanno chiarito il principio per cui *l'onere di allegazione gravante sull'istituto bancario convenuto in giudizio che intenda opporre l'eccezione di prescrizione al correntista che abbia esercitato l'azione di ripetizione di somme indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da apertura di credito [debba] ritenersi soddisfatto con la sola affermazione dell'inerzia del titolare del diritto e la dichiarazione di volerne profittare, senza che risulti necessaria anche l'indicazione di specifiche rimesse solutorie.*

[Qui il testo integrale dell'ordinanza.](#)

-
- [1] Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 27 settembre 2018, n. 23313, in *dejure.it*; Cass. Civ., Sez. I, 16 aprile 2018, n. 9365, in *dejure.it*.
- [2] Cfr. Cass. Civ., Sez. VI, 23 ottobre 2017, n. 24948, in *dejure.it*; Cass. Civ., Sez. I, 13 ottobre 2016, n. 20693, in *dejure.it*.
- [3] In tal senso, Cass. Civ., Sez. I, 28 novembre 2018, n. 30822, in *dejure.it*.
- [4] V. Cass. Civ., Sez. I, 4 aprile 2019, n. 9526, con nota di C. Trapuzzano, *Ricostruzione rapporti di conto corrente: la mancanza di estratti non implica necessariamente l'accertamento negativo del credito*, in *Ilprocessocivile.it*, 8 luglio 2019.
- [5] V. Cass. Civ., Sez. I, 2 maggio 2019, n. 11543, con nota di R. Bencini, *Produzione incompleta degli estratti di conto corrente: alla ricerca del saldo attendibile*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 79, 2019, 5.
- [6] Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 30 gennaio 2019, n. 2660, in *dejure.it*; Cass. Civ., Sez. I, 30 ottobre 2018, n. 27704, con nota di R. Bencini, *A chi spetta provare l'affidamento in conto corrente?*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 192, 2018, 7.
- [7] Cfr. Cass. Civ., Sez. VI, 7 settembre 2017, n. 20933, con nota di R. Bencini, *La prova delle rimesse solutorie in conto corrente*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 139, 2017, 28; Cass. Civ., Sez. I, 26 febbraio 2014, n. 4518, in *dejure.it*.
- [8] Il riferimento è a Cass. Civ., Sez. Un., 13 giugno 2019, n. 15895, con nota di F. Bartolini, *Prescrizione del diritto alla ripetizione dei versamenti indebiti su conto corrente e decorrenza degli interessi*, in *Ilprocessocivile.it*, 7 ottobre 2019; v. anche P. Cagliari, *Dall'eccezione di prescrizione dell'azione di ripetizione del correntista alla struttura del rapporto di conto corrente*, in *IlSocietario.it*, 10 settembre 2019.

Produzione incompleta degli estratti conto: necessari ulteriori mezzi di prova idonei a comprovare il saldo per il periodo non coperto

Cass. Civ., sez. I, 9 dicembre 2019, n. 32019.

di Antonio Zurlo

In mancanza dell'integrale produzione degli estratti conto, occorrono ulteriori mezzi di prova idonei a fornire indicazioni certe e complete che diano giustificazione del saldo maturato all'inizio del periodo per cui sono stati prodotti gli estratti conto.

Breve ricostruzione del fatto

La Corte d'Appello di Roma aveva respinto il gravame proposto da una Banca avverso la sentenza del Tribunale di Latina, che aveva accolto l'opposizione proposta da tre correntisti contro al decreto ingiuntivo ottenuto in relazione al saldo passivo del conto corrente bancario. Nello specifico, il giudice di primo grado aveva revocato il provvedimento monitorio all'esito di una consulenza tecnica d'ufficio, che aveva escluso gli interessi ultralegali e la capitalizzazione trimestrale. Avverso tale pronunciamento la Banca proponeva ricorso per cassazione.

La decisione della Corte

Ai fini che qui più interessano, con il secondo motivo, la ricorrente deduceva che la Corte territoriale avesse illegittimamente azzerato il saldo del primo degli estratti conto prodotti in giudizio, in quanto l'onere della prova sarebbe dovuto correttamente gravare sulla parte opponente, in quanto attrice.

La Prima Sezione reputa la censura infondata. È, difatti, circostanza incontrovertibile che, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, attore in senso sostanziale sia il soggetto intimante, sul quale grava il correlato onere della prova del diritto azionato, che, con riguardo al credito da saldo passivo di conto corrente bancario, deve essere adempiuto mediante la produzione integrale degli estratti conto, sì come correttamente affermato dai giudici di merito, che, in mancanza, avrebbero potuto rigettare direttamente la domanda della Banca. Difatti, in ossequio alla luce più recente giurisprudenza di legittimità, nel caso di produzione documentale incompleta, occorrono *ulteriori mezzi di prova idonei a fornire indicazioni certe e complete che diano giustificazione del saldo maturato all'inizio del periodo per cui sono stati prodotti gli estratti conto*^[1].

[Qui il testo integrale dell'ordinanza.](#)

^[1] Il riferimento è a Cass. Civ., Sez. I, 2 maggio 2019, n. 11543, con nota di R. Bencini, *Produzione incompleta degli estratti di conto corrente: alla ricerca del saldo attendibile*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 79, 2019, 5.

La SC in tema di lettera di patronage e fideiussione

Cass. Civ., sez. I, 9 dicembre 2019, n. 32026

di Donato Giovenzana

La Suprema Corte, investita della *vexata quaestio*,

- ha preliminarmente osservato che per lettera di patronage si intende un documento sotto forma di lettera di intenti a contenuto variabile che una società, detta *patronnant*, rilascia a favore di altra società, che normalmente appartiene allo stesso gruppo societario o su cui esercita un certo potere di controllo, per agevolarla nell'ottenimento o mantenimento di finanziamenti da parte di una banca;
- precisando che la specifica funzione che assolvono le lettere di patronage non è tanto di quella di "garantire" l'adempimento altrui, nel senso in cui tale termine viene assunto nella disciplina della fideiussione, nelle quali il garante assume l'obbligo di eseguire la stessa prestazione dovuta dal debitore, quanto quella di rafforzare nel creditore cui la dichiarazione è indirizzata il convincimento che il patrocinato farà fronte ai propri impegni. In sostanza, le lettere di patronage sono strumenti giuridici diretti a rafforzare la protezione dei diritti del creditore ed il loro riconoscimento nell'ordinamento si giustifica per la loro idoneità a realizzare interessi certamente "meritevoli di tutela", a norma dell'art. 1322 comma 2° c.c.;
- osservando, altresì, che la rilevanza giuridica delle lettere di patronage varia a seconda del loro contenuto; tali dichiarazioni possono avere un contenuto meramente "informativo" (ad es. circa l'esistenza di una posizione di influenza della società che rilascia la dichiarazione sull'altra, con il solo impegno di comunicare eventuali cambiamenti nella detenzione della partecipazione, o circa le condizioni patrimoniali, economiche e finanziarie del patrocinato): in tale caso, un'eventuale responsabilità del patrocinate può essere affermata alla stregua dei principi dagli artt. 1337 e 1338 c.c. in materia di responsabilità pre-contrattuale atteso che il *patronnant* si inserisce nello svolgimento di trattative avviate tra altri soggetti allo scopo di agevolarne la positiva conclusione, creando ragionevoli aspettative sul buon esito dell'operazione. Incorre, a titolo di esempio, nella responsabilità pre-contrattuale il dichiarante che attesta falsamente di detenere una partecipazione nella patrocinata o dichiara mendacemente la solvibilità del debitore;
- con la conseguenza che, se il patrocinate non si limita ad informare la banca in ordine alla propria posizione di influenza, ma assume dei veri e propri "impegni", si configura a suo carico una vera e propria responsabilità contrattuale;
- ritenendo, pertanto, che avessero natura "impegnativa" e fossero quindi riconducibili alle c.d. lettere di patronage "forti" quelle dichiarazioni in cui

il patrocinatore aveva assunto l'impegno di controllare ed adoperarsi affinché il patrocinato provvedesse all'adempimento delle proprie obbligazioni nei confronti del finanziatore destinatario della lettera di patronage, o di mantenere la propria partecipazione nella patrocinata e comunque di non cederla prima che fossero rimborsati dal debitore i crediti vantati nei suoi confronti dalla banca per capitali ed interessi; in tali fattispecie, l'impegno assunto dal *patronnant* è consistito nell'assunzione di una determinata obbligazione di fare (controllo sull'adempimento del patrocinato ed il mantenimento della partecipazione fino all'estinzione del debito), la cui violazione ha esposto il patrocinante inadempiente ad un'azione risarcitoria;

- ricordando che sotto il profilo del contenuto dell'impegno assunto dal *patronnant*, la lettera di patronage "forte" è stata, altresì, ricondotta anche all'interno della fattispecie negoziale della promessa del fatto del terzo (art. 1381 c.c.), ove il *patronnant* non assuma un impegno diretto nei confronti del creditore (seppure solo attinente ad un obbligo di fare), ma si limiti a promettere che il patrocinato farà fronte alle proprie obbligazioni, con la conseguenza che qualora il terzo patrocinato non adempia quanto promesso alla banca dal dichiarante, quest'ultimo è tenuto ad indennizzare l'istituto di credito, come previsto dal citato art. 1381 c.c.;
- per il che, alla luce di quanto sopra illustrato, le differenze tra la lettera di patronage e la fideiussione sono evidenti.

