



DR

Diritto del
Risparmio



Rivista di Diritto del Risparmio

RIVISTA
QUADRIMESTRALE

DI DOTTRINA E
GIURISPRUDENZA COMMENTATA

ANNO III

FASCICOLO N°3-2022

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 III

Fascicolo N° 3 – 2022
settembre – dicembre

ISSN 2785 -3004

DIREZIONE

Prof. Fernando Greco (Direttore Scientifico), Prof. Giuseppe Recinto, Prof. Massimo Proto, Cons. Prof.ssa Marilena Gorgoni, Prof. Pietro Marchetti, Prof. Francesco Accettella, Prof. Giovanni Pellerino, Prof. Francesco Porcari.

COMITATO SCIENTIFICO

Prof. Claudio Colombo, Prof. Vincenzo Cesaro, Cons. Prof. Aldo Angelo Dolmetta, Prof.ssa Paola Schwizer, Prof. Andrea Nervi, Prof. Mauro Paladini, Prof. Andrea Tina, Prof. Daniele Maffei, Prof. Claudio Scognamiglio, Prof. Carlo Pilia, Prof.ssa Lucilla Gatt, Prof.ssa Valentina Piccinini, Prof. Paolo Cucurachi, Prof. Gianfranco Liace, Prof. Tommaso Vito Russo, Prof. Andrea Barenghi, Prof.ssa Bárbara de la Vega Justríbó, Prof. José Leyva Saavedra.

COMITATO EDITORIALE

Prof. Stefano Cherti, Prof.ssa Francesca Dell'Anna Misurale, Prof.ssa Giovanna D'Alfonso, Prof.ssa Benedetta Sirgiovanni, Prof. Antonio De Mauro, Prof.ssa Carmen Perago, Prof. Salvatore De Vitis, Prof. Federico Raffaele, Prof. Vincenzo Farina, Dott. Sebastiano Costa, Dott.ssa Clara Barbiani, Dott. Mario Manna, Dott.ssa Nadia Denisi, Dott.ssa Francesca Buttazzo, Dott.ssa Laura Albanese, Dott. Marco Chironi, Dott. Antonio Zurlo, Dott. Michael Lecci, Dott. Enrico Pulieri, Dott.ssa Benedetta Coluccia

COORDINAMENTO EDITORIALE

Dott. Antonio Zurlo, Dott. Michael Lecci

GUIDELINE PER LA VALUTAZIONE E PUBBLICAZIONE DEI CONTRIBUTI

I contributi pubblicati sulla Rivista di Diritto del Risparmio sono selezionati in ossequio alle norme del Regolamento. Tutti i contenuti pubblicati all'interno della sezione Dottrina sono preliminarmente valutati dalla Direzione e dal Comitato Editoriale e, quindi, sottoposti a procedimento di revisione a doppio cieco in forma anonima (c.d. *double blind peer review*). Ogni contributo anonimizzato viene trasmesso per la valutazione e revisione a un Componenti del Comitato scientifico e a un accademico esterno. La valutazione finale viene trasmessa all'Autore del contributo, previa rimozione del nome dei valutatori.

Qualora i valutatori suggeriscano delle modifiche il Comitato Editoriale 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.

I contenuti pubblicati nella sezione "Massimario" non sono sottoposti a referaggio ma vengono sottoposti al vaglio della Direzione.

RIVISTA DI DIRITTO DEL RISPARMIO

Fascicolo N° 3 – 2022

settembre – dicembre

INDICE

Editoriale	i
<i>La Lexitor «è mobile, qual piuma al vento», a cura di F. Greco</i>	i
Rivista	1
C.E. Papadimitriu, <i>Le TechFin Companies nel mercato finanziari</i>	1
A. Centini, <i>Lo ius variandi dell'art. 126-sexies TUB. Nota a ABF, Collegio di Coordinamento, 25 giugno 2021, n. 15627</i>	22
M. Gnoni, <i>Il Whistleblowing: evoluzione normativa e problematiche applicative</i>	54
P. Francone, <i>L'istituto della negoziazione assistita alla luce della legge delega n. 206/2021</i>	67
A.M. Piotto, <i>Il pagamento effettuato dal solvens (banca) all'accipiens (erede testamentario): un'applicazione pratica del principio di apparentia iuris di cui all'art. 1189 c.c.</i>	87
A. Centini, <i>Le garanzie personali a presidio del finanziamento assistito dal Fondo di Garanzia per le piccole e medie imprese</i>	105
A. Buontempo, <i>Attivismo dei fondi di investimento e impatto sulla Corporate Governance: il ruolo di incentivo all'engagement e stewardship della disciplina europea sulla trasparenza degli emittenti quotati e investitori istituzionali</i>	116
V. Cancrini, <i>Capitalizzazione composta e capitalizzazione semplice: indeterminazione dell'oggetto contrattuale e carenza di accordo tra le parti</i>	155
M. Manna, <i>I Golden Powers dalla stagione delle privatizzazioni alle congiunture emergenziali: l'eterno ritorno dello Stato nell'economia</i>	184
Approfondimenti	216
F. Lamberti, <i>Report Consob DNF 2022: una lettura critica delle principali evidenze</i>	217
F. Greco, <i>Volontà e consenso nella trattativa automatizzata</i>	220
D. Nardone, <i>La rilevanza giuridica del fido di fatto nelle azioni di accertamento negativo del credito</i>	225
E. Olivieri, <i>Finanziamenti da società in house e garanzie di confidi: fattibilità e cautele</i>	250
<i>Atti del Convegno “Contrattualistica bancaria, finanziaria e assicurativa: tutele, sviluppi e prospettive” – L'informazione contrattuale e la conoscenza dell'investitore nell'intermediazione finanziaria</i>	259

<i>Atti del Convegno “Contrattualistica bancaria, finanziaria e assicurativa: tutele, sviluppi e prospettive” – La tutela del cliente a prova di futuro: giustiziabilità dei presidi rimediali. Intervento della Dott.ssa Margherita Laura Cartechini (Vice Capo del Servizio Tutela Individuale dei Clienti di Banca d’Italia).....</i>	260
Massimario.....	261
Diritto antitrust e dei consumatori.....	261
Accertamento del carattere abusivo di clausole in contratti stipulati con i consumatori: la nuova sentenza della CGUE. Nota a CGUE, 8 settembre 2022, C-80/21 e C-82/21.....	262
Sulla conservazione (generalizzata e indiscriminata) dei dati relativi al traffico telefonico: la sentenza della CGUE. Nota a CGUE, 20 settembre 2022, C-793/21 e C/794/21.....	264
“Consumatore medio”: CGUE, «abbiamo un problema»: la questione di pregiudizialità del Consiglio di Stato. Nota a Cons. Stato, Sez. VI, 10 ottobre 2022, n. 8650.....	266
Elenchi telefonici elettronici pubblici, telemarketing e trattamento dei dati personali: la sentenza della CGUE. Nota a CGUE, 27 ottobre 2022, C-129/21.....	268
Il condomino è equiparato al consumatore: la sentenza della CGUE. Nota a CGUE, 27 ottobre 2022, C-485/21.....	270
Contratti “point and click” conclusi con Compagnie Aere low-cost contenenti clausole abusive: dichiarata la giurisdizione del giudice italiano in deroga al Foro di competenza stabilito nelle condizioni generali di contratto Nota a Trib. Cuneo, 5 settembre 2022, n. 780.....	271
Tar Lazio – Annullato provvedimento AGCM contro Amazon e Apple per pratica anticoncorrenziale. Nota a TAR Lazio, Sez. I, 3 ottobre 2022.....	273
Difetto di conformità e onere della prova. Nota a Cass. Civ., Sez. II, 7 febbraio 2022, n. 3695.....	274
Sulla prova dell’esistenza del vizio. Nota a Cass. Civ., Sez. II, 15 settembre 2022, n. 27177.....	276
Diritto assicurativo.....	277
Inammissibilità prova testimoniale ex art. 135, comma 3bis, Codice delle Assicurazioni. Nota a Trib. Reggio Emilia, Sez. II, 9 novembre 2022, n. 1163.....	278
Differenza tra danno in re ipsa e danno presunto: i crediti da risarcimento assicurativo. Nota a Cass. Civ., Sez. III, 19 settembre 2022, n. 27389.....	279
Assicurazione responsabilità civile e rimborso spese di lite. Nota a Cass. Civ., Sez. III, 13 ottobre 2022, n. 29926.....	281
Assicurazioni e azione diretta del terzo trasportato: la sentenza delle Sezioni Unite. Nota a Cass. Civ., Sez. Un., 30 novembre 2022, n. 35318.....	282
Diritto bancario.....	283
Carta di credito revolving: sulla difformità tra il TAEG indicato nel contratto e il TAEG effettivo. Nota a ABF, Collegio di Roma, 3 giugno 2022, n. 8734..	284

La fattispecie del “Man in the Browser”. Nota a ABF, Collegio di Roma, 27 giugno 2022, n. 9866.....	287
Vaglia ordinario: ammortamento e prescrizione. Nota a ABF, Collegio di Milano, 8 luglio 2022, n. 10290.....	291
Sui danni da cancellazione tardiva dell’ipoteca. Nota a ABF, Collegio di Bologna, 14 luglio 2022, n. 10528.....	293
Sul danno (patrimoniale e non patrimoniale) da segnalazione illegittima in SIC. Nota a ABF, Collegio di Palermo, 27 luglio 2022, n. 11256.....	294
Limite decennale ex art. 119 TUB e onere della prova (documentale). Nota a ABF, Collegio di Bologna, 26 agosto 2022, n. 11927.....	295
Accesso alla documentazione bancaria e limite decennale dell’art. 119 TUB: la recente decisione del Collegio ABF di Torino. Nota a ABF, Collegio di Torino, 9 settembre 2022, n. 12151.....	296
Moratoria dei finanziamenti ai sensi dell’art. 56 D.L. n. 18/2020 e violazione obblighi informativi: la nuova decisione del Collegio ABF di Roma. Nota a ABF, Collegio di Roma, 14 settembre 2022, n. 12211.....	298
Lo scostamento tra TAEG pattuito e TAEG effettivamente applicato nei contratti di apertura di credito utilizzabili con carta di credito revolving. Nota a ABF, Collegio di Bologna, 15 settembre 2022, n. 12280.....	300
Surroga di mutuo: obbligo di chiarezza e contenimento dei tempi di istruttoria della pratica. Nota a ABF, Collegio di Bologna, 7 ottobre 2022.....	302
Sull’esclusione dell’efficacia preclusiva della quietanza liberatoria nei contratti di cessione del quinto. Nota a ABF, Collegio di Milano, 7 ottobre 2022, n. 12997.....	303
Utilizzi fraudolenti e invio di OTP a utenza associata a più dispositivi: la decisione del Collegio di Coordinamento dell’ABF. Nota a ABF, Collegio di Coordinamento, 18 ottobre 2022, n. 13398.....	305
Piano di ammortamento e responsabilità precontrattuale dell’intermediario: la decisione del Collegio di Coordinamento dell’ABF. Nota a ABF, Collegio di Coordinamento, 8 novembre 2022, n. 14376.....	306
Gestione del conto corrente, tra principi generali (trasparenza, buona fede e correttezza) nell’esecuzione e regolamentazione: la sentenza del Tribunale di Massa. Nota a Trib. Massa, 10 gennaio 2022, n. 16 (segnalazione a cura dell’Avv. Antonio Tanza).....	307
Sospensione dell’esecuzione dei provvedimenti di rilascio di immobili se accertato il superamento del tasso-soglia per costi occulti. Nota a Procura della Repubblica presso il Tribunale di Vasto, 29 marzo 2022.....	318
Sulla validità, in mancanza di prova scritta, delle clausole contrattuali relative agli interessi debitori. Nota a Trib. Lecce, 4 aprile 2022.....	319
Contratti bancari in blocco: inattitudine probatoria dell’avviso in Gazzetta Ufficiale. Nota a Trib. Nocera Inferiore, 27 aprile 2022, n. 607.....	322
Cessione del credito in blocco: omesso deposito del contratto e inattitudine probatoria dell’avviso in Gazzetta Ufficiale. Nota a App. Bari, Sez. II, 2 maggio 2022, n. 676.....	323

Cessione del credito: omesso deposito contratto e necessità di comprovare l'inclusione del credito ceduto. Nota a Trib. Pavia, Sez. III, 4 maggio 2022, n. 620.....	324
Cessione del credito: omesso deposito del contratto e revoca del decreto ingiuntivo. Nota a Trib. Velletri, 16 maggio 2022, n. 989.....	325
Apertura di credito: anatocismo, usura e commissione di massimo scoperto. Nota a Trib. Roma, sez. XVI, 25 maggio 2022 (segnalazione dell'Avv. Antonio Tanza).....	326
Cessione crediti in blocco: avviso in Gazzetta Ufficiale, indicazione generica crediti in sofferenza e rinvio a sito internet. Nota a Trib. Santa Maria Capua Vetere, 7 giugno 2022, n. 2172.....	328
Cartolarizzazione ex art. 58 TUB: Avviso in Gazzetta Ufficiale generico, omesso deposito del contratto e rilevanza d'ufficio del difetto di legittimazione del cessionario. Nota a Trib. Napoli Nord, Sez. III, 8 giugno 2022, n. 2217.....	329
Cessione del credito: avviso in Gazzetta Ufficiale ha mera funzione pubblicitaria (conseguendone il difetto di legittimazione del cessionario e il rigetto dell'opposizione al progetto di distribuzione). Nota a Trib. Spoleto, 23 giugno 2022, n. 437.	330
Cessione di crediti in blocco: mancato deposito del contratto e difetto di legittimazione attiva del cessionario. Nota a Trib. Salerno, Sez. I, 5 luglio 2022, n. 2457.	331
Cessione di crediti in blocco: pubblicità notizia in Gazzetta ufficiale e mancanza controllo legalità in poligrafico. Nota a Trib. Benevento, 7 luglio 2022, n. 1630.	332
Prova della forma scritta dei contratti accessori e valore delle istruzioni di Banca d'Italia (in tema di verifica della usurarietà). Nota a Trib. Latina, Sez. I, 18 luglio 2022.....	333
Lexitor: determinazione della competenza sulla sola base del "petitum immediato". Nota a Trib. Roma, Sez. XVII, 21 luglio 2022.	335
Sulla determinazione degli interessi in caso di ripetizione dell'indebitato. Nota a Trib. Taranto, 12 agosto 2022, n.	337
Cessione credito ex art. 58 TUB: omesso deposito del contratto e difetto legittimazione cessionario (rilevanza d'ufficio). Nota a App. Milano, Sez. I, 26 agosto 2022, n. 2776.	338
Mutuo con tasso floor: la "scommessa" a rischio zero per la Banca mutuante. Nota a App. Milano, Sez. I, 6 settembre 2022, n. 2836.	339
Manipolazione del tasso Euribor (con contratto antecedente al periodo attenzionato e con Banca esterna al cartello): nullità (parziale) e sostituzione dei tassi di interesse. Nota a App. Cagliari, 8 settembre 2022, n. 260.	340
Phishing: sull'onere probatorio dell'intermediario per mancata attivazione dell'sms alert e mancato adeguamento dei presidi di sicurezza. Nota a App. Firenze, Sez. II, 8 settembre 2022, n. 1945.....	345
Onere produzione estratti conto ed eccezione di prescrizione delle rimesse. Nota a App. Venezia, Sez. I, 13 settembre 2022, n. 1922.	347

Cessione crediti in blocco e legittimazione attiva: accoglimento opposizione ex art. 615 c.p.c. (con condanna alle spese di lite). Nota a Trib. Ancona, 14 settembre 2022, n. 1007.	350
Sul dovere dei clienti di proteggere le credenziali di sicurezza personalizzate. Nota a Trib. Milano, Sez. VI, 15 settembre 2022.....	351
Cessione credito: deposito contratto con omessa descrizione sufficientemente in termini di categorie e tempi di maturazione del credito. Nota a Trib. Napoli, 20 settembre 2022, n. 8245.	352
Cessione del credito: omesso deposito del contratto, difetto di legittimazione del cessionario e rilevanza d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio. Nota a Trib. Velletri, Sez. II, 21 settembre 2022, n. 1730.	353
Mutuo fondiario: superamento del limite di finanziabilità e nullità del precetto. Nota a Trib. Asti, 23 settembre 2022.....	354
Fideiussione omnibus o contratto autonomo di garanzia: l'erma bifronte della giurisprudenza. Nota a App. Lecce (Sez. Taranto), 23 settembre 2022, n. 317.	356
L'individuazione delle rimesse solutorie prescritte deve avvenire sul saldo banca e non sul saldo rettificato. Nota a App. Lecce, Sez. I, 23 settembre 2022.	357
Cessione in blocco credito: pubblicità notizia su Gazzetta Ufficiale e omesso controllo di legalità. Nota a Trib. Benevento, 30 settembre 2022, n. 2131. ..	359
Cessione di crediti in blocco e prova della titolarità del credito in capo al cessionario: criteri vaghi e onnicomprensivi. Nota a Trib. Sciacca, 3 ottobre 2022, n. 407.	360
La verifica della solutorietà della rimessa è da calcolarsi sul saldo banca. Nota a Trib. Torino, Sez. I, 3 ottobre 2022, n. 3821.....	361
In tema di distinzione tra rimesse solutorie e ripristinatorie in conto corrente, a seguito di sconfinamento: la sentenza del Tribunale di Reggio Emilia. Nota a Trib. Reggio Emilia, 6 ottobre 2022, n. 1023.	364
Cessione del credito: mancato deposito della lista dei debitori ceduti e irrilevanza dell'estratto autentico notariale. Nota a Trib. Torino, 12 ottobre 2022, n. 3943.	365
Cessione in blocco credito: rinvio al sito internet per la lista dei crediti ceduti. Nota a Trib. Forlì, 13 ottobre 2022, n. 916.	366
Cessione di crediti in blocco: prova inclusione, omesso deposito del contratto e valore avviso della Gazzetta Ufficiale. Nota a Trib. Frosinone, 14 ottobre 2022, n. 859.	367
Fideiussione omnibus sottoscritta dopo il Provvedimento n. 55/2005: tra giudizio stand alone e preclusione del rilievo officioso della nullità parziale. Nota a Trib. Milano, Sez. XIV, 17 ottobre 2022, n. 8031.....	368
Fideiussioni modello ABI e decadenza art. 1957 c.c. Nota a App. Napoli, Sez. VII, 18 ottobre 2022, n. 4336.....	372
Errore nelle operazioni di pagamento online. Nota a Trib. Ascoli Piceno, 25 ottobre 2022, n.679.....	374
Cessione in blocco: generico riferimento ai crediti ceduti. Nota a Trib. Spoleto, 27 ottobre 2022, n. 679.....	376

Il Tribunale di Lecce esclude l’anatocismo nel piano di ammortamento c.d. “alla francese”. Nota a Trib. Lecce, 2 novembre 2022, n. 3054.	377
Cessione dei crediti in blocco: l’espressione “crediti deteriorati”, nell’avviso in Gazzetta Ufficiale, è generica. Nota a Trib. Cassino, 15 novembre 2022, n. 1528.	378
Buoni Fruttiferi Postali Serie Q/P: il merito continua ad “opporci” alla Cassazione (invocando le Sezioni Unite). Nota a Trib. Velletri, 16 novembre 2022, n. 2113.....	379
Cessione in blocco ex art. 58 TUB: le prova della legittimazione in caso di cessioni multiple. Nota a App. Milano, Sez. I, 22 novembre 2022, n. 3674....	383
Cessione in blocco ex art. 58 TUB: carenza legittimazione della creditrice, mancata prova dell’inclusione del credito e liberazione delle somme vincolate. Nota a Trib. Ferrara, 25 novembre 2022.....	384
Cessione in blocco: la pubblicazione nella stessa data di due cessioni in blocco su Gazzetta Ufficiale del medesimo cessionario per periodi temporali sovrapponibili genera incertezza sui crediti ceduti. Nota a Trib. Bologna, Sez. III, 25 novembre 2022, n. 2897.	385
Cessione in blocco ex art. 58 TUB: mancata deposito del contratto e difetto di legittimazione del cessionario. Nota a Trib. Firenze, 5 dicembre 2022, n. 3401.	386
Rimesse solutorie: il parametro di riferimento è il saldo rettificato. Nota a Trib. Milano, Sez. VI, 9 dicembre 2022, n. 9654.....	387
Cessione credito in blocco: la dichiarazione del cedente non ha valenza sostitutiva del contratto di cessione. Nota a Trib. Brescia, Sez. IV, 21 dicembre 2022, n. 3086.....	389
Invalità contratto monofirma sottoscritto anteriormente al 1992. 502 Nota a Cass. Civ., Sez. I, 15 giugno 2022, n. 19298.	390
Sul rapporto tra l’art. 119 TUB e l’art. 210 c.p.c. Nota a Cass. Civ., Sez. I, 1 agosto 2022, n. 23861.....	391
Sul valore dell’ISC. Nota a Cass. Civ., Sez. VI, 9 settembre 2022, n. 26585..	392
Rapporto di conto corrente: ripartizione onere probatorio nel caso di mancanza di una parte degli estratti conto. Nota a Cass. Civ., Sez. I, 19 settembre 2022, n. 27362.	393
Nullità del contratto-quadro in appello. Nota a Cass. Civ., Sez. I, 29 settembre 2022, n. 28377.....	394
Ripetizione di indebito e onere della prova. Nota a Cass. Civ., Sez. I, 12 ottobre 2022, n. 29855.....	395
Le “varianti” del saldo di partenza nelle domande di accertamento e ripetizione di indebito. Nota a Cass. Civ., Sez. I, 11 novembre 2022, n. 33360.....	397
Onere della prova e fido di fatto. Nota a Cass. Civ., Sez. I, 11 novembre 2022, n. 33334.	399
Mutuo fondiario: la sentenza delle Sezioni Unite Civili (n. 33719/2022).	400
Usura e capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi. Nota a Cass. Civ., Sez. I, 17 novembre 2022, n. 33964.	401

Irretroattività del meccanismo sostitutivo ex art. 117 TUB. Nota a Cass. Civ., Sez. I, 24 novembre 2022, n. 34600.	402
Usura: i decreti ministeriali sono fonti integrative del diritto. Nota a Cass. Civ., Sez. I, 29 novembre 2022, n. 35102.	403
Validità della fideiussione omnibus, accertamento negativo e onere della prova sulla mancata stipulazione per iscritto del contratto di conto corrente. Nota a Cass. Civ., Sez. I, 30 novembre 2022, n. 35190.	404
Mancanza della valenza decisiva esclusiva del contratto di conto corrente in tema di ripetizione dell'indebito e onere della prova. Nota a Cass. Civ., Sez. I, 30 novembre 2022, n. 35258.	406
Ripartizione dell'onere della prova nella domanda di ripetizione dell'indebito oggettivo nei rapporti di conto corrente con gli istituti di credito. Nota a Cass. Civ., Sez. I, 7 dicembre 2022, n. 35979.	408
Considerazioni in merito alla rilevabilità d'ufficio della nullità delle clausole conformi al modello ABI nelle fideiussioni omnibus e riflessioni circa le conseguenze della proposizione di un «non motivo» in Cassazione. Nota a Cass. Civ., Sez. III, 12 dicembre 2022, n. 36183.	411
Sulla natura dei dividendi nell'ambito della remunerazione negli OICVM: la sentenza della CGUE. Nota a CGUE, 1 agosto 2022, C-352/20.	414
Responsabilità di una Banca Centrale per i danni subiti dai detentori di strumenti finanziari annullati in forza di provvedimenti di risanamento: la sentenza della CGUE. Nota a CGUE, 13 settembre 2022, C-45/21.	415
Tribunale Unione Europea – Annullata decisione della BCE di assoggettare ad amministrazione straordinaria una Banca italiana. Nota a TUE, 12 ottobre 2022, T-502/19.	417
Corte Costituzionale: disciplina dell'avvio e dello svolgimento della liquidazione coatta amministrativa delle ex Banche Venete (sentenza n. 225/2022). Nota a Corte Cost., 7 novembre 2022, n. 225.	418
Buoni Postali serie AA1: rimborso del capitale e degli interessi per mancata consegna del Foglio Informativo. Commento a GdP Campobasso, 31 maggio 2022, n. 227.	421
<i>Diritto Finanziario</i>	423
Investimento obbligazionario e obblighi informativi: rating dell'emittente e report post-investimento. Nota a ACF, 6 settembre 2022, n. 5801.	424
Acquisto di azioni: mancato adempimento degli oneri informativi, attribuzione fraudolenta del profilo di rischio e inadeguatezza dell'operazione. Nota a ACF, 6 settembre 2022, n. 5804.	427
I doveri di informazione dell'intermediario nella fase genetica ed esecutiva degli investimenti. Nota a ACF, 6 settembre 2022, n. 5799.	429
Violazione degli obblighi di condotta ed esiti delle domande restitutorie avanzate. Nota a ACF, 9 settembre 2022, n. 5818.	433
Servizio prestato 'in concreto' dall'intermediario: indici sintomatici della consulenza. Nota a ACF, 12 settembre 2022, n. 5821.	435

Inadempimento degli oneri informativi e violazione delle regole di adeguatezza e appropriatezza dell'investimento. Nota a ACF, 14 settembre 2022, n. 5833.	436
Crowdfunding e “fatto nuovo significativo” per l'esercizio della revoca. Nota a ACF, 20 settembre 2022, n. 5855.....	439
Mancanza di un obbligo a carico dell'intermediario di sostituirsi al cliente per evitare scelte di investimento azzardate. _Nota a ACF, 4 ottobre 2022, n. 5887.	441
Il semplice svolgimento di un'attività di raccolta ed esecuzione di ordini non è bastevole per esimere dall'adempimento degli obblighi di informazione attiva nei confronti del cliente. Nota a ACF, 14 ottobre 2022, n. 5912.	443
Modus procedendi dell'operazione di investimento e valutazione di appropriatezza. Nota a ACF, 17 ottobre 2022, n. 5923.	445
Limiti del mandato conferito all'Intermediario: la decisione dell'ACF. Nota a ACF, 2 novembre 2022, n. 6008.....	446
Sugli obblighi di informazione pre e post contrattuale. Nota a ACF, 3 novembre 2022, n. 6017.....	448
Negoziante a distanza di opzioni: l'inadempimento degli oneri informativi implica il ristoro delle perdite subite. Nota a ACF, 27 dicembre 2022, n. 6219.	450
Il metaverso approda in Tribunale: la prima pronuncia di inibitoria di produzione e commercializzazione NFT. Il caso Juventus.....	451
La duplice inadeguatezza dell'investimento in azioni di una Banca Popolare: la nuova sentenza del Tribunale di Bari. Nota a Trib. Bari, Sez. IV, 1 agosto 2022, n. 3066.	452
Il contratto di interest rate swap tra svuotamento della funzione economica del contratto e valorizzazione del concreto interesse perseguito dalle parti. Nota a App. Palermo, 6 agosto 2022, n. 1359.....	454
La monetizzazione del rischio finanziario come “scommessa razionale” socialmente utile. Nota a App. di Firenze, Sez. II, 21 ottobre 2022.....	457
Diamanti da investimento: prima condanna anche per la Banca non attinta dalla sanzione dell'antitrust e nuove prospettive di protezione dell'investitore. Nota a Trib. Monza, Sez. I, 21 novembre 2022, n. 2342.....	460
Il «contegno anomalo» dell'investitore nella prestazione dei servizi di investimento. Nota a Cass. Civ., Sez. VI, 25 ottobre 2022, n. 31453.....	463
Le criptovalute sono prodotti finanziari. Nota a Cass. Pen., Sez. II, 26 ottobre 2022, n. 44378.....	465
Profilatura del cliente al momento della conclusione del contratto-quadro: il principio di diritto statuito dalla Prima Sezione Civile della Cassazione. Nota a Cass. Civ., Sez. I, 4 novembre 2022, n. 32631.	466
Regole di condotta nello svolgimento dei servizi ed attività di investimento: principio di adeguatezza e di appropriatezza a confronto con l'attività pregressa del cliente-investitore. Quali incidenze e quali ripercussioni? Nota ad ACF, 21 settembre 2022, n. 5862.	467
<i>Diritto societario e crisi d'impresa</i>	472

Crisi da sovraindebitamento: la Banca è responsabile ex art. 124bis TUB per aver omesso di valutare il merito creditizio del debitore. Nota a Trib. Lecce, Sez. III, 28 marzo 2022.....	473
Composizione negoziata crisi d'impresa: presupposti della proroga delle misure protettive e andamento favorevole delle trattative. Nota a Trib. Padova, Sez. I, 12 ottobre 2022.	
Il contratto di mutuo funzionale all'acquisto dell'azienda, se ceduta, non va ammesso al passivo. Nota a Cass. Civ., Sez. I, 24 ottobre 2022, n. 31313.	476
Zibaldone	477
Possibilità di sequestro conservativo su beni del condebitore. Nota a Trib. Reggio Emilia, 26 settembre 2022.....	478
Improcedibilità della domanda per incompetenza (territoriale) dell'Organismo di conciliazione. Nota a Trib. Grosseto, 29 novembre 2022, n. 734.	479
Validità del precetto e avvertimento di poter ricorrere alla procedura di sovraindebitamento: la sentenza della Cassazione. Nota a Cass. Civ., Sez. III, 26 luglio 2022, n. 23343.....	480
Ammissibilità dell'azione revocatoria ordinaria e qualificazione quale "atto dispositivo pregiudizievole" dell'atto di scissione in frode ai creditori. Nota a Cass. Civ., Sez. III, 14 ottobre 2022, n. 30184.	481
Inoppugnabilità per cassazione dell'ordinanza di inammissibilità dell'appello ex art. 348 ter c.p.c. Nota a Cass. Civ., Sez. I, 29 novembre 2022, n. 35118.....	483
Procura speciale per il ricorso in Cassazione: la sentenza delle Sezioni Unite. Nota a Cass. Civ., Sez. Un., 9 dicembre 2022, n. 36057.	484
Sezioni Unite Civili – Sulla possibilità di "sanare" l'inesistenza o la mancanza in atti della procura alla lite ex art. 182, co. 2, c.p.c. Nota a Cass. Civ., Sez. Un., 21 dicembre 2022, n. 37434.....	485
Tutela della famiglia o richiamo alla coerenza? Nota alla sentenza della Corte Costituzionale in tema di IMU e "abitazione principale". Nota a Corte Cost., 13 ottobre 2022, n. 209.	486
Allegato I	Errore. Il segnalibro non è definito.
Allegato II	Errore. Il segnalibro non è definito.

Editoriale

A cura di Fernando Greco

La Lexitor «è mobile, qual piuma al vento».

Le brevi considerazioni che seguono rappresentano un'anticipazione (per dirla come un boomer), uno spoiler (con terminologia propria, invece, della Generazione Z), di un mio, più compiuto, approfondimento che sarà ospitato sul prossimo numero di Responsabilità Civile e Previdenza.

Muovono dalla generalizzata necessità, in seno agli osservatori giurisprudenziali e dottrinali, di ricercare nella sentenza della Corte Costituzionale n. 263, del 22 dicembre 2022, il lieto fine alla *querelle* relativa alla rimborsabilità (integrale) delle commissioni in caso di estinzione anticipata del finanziamento. Diatriba inaugurata dalla ormai famigerata sentenza della Corte di Giustizia dell'11 settembre 2019, C-383/18, per antonomasia la "Lexitor".

Ebbene, la ricerca della tanto ambita definitività è destinata a esitare, molto probabilmente, in un nulla di fatto. Invero, al netto delle considerazioni, già formulate da attenta dottrina, circa la primazia del diritto unionale e il complesso bilanciamento con l'equipollente (se non addirittura sovraordinato) principio di certezza del diritto (e conseguente tutela dell'affidamento ivi riposto), la decisione della Consulta interviene in un contesto di per sé abbastanza composito e accidentato, rappresentando una soluzione potenzialmente valida, ma sostanzialmente monca, perché trascura la considerazione di alcuni, importanti profili sistematici. Su tutti, il valore, trasversale e pervasivo, della certezza del diritto, in tutte le sue declinazioni, nazionale e sovranazionale; principio che, per contro, nell'attenzione *querelle*, appare, a più riprese, minato.

Al netto della "bontà" (o meno) dell'intervento riformatore italiano sull'art. 125^{sexies} TUB, nel tentativo ardito di rendere compatibile il dato normativo-regolamentare nazionale con l'interpretazione autentica della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, di compromesso con l'esigenza di tutelare le esaurite ed esaurende dinamiche di mercato, per il tramite di una cesura temporale, a essere, spesso, sottaciuto è che gli intermediari bancari e finanziari, in attesa dell'epifanica sentenza Lexitor, avessero quale stella polare, nella rimborsabilità degli oneri, in caso di estinzione anticipata del finanziamento, le Istruzioni di Banca d'Italia, del 2009 e del 2011: ovverosia, il diktat della propria Autorità di Vigilanza, sul quale riporre pieno affidamento, nell'allineamento delle proprie condotte.

Al netto del valore da attribuire alle sentenze del giudice sovranazionale e del perimetro da assegnare al primato del diritto unionale, l'intervento "a gamba tesa" della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha minato le certezze regolamentari in tema di rimborsabilità degli oneri, prima limitata solo a quelli afferenti alla durata del contratto e non anche agli altri relativi a prestazioni preliminari e preordinate al finanziamento, evidentemente già completamente esaurite al momento dell'opzione per l'estinzione anticipata.

Il legislatore nazionale, in una soluzione "all'italiana", ha tentato di ricorrere a un bilanciamento di compromesso, col il D.L. n. 73/2021, introducendo un'artefatta censura temporale e stabilendo, più nello specifico, un'applicazione della "novità" normativa ai soli contratti sottoscritti «*successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*»; per converso, «*Alle estinzioni anticipate*

dei contratti sottoscritti prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto continuano ad applicarsi le disposizioni dell'articolo 125-sexies del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993 e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti». In altri termini, si prevedeva un doppio binario applicativo – temporale.

La Consulta, come noto, interviene, sancendo una limitata incostituzionalità, sotto la cui scure termina, per l'esattezza, l'inciso «*e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia*» e ripristinando, nella sostanza, un unico regime regolatorio.

Tutto bene quel che finisce bene, se non fosse che, al netto della rinvenibile lesione dell'affidamento (legittimo) degli intermediari bancari e finanziari sulle Istruzioni di Banca d'Italia, della parzialità prospettica nell'iter seguito dalla Corte Costituzionale (che elude l'elefante nella stanza, rappresentato dalle implicazioni economiche sui rapporti già esauriti, sulle dinamiche mercatuali e sui costi nelle relazioni, anche instaurande, tra intermediari e clienti-consumatori), a sparigliare, nuovamente, le carte interviene lo stesso detentore del mazzo, ovverosia la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza del 9 febbraio 2023, C-555/21 (quella che per antonomasia diventerà la Unicredit Bank Austria). La Lexitor è sempre valevole, tranne che nel caso di credito al consumo immobiliare.

Al netto della riferibilità a due distinte Direttive, è evidente come l'esito cui si approda sembri a tinte orwelliane: tutti i consumatori sono uguali, ma alcuni sono più uguali degli altri. Ed è proprio per evitare la (più o meno) surrettizia introduzione di inopportune discriminazioni normative che la sentenza di febbraio non pare che possa essere scientemente letta come un ripensamento, quasi *per facta concludentia*, di quella di settembre 2019.

In altri termini, al netto di molteplici profili, tutti rilevanti e che saranno approfonditi *funditus* in altra sede, come anticipato in apertura, dal peso lordo della Lexitor rimane solo la tara, rappresentata dal ritorno al principio, a tinte *vintage*, della rimborsabilità limitata degli oneri, in caso di estinzione anticipata del finanziamento.

O, per dirla come un melomane, «*La Lexitor è mobile, qual piuma al vento*».

Rivista

*Le TechFin Companies nel mercato finanziari**

di Cristina Evangelhia PAPADIMITRIU**

The Technological Innovation is changing the world in which we live. The introduction of digitization has produced the transition from mass production to personalization of good and services. In this context, the digitalization of businesses is an unstoppable phenomenon and it is evident that the growing use of technologies allows the creation of new products and the creation of new ways of providing service.

This paper analyses the effects produced by TechFin Companies in the financial markets and what opportunities and risks the use of big data raises in the banking and financial trade, with a look at the SMEs sector..

Settembre 2022

* Contributo approvato dai *referee*.

** Ricercatrice di diritto dell'economia presso l'Università degli Studi di Messina.

Abstract

The Technological Innovation is changing the world in which we live. The introduction of digitization has produced the transition from mass production to personalization of good and services. In this context, the digitalization of businesses is an unstoppable phenomenon and it is evident that the growing use of technologies allows the creation of new products and the creation of new ways of providing service.

This paper analyses the effects produced by TechFin Companies in the financial markets and what opportunities and risks the use of big data raises in the banking and financial trade, with a look at the SMEs sector.

L'innovazione tecnologica sta cambiando il mondo in cui viviamo. L'introduzione della digitalizzazione ha prodotto il passaggio dalla produzione di massa alla personalizzazione di beni e servizi. In questo contesto la digitalizzazione delle imprese si presenta come un fenomeno inarrestabile ed è evidente che il crescente ricorso alle tecnologie permette la creazione di nuovi prodotti e la realizzazione di nuove modalità di prestazione dei servizi.

Il presente contributo analizza gli effetti prodotti dalle imprese TechFin nel mercato finanziario e quali opportunità e rischi solleva l'utilizzo dei big data nel settore bancario e finanziario, con uno sguardo al settore delle piccole e medie imprese.

Le TechFin Companies nel mercato finanziario.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Società dell'informazione e processo di *datification*. – 3. L'effetto delle imprese FinTech nel mercato finanziario. – 4. L'industria 4.0 e le imprese di piccola dimensione. – 5. Le *TechFin companies* nel mercato. – 6. L'utilizzo dei *big data* nel mercato bancario e finanziario: opportunità e rischi. – 7. L'intelligenza artificiale e i prodotti finanziari digitalizzati – 8. Conclusioni: quale regolamentazione per le *TechFin companies*?

1. Premessa.

La società contemporanea è dominata dalla realtà digitale e dalle tecnologie informatiche, che da iniziale ausilio delle attività umane sono riuscite a cambiare ruolo e a determinare profondi mutamenti sociali insieme all'emersione di nuove opportunità e problematiche inedite. La “rivoluzione tecnologica” esercita un impatto profondo sulla vita dell'uomo, incidendo sulle attività quotidiane, sulle relazioni e sulle modalità di partecipazione alla vita pubblica, influenzando il progresso, espandendo le capacità dell'essere umano¹.

L'era tecnologica si caratterizza per un'evoluzione costante che coinvolge in modo rilevante il diritto dei mercati e l'offerta dei beni e dei servizi².

Il web ha avuto uno sviluppo dinamico e partecipativo nel passaggio dall'1.0 al 2.0: infatti, da mero strumento “statico”, che consentiva solo un'interazione limitata all'utente e offriva servizi in modo unilaterale, la rete si è sviluppata nella piattaforma dinamica di partecipazione e collaborazione del web 2.0, che garantisce un ruolo significativo all'utente e permette a ciascuno di aumentare le capacità stesse di ricercare, memorizzare e partecipare.

Negli ulteriori passaggi al 3.0 e al 4.0, il digitale si integra negli oggetti (si parla di *Internet of Things*³ e *Internet of Everything*), arrivando a sostituire prerogative e compiti umani e realizzando inedite interazioni tra gli esseri umani e tra gli esseri umani e le macchine.

Il sempre più rapido sviluppo del Fintech, inteso come applicazione delle nuove tecnologie al settore finanziario *latu sensu* inteso, e la conseguente globalizzazione degli scambi, hanno determinato una crescita esponenziale delle operazioni aventi ad oggetto il trattamento dei dati⁴.

¹ FAINI F., *Regolazione della società e protezione dei diritti nell'era della tecnologia*, in *Il diritto di internet nell'era digitale*, CASSANO G. – PREVITI S. (a cura di), Giuffrè, 2020, 17 e ss.; ARLOTTA C. – POTENZA G., *Lo sviluppo del Fintech, Opportunità e rischi per l'industria finanziaria nell'era digitale*, *Quaderni Fintech Consob*, 2018, I, p. 8 e ss.