La Cassazione ha peraltro sottolineato che

- Il *patronnant* non assume mai, come il fideiussore, l'impegno di eseguire personalmente la prestazione in caso di inadempimento del patrocinato. Il promettente, in caso di inadempimento (e promessa del fatto) del terzo, è tenuto a pagare solo un indennizzo e non all'integrale adempimento della prestazione del garantito;
- nel caso in esame, la Corte di merito ha ricondotto alla fattispecie della fideiussione il secondo dei due impegni assunti dai sottoscrittori della lettera per cui è procedimento – mentre il primo era quello di comunicare tempestivamente qualsiasi variazione che dovesse intervenire nella partecipazione, il secondo consisteva in *quello di far fronte, in caso di diminuzione o perdita di detta partecipazione, al rimborso di eventuali esposizioni verso la banca – avendo coerentemente evidenziato che "l'impegno al rimborso delle esposizioni della società verso la banca costituisce proprio l'assunzione del medesimo costituente oggetto dell'obbligazione principale"*; nel caso in esame, dunque, il sottoscrittore della lettera, allo scopo di rafforzare il convincimento del creditore di essere soddisfatto, non si è limitato ad assumere nei confronti della Banca un obbligo di fare o ha promesso l'adempimento di un terzo, ma ha assunto personalmente l'obbligo di rimborsare i debiti della società al ricorrere del presupposto della *"diminuzione o perdita della partecipazione"*;
- risulta infondata la censura secondo cui sarebbe stato violato il disposto dell'art. 1937 c.c. – che impone che la volontà di prestare fideiussione deve essere espressa – atteso che la volontà inequivocabile di garantire l'adempimento dell'obbligazione altrui, come emerge dalla sentenza

impugnata, può ben risultare dall'assunzione del medesimo impegno costituente oggetto dell'obbligazione principale, indipendentemente dal fatto che nel testo contrattuale sia stato espressamente utilizzato il termine "fideiussione".

Qui la pronuncia: [Cass., 1 Sez. Civ., Ord. n. 32026 del 9.12.2019](#)

Della differente natura delle obbligazioni gravanti sul debitore principale e sul garante nel contratto autonomo di garanzia (garantievertrag)

Cass. Civ., sez. 1, 11 dicembre 2019, n. 32402

di Donato Giovenzana

La Suprema Corte, con la decisione *de qua*, ha affermato che:

- nel contratto autonomo di garanzia non può ravvisarsi una prestazione omogenea rispetto a quella del debitore principale atteso la natura indennitaria della relativa obbligazione: l'obbligo del garante non è quello di adempiere la medesima prestazione dell'obbligato principale, ma di tenere indenne il creditore dall'inadempimento del debitore principale;
- lo schema negoziale della garanzia autonoma assume quale elemento essenziale del rapporto di garanzia l'inopponibilità da parte del garante di eccezioni di merito proprie del rapporto principale, sì che l'elemento caratterizzante della fattispecie viene individuato nell'impegno del garante a pagare *illico et immediate*, senza alcuna facoltà di opporre al creditore le eccezioni relative ai rapporti di valuta e provvista: analogamente alla garanzia cauzionale, dunque, viene attribuito al creditore un potere di autotutela, potendo egli incamerare la somma di in caso di inadempimento dell'obbligazione, svincolandosi in tal modo il rapporto di garanzia dal rapporto principale;
- una volta affermato che funzione essenziale del contratto autonomo di garanzia (ed a tal riguardo esso è meritevole di tutela ex art. 1322 c.c.) è quella di attribuire al creditore un potere di autotutela, che può essere conferito al creditore solo da una garanzia a prima richiesta, deve altresì ritenersi che la prestazione principale e quella di garanzia, quando anche corrispondenti, non siano però omogenee, con conseguente venir meno dell'identità (anche funzionale) richiesta dall'art. 1292 c.c., che giustifica da un lato l'aggravamento della posizione obbligatoria dei condebitori e dall'altro la estensione, con i limiti di legge, delle vicende che concernono i singoli rapporti;
- la causa concreta del contratto autonomo è quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, mentre con la fideiussione, come nelle obbligazioni solidali in genere, è tutelato l'interesse all'esatto adempimento della medesima prestazione principale. Ne deriva che, a differenza della fideiussione, l'obbligazione del garante autonomo si pone in via del tutto autonoma rispetto all'obbligo primario di prestazione essendo qualitativamente diversa da quella garantita e non necessariamente sovrapponibile ad essa, in quanto non rivolta all'adempimento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il

tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore.

- la diversa natura (quanto meno sul piano funzionale) della prestazione consente dunque di tenere distinta dall'obbligazione solidale l'obbligazione derivante dal contratto autonomo di garanzia, in cui il garante è tenuto ad una prestazione che, anche quando ha eguale contenuto, è autonoma rispetto a quella garantita, con i soli limiti derivanti dall'inesistenza del rapporto garantito, della nullità del contratto-base derivante da contrarietà a norme imperative o illiceità della causa e della proponibilità della c.d. *exceptio doli generalis*, configurandosi dunque non già un vincolo di solidarietà ma un (mero) collegamento negoziale ed un cumulo di prestazioni.
- da ciò discende che al contratto autonomo di garanzia non è applicabile il regime sull'apponibilità delle eccezioni previsto dall'art. 1297 c.c., né la disciplina della prescrizione, quale stabilita in materia di fideiussione dall'art. 1957, comma 4, c.c. e dall'art. 1310 c.c., per le obbligazioni solidali in generale, con la conseguenza che l'atto con il quale, come nel caso di specie, il creditore ha interrotto la prescrizione contro il debitore non ha effetto nei confronti del garante autonomo.

Qui la pronuncia: [Cass., Sez. 1 civ., Sent. n. 32402 dell'11.12.2019](#)

La rilevanza dei canoni di correttezza e buona fede nei rapporti fra garantito e fidejussore

Cass. Civ., sez. III, 12 dicembre 2019, n. 32478

di Donato Giovenzana

La Suprema Corte, precisato che

- deve ritenersi che la piena operatività delle clausole generali della correttezza e della buona fede non possa che comportare la necessità di negare tutela alla parte che tali clausole abbia violato e pretenda di riversare sulla controparte un pregiudizio che avrebbe potuto facilmente evitare;
- tale conclusione si impone alla luce dei consolidati arresti di legittimità secondo cui *“la buona fede nell’esecuzione del contratto si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell’altra, a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del “neminem laedere”, trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell’interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell’interesse della controparte, nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico”* (Cass. n. 10182/2009), atteso che *“il principio di correttezza e buona fede – il quale, secondo la Relazione ministeriale al codice civile, “richiama nella sfera del creditore la considerazione dell’interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all’interesse del creditore” – deve essere inteso in senso oggettivo in quanto enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull’art. 2 della Costituzione, che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell’imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell’altra, a prescindere dall’esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge”* (Cass. n. 22819/2010);

in continuità con tali arresti, ha affermato, con riferimento alla vicenda sottoposta al suo esame, che

- gli obblighi di correttezza e di buona fede che permeano la vita del contratto impongono alla parte garantita di salvaguardare la posizione del proprio fidejussore, con la conseguenza che la loro violazione non consente l’esercizio di pretese nei confronti del garante, nella misura in cui la sua posizione sia stata aggravata dal garantito.

Qui la pronuncia: [Cass., III Sez. civ., Ord. n. 32478 del 12.12.2019](#)

Azione di ripetizione dell'indebitto: ripartizione onere probatorio e alcune criticità.

Cass. Civ., sez. I, 4 dicembre 2019, n. 31667.

di Antonio Zurlo

Con la recentissima ordinanza in oggetto, la Prima Sezione Civile, senza soluzione di continuità con l'orientamento consolidatosi sulla questione, riafferma come nell'azione di ripetizione dell'indebitto il correntista – attore è gravato dall'onere di provare i fatti costitutivi del proprio diritto, ovverosia l'avvenuto pagamento e l'inesistenza di una causa giustificativa.

Principio che, pur tuttavia, deve essere ragionevolmente parametrato alla situazione di evidente asimmetria contrattuale intercorrente tra correntista e Istituto di credito (con quest'ultimo autore e detentore della documentazione contabile).

Breve ricostruzione del fatto.

Due correntisti avevano citato innanzi al Tribunale di Pescara il loro Istituto di credito, proponendo domanda di ripetizione dell'indebitto, avente a oggetto la restituzione delle somme indebitamente versate sul conto corrente in conseguenza dell'applicazione degli interessi debitori con rinvio agli “usi piazza”, della capitalizzazione trimestrale degli stessi, dell'applicazione di commissioni di massimo scoperto e delle modalità di calcolo delle valute. Il giudice di primo grado aveva condannato la Banca.

La Corte d'Appello di Ancona, in parziale riforma della sentenza impugnata, aveva accertato il diritto della Banca a veder effettuato il conteggio del saldo del rapporto di apertura di credito con affidamento in conto corrente sulla base del primo saldo disponibile in atti, senza procedere ad alcun azzeramento del saldo ivi risultante. Nello specifico, il giudice del gravame aveva osservato che, trattandosi di azione di ripetizione dell'indebitto proposta dal cliente e gravando, quindi, su quest'ultimo l'onere probatorio dell'esistenza e dell'entità dell'asserito indebitto, dovesse essere posto a carico del medesimo il rischio della mancanza di tutti gli estratti conto relativi al rapporto, con la conseguenza che, per la ricostruzione del saldo (del conto corrente) si dovesse partire dal primo disponibile, recante l'indebitto conteggio delle somme derivanti dall'applicazione di clausole contrattuali nulle.