² *Ex multis*, ABRIANI, *La corporate governance nell'era dell'algoritmo. Prolegomeni a uno studio sull'impatto dell'intelligenza artificiale sulla corporate governance*, in *NDS*, 2020, pag. 261 e ss.; AMOROSINO S., *Le regolazioni pubbliche delle attività economiche dell'era telematica*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2017, I, p. 21 e ss.

³ Per un approfondimento, KROTOV VLAD, *Internet of Things e nuove opportunità di business*, visualizzabile in www.sciencedirect.com, vol. 60, n. 6, nov. – dic. 2017, p. 831-841.

⁴ ZANUZZI C. A., *Internet of things e privacy. Sicurezza e autodeterminazione informativa*, in *Tecnodiritto. Temi e problemi di informatica e robotica giuridica*, Moro p. – Sarra C. (a cura di), Franco Angeli, 2017, p. 99 e ss.

Il cambiamento pervasivo determinato dallo sviluppo delle tecnologie informatiche e dalla centralità assunta dai dati investe i complessi equilibri tra diritti e libertà, il bilanciamento tra interessi contrapposti, il rapporto tra poteri, determinando la tenuta dei principi fondamentali, le condizioni di giustizia e le prospettive future⁵.

Nel mutato contesto di riferimento, il diritto è chiamato a regolare le tecnologie informatiche e la realtà digitale che caratterizzano l'esistenza contemporanea, tracciando regole, principi e valori condivisi, disciplinando i comportamenti, delineando le responsabilità, tutelando i diritti e sanando i conflitti.

Nello svolgere tale funzione, il diritto è esposto a mutamenti che derivano dalle caratteristiche stesse dell'era tecnologica.

In primo luogo, cambia l'oggetto della regolazione: al posto della produzione di beni materiali, tipica della società industriale, acquisiscono centralità la generazione e l'utilizzo dei dati, che rappresentano il nuovo "petrolio" per il sistema economico attuale⁶; i beni si trasformano in servizi, il paradigma della proprietà cede di fronte a quello dell'accesso.

In secondo luogo, le tecnologie sono regolate da istruzioni e codici, regole informatiche in grado di condizionare il comportamento dell'uomo, rendendo tecnicamente possibili determinate azioni e condizionando ogni altra forma di regolazione, anche quella giuridica; si parla al riguardo di *lex informatica* o *digitalis*⁷. Inoltre, nell'era tecnologica rileva la mutata dimensione temporale di riferimento: com'è noto, la tecnologia evolve con estrema rapidità, mentre il diritto è per sua natura più lento in quanto frutto del processo democratico e di bilanciamenti complessi tra diritti ed interessi diversi. L'era tecnologica si caratterizza non solo per questa particolare dimensione temporale, ma anche per il mutato spazio di riferimento, il quale diventa sempre più illimitato.

I confini nazionali sono oggi travolti dalla rivoluzione digitale che dimentica le frontiere per essere caratterizzata piuttosto dalla dimensione globale, la quale esige soluzioni giuridiche capaci di comprendere tale nuova condizione⁸.

Le attività e le relazioni non sono più soggette al limite geografico e ciò comporta la necessità che, parallelamente alle questioni oggetto di regolazione, le risposte giuridiche assumano una connotazione sovranazionale⁹.

Internet si pone come il più grande spazio pubblico centrato e a-territoriale, su cui nessuno può vantare un potere esclusivo. Pertanto, emergono numerose difficoltà a individuare il diritto applicabile e si assiste anche ad un ripensamento del potere

⁵ Su tali tematiche si veda: *Informazione e Media nell'era digitale*, AVANZINI – MATUCCI – MUSELLI (a cura di), Giuffrè, 2019.

⁶ SMORTO G. – QUARTA A., *Diritto privato dei mercati digitali*, Le Monnier Università, 2020; VELLA F. – GIORDANO G., *De-localizzazione e a-territorialità*, in *Diritto del Fintech*, M. Cian – C. Sandei (a cura di), Milano, 2020, p. 39 e ss..

⁷ SARTOR. G., *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione. Corso di informatica giuridica*, II ed., Torino, 2010.

⁸ Sul punto, MONTI A., *Internet e ordine pubblico*, in *Il diritto di internet nell'era digitale*, CASSANO G. – PREVITI S. (a cura di), Giuffrè, 2020, p. 51 e ss..

⁹ FAINI F., *Regolazione della società e protezione dei diritti nell'era digitale*, cit..

nazionale, cui si aggiunge un'inevitabile erosione dei monopoli statali, minacciati anche dal ruolo assunto dai poteri privati.

La conclusione alla quale inevitabilmente si rischia di giungere è che, nella difficile regolazione dovuta al travalicamento dei confini territoriali e alla necessità di nuove forme di tutela, i poteri pubblici lascino campo libero alle forze del mercato, abdicando al ruolo di regolatore e lasciando ai singoli il compito di proteggersi.

Come si avrà modo di esaminare nel presente lavoro, le imprese *FinTech* rappresentano l'emblema di come il mondo finanziario sia stato travolto dall'emergere di queste nuove tecnologie e di come queste ultime stiano modificando, non solo la società, ma anche e soprattutto i rapporti industriali¹⁰. Nello specifico, si porrà in evidenza l'importante legame tra l'universo *Fintech* in tutte le sue esplicazioni e le imprese che svolgono la loro attività nella parte meridionale del nostro paese: il tentativo è quello di sottolineare come l'utilizzo delle nuove tecnologie connesse alla *blockchain* e dei nuovi strumenti di produzione e organizzazione del lavoro siano fondamentali ai fini dello sviluppo di tali aziende e della ripresa economica di parti del territorio che soffrono ancora a causa dello scarso sviluppo dei mezzi a loro disposizione.

2. Società dell'informazione e processo di *datification*.

Nell'ambito dell'imponente dibattito che nell'ultimo decennio ha interessato il tema della regolamentazione dell'innovazione tecnologica, un elemento oggetto di comune attenzione può sicuramente rinvenirsi nel ruolo che svolge il "dato informatico" (da intendersi nel senso di una descrizione elementare di un'informazione, suscettibile di codificazione e trasmissione attraverso canali di comunicazione digitali) nell'ambito della società digitale¹¹.

La digitalizzazione delle imprese costituisce un fenomeno inarrestabile e in continua evoluzione, un processo che ha subito una decisa accelerazione in questi ultimi anni a seguito dello sviluppo tecnologico di tali sistemi, dalla loro capacità di trattare una mole sempre più ampia di dati, dalla maggiore attendibilità delle loro previsioni e, più in generale, dalla particolare accuratezza dei relativi output¹². Infatti, è evidente come le dinamiche dell'agire sociale e il crescente ricorso a tecnologie in grado di registrare, immagazzinare, trasmettere le informazioni circa le azioni degli individui ovvero in merito al loro ecosistema circostante¹³, mettano a disposizione del mercato e degli utenti una pluralità di dati: dunque, se l'informazione rappresenta una risorsa strategica e preziosa per il funzionamento efficiente dei mercati e per lo sviluppo sociale ed economico, l'innovazione

¹⁰ LUPOI A., *Il tramonto dell'informazione letterale, l'alba dell'informazione numerica?*, in *Riv. Dir. Banc.*, n. 4/2017, p. 4 e ss.; DI TARANTO G., *La globalizzazione diacronica*, Giappichelli, 2013.

¹¹ Sul punto, MURRAY, *Information Technology Law*, Oxford, 2019.

¹² Per un approfondimento: ABRIANI – SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corpotech*, Il Mulino 2021, p. 119 e s.s.

¹³ FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, 44.

tecnologica rende possibile svolgere nuove forme di analisi utili alla creazione di prodotti e alla prestazione di servizi¹⁴.

Si tratta di un processo che viene tradizionalmente ricondotto all'espressione "datizzazione (o *datification*) della società", volta ad indicare la crescente conversione di aspetti pertinenti ad ogni possibile attività umana in dati suscettibili di elaborazione¹⁵. Nell'economia digitale i dati sono il fattore di produzione più importante: quello che il petrolio è stato e continua ad essere per l'economia industriale. I dati sono una merce preziosissima, materia prima di molti processi economici e ultimo tassello di quella smaterializzazione della ricchezza che nel corso del XX secolo ha visto lo spostamento di valore da beni tangibili a beni intangibili¹⁶.

Gli individui vivono in una costante condizione di iperconnessione derivante dalla loro interazione con le tecnologie digitali e software caratterizzati da diversi gradi di sofisticazione; tutto ciò, insieme al potenziamento delle infrastrutture di rete, comporta una piena e completa esposizione dei soggetti al c.d. infosfera¹⁷, e la graduale perdita di significatività della distinzione tra attività condotte *online* e *offline*. Tutto questo rappresenta il tratto maggiormente caratteristico dei nuovi modelli dell'economia digitale.

Convergenza digitale, interazione attraverso *social media platform*, comunicazione a mezzo *mobile*, servizi di *cloud computing*, tecnologie *IoT* e sistemi riconducibili all'*artificial intelligence*¹⁸ rappresentano frammenti di un mosaico complesso, idoneo a consentire a chi si adoperi nella raccolta di grandi volumi di dati di utilizzare queste informazioni per sviluppare strategie di *business*, prodotti e servizi innovativi¹⁹.

Attraverso il ricorso a processi di analisi computazionali i programmi *software* sono in grado di prendere decisioni e di svolgere compiti sostituendo l'essere umano: in tal modo, concorrono da un lato all'analisi delle informazioni presenti nell'infosfera; dall'altro modificano le abitudini e i modi di agire degli individui, esercitando sulla realtà non solo un effetto di tipo performativo, ma anche conformativo; l'operato delle tecnologie modella l'evoluzione della società la quale, a sua volta, si adatta al nuovo ambiente tecnologicamente conformato²⁰.

¹⁴ BUSH – DE FRANCESCHI, *Granular Legal Norms: Big Data and the Personalization of Private Law*, in MAK – TJONG TJIN TAI – BARLEE (a cura di), *Research Handbook on Data Science and Law*, Cheteham, 2018.

¹⁵ BERLINGÒ, *Il fenomeno della datification e la sua giuridicizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017, 3, 641; MAI, *Big Data Privacy: The Datification of Personal Information*, in *The Information Society*, 2016, 32,3, 192-199.

¹⁶ SMORTO – QUARTA, *Diritto privato dei mercati digitali*, Le Monnier, 2020.

¹⁷ FLORIDI, *Infosfera. Etica e filosofia nell'età dell'informazione*, Torino, 2009; ID., *The Onlife Manifesto. Being Human in a Hyperconnected Era*, Cham, 2015.

¹⁸ Per un approfondimento del tema, è interessante il contributo di SACCO GINEVRI A., *Intelligenza artificiale e corporate governance*, 29-10-2021, su www.uninettunouniversity.net

¹⁹ DAVOLA, *Big Data Analysis e Techfin companies nel mercato finanziario*, in *Banche Intermediari e Fintech. Nuovi strumenti digitali in ambito finanziario*, CASSANO – DI CIOMMO – RUBINO DE RITIS (a cura di), Giuffrè, 2021

²⁰ DURANTE, *Potere computazionale. L'impatto delle ICT su diritto, società, sapere*, Milano, 2019, 27; con riferimento all'impatto sul comparto finanziario, FINANCIAL SERVICES USER GROUP,

Come si è detto, il protagonista di questa rivoluzione è il dato: l'efficace gestione del ciclo di vita dell'informazione rappresenta un elemento essenziale per il benessere sociale, e la concentrazione di grandi masse di informazioni generate dagli individui nella loro attività quotidiana ha portato all'emergere dei *big data* (sistemi di dati estremamente vari e veloci che richiedono il ricorso a metodologie automatizzate di analisi ai fini della trasformazione delle informazioni in valore)²¹, quali veri e propri *asset* di mercato suscettibili di monetizzazione.

In realtà, l'idea di qualificare l'informazione come bene suscettibile di valorizzazione economica nell'era digitale è emersa nella riflessione giuspolitica già a partire dai primi anni '90²², atteso il diffuso riconoscimento della capacità delle tecnologie di incidere sui diritti sociali ed economici degli individui²³, e che tuttavia ha ricevuto formale espressione solo a seguito dell'individuazione espressa dei dati come vera e propria classe di *asset*²⁴.

La possibilità di avvalersi di dati personali per creare valore a vantaggio di compagnie e consumatori mediante la riduzione di costi transattivi, l'introduzione di paradigmi collaborativi di creazione di prodotti e servizi, la discriminazione di prezzi e di condizioni di accesso ai beni, permette oggi di qualificare i *big data* come forieri di un vero e proprio vantaggio competitivo per le imprese che ne dispongono, in termini di efficienza operativa, qualità del servizio offerto e fidelizzazione dei consumatori²⁵.

Pertanto, numerosi sono stati gli studi volti a cercare di attribuire un prezzo di mercato ai *big dataset*²⁶: ciò allo scopo di porre le basi per la riconduzione delle operazioni aventi ad oggetto "cluster" di informazioni all'interno di un quadro giuridico definito, nonché per disciplinare la rilevanza del bene-informazione in termini di potere di mercato delle imprese che li detengono; un aspetto, questo, fondamentale per l'applicazione di alcune norme come quelle in materia di concorrenza, tutela del consumatore e tutela della privacy e dei dati personali.

Di conseguenza, non sorprende che il fenomeno in esame abbia investito in modo rilevante i servizi resi sui mercati finanziari, soprattutto attesa la crescente rilevanza dei dati quali strumenti essenziali per lo svolgimento delle attività commerciali.

Nello specifico, la disponibilità di un numero così imponente di informazioni digitali relative agli individui ha creato nuove opportunità di interazione tra gli

Assessment of current and future impact of Big Data on Financial Services, 2016, consultabile su www.ec.europa.eu.

²¹ DE MAURO-GRECO-GRIMALDI, *A formal definition of big data based on its essential features*, in *Library Review*, 2016, 65, 122.

²² *L'Europa e la società dell'informazione planetaria. Raccomandazioni al Consiglio europeo, relazione presentata dal gruppo Bangemann al vertice di Corfù*, 24-25 giugno 1994; RODOTA', *Tecnopolitica, la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma, 1997, 164.

²³ LAUDON, *Markets and privacy: Communication of the ACM*, 1996, 39, 9, pag. 92-104.

²⁴ WORLD ECONOMIC FORUM, *Personal data: The emergence of a new asset class*, 2011.

²⁵ ACQUISTI-VARIAN, *Conditioning prices on purchase history*, in *Marketing Science*, 2005, 24, 3, pag. 367-381.

²⁶ HENKEL-VON HIPPEL, *Welfare implications of user innovation*, in *Journal of Technology Transfer*, 2005, 30, pag. 73-87; SPIEKERMANN-ACQUISTI-BOHME-HUI, *The challenges of personal data markets and privacy*, in *Electronic Markets*, 2015, 25, pag. 161 e ss..

operatori finanziari e i consumatori, alterando profondamente le tradizionali modalità di predisposizione dei prodotti di investimento: infatti, attraverso la tracciabilità delle attività condotte online, gli operatori professionali possono analizzare dati di matrice psicologica, comportamentale e sociale per predisporre offerte d'investimento personalizzate.

Gli strumenti di intelligenza artificiale sono invero alla base, da un lato, delle crescenti potenzialità di trasmissione dei dati e, dall'altro, della sofisticata capacità computazionale dei sistemi utilizzabili da parte delle imprese. In questo contesto, l'evoluzione delle più rilevanti realtà imprenditoriali e dei mercati finanziari sia caratterizzata dalle profonde trasformazioni provocate da un sempre più diffuso ricorso a sistemi organizzati mediante tecniche di intelligenza artificiale.

Tali elementi sono ormai pacificamente ricondotti ed indagati nell'ambito della riflessione in materia di *Fintech* (da intendersi nel senso dell'applicazione, da parte delle imprese attive nei mercati finanziari, di innovazioni tecnologiche per la creazione di prodotti e servizi) e, in quanto tali, sono stati oggetto di grande attenzione da parte della dottrina nel corso degli ultimi anni²⁷; nondimeno, un'analisi del tema che si concentri sullo specifico aspetto del dato e della sua rilevanza all'interno dell'ambito di operatività dei mercati finanziari suggerisce di esaminare parallelamente un'ulteriore e diversa problematica, cioè quella del ruolo delle *TechFin*, volta ad individuare il fenomeno riguardante l'ingresso nel mercato finanziario di imprese che avevano il proprio *core business* in un mercato diverso²⁸. Se le imprese *FinTech* si caratterizzano per l'applicazione delle tecnologie emergenti per modificare i caratteri dell'*agere* finanziario, il quale rappresenta il loro principale settore di operatività, viceversa le *TechFin companies* individuano l'ecosistema finanziario come un ambiente collaterale, nel quale esse sono in grado di entrare ed operare mediante l'analisi dei dati raccolti: le imprese *FinTech*, dopo essersi affermate nel settore tecnologico di riferimento, sfruttano l'intero patrimonio dati raccolto per sviluppare la loro offerta a contenuto finanziario secondo modalità che incontrino le preferenze dei propri utenti²⁹.

Il progressivo avvicinamento al settore finanziario da parte di imprese attive in settori differenti (*e-commerce*, telecomunicazioni, piattaforme, ecc.) dotate della capacità di predisporre e offrire prodotti e servizi finanziari basati sullo sfruttamento dei *know-how*, delle infrastrutture e dei dati acquisiti nel proprio ambito di operatività tradizionale³⁰ ha, dunque, determinato l'ingresso di queste *big data companies* nei mercati bancari e finanziari.

²⁷ FIMMANÒ – FALCONE (a cura di), *Fintech*, Napoli, 2019; FINOCCHIARO – FALCE (a cura di), *Fintech: diritti, concorrenza, regole*, Torino, 2019; PARACAMPO (a cura di), *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Torino, 2019.

²⁸ SHEA, *FinTech Versus TechFin: Does Technology Offer Real Innovation or Simply Improve What is out there?*, in Thomson Reuters. *Inside Fin. And Risk*, 2016.

²⁹ MAGGIOLINO – SCOPSI, *La prospettiva antitrust sulle Big Data Companies e i servizi finanziari*, in FINOCCHIARO-FALCE (a cura di), *Fintech: diritti, concorrenza, regole*, Torino, 2019, 186.

³⁰ È pacifico che le imprese cinesi siano state le prime ad avvalersi di questa possibilità. BARBERIS, *From FinTech to TechFin: Data is the New Oil*, in *Asian Banker*, 16 maggio 2016, <http://www.theasianbanker.com>.

Pertanto, si ritiene opportuna una riflessione che si proponga di esaminare il ruolo dei *big data* all'interno dei mercati finanziari e che tenga conto delle specifiche caratteristiche dei modelli di operatività delle imprese *TechFin*.

L'approdo, da parte dei grandi attori del mercato dei dati³¹, al settore dei servizi finanziari, rappresenta un mutamento trasversale e, allo stesso tempo, radicale: a differenza degli operatori istituzionali tradizionali di tale comparto (intermediari finanziari e istituzioni a cui questi fanno capo), i nuovi soggetti sono innanzitutto intermediari di dati. Tale differenza è fondamentale: infatti, gli eventuali dati posseduti dagli intermediari tradizionali e relativi ai loro clienti vengono utilizzati solamente nell'ambito della loro attività finanziaria; viceversa, le *TechFin Companies* sono capaci di garantirsi un significativo vantaggio competitivo elaborando informazioni riguardanti i comportamenti dei propri utenti in un panorama eterogeneo di mercato.

Non solo: l'introduzione, da parte delle imprese *TechFin*, di nuovi modelli di *business* nel settore dei mercati finanziari provoca un effetto profondo sulla relazione intercorrente con i consumatori: questi ultimi vedono, infatti, i propri ecosistemi tradizionali mutare radicalmente ed assumere forme e dimensioni estremamente diversificati.

In tale ottica, l'affermarsi di tali imprese nel settore finanziario ha posto nuovi interrogativi in merito a come governare normativamente la gestione dei *big data*³²: tuttavia, se inizialmente la prospettiva apparentemente dominante era quella di tentare di comprendere a partire da quale momento un'azienda in precedenza estranea a tale ambito dovesse qualificarsi nei termini di un operatore finanziario e, quindi, essere assoggettata alla relativa normativa; tale logica si è però mostrata fuorviante nel momento in cui si è evidenziato come tale approccio non riesca a cogliere a pieno l'eziologia del fenomeno.

L'elemento distintivo delle compagnie *TechFin* è, infatti, la capacità di sfruttare le riduzioni dei costi derivanti dall'elevato grado di sviluppo tecnologico e dall'elaborazione di un'enorme mole di dati ad ampio spettro, proponendo servizi integrati innovativi, i quali coniugano la componente finanziaria all'interno di un complesso di offerta di diverso tipo.

Da ciò deriva che la linea di demarcazione tra servizi finanziari, prodotti puri, ovvero ancora servizi finanziari integrati in servizi e prodotti di altro tipo, risulta sfocata e per nulla definita. Gli operatori *TechFin* eseguono un'integrazione funzionale dei propri servizi nelle diverse aree, scardinando le tradizionali architetture consolidate dalla catena di valore nei mercati finanziari e offrendo nuove piattaforme di negoziazione³³. Nel fare questo, introducono modalità

³¹ Negli ultimi anni le maggiori imprese americane (Amazon, Facebook, Google, Apple e Microsoft) hanno iniziato a sviluppare offerte di sistemi di pagamento, prestito, o altre forme di servizi finanziari. Si veda, MAGGIOLINO-SCOPSI, *La prospettiva antitrust sulle Big Data Companies e i servizi finanziari*, cit..

³² ROMANO, *Intelligenze artificiale, decisioni e responsabilità*, in FINOCCHIARO, FALCE (a cura di), *Fintech: diritti, concorrenza e regole*, cit..

³³ DAVOLA, *Big data Analysis e TechFin Companies nel mercato finanziario, Banche Intermediari e FinTech. Nuovi strumenti digitali in ambito finanziario*. CASSANO-DI CIOMMO-RUBINO DE RITIS (a cura di), Giuffrè, 2021, p. 132.

organizzative disancorate dai canoni regolamentari³⁴ e formule operative legate al procacciamento di *multi-utilities*: in concreto, esse hanno la possibilità di sfruttare *data-set* de-individualizzati e di aggregare informazioni collaterali allo scopo di evidenziare correlazioni causali con elementi di interesse per la provvigione di servizi finanziari prima di un loro formale ingresso nel comparto finanziario.

A tale proposito, è stato osservato come i prodotti promossi dalle *TechFin Companies* possano essere ricondotti a diverse tipologie, affiancandosi l'offerta di soluzioni che non sono legate al *core business* dell'azienda a prodotti che, anche se non sono direttamente connessi con l'attività principale della compagnia, sono comunque volti a soddisfare specifiche esigenze nel settore finanziario di clienti esistenti a servizi legati al *core business* che indirizzano sia clienti esistenti sia clienti nuovi (*concentric*) e, infine, offerte legate al *core business* e indirizzate solamente a clienti esistenti (*conglomerate*)³⁵

Ne deriva la necessità di ripensare e rivedere il ruolo dei dati e delle relative forme di gestione, al fine di esaminare le possibili implicazioni negative derivanti da un uso non corretto o non “regolato” dei *big data* da parte delle imprese *TechFin*.

3. L'effetto delle imprese *FinTech* sui mercati finanziari.

Le opportunità introdotte nel settore finanziario dall'ingresso delle imprese *TechFin* non riguardano esclusivamente la caratterizzazione di tale mercato in termini di soggetti operanti: infatti, un ulteriore significativo effetto derivante dall'utilizzo, da parte di queste, dei *big data* nella predisposizione di nuovi servizi per gli imprenditori è il progressivo affermarsi nel comparto finanziario di un fenomeno di *consumer-centricity*, così come già avvenuto in passato nei mercati relativi ad altri beni di consumo³⁶.

Il ricorso alla *big data analysis* permette agli operatori del mercato finanziario di orientare la loro attività sulla base dell'intera esperienza del cliente, concentrando la propria attenzione non sui caratteri del prodotto/servizio offerto ma, piuttosto, valutandolo in quanto funzionale alle specifiche esigenze della controparte. La possibilità di elaborare le proprie strategie di promozione mediante modalità di comunicazione “omnicale”³⁷ su base personalizzata, offrendo ai clienti le informazioni sul canale più adeguato e nelle modalità per loro più idonee, sia in fase di richiesta di informazione, sia in fase di valutazione del prodotto, rappresenta un aspetto di significativo rilievo per le imprese operanti nei mercati finanziari, anche in virtù del fatto che la declinazione specifica degli oneri informativi in

³⁴ TROIANO, *Fintech tra innovazione e regolamentazione. Relazione al Convegno: “FinTech: prime esperienze e prospettive di regolamentazione”*, Università La Sapienza, Roma, 4 dicembre 2017.

³⁵ Fanno parte di questi servizi le offerte di *digital payment, wealth management, credit rating* e consulenza finanziaria che rappresentano i servizi più comunemente offerti dalle *TechFin companies*. Per un approfondimento, MENZELLA, *Il ruolo dei Big Data e il Mobile Payment*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca D'Italia*, 2019, 87, 146.

³⁶ KAUFFMAN-PANNI, *Consumer-Centric Marketing Strategies: Tools for Building Organizational Performance*, IGI Global, 2012, 303.

³⁷ MANOSALVA, *Omnichannel Consumer phenomenon*, 2017, in www.nielsen.com; DI PORTO, *Dalla convergenza digitale-energia, l'evoluzione della specie: il consumatore “iperconnesso”*, in *Mercato concorrenza regole*, 2016, 1, pag. 59 e ss..

merito ai prodotti offerti sulla base delle specifiche caratteristiche e dell'educazione finanziaria del cliente rappresenti una tradizionale modalità operativa richiesta agli intermediari finanziari³⁸.

Del resto, già la Direttiva MIFID, introducendo la tripartizione tra clientela *retail*, clienti professionali e controparti qualificate, aveva previsto la profilatura del cliente quale strumento privilegiato di conoscenza, a favore dell'intermediario, del grado di esperienza della propria controparte negoziale, introducendo un regime di regole di comportamento diversificate in base alla tipologia del cliente³⁹.

Nello specifico, lo svolgimento della corretta attività di profilatura del cliente, attraverso i c.d. "questionari MIFID"⁴⁰ volti a raccogliere informazioni relative a conoscenza ed esperienza in materia finanziaria, obiettivi di investimento, e situazione finanziaria dello stesso – è stata individuata, nell'impianto della Direttiva, come attività prodromica rispetto all'applicazione delle tutele poste a presidio dei diritti degli investitori nei mercati⁴¹.

Tale tendenza è stata ulteriormente rafforzata dal complesso regolatorio posto dalla MIFID II, il Regolamento MiFIR e la Direttiva delegata (UE) 2017/593 della Commissione, del 7 aprile 2016, mediante l'introduzione delle disposizioni dedicate agli obblighi di individuazione del target di clientela.

Dunque, in considerazione di quanto finora esposto, appare evidente che l'analisi dei *big data* offre inedite possibilità di personalizzare e *customizzare* i prodotti d'investimento⁴², perfezionando i processi di profilazione e consentendo, mediante il ricorso a processi di *machine learning*, di sviluppare modelli di inferenza causale che sfruttino le informazioni raccolte nell'infosfera al fine di declinare la tipologia dei servizi offerti alle specifiche esigenze delle controparti⁴³.

In quest'ottica, dati di diverso tipo operano congiuntamente nella creazione del profilo del cliente⁴⁴, in quanto i *software* di *big data analysis* possono elaborare dati eterogenei, caratterizzati da organizzazione di tipo *structured, unstructured o semi-*

³⁸ Art. 21, comma 2-*bis*, del Tuf.

³⁹ MINNECI, *Servizi di investimento e gradazione dei clienti*, Milano, 2013; ANTONUCCI, *Declinazioni della suitability rule e prospettive di mercato*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2010, 1, 728; LUCANTONI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, in LENER-GABRIELLI (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2011, p. 265 e ss..

⁴⁰ LINCIANO-SOCCORSO, *La rilevazione della tolleranza al rischio degli investitori attraverso il questionario*, 2012, in www.consob.it; SOCCORSO, *L'informazione nella relazione intermediario-cliente. La tutela dell'investitore tra deficit cognitivi e bias comportamentali*, Ufficio Studi Economici della Consob, Roma, 2015.

⁴¹ PELLEGRINI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Padova, 2019, p. 576.

⁴² Sulla differenza tra i due termini, si veda ALLEN, *Personalization vs customization*, 2003, in www.Allen.com.

⁴³ DAVOLA, *Algoritmi decisionali e trasparenza bancaria. Il paradigma dell'inerenza nella regolamentazione delle tecnologie emergenti*, Alphem, 2020; dello stesso autore, *Big Data Analysis e TechFin Companies nel mercato finanziario*, cit..

⁴⁴ DUGAST-FOUCAULT, *Data abundance and asset price informativeness*, in *Journal of Financial Economics*, 2018, 130.

*structured*⁴⁵, di tipo quantitativo o qualitativo, ovvero ancora esito di processi di acquisizione impliciti o espliciti⁴⁶. Si noti, infine, come il ricorso a diverse tipologie di dati, nonché a processi di analisi incrociata degli stessi sulla base dell'indagine di diversi *dataset* a disposizione della compagnia, consente di giungere ad un elevato grado di conoscenza del cliente senza dover necessariamente ricorrere all'analisi dei relativi dati personali.

4. L'industria 4.0 e le imprese di piccola dimensione.

Come si è già avuto modo di evidenziare, la digitalizzazione comporta una rivoluzione talmente profonda da modificare radicalmente la realtà lavorativa di molte imprese e le modalità di svolgimento e di organizzazione del lavoro di queste ultime⁴⁷.

La trasformazione digitale è una vera e propria sfida necessaria ed improrogabile che ogni azienda deve affrontare al meglio delle proprie possibilità al fine di trarne i maggiori vantaggi⁴⁸; e ciò è ancor più rilevante se si pensa al ruolo che il fenomeno *Fintech* può assumere per lo sviluppo economico del nostro Paese.

Per affrontare al meglio il cambiamento epocale in corso⁴⁹, tali aziende devono acquisire la consapevolezza che la *digital transformation* impatta su tre dimensioni fondamentali: i processi, le tecnologie e, quindi, gli strumenti di cui possono usufruire, le persone⁵⁰.

Infatti, la digitalizzazione è in grado di incidere sui processi logistici, migliorandone l'efficacia e l'efficienza; in tal senso, le tecnologie garantiscono opportunità straordinarie, valorizzando strumenti quali, il web, l'*Internet of Things*, le reti neurali, strumenti che è auspicabile entrino a far parte anche del mondo imprenditoriale delle imprese situate nel meridione.

Tali soluzioni tecnologiche stanno cambiando il modo stesso di lavorare e le aziende sono chiamate a fornire risposte sempre più capaci di organizzare i processi in modo proattivo, anticipando le insufficienze e migliorando l'operatività delle proprie strutture.

Tutto ciò comporta investimenti in nuove tecnologie, ma anche nel capitale umano con profili professionali tali da cogliere ciò che la digitalizzazione implica. Pertanto, il fenomeno *Fintech* si traduce nei numerosi vantaggi in termini di

⁴⁵ I big data sono dati eterogenei, i quali possono essere qualificati come strutturati, semi-strutturati o non strutturati, che hanno un formato tale da poter impedire ai database tradizionali di archivarli ed elaborarli in modo ordinario. JAJOO, *How Big Data Plays a Significant Role in Banking and Financing Industries*, in *Medium*, 2020.

⁴⁶ LINDEN, *Where Should Web-usage Mining and Personalization Stop?*, Stamford, 2002.

⁴⁷ Per un'interessante analisi di tale aspetto, si veda TROISI, *La digitalizzazione del sistema industriale ed il piano Industria 4.0 in ambito UE*, in *Rivista Trimestrale di diritto dell'economia*, n. 3/2020, p. 488 e ss..

⁴⁸ GREEN – FARAZMAND, *Experiential learning: the internship and live-case study relationship*, *Business Education and Accreditation*, 2012, vol. 4, n. 1, p. 13 e ss..

⁴⁹ COSTANZO P., *Osservazioni sparse su nodi, legami e regole su internet*, in *Nodi virtuali, legami informali: Internet alla ricerca di regole*, Passaglia P. – Poletti D. (a cura di), University Press Pisa, 2017, p. 13 e ss..

⁵⁰ ATTI G. (a cura di), *La quarta rivoluzione industriale: verso la supply chain digitale*, Franco Angeli, Milano, 2018.

efficienza dell'organizzazione del lavoro e della produzione, ma anche negli elevati costi che gli imprenditori devono affrontare per restare al passo con l'evoluzione digitale. E se le imprese del nord Italia sono in grado di affrontare tali cambiamenti⁵¹, che riguardano le basi stesse delle loro attività, le imprese del sud necessitano di maggiori incentivi allo scopo di poter effettuare al loro interno le modifiche indispensabili per l'implementazione delle più recenti tecnologie⁵².

Sotto questo profilo, svolge un ruolo essenziale il legislatore, che ha il compito di intervenire al fine di assicurare a tutte le imprese dislocate sul nostro territorio gli stessi punti di partenza.

Digitalizzare le attività aziendali significa, infatti, progettare e gestire in modo integrato e collaborativo sia i processi interni (che coinvolgono le varie aree gestionali della stessa organizzazione) e sia quelli esterni (verso clienti, fornitori, ecc.) mediante la condivisione delle logiche di gestione di ogni processo. Le opportunità di miglioramento legate all'adozione delle nuove tecnologie possono contribuire a realizzare un nuovo paradigma organizzativo che rende possibile affrontare con consapevolezza le evoluzioni e i potenziali rischi del futuro⁵³.

Nello specifico, la sfida del sistema 4.0 richiede il recepimento di una visione per processi che consenta di ridurre le barriere comunicative tra le diverse aree gestionali dell'azienda.

Se da un punto di vista organizzativo cambia il concetto stesso di luogo di lavoro che tende a diventare sempre più pervasivo, molto significativo è il contributo al superamento dei confini "territoriali" dell'azienda.

Il perimetro dei processi produttivi tende ad allargarsi, rendendo maggiormente sfumata la distinzione tra impresa e fornitori, tra manifattura e servizi, tra mansioni rigidamente definite e mansioni dal contenuto più flessibile. E ciò si percepisce chiaramente anche nelle realtà imprenditoriali di piccole dimensioni.

Pertanto, si può affermare che il sistema 4.0 identifica lo sviluppo di una nuova visione d'impresa, in grado di innovare i processi, gli *asset* produttivi, i prodotti e le stesse logiche di *business* con il fine di migliorare la capacità competitiva della stessa azienda⁵⁴.

Tutti questi fattori insieme possono indubbiamente contribuire allo sviluppo delle aziende legate ad una certa "territorialità", che hanno bisogno di nuova linfa per produrre; tale linfa può rinvenirsi proprio nell'implementazione al loro interno delle nuove tecnologie.

Infatti, l'industria digitale investe tutti gli aspetti del ciclo di vita delle aziende e gioca un ruolo chiave per acquisire maggiore competitività in un mercato in rapida e continua evoluzione.

Se quanto sopra esposto gode di un minimo di attendibilità, bisogna auspicare che il legislatore prenda sempre più atto della rilevanza per le imprese, soprattutto per quelle di piccole o medie dimensioni, di tale trasformazione digitale e che

⁵¹ ARES, *Industria 4.0. Scenari di competitività e di occupazione per le imprese del sistema industriale in Lombardia*, Ares, Milano, 2017.

⁵² BOSCHI – DE GEROLIS – TAISH, *Nel cuore dell'industria 4.0: i Cyber – Physical System*, in *Industria Italiana*, gennaio, 2017.

⁵³ HILSON, *The risk Management*, Ed. Kogan Page, London, 2016.

⁵⁴ ROSSI – LOMBARDI, *La fabbrica del digitale, Tecniche nuove*, Milano, 2017.

intervenga per favorire l'applicazione da parte di queste ultime di strumenti e mezzi produttivi e organizzativi tecnologicamente avanzati, al fine di rendere più efficienti e competitive le realtà imprenditoriali le quali, a causa del susseguirsi delle situazioni di crisi, si trovano in sofferenza e necessitano pertanto di un decisivo e unitario intervento dall'alto⁵⁵.

5. Le *TechFin companies* nel mercato

Alla luce di quanto sopra esposto, è interessante notare come le imprese *TechFin* riescano ad operare simultaneamente in mercati diversi mediante la "funzionalizzazione" dei dati in loro possesso alle specifiche esigenze della clientela. La replicabilità del processo di ingresso in un nuovo mercato costituisce un elemento essenziale della strategia di *business* delle *big data companies*, e ciò non fa eccezione se si considera il settore finanziario.

In particolare, si possono individuare tre fasi che caratterizzano l'approccio di una *FinTech company* al settore finanziario⁵⁶. In una fase preliminare, l'impresa si avvale di solito di preesistenti aree di operatività di tipo *front-end* (cioè che prevedono l'interazione diretta con i consumatori) mediante due modalità tipiche: in primo luogo, essa può operare come *third party data provider* nei riguardi di istituzioni finanziarie già esistenti o *FinTech companies*, mettendo a disposizione un insieme di dati aggregati al fine di consentire lo svolgimento di analisi e il *trading* di algoritmi sviluppati da queste ultime per la creazione di prodotti e servizi finanziari.

In alternativa, un'impresa *TechFin* può scegliere di svolgere internamente l'analisi dei dati acquisiti nei diversi mercati, al fine di venderne i risultati alle istituzioni finanziarie. In poche parole, le *TechFin companies* tendono ad entrare nel mercato finanziario inizialmente nel ruolo di *data broker*, fornendo dietro licenza dati aggregati al fine di consentire a terze parti di condurre processi di *data analytics* relative alla creazione di prodotti o servizi finanziari, ovvero svolgendo esse stesse la fase di *testing* e vendendo i relativi risultati alle istituzioni regolamentate. Durante questa fase, le *TechFin companies* riescono a raccogliere informazioni circa l'idoneità dei propri dati a sviluppare inferenze significative per prevedere il comportamento degli investitori e, di conseguenza, valutare i margini di profitto connessi al possibile ingresso nel comparto finanziario.

⁵⁵ Un chiaro esempio in questa direzione è dato dalle start-up innovative, accompagnate da un pacchetto normativo *ad hoc* che ne ha incentivato la diffusione. Il legislatore ha rafforzato l'ecosistema delle start up, sorte con l'obiettivo di rilanciare le piccole attività imprenditoriali con il d. l. 10 maggio 2020, n. 34, il c.d. <<Decreto Rilancio>>. L'art. 38 del decreto in questione prevede, tra le altre misure, un incremento della dotazione finanziaria a sostegno della nascita e dello sviluppo delle start-up, nell'ambito della misura "Smart&Start Italia". Per un approfondimento di tale aspetto, si veda FREGONARA, *Start-up innovative e imprese minori, crisi, finanziamento e <<rilancio>>*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, n.4/2020, p. 726 e ss..

⁵⁶ ZETSCHÉ – DOUGLAS – BUCKLEY – ARNER – BARBERIS, *From FinTech to TechFin: The Regulatory Challenges of Data-Driven Finance*, in 14 *N.Y.U. J.L. & Bus.*, 2018, 393, 410.

Tale processo può poi evolvere in una seconda fase (c.d. di *integrazione verticale*) nella quale l'impresa *TechFin*⁵⁷ sfrutta i *dataset* a disposizione e la competenza acquisita mediante l'interazione con le imprese del settore per iniziare a sviluppare soluzioni da offrire in proprio, da abbinare alle proprie attività tradizionali. In tale fase, l'impresa inizia ad essere sottoposta all'eventuale normativa di settore prevista per tale attività e, tuttavia, in grado di compiere un'attività di *cherry-picking* dei servizi da erogare, sfruttando la propria solidità nel settore di appartenenza e l'effetto di *anchoring* derivante dalla propria affermazione nel mercato di origine; di conseguenza, essa è nella condizione di scegliere quali attività sviluppare in proprio e quali esternalizzare, attraverso la rivendita dei dati che caratterizzava la prima fase di operatività, ad istituti finanziari; trovandosi così a sopportare solo limitatamente i vincoli derivanti dall'applicabilità della normativa di settore.