Avverso tale pronunciamento proponevano ricorso per cassazione i due correntisti.

I motivi di ricorso.

Con il primo motivo, i ricorrenti deducevano la violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c., in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c. Segnatamente, lamentano che, avendo proposto un'azione di accertamento negativo, non avessero fatto valere un diritto in giudizio, come richiesto dall'art. 2697 c.c., postulandone, per converso, l'inesistenza, con la conseguenza che sarebbe dovuta essere la Banca convenuta a dover comprovare documentalmente il proprio credito.

Con il secondo motivo, veniva dedotta la violazione dell'art. 88 c.p.c., impositivo del dovere di lealtà e probità alle parti. A tal riguardo, la mancata ottemperanza all'ordine di esibizione documentale, disposto dal giudice, avrebbe dovuto integrare la violazione della prefata disposizione codicistica, dal momento che vi era prova che la documentazione richiesta fosse stata nella disponibilità della parte, essendo, peraltro, di facile reperibilità: il giudice di merito avrebbe, quindi, dovuto trarre dal comportamento processuale della Banca argomenti di prova ai sensi del secondo comma dell'art. 116 c.p.c., vevoli anche come unica e sufficiente fonte di convincimento.

Con il terzo motivo, i ricorrenti adducevano la violazione del principio di vicinanza della prova, nonché dell'art. 24 Cost.: a loro giudizio, il principio *de quo* andava applicato anche nell'ipotesi in cui fosse stato il cliente ad agire per la ripetizione dei pagamenti affluiti sul conto corrente e asseriti come indebiti, conseguendone che, laddove la Banca non avesse conservato tutta la documentazione inerente al rapporto, si sarebbe dovuto assumere come base del conteggio il c.d. saldo zero.

La decisione della Corte.

La Prima Sezione giudica infondati tutte e tre le doglianze.

La Corte territoriale, nello stabilire che nella domanda di ripetizione dell'indebito proposta dal cliente, l'onere della prova incombesse su quest'ultimo, aveva correttamente adottato il principio ormai consolidato in seno alla giurisprudenza di legittimità, per cui, nella suddetta azione, il correntista sia onerato dal provare i fatti costitutivi del proprio diritto, ovvero l'avvenuto pagamento e l'inesistenza di una causa che lo giustifichi^[1]. Ne consegue che lo stesso correntista debba produrre la documentazione contabile comprovante l'intervenuto indebito conteggio di somme derivanti dall'applicazione di clausole contrattuali asseritamente nulle.

Sebbene, nel caso di specie, appaia verosimile che il saldo negativo del primo estratto conto disponibile possa essersi formato con l'addebito di poste passive non dovute (per l'applicazione di clausole nulle, per spese e commissioni non pattuite), secondo il costante orientamento giurisprudenziale, la rideterminazione del saldo non può, comunque, avvenire utilizzando criteri presuntivi o approssimativi^[2]. In tal guisa, non vi è dubbio che i ricorrenti, nell'invocare la ricostruzione del rapporto dare – avere partendo da un saldo contabile iniziale pari a zero, richiedano per quel periodo l'applicazione di un criterio presuntivo o approssimativo di determinazione del proprio credito, fondato, esclusivamente, su di un'inammissibile inversione dell'onere della prova. Né, peraltro, a giudizio del Collegio, è invocabile il c.d. principio di vicinanza della prova per sottrarsi all'onere probatorio circa la sussistenza del proprio credito, nel periodo in cui non sono disponibili gli estratti conto.

In materia bancaria la Corte di Cassazione aveva già statuito che “*il principio di prossimità o vicinanza della prova, in quanto eccezionale deroga al canonico regime della sua ripartizione, secondo il principio ancor oggi vigente che impone (incumbit) un onus probandi ci qui dicit non ci qui negat, [debb] trovare una pregnante legittimazione che non può semplicisticamente esaurirsi nella diversità di forza economica dei contendenti ma esige l'impossibilità della sua acquisizione simmetrica*”^[3]. Tale principio è stato, peraltro, affermato in una fattispecie, non dissimile a quella oggetto del ricorso, caratterizzata, oltre che dall'omessa produzione del contratto di conto corrente

bancario, dalla mancata acquisizione di alcuni estratti conto utili ai fini della ricostruzione dell'andamento del rapporto.

Ciò chiarito, il Collegio ritiene corretto il criterio adottato dalla Corte territoriale di considerare, nella ricostruzione del rapporto di dare – avere, stante l'assenza di tutti gli estratti conto relativi all'intero rapporto, quale saldo iniziale quello negativo risultante dal primo estratto conto corrente disponibile[4].

Tale criterio si fonda su un'applicazione rigorosa del principio di ripartizione dell'onere della prova, *ex art. 2697 c.c.*, e se, da un lato, non consente, limitatamente al periodo non coperto dagli estratti conto, al correntista di depurare dalla somma richiesta dalla Banca tutte le voci che ritiene a vario titolo indebite, ma il cui importo non è quantificabile sulla base di dati contabili certi, dall'altro, avvantaggia lo stesso correntista, non precludendo la possibilità di un'indagine periziale contabile, concernente il periodo successivo, rispetto al quale sono disponibili tutti gli estratti del conto corrente, fino alla chiusura del rapporto. Nel caso di specie, in esito all'esperienza di una consulenza tecnica d'ufficio, è stato comunque riconosciuto ai ricorrenti un credito di importo ragguardevole.

Pare opportuno formulare, perlomeno incidentalmente, alcune considerazioni sul concreto atteggiarsi dell'onere probatorio ascritto in capo all'attore, rilevandone alcune insite criticità.

Lungi dal disattendere i richiamati principi e senza conferire valenza assorbente alla mera disparità di forza contrattuale tra le parti, il correntista, per adempiere correttamente alla sua porzione di onere probatorio, può avvalersi di una strumentazione stragiudiziale, concorrente con l'ordine di esibizione giudiziale, *ex art. 210 c.p.c.*[5], che, pur tuttavia, necessita di una condotta corretta, diligente e, soprattutto, collaborativa da parte dell'Istituto di credito. Se, difatti, quest'ultimo lasci inevasa la richiesta di copia della documentazione contabile, ai sensi del quarto comma dell'art. 119 TUB, è evidente come renda, di fatto, impossibile, l'adempimento del prefato onere da parte del correntista. Discorso chiaramente non dissimile nel caso in cui disattenda l'ordine di esibizione. La condotta *latu sensu* "ostruzionistica" della Banca, per quanto non sanzionata da apposita previsione normativa, pare debba essere necessariamente tenuta in debita considerazione, oltre che ai fini del raggiungimento della prova delle circostanze contestate, anche per l'eventuale configurabilità di potenziali profili risarcitori. Sì come, d'altronde, la più recente giurisprudenza di legittimità, nel caso di ricostruzione parziale del rapporto, a causa dell'incompletezza degli estratti conto versati in atti, ha statuito che *ci si possa avvalere di quegli elementi che consentano di affermare che il debito nell'intervallo non documentato sia inesistente o inferiore al saldo passivo iniziale del primo degli estratti conto prodotti o che permettano addirittura di affermare che in quell'arco di tempo sia maturato un credito per il cliente stesso; diversamente si devono elaborare i conteggi partendo da tale saldo debitore*[6].

Da ultimo, la Corte osserva come l'asserita violazione dell'art. 88 c.p.c. sia stata fatta valere dai ricorrenti, adducendo precedenti fondati su circostanze fattuali (ovverosia che la Banca, in realtà, detenesse la documentazione contabile che non ha prodotto in sede di esibizione), non dedotte nel procedimento oggetto di ricorso.

[Qui il testo integrale dell'ordinanza.](#)

[1] In tal senso, Cass. Civ., Sez. Un., 2 dicembre 2010, n. 24418, con nota di F. Greco, *Anatocismo bancario e prescrizione: le Sezioni Unite e la difficile applicabilità del decreto mille proroghe. Continua il match tra correntisti e banche.*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 4, 2011, 810; v. anche Gian Maria Celardi *L'anatocismo bancario nella giurisprudenza di legittimità*, in *Giustizia Civile*, fasc. 10, 2011, 2335B. Da ultimo, in senso conforme, Cass. Civ., Sez. I, 10 luglio 2018, n. 27704, con nota di R. Bencini, *A chi spetta provare l'affidamento in conto corrente?*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 192, 2018, 7.

[2] Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 13 ottobre 2016, n. 20693, in *dejure.it*; Cass. Civ., Sez. I, 10 settembre 2013, n. 20688, in *dejure.it*.

[3] V. Cass. Civ., Sez. VI, 4 aprile 2016, n. 6511, in *dejure.it*.

[4] V. Cass. Civ., Sez. I, 13 settembre 2018, n. 30822, in *dejure.it*.

[5] In tal senso, Cass. Civ., Sez. I, 4 dicembre 2019, n. 31649, già annotata in questa *Rivista*, con nota di A. Zurlo, *Richiesta stragiudiziale della documentazione e ordine di esibizione: il mancato esperimento della prima non può essere ostativo alla proposizione del secondo.*, 9 dicembre 2019, <https://www.dirittodelrisparmio.it/2019/12/09/richiesta-stragiudiziale-della-documentazione-e-ordine-di-esibizione-il-mancato-esperimento-della-prima-non-puo-essere-ostativo-alla-proposizione-del-secondo/>.