Infine, nella terza fase, l'impresa *TechFin* opera una graduale diversificazione orizzontale delle proprie attività nel comparto finanziario⁵⁸: infatti, sfruttando la superiorità dei propri *dataset* e il rapporto di interdipendenza nei confronti degli istituti finanziari regolati, l'impresa è in grado di ampliare la propria offerta di prodotti e servizi, operando in concreto un'attività di disintermediazione nei confronti dei clienti⁵⁹. Ciò che interessa evidenziare è che in tal modo, una *TechFin* erode il mercato degli operatori preesistenti e diviene in grado di concorrere pienamente nell'offerta dei prodotti finanziari.

Questo modello è reso possibile dall'opportunità che i dati offrono in termini di miglioramento della *performance* degli operatori del mercato bancario e finanziario: un aspetto sul quale è opportuno intrattenere qualche riflessione.

Sembra infatti di poter ricondurre gli scopi perseguiti mediante la *big data analytics* a due funzioni essenziali: la prima consiste nella riduzione dei costi transattivi nella prestazione e nell'erogazione dei servizi di investimento; la seconda concerne il miglioramento dei parametri di valutazione del rischio. Ognuna di queste funzioni assume poi molteplici manifestazioni nell'ambito del *Fintech*.

Per quanto riguarda il primo aspetto, si può fare riferimento all'utilizzo dei dati al fine di migliorare l'incontro tra i soggetti coinvolti nelle transazioni finanziarie e per garantire una maggiore responsività del sistema finanziario nel suo complesso, mediante lo sfruttamento dei vantaggi connessi alle economie di scala coinvolte nella gestione e condivisione di grandi quantità di informazioni, attesa la natura non rivale del dato e la sua trasmissibilità sui canali informatici⁶⁰.

⁵⁷ CANEPA A., *Big tech e mercati finanziari: "sbarco pacifico" o "invasione"?* Analisi di un "approdo" con offerta "à la carte", in *Rivista Trimestrale di diritto dell'economia*, n. 3/2021, p. 345 e ss..

⁵⁸ E' interessante lo spunto di RINALDO C., *Le analisi finanziarie robotizzate: consulenze, ratings, classificazioni*, in *Diritto del Fintech*, Cian M. – Sandei C. (a cura di), CEDAM, 2020, p. 353 e ss.

⁵⁹ BASEL COMM. ON BANKING SUPERVISION, *Sound Practices: Implications of Fintech Developments for Banks and Bank Supervisors*, IN Bank For Int'l Settlements, 2017.

⁶⁰ FINANCIAL SERVICES USER GROUP, *Assessment of current and future impact of Big Data on Financial Services*, 2016, consultabile su www.ec.europa.eu; NAVARETTI – CALZOLARI – POZZOLO, *Banche e Fintech. Amici o Nemici?*, in FIMMANO' – FALCONE (a cura di), *Fintech*, 2019, Napoli.

Per quanto riguarda invece il miglioramento dei processi di valutazione dei rischi, questo profilo assume rilievo sia in ottica di rapporto con l'investitore individuale, sia in ottica di valutazione sistemica dei prodotti di tipo aggregato da parte degli investitori istituzionali (sul punto emerge il dibattito in relazione ai profili di accorpamento e classificazione dei *non-performing loans* e degli *unlikely to pay*)⁶¹. Pertanto, i complessi di *big data* assurgono in ambito bancario e finanziario a nucleo gravitazione, intorno al quale si struttura la pluralità di servizi ovvero la creazione di prodotti fondati su tecnologie emergenti (*Artificial Intelligence, Machine Learning, Cloud Computing*), marcando così il più significativo elemento di rottura con il sistema tradizionale, nel quale gli algoritmi e i modelli statici dei mercati finanziari esistenti si basano esclusivamente sui dati desumibili dal rapporto individuale tra il consumatore dei servizi finanziari e il proprio intermediario di riferimento⁶².

Una maggiore definizione dei sistemi di *assessment* di solvibilità è suscettibile di comportare allo stesso tempo una riduzione dei costi di verifica, una migliore discriminazione dei prezzi e delle condizioni nell'accesso alle risorse ed una più forte stabilità del mercato finanziario in generale.

6. L'utilizzo dei *big data* nel mercato bancario e finanziario: opportunità e rischi.

Alla luce di quanto finora esposto, appare evidente che il ricorso alla *big data analytics* offre alle *TechFin companies* una serie di vantaggi talo da renderle in brevi tempi competitive nell'offerta di servizi bancari e finanziari, anche in assenza di uno specifico *know-how* in tale settore.

I principali vantaggi riguardano la riduzione dei costi transattivi relativi allo sviluppo e alla fornitura di prodotti e servizi, sfruttando le economie di scala connesse alla replicabilità e trasmissibilità del dato, nonché la funzionalizzazione del *dataset* a diverse operazioni: la possibilità di aggregare informazioni relative ad ambiti eterogenei della quotidianità del cliente consente di sviluppare parametri indiretti di riferimento per elementi essenziali dell'offerta finanziaria, come ad esempio la propensione al rischio, le prospettive di solvibilità e la stabilità della posizione lavorativa del cliente⁶³. Inoltre, l'automatizzazione delle procedure permette di accelerare la definizione del profilo e dei gusti del cliente, consentendo

⁶¹ In tema di non performing loans, BALGOVA – NIES – PLEKHANOV, *L'impatto economico della riduzione dei crediti deteriorati*, Documento di lavoro della BERS, 2016; DIMITRIOS – HELEN – MIKE, *Determinanti dei crediti deteriorati: evidenze dai paesi dell'area euro*, *Lettere di ricerca finanziaria*, 18, 2016; BELLOTTI – BRIGO – GAMBETTI – VRINS, *Forecasting recovery rates on non-performing loans with machine learning*, in *Credit Scoring and Credit Control XVI Conference Proceedings*, Edimburgo, 2019

⁶² PARACAMPO, *FinTech tra Algoritmi, Trasparenza e Algo-Governance*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2019, 2, 110.

⁶³ GESLEVICH – PACKIN, LEV – ARETZ, *On Social Credit and the Right to be Unnetworked*, in *Columbia Business Law Review*, 2016, p. 349 e ss..

di adottare le scelte gestionali più adeguate ed una migliore discriminazione nell'accesso ai prodotti finanziari⁶⁴.

Pertanto, la conseguenza indiretta della disponibilità di più ampie quantità di dati è quella di riuscire a personalizzare i propri servizi, promuovendo una maggiore inclusione finanziaria, una più ampia varietà dell'offerta e una migliore rappresentatività della stessa in termini di esigenza dei clienti.

Nondimeno, il ricorso alla *big data analysis* per lo svolgimento dell'attività di profilazione e valutazione delle esigenze dei clienti solleva anche considerevoli incertezze e rischi in termini di tutela dell'investitore: in effetti, sono state numerose le riflessioni condotte in merito ai possibili effetti di *spillover* derivanti dall'utilizzo di dati *biased*, a basso livello di affidabilità, e relative alle difficoltà di porre sotto controllo le attività delle *TechFin companies* prima del loro effettivo ingresso nei mercati finanziari.

Per quanto riguarda il primo profilo, è possibile richiamare, ad esempio, le difficoltà collegate alla possibilità di svolgere un concreto controllo sulle variabili impiegate per la valutazione delle esigenze dei clienti, nonché l'esigenza di evitare possibili utilizzi discriminatori dei dati⁶⁵, atteso il rischio che, una volta verificato il *dataset* l'algoritmo sfrutti per l'elaborazione delle offerte delle *proxy* indirette di dati sensibili relativamente ai quali non è ammessa discriminazione tra soggetti⁶⁶. Inoltre, ulteriori criticità si evidenziano in relazione al possibile condizionamento del cliente in termini di propensione all'investimento, a seguito degli esiti della personalizzazione delle proposte d'investimento mediante *big data analysis*. In tale contesto emerge infatti il rischio di presentazione di offerte personalizzate ed adeguate alle esigenze del cliente, ma in un ventaglio estremamente limitato, con conseguente incertezza in merito al rispetto da parte dell'impresa *TechFin* del principio di autonomia del cliente nell'accesso all'investimento.

Proprio in relazione a questo aspetto, appare complesso assumere una posizione univoca: la diminuzione dell'eterogeneità dell'offerta di prodotti finanziari in favore di una maggiore attenzione all'idoneità degli stessi alle necessità specifiche dell'investitore rappresenta infatti una fisiologica evoluzione del ripensamento dei paradigmi di operatività dei mercati finanziaria⁶⁷. Se l'art. 24-bis Tuf richiede che, nella prestazione del servizio in materia di investimenti, il consulente valuti una gamma quanto più ampia di strumenti finanziari disponibili sul mercato, nulla è disposto in merito alle modalità di selezione di quelli consigliati, ed è dunque abbastanza probabile che, al termine della valutazione, l'offerta proposta dal

⁶⁴ MAGGIOLINO – SCOPSI, *La prospettiva antitrust sulle Big Data Companies e i servizi finanziari*, cit., p. 139.

⁶⁵ SELBST, *Disparate Impact in Big Data Policing*, in *Georgia Law Review*, 2017, 52, 109; LEESE, *The New Profiling: Algorithms, Black Boxes, and the Failure of Anti-Discriminatory Safeguards in the European Union*, in *Security Dialogue*, 2014, 45, p. 494 e ss..

⁶⁶ Sulla definizione di *bias* nell'ambito delle scienze statistiche e della *computer science*, FRIEDMAN – NISSENBAUM, *Bias in Computer System*, in *ACM Transactions on Information System*, 1996, 14, 3.

⁶⁷ DAVOLA A., *Big Data Analysis e TechFin companies nel mercato finanziario*, cit..

consulente all'investitore si riduca alla scelta tra un numero estremamente ridotto di prodotti⁶⁸.

In conclusione, sembra possibile evidenziare come il ricorso a tecniche automatiche di elaborazione di *big dataset* – aspetto che rappresenta la principale “cifra stilistica”⁶⁹ delle *TechFin companies*, nonché l'essenziale motore del loro vantaggio competitivo – rischi, da un lato, di rendere complessa la definizione delle determinanti alla base della selezione dei prodotti proposti ai clienti e, allo stesso tempo, di introdurre un elevato tasso di complessità in caso di necessità di operare un'attività di *reverse engineering* per poter valutare la robustezza dell'elaborazione e dei suoi esiti. In realtà, questo tema pone in discussione la tradizionale argomentazione secondo la quale l'utilizzo di algoritmi per l'elaborazione del rischio di insolvenza sia idonea a condurre ad una maggiore stabilità del sistema finanziario in generale⁷⁰, atteso che le conseguenze di un errore nella verifica dei dati potrebbe creare un “effetto domino” su un vasto numero di prodotti.

7. L'intelligenza artificiale e i prodotti finanziari digitalizzati.

In questa sede, appare opportuno esaminare, seppur brevemente, un ulteriore aspetto che riguarda e tocca da vicino le *TechFin companies* e l'ambito in cui si trovano ad operare. A tale proposito, una prima e rilevante esperienza applicativa di strumenti di intelligenza artificiale⁷¹ nel settore d'impresa riguarda i servizi e i prodotti finanziari digitalizzati.

In tale campo si è ormai affermato un nuovo mercato di servizi finanziari e bancari strutturati su soluzioni tecnologiche: si fa riferimento ad una vasta quantità di prodotti e servizi finanziari che pone come suo comune denominatore l'applicazione della tecnologia al mondo della finanza e che prende il nome di *FinTech*⁷².

Infatti, i nuovi scenari applicativi della tecnologia in ambito finanziario hanno portato alla sempre più rapida diffusione di prodotti e servizi in formato digitale, nonché al crescente ricorso a sedi di negoziazione *online*. Questa rivoluzione ha interessato tutti i settori finanziari *latu sensu* intesi, dai servizi di credito (*lending based crowdfunding* o *peer-to-peer lending*) ai servizi di pagamento digitali (*instant payment*), e ancora, dai servizi di consulenza automatizzata (*Roboadvisor*) fino a giungere all'impiego di strumenti tecnologici e, in particolare, della *blockchain* per la validazione decentrata delle transazioni.

⁶⁸ GIORGI, *Automazione, big data e integrazione funzionale: la necessità di nuova ermeneutica giuridica dei servizi di consulenza finanziari*, in *I Quaderni di Minerva Bancaria*, 2018, 2, p. 164 e ss..

⁶⁹ DAVOLA A., *Big Data Analysis e TechFin companies nel mercato finanziario*, cit..

⁷⁰ ALLEN, *Private Information and Risk Management in Banking*, in *The Oxford Handbook on Banking*, 2019, Oxford.

⁷¹ HILTY – HOFFMANN – SCHEURER, *Intellectual Property Justifications for Artificial Intelligence*, in *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper*, 20, 02, 2020.

⁷² ENRIQUES, *Financial Supervisors and RegTech: Four Roles and Four Challenges*, in *RTDF*, 2017, pag. 53 e ss.; SACCO GINEVRI, *Intelligenza artificiale e corporate governance*, cit.; SCHENA – TANDA – ARLOTTA – POTENZA, *Opportunità e rischi per l'industria finanziaria nell'era digitale*, in *Quaderni Fintech Consob*, 1° marzo 2018.

Tra le maggiori novità tecnologiche in ambito finanziario si evidenzia l'avvento di piattaforme preposte alla gestione del portafoglio del cliente in forma del tutto automatizzata.

All'ambito dei nuovi servizi finanziari digitali vanno ricondotte anche le piattaforme di *crowdfunding* e l'utilizzo di smart contract per l'esecuzione e l'applicazione automatica di condizioni contrattuali mediante protocolli informatici codificati senza la necessità di un intervento umano. Ed è proprio sul fronte della preparazione e della gestione dei contratti finanziari che si registrano le trasformazioni più rilevanti direttamente connesse alla digitalizzazione delle principali attività di profilazione e di c.d. *backoffice*, di gestione delle relazioni con i clienti e infine di controllo. Tutte queste attività sono state ottimizzate attraverso il ricorso a strumenti innanzitutto elettronici e digitali, come documenti in formato elettronico e software di firma elettronica, che hanno reso possibile il passaggio *online* di varie attività, e infine di intelligenza artificiale che ha dato vita ad un vero e proprio processo di automazione dei servizi finanziari.

L'intelligenza artificiale è utilizzata come efficiente strumento per automatizzare e agevolare complessi processi di «*know-your-customer*», che fino a poco tempo fa venivano svolti tramite procedure del tutto manuali. Bisogna ancora aggiungere che gli algoritmi⁷³ di *machine learning* possono adesso processare e aggregare, mediante particolari e sofisticate tecniche di *data fusion*, ampie reti di dati e di informazioni dei clienti, così da rendere possibile una puntuale profilatura e valutazione dei rischi, ad esempio quelli di antiriciclaggio, relativi a un singolo cliente.

Ancora, ulteriori sviluppi si registrano in relazione ai sistemi di pagamento: infatti, l'intelligenza artificiale sta creando nuove prospettive di sistemi di pagamento intelligenti⁷⁴, in grado di comprendere e interpretare i comportamenti degli utenti sulla base delle transazioni effettuate in precedenza e anche di individuare prestazioni anomale, prevenendo così eventuali frodi.

Inoltre, la personalizzazione dei sistemi di pagamento attuata dai sistemi di intelligenza artificiale consente di velocizzare la verifica delle transazioni bancarie e commerciali; proprio ai fini della validazione di queste ultime, appare particolarmente interessante l'applicazione di sistemi di riconoscimento biometrico o vocale nel contesto dei servizi di pagamento.

Infine, va segnalata la diffusione di valute virtuali o criptovalute⁷⁵, veri e propri prodotti finanziari atipici negoziabili su mercati non regolamentati. Alcuni esempi in questo senso sono dati dai token, oggetto di *Initial Coin Offering (ICOs)*⁷⁶, a volte

⁷³ NUZZO, *Contenuti e forme dell'informazione societaria tra passato e futuro. Titoli e operatori atipici nell'era dell'algoritmo*, in *AGE*, 2, 2019, pag. 573 e ss.; OTTOLIA – ROSSI, *Il problema della trasparenza algoritmica*, in *Annuario di diritto comparato e degli studi legislativi*, 2020, pag. 85 e ss..

⁷⁴ MAIMERI – MANCINI (a cura di), *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamenti tra PSD II, criptovalute e rivoluzione digitale*, Banca d'Italia, settembre 2019.

⁷⁵ PASSARETTA, *Valute virtuali: prodotti e strumenti finanziari*, in *Banche Intermediari e Fintech. Nuovi strumenti digitali in ambito finanziario*, Cassano – Di Ciommo – Rubino De Ritis (a cura di), Giuffrè, 2021, pag. 401 e ss..

⁷⁶ BRUNO, *La raccolta del risparmio mediante emissione di cripto-attività: le Initial Coin Offering*, in *Banche Intermediari e Fintech*, cit., pag. 271 e ss..

proposti come strumenti partecipativi alle attività di *Decentralised Autonomous (DAOs)*, ovvero collegati direttamente ai bitcoin.

I token si caratterizzano per una struttura complessa e ibrida, in quanto le unità di conto registrate sui *ledger* sono difficilmente riconducibili ad una sola categoria, differenziandosi per specifiche tecniche di sistema e poteri che attribuiscono a chi ne controlla la movimentazione. Ancora, la funzione del token dipende dalla funzione del sistema a cui lo stesso è associato. Secondo la classificazione ormai condivisa dalle autorità di vigilanza europee, i token possono essere distinti in relazione al loro diverso contenuto in: i) token di pagamento, ii) token di investimento, iii) token di utilità.

In definitiva, il processo di innovazione tecnologica ha così penetrato tutti i tradizionali campi dell'azione della finanza, modificando in modo rilevante la struttura del mercato in senso sempre più decentralizzato e disintermediato e comportando, sul piano oggettivo, l'ingresso di nuovi operatori e attori di mercato.

8. Conclusioni: quale regolamentazione per le *TechFin companies*?

L'ingresso dei modelli imprenditoriali *TechFin* nel mercato dei servizi bancari e finanziari rappresenta un fattore di mutamento essenziale all'interno del panorama *FinTech*, suscettibile di alterare i tradizionali canoni di interazione con il cliente e, in generale, le modalità di prestazione dei servizi in tale settore. E tale fattore di mutamento rileva ancor più nell'ambito dello sviluppo delle piccole e medie imprese meridionali.

La disciplina di settore è però rimasta finora concentrata sul monitoraggio del fenomeno, limitandosi a tentare di ricondurre all'interno della disciplina esistente gli elementi innovativi derivanti dal fenomeno digitale e caratterizzanti il *FinTech*, mantenendo sempre costante il riferimento, in ottica di interpretazione evolutiva, agli strumenti di *soft law* e alle linee guida in materia di adeguatezza di prestazione dei servizi di consulenza. Tuttavia, l'approccio finora accolto non risulta essere idoneo a responsabilizzare adeguatamente le *TechFin companies* le quali, agendo al di fuori del sistema bancario, non sono qualificabili come operatori regolati per ampie fasi di operatività sul mercato (certamente non lo sono per quanto l'attività di *data brokerage*, e solo in parte nella fase di integrazione verticale) ed erogano servizi funzionali alle prestazioni bancarie e finanziarie senza essere soggetti alla relativa regolamentazione e monitoraggio. A tale proposito, è stato evidenziato come il fenomeno (essenzialmente riconducibile all'area dello *shadow banking*)⁷⁷ si presti a veicolare significativi rischi sistemici a danno degli investitori, indebolendo in tal modo l'inteso sistema finanziario e minando la stabilità degli operatori che lavorano in esso, con conseguente possibilità di crisi finanziarie a rapida diffusione.