[6] In questi termini, Cass. Civ., Sez. I, 2 maggio 2019, n. 11543, con nota di R. Bencini, *Produzione incompleta degli estratti di conto corrente: alla ricerca del saldo attendibile*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 79, 2019, 5.

Richiesta stragiudiziale della documentazione e ordine di esibizione: il mancato esperimento della prima non può essere ostativo alla proposizione del secondo

Cass. Civ., sez. I, 4 dicembre 2019, n. 31649.

di Antonio Zurlo

Nel caso di specie, i ricorrenti deducevano che la Corte territoriale, in palese violazione dell'art. 210 c.p.c., non avesse emesso il richiesto ordine di esibizione di tutti gli estratti conto, a carico della Banca resistente, benché fosse stata data prova di aver richiesto la documentazione stragiudizialmente, ai sensi dell'art. 119 TUB, senza il suo ottenimento. A giudizio dei correntisti, il giudice di seconde cure avrebbe dovuto, più correttamente, procedere con la rideterminazione del saldo dei conti correnti, partendo da un saldo contabile pari a zero, e, per converso, non confermare la decisione del Tribunale, che aveva ricostruito i rapporti di dare/avere tra le parti, partendo dal saldo risultante dai primo degli estratti prodotti in giudizio. Il pronunciamento gravato sarebbe, in definitiva, errato, avendo posto esclusivamente a carico del correntista l'onere della prova, mediante la produzione degli estratti conto relativi all'intero rapporto, sebbene l'Istituto di credito avesse proposto una domanda riconvenzionale, finalizzata a ottenere il pagamento del saldo passivo dei conti correnti e fosse, quindi, consequenzialmente gravato dall'onere di produzione degli estratti conto iniziali (sui quali erano presenti passività).

La Prima Sezione ritiene fondato il motivo di ricorso, qualificando, al contempo, erroneo della Corte territoriale, per cui l'ordine di esibizione, nella fattispecie, fosse precluso per non avere i correntisti dimostrato di essersi attivati stragiudizialmente per ottenere gli estratti conto. In tal guisa, devesi, difatti, osservare che l'art. 119, comma 4, del D.lgs. n. 385/1993, *che riconosce al cliente della banca, al suo successore a qualunque titolo e a colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni il diritto di ottenere copia della documentazione relativa a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni*, vada necessariamente interpretato, alla luce del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, *ex art. 1375 c.c.*, come attributivo ai prefati soggetti il diritto (ovverosia, una posizione sostanziale finale) di ottenere la documentazione inerente a tutte le operazioni del periodo a cui il richiedente sia in concreto interessato, nel rispetto del limite di tempo decennale fissato dalla norma. A tal riguardo, non è necessario che il richiedente indichi in maniera specifica gli estremi del rapporto, essendo, viceversa, sufficiente che l'interessato fornisca unicamente gli elementi minimi indispensabili per consentire alla Banca l'individuazione dei documenti richiesti (quali, a titolo meramente esemplificativo, i dati del soggetto titolare del rapporto, il tipo di rapporto a cui è correlata la richiesta e il periodo temporale di riferimento)^[1].

Assunte tali premesse, in seno alla giurisprudenza di legittimità si è consolidato l'orientamento interpretativo per cui il titolare di un rapporto di conto corrente abbia sempre diritto di ottenere dalla Banca il rendiconto, ai sensi del summenzionato art. 119 TUB, anche in sede giudiziaria, adducendo la sola prova

dell'esistenza del rapporto contrattuale, non potendosi ritenere corretta una diversa soluzione sul fondamento del disposto di cui all'art. 210 c.p.c.: in altri termini, non può scientemente procedersi a una surrettizia conversione di un istituto di protezione del cliente in uno strumento di penalizzazione del medesimo, *trasformando la sua richiesta di documentazione da libera facoltà a onere vincolante*^[2].

Da ultimo, il Collegio affronta la questione inerente alla ripartizione dell'onere probatorio. Nei rapporti di conto corrente bancario, il correntista che agisca in giudizio per la ripetizione dell'indebitato è tenuto alla prova degli avvenuti pagamenti, nonché della mancanza di una valida *causa debendi*, essendo onerato, altresì, della ricostruzione dell'intero andamento del rapporto: ne consegue che non possa essere accolta la domanda di restituzione ove gli estratti conto, attestanti le singole rimesse suscettibili di ripetizione, siano incompleti. Nel caso in cui il primo estratto conto disponibile evidenzi un saldo negativo per il correntista, sarebbe errato calcolare i rapporti di dare/avere con la Banca previo azzeramento di detto saldo, *perché ritenuto non provato con la produzione degli estratti conto risalenti alla data di apertura del rapporto*^[3]. Del pari, in ossequio ai principi generali in tema di onere della prova, l'Istituto, che intenda far valere un credito derivante da un rapporto di conto corrente, deve provare l'andamento di quest'ultimo, per l'intera durata del suo svolgimento, dall'inizio e senza interruzioni^[4]. Ne consegue l'erroneità della pronuncia impugnata, laddove, in presenza di una domanda riconvenzionale, proposta dalla Banca, al fine di ottenere il pagamento dei saldi passivi, abbia ritenuto l'onere probatorio della produzione documentale integralmente incombente sui ricorrenti.

[Qui il testo integrale dell'ordinanza.](#)

^[1] Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 28 maggio 2018, n. 13277, in *dejure.it*; Cass. Civ., Sez. I, 12 maggio 2006, n. 11004, con nota di S. Carnesecchi, *Spese, ora l'avvocato ha un onere in più – Ma sulla procura basta essere diligenti*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 23, 2006, 25.

^[2] In tal senso, Cass. Civ., Sez. VI, 8 febbraio 2019, n. 3875, già commentata in questa Rivista, con nota di M. Lecci, *L'esibizione documentale ex art. 210 c.p.c. prescinde dal 119 TUB*, 12 febbraio 2019, <https://www.dirittodelrisparmio.it/2019/02/12/lesibizione-documentale-ex-art-210-c-p-c-prescinde-dal-119-tub/>; v. anche V. Papagni, *Il correntista ha diritto di ottenere le scritture contabili della banca in sede giudiziaria?*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 27, 2019, 6. In senso conforme, Cass. Civ., Sez. I, 28 maggio 2018, n. 13277, in *dejure.it*; Cass. Civ., Sez. I, 11 maggio 2017, n. 11554, già rassegnata in questa Rivista, con nota di M. Chironi, *Banche, trasparenza e rendiconto: alcune decisioni chiarificatrici*, 4 giugno 2019, <https://www.dirittodelrisparmio.it/2019/06/04/banche-trasparenza-e-rendiconto-alcune-decisioni-chiarificatrici/>; Cass. Civ., Sez. I, 15 settembre 2017, n. 21472, in *dejure.it*.

^[3] Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 28 novembre 2018, n. 30822, in *dejure.it*; Cass. Civ., Sez. VI, 23 ottobre 2017, n. 24948, in *dejure.it*; Cass. Civ., Sez. Lav., 13 ottobre 2015, n. 20693, in *dejure.it*.

[\[4\]](#) Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 27 settembre 2018, n. 23313, in *dejure.it*; Cass. Civ., Sez. I, 16 aprile 2018, n. 9365, in *dejure.it*.

Diamanti “da investimento”: sussiste il danno

Trib Lucca, 22 novembre 2019, sent. 1674

di Avv. Francesco Giordano

I diamanti acquistati tramite la banca sono senz'altro, a pieno titolo, contratti di investimento. Si tratta, infatti, di operazioni assolutamente fungibili con l'acquisto di titoli veicolate nel medesimo modo, prospettate come alternative a tale acquisto e poste in essere al medesimo scopo di messa a frutto del risparmio o di collocazione di capitali.

Questo è il principio alla base della decisione del Tribunale di Lucca, alla base della sentenza n. 1674/2019 depositata il 22 novembre 2019 che ha condannato la convenuta a risarcire il cliente di una somma pari alla differenza fra il prezzo di acquisto e il valore effettivo, stimato in via sulla base dei criteri derivanti dai listini Rapaport.

La causa riguarda l'acquisto di un solo diamante, acquistato nel 2013 tramite gli sportelli dell'istituto di credito.

Al pari di tutti gli altri clienti coinvolti nel meccanismo messo in atto da IDB, il diamante acquistato valeva meno di un quarto del prezzo pagato.

Il Tribunale ha definito inverosimile la tesi della Banca secondo cui essa si sarebbe limitata ad una mera segnalazione. In realtà – prosegue il Giudice – è del tutto evidente che, in relazione all'acquisto dei diamanti, la Banca svolgeva esattamente il medesimo ruolo svolto in relazione a qualunque altra forma di investimento, vale a dire quello di termine di riferimento del cliente, al fine di orientare le scelte di quest'ultimo.

La sentenza si sofferma anche ad esaminare l'aspetto principale del meccanismo di IDB, vale a dire la formazione unilaterale del prezzo, presentata ai clienti come prezzo di mercato attraverso, grafici articoli del sole 24 ore e tabelle di rendimento. Secondo il giudice la non esplicitata fissazione unilaterale del prezzo dà vita ad un rischio aggiuntivo, rispetto a quello insito in qualunque forma di investimento e segnatamente dell'acquisto di azioni, rischio altissimo e del quale l'acquirente non è in grado di rendersi conto, vale a dire quello del crollo del mercato – non per nulla puntualmente verificatosi – una volta che tale modalità di fissazione del prezzo venga conosciuta.

In pratica, conferma il Giudice, il meccanismo di formazione unilaterale del prezzo, a differenza del prezzo frutto dello spontaneo andamento del mercato, mette in campo la componente psicologica, alimentata dalle reticenti o suggestive modalità di presentazione del prodotto.

Sicché, l'investimento aveva in sé un rischio aggiuntivo, rispetto ad un normale investimento, perché, in un contesto di questo tipo, “al di là della normale alea, consistente nella possibile diminuzione del valore del bene acquistato, era fatalmente insita anche quella, altissima, del crollo del mercato, una volta scoperta la realtà del fenomeno. Rischio aggiuntivo del quale, come parimenti detto, l'investitore, proprio in ragione delle suddette modalità di presentazione del prodotto, non era in grado di rendersi conto.”

Esaminato tutto il meccanismo, la sentenza conclude che non v'è dunque dubbio che sussista, in capo alla Banca, un profilo di inadempimento al proprio obbligo di fornire al cliente un'informazione corretta e completa in merito all'investimento proposto, e per questo condanna a risarcire il cliente della differenza.

Qui la pronuncia: [Trib Lucca, sent. 1674 del 22.11.2019](#)

Assegno circolare clonato: concorso di colpa del richiedente l'emissione

Decisione dell'Abf di Palermo, n. 12609/2019

di Donato Giovenzana

La fattispecie in esame concerne la mancata restituzione (*rectius* “lo storno”) della somma portata dall'assegno circolare (pari ad euro 10.195,95) per l'intervenuto pagamento dell'assegno medesimo ad un terzo, risultato diverso dal beneficiario originario del titolo, essendo rimasto l'originale del titolo nel possesso del richiedente l'emissione ed essendo quindi l'incasso avvenuto sulla base di un titolo integralmente contraffatto ma con modifica del nome del beneficiario (clonato).

A proposito del merito della controversia, il Collegio siciliano ha precisato che nel caso di specie non trova applicazione l'art. 43 l. ass., che prevede la responsabilità aggravata della banca che paga un assegno “non trasferibile” a persona diversa dal prenditore, posto che in effetti il ricorrente (richiedente l'emissione dell'a/c) non è beneficiario del titolo né agisce in base al rapporto cartolare. Infatti il ricorrente rappresenta che l'assegno pagato sia in realtà un clone di quello originale, essendo quest'ultimo rimasto in suo possesso.

La vicenda in esame deve ritenersi quindi regolata dai principi generali applicabili all'ipotesi di pagamento di assegno falsificato, secondo cui la banca è responsabile qualora l'alterazione o la clonazione poteva dalla stessa essere rilevata, attraverso l'esame del titolo con la diligenza dell'accorto banchiere (Cass. n. 6513/2014; Cass. n. 15145/2014; Cass., n. 20292/2011; Cass. n. 13777/2007; Cass. n. 3729/2004. Nello stesso senso le decisioni dell'ABF: fra le altre Coll. Napoli, decisione n. 4842/16; Coll. Roma, decisioni nn. 4108/2013 e 261/2010). Nella specie la banca emittente ha dichiarato di non aver effettuato alcun controllo sull'assegno clonato, poiché quest'ultimo è stato presentato all'incasso presso altro intermediario, attraverso la procedura interbancaria di “Check truncation”, che consente, sulla base di un'adesione volontaria ad un accordo interbancario, alla banca negoziatrice di assegni circolari di chiederne il pagamento alla banca emittente, mediante invio di un messaggio elettronico concernente le informazioni necessarie per la sua estinzione, con la conseguenza che il titolo non viene trasmesso nella sua materialità dalla stessa banca negoziatrice alla banca emittente.

In proposito l'orientamento dell'ABF è nel senso che la procedura di “Check truncation” è funzionale alla riduzione dei costi di negoziazione nell'esclusivo interesse delle banche partecipanti all'accordo, al quale resta completamente estraneo il cliente che chiede l'emissione dell'assegno, sicché non può ritenersi che i rischi derivanti dall'utilizzo di tale procedura debbano ricadere sul cliente medesimo.

Ma in una ipotesi come quella in esame, in cui il beneficiario indicato nell'assegno circolare clonato è diverso da quello risultante nel titolo originale, indipendentemente dall'esame materiale del titolo, la banca emittente avrebbe potuto rilevare, anche nell'ambito della procedura “Check truncation”, tale

difformità. Infatti il regolamento della Banca d'Italia 22 marzo 2016 sulla presentazione in forma elettronica degli assegni bancari e circolari (emanato ex art. 8, comma 7, d.l. n. 70/2011, convertito nella l. n. 106/2011, ed entrato in vigore 15 giorni dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, avvenuta il 30/4/2016) all'art. 8, lett. f), prevede che, tra i dati che il negoziatore deve trasmettere all'emittente in via telematica, per gli assegni circolari vi sia anche il "nome del beneficiario". Ne consegue che l'Intermediario A, pur in presenza dell'identità degli altri dati identificativi riportati sull'assegno clonato rispetto all'originale, avrebbe ben potuto rilevare che il beneficiario indicato nel titolo presentato all'incasso era diverso da quello indicato nel titolo a suo tempo emesso, avendo ricevuto in via telematica la relativa informazione.

Ciò vale tanto più in quanto lo stesso regolamento all'art. 7, comma 6, prescrive che *"Gli intermediari adottano ogni necessario presidio organizzativo procedurale atto a garantire che l'assegno sia presentato al pagamento una sola volta"*. Pertanto, alla luce delle considerazioni che precedono risulta a fortiori confermato l'orientamento dell'ABF secondo cui la circostanza che la banca accetti di pagare il titolo "al buio" equivale a ometterne volontariamente la sua verifica materiale, con ogni connessa conseguenza in caso di titoli che presentino irregolarità cartolari che solo l'esame materiale del documento consentirebbe di verificare).

Per quanto riguarda la posizione della banca negoziatrice, il Collegio rileva che l'esame anche solo della fotocopia del titolo, contrariamente a quanto affermato da detto intermediario, evidenzia invece una rilevante anomalia presente su entrambi i lati dell'assegno: il "taglio" del modulo dell'assegno clonato era *"vale fino a euro 10.000,00"* e che tale circostanza risulta certamente rilevabile *ictu oculi* anche da parte del negoziatore, cioè da chi non è in condizione di operare la comparazione con il titolo originale (non avendolo a disposizione), atteso che l'assegno era stato emesso per l'importo di € 10.195,95, superiore al "taglio" del modulo utilizzato per confezionare il clone del titolo. Si tratta, dunque, di un'anomalia evidente ed autonomamente rilevabile senza ricorrere a particolari competenze. Quindi anche in capo al negoziatore deve ascriversi responsabilità in conseguenza di un comportamento negligente.

Quanto al concorso di colpa del ricorrente ex art. 1227 c.c., invocato da entrambe le banche, il Collegio Abf, pur consapevole di differenti orientamenti in seno all'ABF (tra cui anche un ricorrente riconoscimento, in casi analoghi a quello in esame, di un concorso del cliente ponderato con una diminuzione del 50 per cento del risarcimento: così ex multis Coll. Roma, dec. n. 17535/2018; Coll. Milano, dec. n. 155/2018; Coll. Torino, dec. n. 10385/2018; Coll. Bologna, dec. n. 13935/2018), ritiene che esso nel caso di specie non possa dirsi sussistente anche alla luce del recente arresto della Cassazione, formatosi in materia di spedizione mediante servizio postale di titoli di credito con clausola "non trasferibile", secondo cui *"ove il titolo di credito, munito di clausola di non trasferibilità, sia stato emesso regolarmente dal titolare emittente, in conformità alla normativa di settore, ed affidato al servizio postale per il recapito alla parte legittimata all'incasso, in caso di trafugamento e alterazione deve escludersi valenza eziologica alla intera sequenza causale "emissione-spedizione-contraffazione-presentazione all'incasso controllo-negoziazione" che ha condotto al pagamento a soggetto non legittimato da parte della banca negoziatrice e, ai fini della valutazione della responsabilità di quest'ultima, assume invece esclusiva*

rilevanza la serie causale di “presentazione-controllo-pagamento a soggetto non legittimato”, autonomamente affidata alla diligenza qualificata della banca negoziatrice. Conclusivamente, deve affermarsi il seguente principio di diritto: «in materia di spedizione, per via postale ordinaria, di un titolo di credito pagabile all’ordine, munito della clausola di non trasferibilità, ove il pagamento a soggetto non legittimato sia attribuibile a negligenza della banca negoziatrice, ai fini della valutazione comparativa dell’incidenza o meno della “colpa” del creditore-emittente nella determinazione del danno, da accertare in concreto e alla luce del principio di «causalità adeguata», come sopra indicato in relazione all’art. 1227, 1° co, cod. civ. (Cass. Sez. 3 –, Sentenza n. 1295 del 19/01/2017), non rilevano né il rischio generico assunto dall’emittente nell’affidarsi al servizio postale ordinario, né le modalità con le quali è stato spedito il plico postale” (Cass., sez. III, 17 gennaio 2019, n. 1049).