Per arginare tale evenienza, si afferma oggi in primo luogo la necessità di superare modelli di regolamentazione "per soggetti" che hanno per molto tempo caratterizzato l'evolversi della normativa bancaria e finanziaria, favorendo una regolamentazione "per processi" che consenta di valorizzare il ruolo che ciascun

⁷⁷ Per un'analisi del fenomeno, si veda LEMMA, *The Shadow Banking System*, London, 2016.

attore svolge nell'ecosistema finanziario, a prescindere dalla riconducibilità del relativo *nomen* all'interno di una categoria nota della disciplina di settore⁷⁸.

Indubbiamente, la graduale crescita di importanza dei *big data* nell'elaborazione dei prodotti finanziari è suscettibile di promuovere, nel lungo periodo, un riavvicinamento tra compagnie *TechFin* e *FinTech* e, quindi, di favorire una disciplina unitaria del fenomeno. Tuttavia, tale dicotomia potrà attenuarsi nel tempo solo se l'attività regolamentare e di vigilanza nel settore dei mercati finanziari supera il problema qualificatorio in relazione ai diversi fenomeni, favorendo un approccio più marcatamente funzionalistico, permettendo un controllo effettivo e completo sulla tipologia dei dati utilizzati per predisporre prodotti e servizi finanziari, che prescinda dalla qualificazione del soggetto che se ne avvale.

⁷⁸ Tale esigenza è stata enfatizzata dal Parlamento europeo, il quale nella *Risoluzione del 17 maggio 2017 sulla tecnologia finanziaria: l'influenza della tecnologia sul settore finanziario* (2016/2243 (INI)) aveva già avuto modo di chiarire come "qualsiasi soggetto può svolgere la funzione di operatore *FinTech*, indipendentemente dalla sua natura giuridica; che la catena del valore nel settore dei servizi finanziari comprende in misura sempre maggiore soggetti alternativi come le start-up o i giganti della tecnologia; che questo termine, pertanto, include un'ampia gamma di imprese e servizi che sono estremamente diversi tra loro, che pongono sfide diverse e che richiedono un diverso trattamento normativo".

***Lo ius variandi dell'art. 126-sexies TUB. Nota a ABF,
Collegio di Coordinamento, 25 giugno 2021, n. 15627****

di Alessandro CENTINI**

The Banking and Financial Arbitrator (ABF) in decision no. 15627/2021 (“Decision”) evaluated the unilateral amendment procedure (“ius variandi”) provided under Article 126-sexies of the so called “Testo Unico Bancario” (“TUB”) for the introduction of the instant bank transfer, comparing the abovementioned Article with Article 118 TUB. This document provides an explanation of (i) Articles 126-sexies TUB and 118 TUB, (ii) the underlying rationale of the Decision and (iii) the unilateral amendment procedure (“ius variandi”) taking into account the interpretations made by ABF on such matter.

Settembre 2022

* Contributo approvato dai *referee*.

** Avvocato del foro di Siena. Il contributo contiene personali riflessioni di commento frutto dell'interesse scientifico dell'Autore per la materia; ogni opinione è dunque espressa esclusivamente a titolo personale..

Abstract

The Banking and Financial Arbitrator (ABF) in decision no. 15627/2021 (“Decision”) evaluated the unilateral amendment procedure (“ius variandi”) provided under Article 126-sexies of the so called “Testo Unico Bancario” (“TUB”) for the introduction of the instant bank transfer, comparing the abovementioned Article with Article 118 TUB. This document provides an explanation of (i) Articles 126-sexies TUB and 118 TUB, (ii) the underlying rationale of the Decision and (iii) the unilateral amendment procedure (“ius variandi”) taking into account the interpretations made by ABF on such matter.

L’Arbitro Bancario e Finanziario (“ABF”) con la decisione n. 15627/2021 (“Decisione”) ha valutato il procedimento di modifica unilaterale (“ius variandi”) per l’introduzione del bonifico istantaneo posto in essere ai sensi dell’art. 126-sexies del Testo Unico Bancario (“TUB”), effettuando considerazioni su tale norma e sul rapporto con l’art. 118 TUB. Il contributo analizza (i) gli articoli 126-sexies e 118 TUB, (ii) la motivazione della Decisione e (iii) la procedura di modifica unilaterale (“ius variandi”) tenendo conto dell’interpretazione dell’ABF.

ABF, Collegio di Coordinamento, 25 giugno 2021, n. 15627.

«Le modifiche introdotte dal D.Lgs. 218/2017 all'art. 126-sexies del T.U.B. attraverso la soppressione del previgente comma 5 e l'introduzione del comma 4-bis, non hanno carattere innovativo, poiché ribadiscono la necessità di un giustificato motivo alla base delle proposte unilaterali di modifiche contrattuali relative ai servizi di pagamento, ove il cliente è un consumatore, a conferma della previsione già precedentemente in essere in forza dell'abrogato comma 5.

La proposta al consumatore di introduzione della modalità di pagamento tramite bonifico istantaneo, ai sensi dell'art.126-sexies, comma 4-bis, del T.U.B., può essere validamente formulata se corredata da una informazione completa e corretta delle relative caratteristiche.

Tale non è quella che si limiti a evidenziare il costo del bonifico istantaneo, a conferma implicita della nuova opportunità offerta al destinatario, senza indicazione della caratteristica della irrevocabilità della operazione, determinativa dell'aumento del rischio in capo all'ordinante.»

Contratti bancari – Contratto – Ius Variandi – Art. 126-bis TUB – Operatività.

Omissis

In fatto.

In diritto.

La controversia verte sulla responsabilità per l'esecuzione fraudolenta di una operazione di pagamento disconosciuta dalla parte ricorrente.

Si tratta nello specifico di un bonifico istantaneo dell'importo di € 4.000,00, disposto tramite home banking in data 7.6.2019, e quindi antecedentemente al 14.9.2019, data di decorrenza dell'applicazione del Regolamento delegato (UE) n. 2018/389, in tema di autenticazione "forte".

Il ricorrente eccepisce che l'intermediario resistente ha attivato sul proprio home banking, diversamente da quanto inizialmente concordato, il servizio di "bonifico istantaneo", modificando "la natura contrattuale che non prevedeva assolutamente uno strumento di pagamento istantaneo e irrevocabile" e rendendo possibile la truffa, nonostante il suo tempestivo intervento per bloccare la transazione, che non ha avuto esito a causa dell'irrevocabilità del pagamento.

L'intermediario resistente evidenzia che il "bonifico istantaneo", che implica l'immediato accredito sul conto del

beneficiario dell'importo della transazione ed è quindi irrevocabile, è una modalità di pagamento introdotta a far data dal 21.11.2017 mediante proposta di modifica unilaterale del contratto di conto corrente (di seguito anche PMUC) inviata alla clientela ai sensi dell'art. 126-sexies del D.Lgs. n. 385/93 (T.U.B.), in allegato all'estratto conto al 30.9.2017.

Occorre quindi valutare preliminarmente quanto lamentato da parte ricorrente, poiché, ove la doglianza sia fondata, l'operazione disconosciuta va ritenuta non autorizzata, in quanto effettuata senza il consenso del pagatore, che deve essere prestato nella forma e secondo la procedura concordata nel contratto quadro o nel contratto relativo a singole operazioni di pagamento (art. 5, commi 1 e 2, del D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 11 e successive modificazioni). Ne deriva, in tal caso, la responsabilità dell'intermediario per l'esecuzione di ordini di pagamento secondo modalità non previste dal contratto con il conseguente obbligo di rimborso dell'operazione non autorizzata, ai sensi dell'art. 11 del D.Lgs. 11/2010 e successive modificazioni.

Ai fini dell'esame della questione occorre far riferimento all'articolo 126-sexies del T.U.B., (Titolo VI, Capo II-bis "Servizi di pagamento"), rubricato "Modifica unilaterale delle condizioni", nella versione in vigore all'epoca della proposta delle contestate modifiche contrattuali, che si colloca anteriormente al 13.1.2018, data di entrata in vigore del D.Lgs. 15 dicembre 2017, n. 218, e quindi delle modifiche recate dall'art. 1, comma 17, lettere c), d) ed e) di tale provvedimento all'art. 126-sexies del T.U.B., così come introdotto dall'art. 34, comma 1, del D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 11.

L'art. 126-sexies del T.U.B., nel testo vigente *ratione temporis*, prevede che. "1. Ogni modifica del contratto quadro o delle condizioni e informazioni a esso relative fornite all'utilizzatore ai sensi dell'articolo 126-quater, comma 1, lettera a), è proposta dal prestatore dei servizi di pagamento secondo le modalità stabilite dalla Banca d'Italia, con almeno due mesi di anticipo rispetto alla data di applicazione prevista. 2. Il contratto quadro può prevedere che la modifica delle condizioni contrattuali si ritiene accettata dall'utilizzatore a meno che questi non comunichi al prestatore dei servizi di pagamento, prima della data prevista per l'applicazione della modifica, che non intende accettarla. In questo caso, la comunicazione di cui al comma 1, contenente la proposta di modifica, specifica che in assenza di espresso rifiuto la proposta si intende accettata e che l'utilizzatore ha diritto di recedere senza spese prima della data prevista per l'applicazione della modifica. 3. Le modifiche dei tassi di interesse o di cambio possono essere applicate con effetto immediato e senza preavviso; tuttavia, se sono sfavorevoli per l'utilizzatore, è necessario che ciò sia previsto nel contratto quadro e che la modifica sia la conseguenza della

variazione dei tassi di interesse o di cambio di riferimento convenuti nel contratto.

L'utilizzatore è informato della modifica dei tassi di interesse nei casi e secondo le modalità stabilite dalla Banca d'Italia. 4. Le modifiche dei tassi di interesse o di cambio utilizzati nelle operazioni di pagamento sono applicate e calcolate in una forma neutra tale da non creare discriminazioni tra utilizzatori, secondo quanto stabilito dalla Banca d'Italia.

5. Restano ferme, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 33, commi 3 e 4, del decreto legislativo 6 settembre 2005, n.206".

Con le Disposizioni sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari la Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 126-sexies, comma 1, del T.U.B., ha disciplinato le modalità con cui il prestatore di servizi di pagamento deve proporre ogni modifica del contratto quadro o delle condizioni e informazioni ad esso relative fornite all'utilizzatore ex articolo 126-quater, comma 1, lettera a), del T.U.B. (Sezione VI "Servizi di pagamento", 5 "Contratti quadro", sub 5.2 "Modifica delle condizioni previste nel contratto"). Per quanto rileva in questa sede dette Disposizioni, nel testo vigente *ratione temporis* precisano: a) che le modifiche del contratto o delle condizioni e informazioni a esso relative sono proposte espressamente al cliente con preavviso minimo di due mesi rispetto alla data prevista per la loro applicazione; b) che la comunicazione dell'intermediario è effettuata per iscritto, su supporto cartaceo o altro supporto durevole concordato con il cliente, secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula "Proposta di modifica del contratto"; c) che il contratto può prevedere che le modifiche si ritengono accettate in assenza di un espresso rifiuto entro la

data prevista per la loro applicazione; d) che in questo caso la comunicazione precisa tale circostanza e richiama l'attenzione del cliente sul suo diritto di recedere immediatamente e senza spese; e) che nel caso di contratti quadro relativi a servizi di pagamento conclusi unitamente al contratto di conto corrente, la disciplina si applica alle sole modifiche aventi ad oggetto le condizioni relative ai servizi di pagamento.

Non pare dubbio quindi che per i servizi di pagamento sia possibile procedere alla modifica unilaterale del contratto, purché ciò sia previsto nel contratto quadro, nei termini e con la modalità di cui all'art. 126-sexies del T.U.B., così come disciplinati dalle Disposizioni di trasparenza della Banca d'Italia.

Nel caso di specie non risulta versata in atti copia del contratto tra le parti, ma è pacifica tra le stesse (in quanto non contestata) l'astratta possibilità dell'intermediario di dare luogo a modifiche unilaterali ex art. 126-sexies del T.U.B..

L'intermediario resistente produce copia dell'estratto conto al 30.9.2017 cui è allegata la Comunicazione ad oggetto "Nuova tipologia di bonifico: Bonifico Istantaneo (SCT Inst).

Proposta di modifica unilaterale del contratto di conto corrente in euro". La comunicazione precisa che dal 21 novembre 2017 sarà disponibile il "Bonifico istantaneo", "un nuovo tipo di bonifico" che permette il trasferimento immediato di denaro (in euro in area SEPA) tra conti abilitati al servizio aperti presso banche aderenti allo schema SEPA Instant Credit Transfer, disponibile 24 ore su 24, 7 giorni su 7, per l'importo massimo (al momento) di € 15.000,00.

Viene precisato che "l'invio del denaro sarà immediato e, di conseguenza, non potrà essere revocato".

Segue nella Comunicazione la proposta unilaterale di modifica in questione che reca in modo evidenziato la formula "Proposta di modifica unilaterale di conto corrente in euro e costi del bonifico istantaneo", a causa dell'aggiunta del bonifico istantaneo ai servizi già disponibili sul conto del cliente, con effetto in termini di modifica contrattuale dal 21 novembre 2017, con applicazione fino al 31.3.2018 del costo previsto contrattualmente per il bonifico in euro verso UE e Italia disposto tramite internet banking, phone banking e in filiale, e maggiorazione del suddetto costo, a partire dal 1.4.2018, dello 0,04 per mille dell'importo del bonifico istantaneo con un minimo di € 0,60 euro e un massimo di € 20,00.

È precisato che se il cliente non intende accettare la proposta di modifica ha diritto di recedere senza spese dal contratto del suo conto entro il 31.3.2018 e che trascorso tale termine la modifica si intenderà approvata.

Il ricorrente contesta le modalità con cui è stato introdotto il bonifico istantaneo come servizio aggiuntivo, affermando di aver appreso dell'introduzione di tale servizio soltanto dal riscontro al reclamo, del 12 giugno 2020, con cui l'intermediario resistente ha riferito che tale servizio è stato introdotto tramite modifica unilaterale delle condizioni ex art. 126-sexies del T.U.B., con PMUC allegata all'estratto conto del 30.9.2017. Evidenza che, contrariamente a quanto previsto dalla normativa di settore e dalla giurisprudenza ABF:

- l'intermediario non ha allegato prova dell'effettiva ricezione della comunicazione contenente la proposta di modifica;

- l'introduzione del bonifico istantaneo ha radicalmente modificato l'equilibrio contrattuale, snaturando l'identità del rapporto in essere, che non prevedeva un servizio di pagamento istantaneo e

irrevocabile, laddove la Circolare del Ministero dello Sviluppo Economico del 21.2.2007 n. 5574 ha chiarito (con riferimento all'art.118 del T.U.B.) che le modifiche disciplinate da tale articolo riguardano soltanto le fattispecie di variazione del contratto, ma non possono comportare l'introduzione di clausole ex novo;

- l'intermediario non ha fornito elementi circa il giustificato motivo sottostante alla modifica.

Ciò posto, va premesso che con la decisione n. 26498 del 12 dicembre 2018 il Collegio di coordinamento ha precisato che "secondo un orientamento ormai consolidato, lo ius variandi riconosciuto agli intermediari – seppure la relativa comunicazione debba riportare la dicitura "proposta di modifica unilaterale del contratto" ... – è, a tutti gli effetti, un diritto potestativo, che attribuisce il potere di modificare la sfera giuridica dell'altra parte, indipendentemente dall'accettazione o del rifiuto di quest'ultima. Gli effetti sono risolutivamente condizionati all'esercizio del recesso, potere riconosciuto in capo al cliente che subisca la modifica, in senso a sé sfavorevole, delle condizioni contrattuali."

Il Collegio ha quindi evidenziato che "... lo ius variandi, ai sensi dell'art. 118 T.U.B., rappresenta un'eccezione alla regola (generale) dell'immodificabilità del contratto in assenza del consenso di tutte le parti, soprattutto se configurato come un diritto potestativo, notoriamente eccezione legale al principio generale di intangibilità della sfera giuridica altrui."

Seppur riferite allo ius variandi di cui all'art. 118 del T.U.B. le suddette considerazioni possono pacificamente estendersi allo ius variandi di cui all'art. 126-sexies del T.U.B., senza peraltro

sottacere, che la disciplina dell'istituto, pur presentando ampi tratti comuni in entrambe le ipotesi normative, non è priva tuttavia di alcuni profili distintivi (ad esempio la necessità di un giustificato motivo è riferita ai soli contratti relativi a servizi di pagamento stipulati con i consumatori, anziché con la generalità della clientela).

Resta comunque fermo che, vista la natura eccezionale dello ius variandi, la relativa disciplina va letta con particolare rigore.

Ciò posto, deve preliminarmente rilevarsi che la proposta di modifica in questione solleva qualche perplessità in merito al rispetto del preavviso minimo di due mesi sulla data indicata per la relativa applicazione, essendo la stessa allegata all'estratto del conto corrente al 30 settembre 2017 ed essendo indicato il 21 novembre 2017 quale data di disponibilità della modalità di pagamento e di efficacia della modifica contrattuale ad oggetto i relativi costi.

Peraltro la comunicazione precisa che il conto corrente del cliente "sarà automaticamente abilitato da subito alla ricezione del bonifico istantaneo", mentre sarà comunicata l'attivazione del "servizio per l'invio di denaro sul sito della banca". La modifica contrattuale, relativa ai costi del bonifico istantaneo, ancorché abbia formalmente effetto dal 21 novembre 2017, è in concreto operativa dal 1.4.2018. Il cliente può comunque recedere dal contratto entro il 31.3.2018.

Il ricorrente eccepisce che l'intermediario resistente non ha fornito prova né dell'invio né tantomeno della ricezione della comunicazione relativa alla proposta di modifica, di cui ha appreso solo in occasione del riscontro al reclamo propedeutico al presente ricorso.

Il Collegio remittente rileva una diversità di orientamento sul tema.

Evidenzia come varie decisioni dei Collegi territoriali hanno ritenuto che, in assenza di prova, gravante sull'intermediario, circa l'invio e la ricezione di una proposta di modifica unilaterale del contratto, la proposta deve ritenersi illegittima e quindi inefficace. Ne deriva la responsabilità dell'intermediario per l'esecuzione di ordini di pagamento poste in essere secondo modalità che non siano concordate in sede contrattuale, ai sensi dell'art. 5, comma 1, del D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 11 (cita Collegio di Bologna, decisione n. 26782/2019), quali devono ritenersi quelle introdotte tramite modifica unilaterale in relazione alla quale l'intermediario ometta "di provare non solo l'invio ma anche l'avvenuta ricezione della PMUC da parte del cliente" (cita Collegio di coordinamento, decisioni n. 26498/2018 e n. 1889/2016; Collegio di Milano, decisione n. 2670/2018; Collegio di Napoli, decisione n. 2333/2018; Collegio di Palermo, decisione 2393/2018; Collegio di Roma, decisione n. 7291/2018).

Peraltro altre decisioni dei Collegi, rileva il Collegio remittente, non sembrano sottendere la necessità che la comunicazione di modifica unilaterale debba considerarsi atto recettizio, concludendo che "poiché non risulta dalla documentazione prodotta e da quanto rappresentato che la ricorrente abbia manifestato la propria volontà di recedere dal contratto (altrimenti non sarebbe sorta la presente controversia), la doglianza della parte attrice è palesemente priva di qualsiasi fondamento, giacché la modifica unilaterale ha avuto luogo ai sensi della normativa in materia, essendo quindi pienamente efficace (Collegio di Milano, decisione n. 16549/2019).

Cita inoltre la decisione n. 7288/2021 del Collegio di Milano, peraltro in una

vicenda in cui "l'intermediario ha documentato in modo adeguato la pattuizione del servizio", per la quale "... l'utilizzo del bonifico istantaneo entro un certo limite monetario è ormai diffuso presso tutte le banche, per cui l'eventuale esercizio del diritto di recesso del cliente a fronte della proposta di introduzione del servizio risulta poco plausibile".

Rileva inoltre il Collegio remittente che, analogamente, la caratteristica particolare del "bonifico istantaneo" e la sua introduzione con modifica unilaterale del contratto non assumono alcuna rilevanza nella decisione del Collegio di Milano n. 21482/2019 a fronte dell'accertamento che il comportamento della parte ricorrente "è stato connotato da grave superficialità, qualificabile alla stregua della colpa grave".