Per il che secondo il Collegio, se è stato ritenuto insussistente il rapporto di causalità adeguata con riferimento alla spedizione via posta del titolo di credito nella sua materialità, rispetto al pur noto il rischio di trafugamento ed alterazione del titolo stesso, *a fortiori* dovrà negarsi rilevanza causale adeguata e prossima al contegno del ricorrente che, senza privarsi del titolo (comunque non trasferibile) nella sua materialità, ne abbia trasmesso via internet la scansione a chi, ponendo in essere condotte sanzionabili penalmente, lo abbia utilizzato per clonare il titolo originale per poi incassarlo illegittimamente. Per converso, sono colposamente venute meno agli obblighi professionali le condotte – queste sì, prossime alla causazione del danno – tanto dell’Intermediario emittente, che ha violato obblighi contrattuali, quanto dell’Intermediario negoziatore (per il quale pure viene in rilievo una responsabilità che non è oggettiva ma per colpa e contrattuale, da contatto sociale), che in concorso col primo ha dato luogo ad una concausa prossima, adeguata e sufficiente del danno occorso al ricorrente in conseguenza dell’illegittimo incasso dell’assegno circolare.

Conclusivamente, il Collegio, in accoglimento del ricorso, ha riconosciuto la responsabilità solidale di entrambi gli Intermediari, da ripartire nella misura del 60% a carico dell’Intermediario emittente e del 40% dell’Intermediario negoziatore, in ragione della maggior immediatezza e rilevanza dell’anomalia sfuggita al controllo del primo.

Qui la decisione: [Decisione dell’Abf di Palermo, n. 12609/2019](#)

***Violazione dell'obbligo di consegna del FI ed operatività
dell'eccezione di prescrizione per il rimborso di buoni postali
fruttiferi***

Collegio di Coordinamento, decisione N. 17814 del 18 luglio 2019

di Donato Giovenzana

Il Collegio Abf rimettente (*ndr.* quello di Milano)

- in ragione della constatazione che la controversia in esame pone la questione della eventuale incidenza della violazione dell'obbligo di consegna del Foglio Informativo sulla operatività dell'eccezione di prescrizione sollevata dall'intermediario resistente,
- conscio dell'orientamento dei Collegi ABF, secondo cui, una volta completato il previsto termine decennale, la formulazione dell'eccezione di prescrizione varrebbe a determinare ineluttabilmente l'estinzione del diritto del sottoscrittore a riscuotere il capitale con gli interessi, fatta salva la possibilità di una domanda risarcitoria fondata sull'accertata violazione dell'obbligo di consegna del Foglio Informativo, tant'è che con la stessa ordinanza di remissione riconosce che *"finché si permanga in una prospettiva di ius strictum, l'orientamento in esame appare nel suo complesso difficilmente superabile"*
- ha sottoposto al Collegio di Coordinamento la verifica dell'applicabilità a fattispecie analoghe a quella in esame dell'istituto di diritto sostanziale denominato *exceptio doli generalis*, idoneo a neutralizzare gli effetti dell'esercizio di una pretesa o di un potere formalmente fondati allorché, il darvi corso si rivelasse, alla luce delle circostanze concrete, contrario a buona fede (oggettiva). A conforto di detta tesi precisa che la violazione da parte dell'intermediario dell'obbligo normativamente previsto di consegnare il Foglio Informativo consentirebbe al medesimo di trarre vantaggio da un proprio pregresso inadempimento approfittando del deficit di conoscenza (la durata dei titoli) cagionato all'investitore, cui è stata tolta la possibilità di usufruire di una compiuta e immediatamente accessibile rappresentazione dei termini della operazione.

Il Collegio di coordinamento, nel respingere il ricorso, ha ritenuto detta tesi infondata, in quanto

- la *"exceptio doli generalis seu praesentis"* indica il dolo attuale, commesso al momento in cui viene intentata l'azione nel processo, e costituisce un rimedio di carattere generale, utilizzabile anche al di fuori delle ipotesi espressamente codificate, il quale è diretto a precludere l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti di volta in volta attribuiti dall'ordinamento, paralizzando l'efficacia dell'atto che ne costituisce la fonte o giustificando il rigetto della domanda giudiziale fondata sul medesimo, ogni qualvolta l'attore abbia sottaciuto situazioni sopravvenute al contratto e aventi forza modificativa o estintiva del diritto, ovvero abbia avanzato richieste di

pagamento “prima facie” abusive o fraudolente, o ancora abbia contravvenuto al divieto di “venire contra factum proprium”;

- tale rimedio si distingue dalla “*exceptio doli specialis seu preteriti*”, la quale indica invece il dolo commesso al tempo della conclusione dell’atto, ed è diretta a far valere (in via di azione o eccezione) l’esistenza di raggiri impiegati per indurre un soggetto a porre in essere un determinato negozio, al fine di ottenerne l’annullamento, ovvero a denunciare la violazione dell’obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, la quale assume rilievo, quale dolo incidente, nel caso in cui l’attività ingannatrice abbia influito su modalità del negozio che la parte non avrebbe accettato, se non fosse stata fuorviata dal raggiri, e non comporta l’invalidità del contratto, ma la responsabilità del contraente in mala fede per i danni arrecati dal suo comportamento illecito, i quali vanno commisurati al minor vantaggio e al maggior aggravio economico subiti dalla parte che ne è rimasta vittima, salvo che sia dimostrata l’esistenza di danni ulteriori, collegati a detto comportamento da un nesso di consequenzialità diretta;
- non risulta in alcun modo che nel momento in cui l’intermediario ha negato il diritto del ricorrente ad ottenere il rimborso dei buoni facendo valere la prescrizione abbia agito dolosamente (è agevole supporre che non si sia neppure posto il problema della omessa consegna del Foglio Informativo all’epoca della sottoscrizione) né che abbia sottaciuto situazioni sopravvenute al contratto favorevoli al ricorrente; peraltro, anche avendo riguardo al momento iniziale del rapporto (coincidente con l’acquisto dei buoni da parte del ricorrente), non viene in rilievo alcun elemento utile a ritenere che la omessa consegna del Foglio Informativo al sottoscrittore possa essere ascritta a dolo piuttosto che a mera negligenza dei dipendenti dell’intermediario, né che sia stato tenuto dai medesimi un qualsiasi comportamento fraudolento;
- va considerato, sia sotto il profilo del necessario nesso causale, sia sotto quello del divieto di “*venire contra factum proprium*” che, da un lato, al di là delle mere affermazioni del ricorrente, occorrerebbero elementi fattuali utili a dimostrare che effettivamente la protratta inattività del medesimo è dipesa dalla mancata consegna del Foglio Informativo e, dall’altro lato, non può andare esente da critiche il comportamento della stessa parte ricorrente, che, nel momento dell’acquisto dei buoni, quale buon investitore avrebbe dovuto necessariamente informarsi di un elemento fondamentale quale la durata dell’investimento.

Il Collegio di Coordinamento ha enunciato il seguente principio di diritto:

- “*La mancata consegna al sottoscrittore al momento dell’acquisto dei buoni del Foglio Informativo non impedisce all’intermediario di eccepire, allorché ne venga richiesto il pagamento, l’intervenuta prescrizione*”.

Qui la decisione: [Decisione N. 17814 del 18 luglio 2019](#)

Buoni postali Q/P: l'ABF conferma il diritto ai maggiori interessi

di Avv. Francesco Giordano

Collegio ABF Bologna del 12 settembre 2019

Ancora una decisione dell'Arbitro Bancario Finanziario che riguarda il contenzioso sulla misura degli interessi dei buoni fruttiferi postali emessi successivamente al 1/7/1986 con tassi d'interesse inferiori rispetto a quelli della serie precedente.

L'Arbitro Bancario Finanziario, con la decisione del 10/9/2019 ha accolto il ricorso presentato da un risparmiatore che lamentava la liquidazione di un rendimento diverso da quello indicato sul retro dei buoni.

La questione, come noto, riguarda i buoni postali della serie "Q" per i quali Poste Italiane ha continuato a utilizzare la vecchia modulistica serie "P" che ovviamente riportava i precedenti tassi di interesse.

Infatti, anche se sui buoni erano stati apposti dei timbri (che indicavano, sul fronte, la nuova serie, e nel retro i nuovi rendimenti) gli stessi sono da ritenersi incompleti in quanto indicano i nuovi tassi solo per i primi venti anni, nulla modificando per quelli dal 21° al 30°.

In questi casi l'orientamento dell'ABF è ormai consolidato nel senso che «il vincolo contrattuale tra emittente e sottoscrittore dei titoli [...] si forma [...] sulla base dei dati risultanti dal testo dei buoni di volta in volta sottoscritti». In applicazione di tale orientamento, il Collegio di Bologna ha riconosciuto, nel caso specifico, che *relativamente ai BFP serie «Q/P», emessi il 1° settembre 1986, la liquidazione degli interessi dal 21° al 30° anno va effettuata secondo quanto riportato sul retro del titolo medesimo.*

Sviluppando i conteggi la differenza di rendimento a favore del cliente risulta pari a circa 20.000 euro, a fronte di un buono di 5 milioni di lire.

Va ribadito che la questione decisa dall'ABF riguarda solo i Buoni Postali successivi al 1/7/1986 ed emessi utilizzando i vecchi stampati (con l'aggiunta del timbro) mentre per i possessori di buoni emessi precedentemente la variazione deve ritenersi legittima, in base all'orientamento espresso dalla Cassazione.