Infine richiama la decisione del Collegio di Roma n. 396/2020, che, con riferimento all'introduzione del bonifico istantaneo, afferma, seppure in via incidentale, che si tratta di "introduzione di un'ulteriore opzione in ordine al servizio di pagamento tramite bonifico" che in quanto tale "rappresenta una modifica migliorativa per il cliente", con il che lasciando cadere ogni rilevanza in merito alla comunicazione e all'accettazione di tale modifica e ponendo l'attenzione esclusivamente al comportamento dell'utente.

Ciò posto, può osservarsi preliminarmente che non pare dubbio che la comunicazione che l'intermediario è tenuto ad effettuare in relazione alle proposte di modifica unilaterale del contratto si configura come un atto recettizio che, in quanto tale, produce effetti (solo) nel momento in cui perviene "a conoscenza" della persona alla quale è destinato (art. 1334 c.c.); conoscenza che è da presumersi realizzata nel momento in cui tale atto

sia giunto all'indirizzo del destinatario (art. 1335 c.c.), o comunque nella sua sfera di dominio e di controllo.

Può in materia richiamarsi quanto affermato dal Collegio di coordinamento con la decisione n. 3089/2012, seppur con riferimento a comunicazione relativa a diversa fattispecie, e cioè che "la comunicazione de quo ... rientra nel novero delle dichiarazioni recettizie ed i mezzi di comunicazione, pur nel silenzio della legge speciale, sono governati dai principi generali del codice civile in materia di atti recettizi (art. 1334 e 1335 c.c.) i quali, debitamente sviluppati dalla nomofilachia della Corte di legittimità, prevedono un delicato quanto collaudato equilibrio tra l'imposizione dell'onere di provare che la comunicazione sia stata ricevuta in capo al mittente e l'esigenza di non imporre oneri di impossibile assolvimento e perciò temperano tale onere mediante una serie di presunzioni semplici, tra le quali però non può rientrare la asserzione di aver rinviato la comunicazione dovuta mediante posta ordinaria perché tale forma di comunicazione non lascia di sé alcuna traccia documentabile".

Pertanto, qualora il cliente contesti, come nel caso di specie, l'avvenuta ricezione della proposta di variazione unilaterale del contratto inviata dall'intermediario è onere di quest'ultimo provare, se del caso anche attraverso presunzioni ai sensi dell'art. 2729 c.c., l'avvenuta ricezione della relativa comunicazione da parte del cliente.

Nel presente procedimento, l'intermediario resistente si è limitato a depositare copia comunicazione in questione, ma non ha dato la prova che essa sia giunta all'indirizzo del ricorrente ovvero che quest'ultimo ne sia comunque venuto a conoscenza. Né tali fatti sono in alcun modo presumibili.

Non può infatti ritenersi applicabile al caso di specie quanto deciso dal Collegio di coordinamento con la decisione n. 8226/2015 la quale ha ritenuto di poter inferire il consenso alla modifica proposta, ai sensi dell'art. 1327 c.c, sulla base della ricezione per un tempo prolungato degli estratti conto, poiché nel caso esaminato nella suddetta decisione la commissione introdotta tramite PMUC era stata regolarmente addebitata e contabilizzata negli estratti conto senza che parte ricorrente muovesse rilievi di sorta, non risultando invece nel caso di specie che il cliente si sia comunque avvalso della modalità di pagamento tramite bonifico istantaneo, in entrata o in uscita, anteriormente all'epoca degli eventi in contestazione.

Né invero può presumersi, come sembra emergere da alcune decisioni dei Collegi territoriali (ad esempio Collegio di Milano decisione n. 16549/2019), il consenso di parte ricorrente alle modifiche proposte dalla semplice circostanza che lo stesso non abbia esercitato il recesso dal contratto, considerato che parte ricorrente ignorava che fosse stata attivata la modalità di pagamento tramite bonifico istantaneo e quindi non aveva motivo di recedere dal contratto in ragione di una modifica dello stesso di cui non era consapevole.

Non pare inoltre condivisibile l'assunto che "l'eventuale esercizio del diritto di recesso del cliente a fronte della proposta di introduzione del servizio risulta poco plausibile" considerato che "... l'utilizzo del bonifico istantaneo entro un certo limite monetario è ormai diffuso presso tutte le banche" considerato che tale modalità di pagamento, certamente nel novembre 2017, ma anche successivamente, non può ritenersi presente a livello pervasivo a livello di sistema degli intermediari, come evidenziato dalla Commissione

UE con la Comunicazione del 24.9.2020 [COM(2020)592], di cui più oltre.

Infine il carattere “migliorativo” della proposta può rilevare, ove sussistente, ai fini della valutazione sostanziale dei relativi contenuti e del riflesso degli stessi ai fini del rispetto della normativa in tema di PMUC, ma non incide sull’esigenza che la proposta sia comunque ricevuta da chi ne è destinatario.

La proposta di modifica unilaterale del contratto relativo ai servizi di pagamento in questione deve ritenersi pertanto inefficace nei confronti del ricorrente.

Ai sensi dell’articolo 5 (Consenso e revoca del consenso) del D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 11 e successive modificazioni “1. Il consenso del pagatore è un elemento necessario per la corretta esecuzione di un’operazione di pagamento. In assenza del consenso, un’operazione di pagamento non può considerarsi autorizzata. 2. Il consenso ad eseguire un’operazione di pagamento o una serie di operazioni di pagamento è prestato nella forma e secondo la procedura concordata nel contratto quadro o nel contratto relativo a singole operazioni di pagamento”.

Nel caso di specie l’intermediario resistente ha eseguito un ordine di pagamento (bonifico istantaneo) secondo modalità non concordate in sede contrattuale e quindi non autorizzato.

L’importo di tale operazione deve essere rimborsato al ricorrente, ai sensi dell’art. 11 del D.Lgs. n. 11/2010 e successive modificazioni.

Restano quindi assorbite le questioni inerenti alla corretta autenticazione, contabilizzazione e registrazione dell’operazione in questione e dei profili di responsabilità eventualmente ascrivibili al ricorrente o

all’intermediario in funzione della dinamica di tale operazione.

Ciò posto il Collegio ritiene che, benché l’esame delle ulteriori questioni poste dall’ordinanza di rimessione non sia funzionale alla decisione della presente controversia, ne sia opportuna la trattazione vista la rilevanza delle stesse e i contrasti registrati fra Collegi al riguardo.

Sembra opportuno premettere alcuni cenni sul contesto operativo e istituzionale in cui si inserisce il bonifico istantaneo.

Tale modalità di pagamento, che consente l’accredito in tempo reale sul conto del beneficiario secondo lo schema SEPA Instant Credit Transfers (SCT Inst), è stata introdotta nel novembre 2017 e coinvolge un ampio numero di prestatori di servizi di pagamento, che aderiscono volontariamente allo schema.

Tale modalità di pagamento è fortemente supportata dalle istituzioni europee che la considerano un elemento chiave nello sviluppo dell’efficienza e della competitività dei sistemi di pagamento a livello dell’Unione e nel quadro internazionale, a vantaggio dei cittadini, delle imprese e degli intermediari.

Già con comunicazione del 5.12.2018 [COM(2018)796] “Per un rafforzamento del ruolo internazionale dell’euro” la Commissione Europea ha indicato di sostenere “un sistema di pagamento istantaneo pienamente integrato nell’UE, allo scopo di ridurre i rischi e le vulnerabilità dei sistemi di pagamento al dettaglio e di aumentare l’autonomia delle attuali soluzioni di pagamento” e che, in questo contesto, “l’introduzione della possibilità di pagamenti istantanei in euro offre inoltre opportunità di sviluppo di nuove soluzioni di pagamento al dettaglio efficienti anche per le transazioni

transfrontaliere, che possono apportare vantaggi ai cittadini, alle imprese e alle banche d'Europa”.

Con la Comunicazione del 24.9.2020 [COM(2020)592] la Commissione ha successivamente definito la strategia in materia di pagamenti al dettaglio per l'UE, fondata su “quattro pilastri chiave strettamente interconnessi”: 1) soluzioni di pagamento sempre più digitali e istantanee di portata paneuropea; 2) mercati innovativi e competitivi dei pagamenti al dettaglio; 3) sistemi di pagamento al dettaglio efficienti e interoperabili e altre infrastrutture di sostegno; 4) pagamenti internazionali efficienti, anche per le rimesse.

Quanto in particolare al primo pilastro (Soluzioni di pagamento sempre più digitali e istantanee di portata paneuropea), la Commissione “vuole che i cittadini e le imprese in Europa possano accedere a soluzioni di pagamento di qualità elevata e possano farvi affidamento per effettuare tutti i loro pagamenti ...”.

Ritiene che “considerato il potenziale competitivo e innovativo dei pagamenti istantanei, come riconosciuto nella sua comunicazione del dicembre 2018, ... tali soluzioni dovrebbero basarsi in larga misura su sistemi di pagamento istantaneo”.

Nella prospettiva della Commissione i pagamenti istantanei rappresentano pertanto la “nuova normalità” dei pagamenti tramite bonifico, se non dei pagamenti in generale; peraltro, essendo tale soluzione operativa basata su uno schema cui aderiscono volontariamente i PSP, la Commissione annuncia che “valuterà se tali numeri siano soddisfacenti e, su tale base, deciderà se è opportuno proporre una normativa che imponga l'adesione dei prestatori di servizi di pagamento allo schema SCT Inst entro la fine del 2021”.

Nella Comunicazione del 24.9.2020 la Commissione precisa peraltro di essere consapevole che “La disponibilità quasi in tempo reale dei fondi sul conto del beneficiario, combinata con l'irrevocabilità dei pagamenti, può avere implicazioni per i consumatori in caso, ad esempio, di operazioni errate, frode, ecc.” e che “se non adeguatamente individuati e affrontati, tali rischi possono minare la fiducia dei consumatori e dei commercianti che utilizzano pagamenti istantanei, ostacolandone potenzialmente la piena diffusione in veste di nuova normalità”. Parte ricorrente, come più sopra rilevato, contesta le modifiche unilateralmente proposte dall'intermediario convenuto osservando che le modifiche disciplinate dal T.U.B. (nello specifico le modifiche unilaterali di cui all'art. 118 del Testo Unico), riguardano soltanto le fattispecie di variazione del contratto, ma non possono comportare l'introduzione di clausole ex novo, come nel caso di specie. Sostiene che l'introduzione del bonifico istantaneo ha radicalmente modificato l'equilibrio contrattuale, snaturando l'identità del rapporto, che non prevedeva un servizio di pagamento, tramite bonifico, istantaneo e irrevocabile.

Il Collegio remittente registra al riguardo la decisione del Collegio di Napoli n. 18857/2020 ove si sottolinea che il servizio di bonifico istantaneo “per grado e tipologia di rischi connessi all'utilizzo può verosimilmente ritenersi nuovo e diverso rispetto a quelli precedentemente offerti e che, soprattutto, può rappresentare per il cliente anche una forma di aumento del “rischio” connesso all'utilizzo dei servizi associati al conto, data l'immediatezza del trasferimento e la non revocabilità della disposizione”.

Rileva il Collegio remittente che tale decisione sembra prospettare l'idea che, a causa della particolare natura e della rischiosità del servizio di "bonifico istantaneo", non sia possibile in assoluto per l'intermediario procedere con una modifica unilaterale delle condizioni contrattuali in quanto si tratterebbe di fatto dell'introduzione di una previsione nuova, come tale non consentita, richiedendo l'esplicito consenso di ambedue le parti.

Sul tema delle modifiche contrattuali innovative è intervenuta la surrichiamata decisione del Collegio di coordinamento n. 26498 del 12 dicembre 2018 la quale, analizzando le disposizioni dell'art.118 del T.U.B., richiama la Circolare del Ministero dello Sviluppo Economico del 21/2/2007, n. 5574, ove si precisa che "le "modifiche" disciplinate dal nuovo art. 118 del TUB, riguardando soltanto le fattispecie di variazioni previste dal contratto, non possono comportare l'introduzione di clausole ex novo".

Evidenzia inoltre il Collegio di coordinamento che la Banca d'Italia ha chiarito nel Disposizioni del 29.7.2009 in tema di Trasparenza delle operazioni e dei servizi degli intermediari finanziari che "Le condizioni e i limiti alla facoltà per l'intermediario di modificare unilateralmente le condizioni del contratto sono disciplinate dall'art. 118 del T.U. Secondo il Ministero dello sviluppo economico le "modifiche" di cui all'art. 118 del T.U. riguardano soltanto le fattispecie di variazioni previste dal contratto, non possono comportare l'introduzione di nuove clausole. [...]" (Sezione IV, Comunicazioni alla clientela - paragrafo 2, Variazioni contrattuali).

Conclude il Collegio di coordinamento che, stante "il divieto di introduzione di clausole nuove, nei casi in cui l'intermediario invochi l'esercizio dello

ius variandi ex art. 118 del TUB e formalmente dichiarati di avere solo modificato una clausola preesistente, viene in rilievo la verifica dell'elemento di "novità" in relazione alla modifica apportata. A questo proposito, pare corretto ritenere che non sia semplice modifica l'introduzione ex novo di un onere, un obbligo, una controprestazione o qualsivoglia altro termine o condizione (economica o normativa) nel contratto, che non sia già previsto nell'assetto originario determinato dalle parti. Infatti, tali variazioni si traducono nell'aggiunta di nuovi costi, in quanto non si pongono come mera modifica di oneri già previsti nel contratto e realizzano, così, un'alterazione del sinallagma negoziale in senso sfavorevole al cliente".

In tema il Collegio remittente rileva peraltro che l'art. 126-sexies, comma 1, del T.U.B., a norma del quale "Ogni modifica del contratto quadro o delle condizioni e informazioni a esso relative [...] è proposta dal prestatore dei servizi di pagamento secondo le modalità stabilite dalla Banca d'Italia, con almeno due mesi di anticipo rispetto alla data di applicazione indicata nella proposta ("alla data di applicazione prevista" nel testo previgente)" presenta alcune differenze rispetto all'art. 118 del T.U.B., il quale regola la "modifica unilaterale delle condizioni contrattuali", poiché fa esplicito riferimento oltre che alla modifica delle "condizioni" a quella del "contratto quadro", con il che sembrando ammettere anche l'introduzione di nuovi servizi.

L'art. 1, lettera i), del D.Lgs. 11/2010 definisce come contratto quadro il contratto che disciplina la futura esecuzione di operazioni di pagamento singole e ricorrenti e che può dettare gli obblighi e le condizioni che le parti devono rispettare per l'apertura e la

gestione di un conto di pagamento. Tale definizione è ribadita nelle Disposizioni di trasparenza (Sezione VI, paragrafo 2). Si registrano in dottrina orientamenti divergenti sull'ampiezza delle modifiche contrattuali afferenti i servizi di pagamento, che possono essere introdotte tramite PMUC.

Secondo alcuni autori il tenore letterale della norma comunitaria (art. 44 della PSD 1 per quanto rileva nel caso di specie, e così anche l'art. 54 della PSD 2) quanto quella di recepimento nazionale induce a ritenere ricompresi nella nozione di modifica del contratto quadro non solo la variazione delle condizioni che regolano i servizi già oggetto del contratto quadro e la modifica delle relative informazioni che sono state fornite in sede precontrattuale, ma anche l'ampliamento del novero dei servizi di pagamento oggetto del contratto, cioè l'inserzione di clausole contrattuali del tutto nuove poiché volte a disciplinare la prestazione di nuovi servizi.

Secondo altri autori prevalgono invece esigenze di contiguità sistematica con l'art. 118 del T.U.B. e quindi di coerenza con l'orientamento affermatosi nell'interpretazione di tale previsione, anche alla luce dei chiarimenti forniti dalla Circolare ministeriale n. 5574/2007, secondo cui l'introduzione di clausole nuove è precluso in sede di PMUC, non essendo consentita in tale contesto la modifica dell'originario assetto contrattuale. Viene evidenziato inoltre il tenore letterale dell'art. 126-sexies, e invero delle norme comunitarie sopra richiamate, perché nel primo comma di tale articolo si fa riferimento "alle modifiche del contratto quadro o delle condizioni e delle informazioni ad esse relative" ai fini del necessario preavviso di due mesi rispetto alla proposta di modifica comunque formulata, mentre nel secondo, che nella

sostanza disciplina le proposte di modifiche unilaterali, il riferimento è unicamente alla "modifica delle condizioni contrattuali".

Peraltro nel caso di specie, come in una pluralità di controversie in tema di ius variandi, è preliminare "la verifica dell'elemento di <novità> in relazione alla modifica apportata".

A livello normativo la definizione del bonifico è stata introdotta dal D.Lgs. 15 dicembre 2017 n. 218, ad integrazione dell'art. 1 del D.Lgs 27 gennaio 2010 n. 11, tramite l'inserimento della lettera "o-bis". Secondo la stessa si intende si intende per bonifico: "l'accredito sul conto di pagamento del beneficiario tramite un'operazione di pagamento o una serie di operazioni di pagamento effettuate a valere sul conto di pagamento del pagatore ed eseguite dal prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto del pagatore, sulla base di un'istruzione impartita da quest'ultimo".

Tale definizione, nella sua essenza di operazione di pagamento tramite trasferimento di denaro da un conto e accredito sul conto del beneficiario, risponde ai connotati operativi del "bonifico", quale servizio di pagamento, anche antecedentemente alla sua definizione normativa.

Non pare dubbio che il bonifico istantaneo, al di là dei profili innovativi che non possono non connotare ogni modifica contrattuale, si iscriva comunque nell'ambito di un servizio in essere all'epoca della PMUC del caso di specie, e cioè del servizio ad oggetto il "bonifico", i cui contenuti essenziali e caratterizzanti sono quelli sopra richiamati e all'interno dei quali l'istantaneità dell'accredito nel conto del beneficiario (e la conseguente irrevocabilità del pagamento) rappresentano la naturale continuazione ed evoluzione del processo di

efficientamento avviato dalla PSD 1, in termini di velocizzazione delle operazioni e di contrazione e certezza dei tempi di esecuzione.

La circostanza che nel caso di specie la proposta di modifica unilaterale formulata dall'intermediario indichi che il bonifico istantaneo "si aggiunge ai servizi di pagamento disponibili sul contratto di conto corrente" risponde a esigenze di incisività comunicazionale. Nella stessa comunicazione il bonifico istantaneo è presentato come una "nuova tipologia di bonifico", all'interno quindi di tale servizio di pagamento.

Deve pertanto ritenersi che la modifica ex art. 126-sexies riguardante il bonifico istantaneo sia volta, piuttosto che a introdurre un nuovo "servizio", a regolare diversamente le modalità di esecuzione di un'operazione di pagamento già contemplata nel contratto quadro, stabilendone condizioni e termini.

Quanto all'eventuale alterazione del sinallagma contrattuale, eccipita da parte ricorrente, non sembra che di per sé la modalità di pagamento tramite bonifico istantaneo possa incidere radicalmente sull'assetto degli interessi definito fra le parti nell'ambito della prestazione del servizio di pagamento tramite "bonifico" e tantomeno della prestazione della gamma dei servizi di pagamento ordinariamente concordati fra prestatore del servizio e utente. Una più puntuale valutazione non è peraltro possibile nel caso di specie, non avendo parte ricorrente prodotto il contratto quadro in questione.

Se quindi può sostenersi che il bonifico istantaneo può essere introdotto tramite PMUC, va rammentato che il ricorrente eccepisce che l'intermediario non ha fornito elementi circa il giustificato motivo sottostante alla modifica in questione.

Si osserva al riguardo che, ai sensi del comma 5 dell'art. 126-sexies del T.U.B., vigente *ratione temporis*, "Restano ferme, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 33, commi 3 e 4, del decreto legislativo 6 settembre 2005, n.206".