Qui la pronuncia: [Collegio ABF Bologna del 12 settembre 2019](#)

Conto corrente bancario e successione ereditaria; si fa strada il nuovo “orientamento” nonostante la diversa prassi bancaria

Collegio ABF di Palermo, pubblicata il 29 ottobre 2019, decisione n. 12615

di Donato Giovenzana

La questione oggetto della decisione in argomento – confermata da altre due fotocopia – concerne la richiesta di liquidazione, avanzata da un coerede, della quota di spettanza sui rapporti intrattenuti in vita dal genitore defunto presso la banca resistente e caduti in successione.

Il ricorrente considera illegittimo il rifiuto opposto dalla banca resistente, la quale ritiene necessario il consenso di tutti i coeredi al fine di procedere alla liquidazione. Sul delicato tema della configurabilità di un litisconsorzio necessario tra gli eredi del creditore nell'azione per il pagamento delle somme dovute al loro dante causa, il Collegio ABF richiama l'orientamento espresso dalle SS. UU. della Corte di Cassazione, nella sentenza n. 24657/2007: *“In conclusione, si deve affermare il principio secondo cui i crediti del de cuius non si dividono automaticamente tra i coeredi in ragione delle rispettive quote, ma entrano a far parte della comunione ereditaria; ciascuno dei partecipanti ad essa può agire singolarmente per far valere l'intero credito ereditario comune o anche la sola parte di credito proporzionale alla quota ereditaria, senza necessità di integrare il contraddittorio nei confronti di tutti gli altri coeredi. La partecipazione al giudizio di costoro può essere richiesta dal convenuto debitore in relazione ad un concreto interesse all'accertamento nei confronti di tutti della sussistenza o meno del credito”*.

Sul punto viene altresì evidenziato quanto espresso recentemente dal Collegio di Coordinamento ABF, che ha stabilito che *“il singolo erede è legittimato a far valere davanti all'ABF il credito del de cuius caduto in successione sia limitatamente alla propria quota, sia per l'intero, senza che l'intermediario resistente possa eccepire l'inammissibilità del ricorso deducendo la necessità del litisconsorzio né richiedere la chiamata in causa degli altri coeredi. Il pagamento compiuto dall'intermediario resistente a mani del coerede ricorrente avrà efficacia liberatoria anche nei confronti dei coeredi che non hanno agito, i quali potranno far valere le proprie ragioni solo nei confronti del medesimo ricorrente.”* (ABF Collegio di Coordinamento n. 27252/2018).

Per il che il Collegio ABF di Palermo ha riconosciuto, in conformità alla giurisprudenza sopra citata, il diritto del ricorrente ad ottenere la liquidazione della propria quota dei crediti ereditari, senza che sia necessario chiamare in causa gli altri coeredi o la loro sottoscrizione della quietanza rilasciata dalla banca.

Qui la pronuncia: [Decisione n. 12615 del Collegio ABF di Palermo, pubblicata il 29 ottobre 2019](#)

Sulla sorte del conto corrente bancario in caso di morte del correntista

Collegio Coordinamento ABF, decisione n. 24360/19

di Donato Giovenzana

Dopo la rilevante decisione n. 5305 del 17 ottobre 2013 (concernente il decesso del cointestatario del c/c) nonché l'altrettanto importante decisione n. 27252 del 20 dicembre 2018 (afferente il potere del singolo coerede di pretendere l'adempimento dell'obbligazione pro quota ovvero per l'intero), il Collegio di Coordinamento ABF è stato chiamato ad affrontare la questione se l'apertura della successione comporti l'estinzione del conto corrente bancario, oppure la successione degli eredi nel rapporto contrattuale; la questione risulta controversa non solo in seno all'ABF, ma anche in dottrina, nel cui contesto si riscontra, in materia, un analogo contrasto di opinioni.

- Secondo il primo orientamento il rapporto di conto corrente bancario prosegue anche dopo la morte del correntista, succedendovi gli eredi (che, ovviamente, abbiano accettato l'eredità, sic et simpliciter o con beneficio di inventario). Detto orientamento è seguito dal Collegio di Roma (Vds. dec. n. 7619 del 6 aprile 2018), secondo cui, postasi la questione di stabilire a quale data il conto corrente dedotto in lite avrebbe dovuto considerarsi chiuso, si perviene alla conclusione che: *"...la morte del correntista non determina l'estinzione automatica del rapporto di conto corrente bancario, bensì la sua prosecuzione con subentro nel rapporto dei suoi eredi, e salva ovviamente la facoltà di entrambe le parti di recedere successivamente dal rapporto contrattuale così proseguito"*. Il Collegio di Roma puntualizza ulteriormente che *"non pare che nel rapporto di conto corrente bancario come tale possa ravvisarsi quell'intuitus personae normalmente sotteso alla scelta del mandatario e che allora, secondo l'art. 1722 c.c., giustifica la normale estinzione del contratto di mandato in caso di morte del mandante"*.
- Il secondo orientamento, qualificato il contratto di conto corrente bancario come un contratto innominato misto – costituito da concorrenti elementi di diversi negozi tipici, con prevalenza delle prestazioni tipiche del contratto di mandato –, sostiene l'applicabilità dell'art. 1722, 1° c. n. 4) c.c., che prevede l'estinzione del mandato in seguito alla morte del mandante. Detto orientamento è seguito dal Collegio di Milano, il quale, in una serie di decisioni (n. 14866 del 18/06/2019, n. 9469 del 04/04/2019, n. 1931 del 31/3/2014), ha avuto occasione di affermare che, a partire dalla data di decesso del correntista (ovvero da quella in cui il decesso sia con certezza conosciuto dalla banca), l'intermediario debba astenersi dal compiere sul conto intestato al defunto qualsiasi ulteriore operazione, in quanto il rapporto di conto corrente bancario – riconducibile al mandato – sarebbe da ritenersi automaticamente estinto con la morte del cliente, in ossequio all'art. 1722, comma 1° n. 4), c.c. Anche la Corte di Cassazione (sentenze n. 5264/2000 e n. 12921/1992) ha affermato che il rapporto di conto corrente

si scioglie in seguito alla morte del correntista, in virtù della cessazione del rapporto di mandato fra il cliente e la banca.

Il Collegio di coordinamento, in esito ad una valutazione analitica delle due contrapposte prospettazioni, ha ritenuto che la tesi favorevole alla trasmissibilità del rapporto di conto corrente agli eredi sia preferibile. Tuttavia, ha evidenziato che, una volta acquisita conoscenza del decesso del correntista, si apre, per la banca, una fase dove si intensifica la necessità di rispettare i canoni della correttezza e della buona fede. Tali canoni si traducono e si specificano, per un verso, in comportamenti ispirati a prudenza e a buona amministrazione, volti a conservare integre le ragioni dell'eredità; una volta identificati gli eredi, per un altro verso, in obblighi di trasparenza e di tempestiva, puntuale ed esauriente informazione. La banca, dunque, è tenuta ad inviare al successore, al più presto, ogni informazione in suo possesso sullo stato del conto corrente: la consistenza, la presenza di debiti, di polizze assicurative; possibilmente, a informarlo circa il diritto di recesso, ad interpellarlo riguardo all'esercizio di questo diritto e alla eventuale sospensione di pagamenti che l'erede ritenga non più utili. Al successore a qualsiasi titolo è espressamente riconosciuto il diritto di ottenere copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni (art. 119 c. 4 TUB). D'altro canto, è certamente onere degli eredi dare tempestiva notizia alla banca della morte del correntista. Per il che, il Collegio di coordinamento ha enunciato il seguente principio di diritto:

“Il contratto di conto corrente bancario non si estingue automaticamente per effetto della morte del correntista, ma in conseguenza di una espressa manifestazione di volontà da parte degli eredi. Resta fermo che il comportamento della banca debba essere improntato a correttezza e buona fede anche nei confronti degli eredi”.

Qui la decisione: [Collegio Coord. ABF, Dec. n. 24360/19](#)

La valutazione di adeguatezza: breve vademecum dell'ACF

ACF, 25 novembre 2019, n. 2030.

di Antonio Zurlo

Con la decisione in oggetto l'Arbitro per le Controversie Finanziarie (d'ora innanzi, ACF) rassegna le questioni più rilevanti, in relazione alla valutazione di adeguatezza di un'operazione finanziaria, alla sua fattiva esecuzione, nonché agli eventuali corollari processuali (profili di responsabilità ascrivibili all'intermediario e ripartizione dell'onere probatorio tra quest'ultimo e il cliente – investitore).

Sugli intermediari grava anche un generale obbligo di profilatura dei singoli prodotti, atteso che ciò costituisce un presupposto logico per l'attuazione di una corretta valutazione di adeguatezza degli stessi rispetto al profilo di rischio del cliente. E, allora, non può convincere il fatto che l'intermediario abbia riconosciuto ai propri titoli azionari un profilo di "rischio basso" al momento della sottoscrizione. Infatti, come già ha avuto modo di rilevare questo Collegio in casi analoghi, tale valutazione *non può che suscitare quantomeno forti perplessità in termini di ragionevolezza, non solo in considerazione del fatto che trattavasi, comunque, di capitale di rischio ma, e soprattutto, per la loro natura di strumenti illiquidi, che in quanto tali espongono il risparmiatore non solo al rischio di possibile perdita prospettica dell'intero capitale investito ma anche a quello ben più concreto di trovarsi nella condizione di non poter liquidare l'investimento in tempi ragionevoli*^[1].

L'adeguatezza deve, peraltro, essere valutata anche assumendo come riferimento un parametro quantitativo, ovvero sia la concentrazione di titoli della stessa natura nel portafoglio del cliente – investitore. A tal riguardo, in una fattispecie non dissimile da quella oggetto della decisione annotata^[2], l'ACF aveva già rilevato che, *a prescindere dalla qualificazione del servizio prestato, un inadempimento di quest'ultimo emerge, in termini generali, con riguardo a tutte le operazioni complessivamente considerate, dalla concentrazione degli investimenti del Ricorrente in titoli azionari dello stesso Intermediario e dalla mancata diversificazione del portafoglio titoli, che costituiscono indice sintomatico di una strategia d'investimento "suggerita" dall'Intermediario per favorire il collocamento di strumenti da esso stesso emessi, in evidente contrasto con l'interesse del cliente. Al contempo, l'intermediario, per adempiere al meglio il proprio incarico, avrebbe dovuto diligentemente valutare l'adeguatezza non solo delle singole operazioni, ma anche dell'investimento complessivamente effettuato dal Ricorrente. Di tal guisa, è stato anche evidenziato che un dossier titoli composto per la sua interezza di titoli illiquidi debba essere di per sé considerato come strutturalmente inadeguato*^[3].

Relativamente all'asserita violazione delle disposizioni contenute nella Comunicazione Consob del 2 marzo 2009, n. 9019104, in materia di illiquidi, il Collegio rileva preliminarmente come la Banca resistente, non avendo considerando illiquidi i propri titoli azionari, avesse implicitamente riconosciuto di non aver rispettato i più stringenti obblighi ivi presenti, perlomeno con riferimento a quelle operazioni di investimento concluse dopo l'adozione della Comunicazione *de qua*.

Sulla questione, è stato, invero a più riprese, affermato che *se [sia] vero che la liquidità, così come per converso l'illiquidità, di uno strumento finanziario [sia] una situazione di fatto, e che dunque [sia] ben possibile, con riferimento ad un medesimo strumento finanziario, che quella situazione si modifichi nel corso del tempo, sicché uno strumento che prima era liquido divenga illiquido, o viceversa, vero è anche che in presenza di una situazione di fatto [...] in cui il titolo è da tempo pacificamente illiquido [...] è evidentemente preciso onere dell'intermediario fornire una prova adeguata del fatto contrario, vale a dire del fatto che, invece, alla data dell'operazione di investimento esisteva la asserita condizione di liquidità*. Precisa, inoltre, lo stesso Collegio come, nel caso in cui l'intermediario, *per giustificare di non aver fornito le informazioni di dettaglio prescritte dalla Comunicazione CONSOB del marzo 2009, si sia limitato ad allegare genericamente la classificazione delle azioni come liquide, al momento della sottoscrizione, ma senza fornire, al contempo, alcuna prova dell'effettivo grado di liquidità a quella medesima data, debba ritenersi conseguentemente accertato l'ulteriore inadempimento del resistente ai propri specifici obblighi di informazione*^[4].

Con riferimento al puntuale adempimento degli obblighi informativi, normativamente previsti, ai sensi dell'art. 21 TUF, nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento, gli intermediari sono tenuti ad agire con diligenza, correttezza e trasparenza per soddisfare al meglio gli interessi dei propri clienti, nonché preservare l'integrità del mercato. In tale ottica, sono tenuti ad acquisire le informazioni necessarie per poter operare in modo che i clienti siano sempre adeguatamente informati, mediante la predisposizione di un set informativo specificamente parametrato al profilo effettivo del singolo investitore. Gli obblighi informativi *de quibus* si inseriscono, difatti, in un'architettura normativa finalizzata a ottimizzare la realizzazione degli interessi propri di ciascun cliente, *adattando la prestazione erogata in ragione delle specifiche caratteristiche (esperienza, conoscenza, obiettivi di investimento, situazione patrimoniale) del contraente*. Su di un piano più strettamente operativo, ne deriva che *la mera pubblicazione e messa a disposizione di un prospetto di offerta non è sufficiente a far ritenere che siano correttamente adempiuti gli (ulteriori e finalisticamente differenziati) obblighi di informazione che l'intermediario, in quanto tale, è tenuto ad osservare nei confronti della clientela, poiché l'intermediario (ancorché anche emittente) che fornisce un servizio di investimento [...] non può all'evidenza limitarsi ad informare la clientela della circostanza che è stato pubblicato un prospetto informativo e che tale prospetto è disponibile per gli interessati*^[5].

Da ultimo, *devesi rilevare che, mentre è onere dell'intermediario dimostrare di avere agito con tutta la diligenza richiesta, è onere del ricorrente fornire adeguata evidenza che la violazione che egli imputa all'intermediario medesimo gli abbia provocato un danno concreto ed attuale*^[6].

[Qui il testo integrale della decisione.](#)

^[1] V, tra le tante, ACF, 29 novembre 2017, n. 127.

^[2] Il riferimento è a ACF, 9 febbraio 2018, n. 262.

^[3] In tal senso, ACF, 9 marzo 2018, n. 314.

^[4] V. ACF, 13 aprile 2018, n. 380.

^[5] Così, ACF, 6 ottobre 2017, n. 71.

^[6] V. *ex multis* ACF, 30 gennaio 2019, n. 1391.

***Risarcimento danni da inadempimento “informativo”: una
conoscenza consolidata degli strumenti negoziati potrebbe
essere causa di esclusione***

ACF, 23 dicembre 2019, n. 2102.

di Antonio Zurlo

La recentissima decisione in oggetto dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie (d'ora innanzi, ACF) propone un interessante profilo, nella delineazione del rapporto, problematico, tra inadempimento degli oneri informativi da parte dell'intermediario e risarcibilità del danno, nel caso in cui il cliente – investitore fosse comunque edotto *motu proprio* sulla natura e sulle caratteristiche del prodotto negoziato.

In via preliminare, l'ACF, reputando fondata l'eccezione sollevata dal resistente a proposito dell'intervenuta prescrizione della pretesa risarcitoria, azionata in relazione a tutte le operazioni di investimento eseguite dal ricorrente oltre il decennio dal primo atto interruttivo della prescrizione (rappresentato, nel caso di specie, dallo stesso reclamo), senza soluzione di continuità con l'orientamento precedentemente espresso, ribadisce come il *dies a quo* della decorrenza del termine prescrizione della pretesa risarcitoria, fondata sull'inadempimento degli obblighi di corretta informazione, debba essere necessariamente indentificato con il momento *in cui si consuma l'inadempimento e in cui si realizza, conseguentemente, la lesione del bene protetto, ossia la lesione del diritto del cliente di poter orientare consapevolmente le proprie scelte di investimento.*

A giudizio del Collegio non può, per converso, essere accreditata *la tesi che vuole identificare il dies a quo nel giorno in cui si manifesta la perdita sull'investimento compiuto, giacché tale esito non solo rappresenta la normale alea implicita in ogni investimento ma [...] costituisce anche un evento che non necessariamente può dirsi una conseguenza immediata e diretta, in termini causali, dell'inadempimento agli obblighi che devono essere assolti nella fase precontrattuale da parte dell'intermediario.*

Nel merito, la domanda di risarcimento dei danni conseguente all'inadempimento degli obblighi di informazione è da respingere. A tal riguardo, il ricorrente sembra dolersi non di una carenza informativa inerente alle caratteristiche e al grado di rischio degli strumenti finanziari al momento della sottoscrizione, quanto, piuttosto, della condotta successivamente posta in essere da parte resistente, che non avrebbe comunicato il successivo “aggravamento”, ovvero *sia avrebbe «omesso di informar[lo] che il prodotto finanziario sarebbe, in seguito, divenuto un prodotto illiquido».*

La censura non è meritevole di accoglimento. È premura del Collegio, difatti, rilevare la circostanza per cui nel portafoglio del ricorrente vi fosse *la presenza di un più che significativo quantitativo di azioni* già in un periodo precedente a quello oggetto di contestazione, e, al contempo, che *le stesse rinvenissero, a loro volta, da una serie di operazioni eseguite in arco di tempo estremamente prolungato: entrambi elementi evidentemente sintomatici della piena conoscenza, acquisita nel tempo, dal ricorrente, degli strumenti finanziari per cui è controversia, sì come dedotto dal resistente.*

In definitiva, l'ACF respinge la domanda risarcitoria, non perché, nel caso di specie, non fosse configurabile un inadempimento informativo a carico dell'intermediario (invero sussistente, dal momento che il resistente non aveva neppure fornito adeguata prova di aver assolto i propri obblighi informativi, in occasione delle operazioni contestate), quanto perché *la conoscenza degli strumenti finanziari e dell'emittente, già acquisita aliunde in ragione delle pregresse operazioni, consent[iva] di affermare che la scelta del ricorrente di continuare ad investire sul titolo [fosse] maturata in maniera, per così dire, indipendente da quelli che [erano] stati i comportamenti dell'intermediario*: di tal guisa, anche una più dettagliata informazione, in occasione delle operazioni, non sarebbe ragionevolmente stata in grado di modificare quella “abitudine inveterata di investimento” propria del ricorrente.

[Qui il testo integrale della decisione.](#)