L'art. 33 del Codice del consumo dispone, per quanto rileva in questa sede, che si presumono vessatorie, fino a prova contraria, "le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di consentire al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso" (comma 2, lettera m). Le disposizioni dell'art. 33 richiamate dal comma 5 dell'art. 126-sexies del T.U.B. dispongono, in deroga a quanto previsto dall'art. 33, comma 2, lettera m), che "se il contratto ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato, il professionista può "modificare, qualora sussista un giustificato motivo, le condizioni del contratto, preavvisando entro un termine congruo il consumatore, che ha diritto di recedere dal contratto (comma 3, lettera b)" (nonché ai sensi del comma 4, che "se il contratto ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari il professionista può modificare, sempreché vi sia un giustificato motivo ..., il tasso di interesse o l'importo di qualunque altro onere relativo alla prestazione finanziaria originariamente convenuti, dandone immediata comunicazione al consumatore il consumatore che ha diritto di recedere dal contratto").

A seguito delle modifiche introdotte dal D.Lgs. 218/2017, il comma 5 dell'art. 126-sexies è stato abrogato e sostituito dal comma 4-bis che recita "Se il cliente è un consumatore, il contratto quadro o le condizioni e informazioni a esso

relative fornite all'utilizzatore ai sensi dell'articolo 126-quater, comma 1, lettera a), possono essere modificate se sussiste un giustificato motivo".

Come noto, la previsione del previgente comma 5 ha sollevato un intenso dibattito dottrinale in merito all'esatta portata della disposizione che il legislatore ha inteso di fatto sostituire con l'introduzione del comma 4-bis dell'art. 126-sexies del T.U.B..

È stato rilevato in particolare, quanto all'ambito di applicazione soggettivo, che il richiamo alle norme del Codice del consumo, in quanto applicabili solo a consumatori persone fisiche, disattende l'obiettivo di equiparazione fra contraenti deboli, consumatori e microimprese, prevista dalla PSD 1 come facoltà degli Stati membri in sede di recepimento (ex art. 30, comma 2, della direttiva) cui si è ampiamente ispirato il legislatore italiano. Quanto ai profili oggettivi è stato osservato che le norme del Codice del consumo hanno ad oggetto il "contratto di prestazione dei servizi finanziari" e che "all'interno del quale, vista la peculiare disciplina dettata dalla PSD, risultava difficile ricomprendere il contratto quadro di servizi di pagamento".

Sembrano comunque convincenti, nell'ottica di un'interpretazione finalistica del previgente comma 5 dell'art. 126-sexies, le motivazioni addotte dalla relazione illustrativa del D.Lgs. 11/2010. Tale relazione, dopo aver rilevato che rispetto al Codice del consumo, ove sono recepite le norme comunitarie in tema di clausole vessatorie, la PSD 1 accorda al cliente minori tutele in materia, dichiara di ritenere applicabili ai servizi di pagamento le norme di fonte comunitaria contenute nel Codice del consumo, prevedendo che tali norme, ove il cliente sia un consumatore, prevalgano su quelle contenute nella

PSD 1 in ragione della loro specialità per quanto attiene alla natura del cliente.

In questo contesto le modifiche introdotte dal D.Lgs. 218/2017 all'art. 126-sexies del T.U.B. attraverso la soppressione del comma 5 e l'introduzione del comma 4-bis, non hanno quindi carattere innovativo, rappresentando invece la conferma della necessità di un giustificato motivo alla base delle modifiche unilaterali del contratto quadro e delle condizioni dei servizi di pagamento, a chiarimento di una previsione già precedentemente in essere.

Del resto la direttiva (UE) 2015/2366 (PSD 2) auspica (Considerando n. 63) che "Al fine di garantire un livello elevato di protezione dei consumatori gli Stati membri dovrebbero poter mantenere o introdurre, nell'interesse del consumatore, restrizioni o divieti relativamente a modifiche unilaterali delle condizioni di un contratto quadro, ad esempio nel caso in cui la modifica non sia giustificata".

Ciò posto si rileva che il Collegio remittente osserva come nel caso in esame appaia proposta come "giustificato motivo" la mera "qualità" del nuovo servizio reso disponibile, data dal fatto che permette "un trasferimento immediato di denaro", in quanto tale "migliorativa del servizio offerto" (cita Collegio di Roma, decisione n. 396/2020) e, di conseguenza, di per sé idonea a costituire il fondamento della modifica.

Evidenzia che, così ragionando, la specifica e maggiore rischiosità insita nel nuovo servizio non trovino alcun riconoscimento né evidenza.

Peraltro il Collegio remittente rileva altresì che la categoria del "giustificato motivo" come presupposto di uno ius variandi "finalizzato a garantire la permanenza dell'equilibrio

sinallagmatico” appaia di più semplice individuazione qualora le modifiche proposte si limitino a riguardare clausole di tipo economico, mentre risulta più complessa nel caso in esame, dove non è l’equilibrio economico delle prestazioni tra le parti che venga di per sé modificato, ma è l’equilibrio complessivo ad essere modificato, anche sotto il profilo delle modalità dispositive, venendo di conseguenza il cliente esposto ad un rischio maggiore rispetto a quello inizialmente concordato di perdita del proprio denaro.

Conclude che se nel rapporto con la banca si cerca sicurezza quanto alla custodia dei fondi depositati, la modifica delle condizioni di operatività con incremento del rischio di perdita del proprio risparmio – bene costituzionalmente tutelato (art. 47 della Costituzione)

- non è semplicemente un incondizionato plus offerto sul piano della qualità.

Con la decisione n. 26498/2018 il Collegio di coordinamento si è specificatamente occupato della rilevanza, quale giustificato motivo, dell’innovazione legislativa, tema che di per sé esula dalla presente controversia, considerato che, come sopra evidenziato, l’introduzione del bonifico istantaneo si pone, quantomeno allo stato e certamente si poneva nel novembre 2017, nell’ambito di un’iniziativa di settore, seppur “benedetta” dalle istituzioni comunitarie.

Nella suddetta decisione il Collegio di coordinamento ha preliminarmente evidenziato che “la coerenza tra l’accadimento posto a fondamento del giustificato motivo e la variazione contrattuale proposta, nonché la trasparente illustrazione di ciò alla clientela rappresentano presupposti necessari e irrinunciabili per poter

affermare il legittimo esercizio dello ius variandi”.

Nel corso del tempo il Collegio di coordinamento ha sottolineato che l’illustrazione del giustificato motivo deve essere chiara e coerente, nonché espressa in termini facilmente comprensibili alla generalità della clientela, in modo da consentirle di esercitare consapevolmente il diritto di recesso; che il riferimento al requisito dei giustificati motivi non può essere limitato alla loro effettiva sussistenza; che l’indicazione delle ragioni che hanno determinato le modifiche prospettate, seppur sintetica, deve essere in ogni caso idonea a consentire al cliente una verifica in termini di congruità.

È indubbio quindi che dalla comunicazione del giustificato motivo alla base della proposta di modifica unilaterale, nell’art. 118 del T.U.B. così come nell’art. 126-sexies del T.U.B., il cliente che ne è destinatario, il consumatore nel caso dei servizi di pagamento, deve disporre degli elementi necessari per procedere alla valutazione di congruità e di coerenza fra l’accadimento posto a fondamento del giustificato motivo e la variazione contrattuale proposta in un contesto di trasparenza informativa in modo tale che, valutati oltreché i profili attinenti ai costi/benefici, anche quelli relativi ai rischi per la clientela derivanti dalla variazione contrattuale, possa pervenire a una consapevole e informata decisione in merito al mantenimento della propria posizione contrattuale, come modificata a seguito della proposta ricevuta, ovvero al recesso dalla stessa.

Nel caso di specie la proposta di modifica unilaterale formulata dall’intermediario indica, che il bonifico istantaneo “si aggiunge ai servizi di pagamento disponibili sul contratto di conto corrente” (con effetto dal 21 novembre 2017) e che dal 31.3.2018, viene

applicata, per la disposizione di tale bonifico, una maggiorazione, rispetto al costo del bonifico ordinario, dello 0,04 per mille dell'importo del bonifico istantaneo con un minimo di € 0,60% e un massimo di € 20,00.

Nella comunicazione è precisato che "l'invio di denaro" tramite bonifico istantaneo "sarà immediato e, di conseguenza, non potrà essere revocato".

In questo contesto la valutazione della proposta di modifica unilaterale di specie come "migliorativa" o "favorevole" risulta, quantomeno nella logica della regolamentazione in materia, eccessiva, poiché all'indubbia accresciuta "qualità" della modalità di pagamento resa disponibile sono associati maggiori rischi per il cliente.

Ai fini della sussistenza del "giustificato motivo" va comunque rilevato che nella comunicazione al cliente è correttamente fornita un'informazione completa, seppur succinta, delle caratteristiche della modalità di pagamento e delle motivazioni che sono alla base della relativa introduzione.

Dalla evidenziazione della irrevocabilità del bonifico istantaneo il cliente può agevolmente trarre la sussistenza di maggiori rischi associati a tale modalità di pagamento, rispetto al bonifico ordinario, a fronte della sua maggiore efficienza e reagire consapevolmente alle modifiche contrattuali che ne sono il portato.

Conclusivamente, rammentato che il presente ricorso è meritevole di accoglimento per i motivi più sopra esposti, si enunciano i seguenti principi di diritto:

"Le modifiche introdotte dal D.Lgs. 218/2017 all'art. 126-sexies del T.U.B. attraverso la soppressione del previgente comma 5 e l'introduzione del comma 4-bis, non hanno carattere innovativo, poiché ribadiscono la

necessità di un giustificato motivo alla base delle proposte unilaterali di modifiche contrattuali relative ai servizi di pagamento, ove il cliente è un consumatore, a conferma della previsione già precedentemente in essere in

forza dell'abrogato comma 5.

La proposta al consumatore di introduzione della modalità di pagamento tramite bonifico istantaneo, ai sensi dell'art.126-sexies, comma 4-bis, del T.U.B., può essere validamente formulata se corredata da una informazione completa e corretta delle relative caratteristiche.

Tale non è quella che si limiti a evidenziare il costo del bonifico istantaneo, a conferma implicita della nuova opportunità offerta al destinatario, senza indicazione della caratteristica della irrevocabilità della operazione, determinativa dell'aumento del rischio in capo all'ordinante".

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio, in accoglimento del ricorso, dispone che l'intermediario corrisponda alla parte ricorrente la somma di euro 4.000,00.

Dispone, inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di Euro 200,00 (duecento/00) quale contributo alle spese della procedura e alla parte ricorrente quella di Euro 20,00 (venti/00) quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

Lo *ius variandi* dell'art. 126-*sexies* TUB.

Nota a ABF, Collegio di Coordinamento, 25 giugno 2022, n. 15627.

Sommario: 1. Il procedimento di modifica unilaterale dell'art. 126-*sexies* TUB e il rapporto con l'art. 118 TUB. – 2. La Decisione N. 15627 del 25 giugno 2021 del Collegio di Coordinamento ABF. – 3. Considerazioni conclusive sulla Decisione. – 4. Il requisito dell'equilibrio sinallagmatico del contratto.

1. Il procedimento di modifica unilaterale dell'art. 126-*sexies* TUB e il rapporto con l'art. 118 TUB.

L'art. 126-*sexies* (Modifica unilaterale delle condizioni) fa parte del corpo normativo relativo ai servizi di pagamento presente nel Capo II-*bis*, Titolo VI, del Testo Unico Bancario (TUB), inserito dal D. Lgs 27 gennaio 2010, n. 11 in attuazione della *Payment Service Directive* (PSD)¹. L'articolo è stato oggetto di variazioni da parte del D. Lgs. 15 dicembre 2017, n. 218², in attuazione della *Payment Service Directive 2* (PSD2)³.

Tale norma disciplina in modo autonomo il procedimento di modifica unilaterale relativo al contratto quadro⁴, ai servizi di pagamento⁵ e alle operazioni di pagamento⁶, rispetto a quanto previsto nell'art. 118 (Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali) del TUB⁷.

¹ Il Capo II-*bis* è stato inserito dall'art. 34, comma 1, lettera b), D. Lgs. 27 gennaio 2010, n. 11 "Attuazione della direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE, e che abroga la direttiva 97/5/CE."

² Decreto legislativo 15 dicembre 2017, n. 218 "Recepimento della direttiva (UE) 2015/2366 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le direttive 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010, e abroga la direttiva 2007/64/CE, nonché adeguamento delle disposizioni interne al regolamento (UE) n. 751/2015 relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta."

³ Per considerazioni generali su tale norma: M. DE POLI – *Commento all'art. 126-*sexies**, in *Commentario al Testo Unico delle Leggi in Materia Bancaria e Creditizia*, diretto da Capriglione, Wolters Kluwer – Cedam, 2018, tomo terzo, pag. 2269 e ss.

⁴ La definizione di contratto quadro è presente nell'art. 1 del D. Lgs 11/2010: "i) "contratto quadro": il contratto che disciplina la futura esecuzione di operazioni di pagamento singole e ricorrenti e che può dettare gli obblighi e le condizioni che le parti devono rispettare per l'apertura e la gestione di un conto di pagamento".

⁵ La definizione di servizi di pagamento è presente nell'art. 1, lett. *h-septies.1*), del TUB.

⁶ La definizione di operazione di pagamento è presente nell'art. 1 del D. Lgs 11/2010: "c) "operazione di pagamento": l'attività, posta in essere dal pagatore o dal beneficiario, di versare, trasferire o prelevare fondi, indipendentemente da eventuali obblighi sottostanti tra pagatore e beneficiario".

⁷ Per considerazioni generali su tale norma: SARTORI FILIPPO – *Commento all'art. 118*, in *Commentario al Testo Unico delle Leggi in Materia Bancaria e Creditizia*, diretto da Capriglione, Wolters Kluwer – Cedam, 2018, tomo terzo, pag. 1894 e ss.; A. A. DOLMETTA e A. SCIARRONE ALIBRANDI – *Ius variandi bancario*, Quaderni di banca, borsa e titoli di credito 36/2012, Giuffrè Editore; G. AMATO e G. BARONCHELLI - *Ius variandi e giustificato motivo: un tentativo di definizione*, Dirittobancario.it Approfondimenti, settembre 2019.

In considerazione della diversa origine dell'art. 126-*sexies* TUB, che deriva dall'attuazione nell'ordinamento di norme comunitarie, rispetto all'art. 118 TUB che, invece, ha origine domestica, si sono poste, e ancora si pongono, questioni di coordinamento, di confronto e d'individuazione di analogie e di differenze, stante la specificità del primo rispetto al secondo, che è la norma di generale valenza per i contratti e i servizi bancari. Per l'ambito d'applicazione dell'art. 126-*sexies* e la correlazione con contratti cui si applica l'altra norma, sono rilevanti le previsioni della Sezione VI delle "Disposizioni in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti"⁸.

Il confronto fra i presupposti sostanziali delle due norme di modifica unilaterale (considerando le primarie del TUB e le relative disposizioni di trasparenza) ha dato origine a un rilevante dibattito dottrinario e applicativo ancora in corso, come comprova la Decisione in commento, al fine d'individuare i tratti comuni e le differenze di disciplina.

In linea generale, i due procedimenti prevedono la medesima articolazione per: *i*) l'invio di una comunicazione qualificata come "proposta di modifica unilaterale", *ii*) le modalità d'inoltro della stessa (scritta o su supporto informatico), *iii*) l'indicazione di un preavviso di due mesi, *iv*) il diritto di recesso dal contratto esercitabile dal cliente, *v*) l'efficacia delle modifiche proposte in difetto di esercizio di tale diritto. Altro ambito di uniformità, è dato dalla necessità che il contratto oggetto di modifica contenga la clausola che facoltizza l'intermediario a dare ricorso al relativo procedimento, che, quindi, è il primo presupposto per l'attivazione.

Le differenze di rilievo sono individuabili:

- 1) nel "giustificato motivo", quale ulteriore presupposto legittimante la modifica, da esplicitare nella proposta al cliente, che deve sussistere sempre nel procedimento ex art. 118, mentre in quello ex art. 126-*sexies* rileva soltanto se questo ha qualifica di consumatore;
- 2) per l'applicazione necessaria del procedimento ex art. 118 (per quanto previsto al comma 3) soltanto in presenza di variazioni "sfavorevoli" per il cliente, mentre nell'art. 126-*sexies* è contemplato in riferimento a "ogni modifica", senza distinzione rispetto alla valenza (peggiorativa, migliorativa o neutra) della modifica, salvo lo specifico riferimento (comma 3 di quest'ultimo) alle modifiche dei tassi d'interesse e di cambio;
- 3) nell'estensione dell'oggetto delle modifiche, cioè se il "concetto di modifica" è riferibile soltanto alle "condizioni previste dal contratto",

⁸ In particolare, è previsto al fine del coordinamento: *"Nel caso di contratti quadro relativi a servizi di pagamento conclusi unitamente al contratto di conto corrente, la disciplina prevista dal presente paragrafo si applica alle sole modifiche aventi ad oggetto le condizioni relative al servizio di pagamento. Se la struttura di prezzo non consente di identificare le componenti di costo riguardanti in modo specifico i servizi di pagamento (ad esempio, nel caso di conti correnti c.d. "a pacchetto"), a tutte le modifiche si applicano l'articolo 118 del T.U. e il paragrafo 2 della sezione IV. Alle carte di credito si applica in ogni caso la disciplina prevista dall'articolo 126-*sexies* del T.U. e quella del presente paragrafo."*

- cioè alle clausole già presenti nel contratto, come indicato nell'art. 118, oppure se possa consentire anche l'inserimento di clausole o previsione originariamente non presenti come lascia intendere l'art. 126-*sexies*;
- 4) nella mancata previsione nell'art. 126-*sexies* del riferimento alla specifica approvazione ex art. 1341 cod. civ., invece presente nell'art. 118;
 - 5) nella distinzione nell'art. 118 fra contratti a tempo determinato o indeterminato, con diversa disciplina, invece non contemplata nell'altra norma.

Al fine della valutazione delle differenze fra le due norme, occorre ricordare che i tratti caratteristici del procedimento di modifica unilaterale si sono formati in riferimento all'art. 118 TUB, di generale applicazione ai prodotti e servizi bancari, la cui attuale formulazione è frutto di un articolato e progressivo processo legislativo di modifica, che, a partire dal testo originario, si è articolato nel D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in L. 4 agosto 2006, n. 248⁹, nel D. Lgs 13 agosto 2010, n. 141¹⁰, fino in ultimo nel D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito in L. 12 luglio 2011, n. 106 (che ha introdotto il comma 2-*bis*)¹¹.

Per delineare i presupposti, le caratteristiche e i limiti del procedimento di modifica unilaterale della norma di generale valenza per i prodotti e servizi bancari, oltre ai contributi dottrinali, sono rilevanti, per l'importanza che sta assumendo questo strumento di ADR nel sistema di gestione del contenzioso bancario, le interpretazioni che ne ha fatto l'Arbitro Bancario e Finanziario (ABF), segnatamente con le decisioni del Collegio di Coordinamento del 26 febbraio 2016, nn. 1889 e 1896 e del 12 dicembre 2018, n. 26498.

L'ABF in tali decisioni delinea il seguente quadro di riferimento sull'art. 118 TUB:

- a) lo *ius variandi*, per orientamento consolidato, configura un diritto potestativo, che attribuisce all'intermediario il potere di modificare i contenuti contrattuali, indipendentemente dall'accettazione o dal rifiuto del cliente, ferma la facoltà del medesimo di recedere dal rapporto in presenza di variazione sfavorevole;
- b) le modifiche unilaterali sono consentite soltanto se il contratto prevede apposita clausola contrattuale, approvata specificamente dal cliente;
- c) occorre la sussistenza del "giustificato motivo" a supporto della proposta di modifica e la sua illustrazione deve risultare chiara, coerente ed espressa in termini comprensibili alla generalità della clientela, poiché soltanto a

⁹ Decreto-Legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, in Legge 4 agosto 2006, n. 248 "Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale" (c.d. "Bersani 2006").

¹⁰ Decreto Legislativo 13 agosto 2010, n. 141 "Attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo VI del testo unico bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi."

¹¹ Ulteriori modifiche sono state apportate: dalla Legge 24 dicembre 2007, n. 244, dal D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141 e dal D. Lgs. 14 dicembre 2010, n. 218.

- fronte della comprensione della ragione che giustifica la modifica, il cliente può compiere una scelta consapevole sull'eventuale esercizio del recesso¹²;
- d) con riferimento all'ambito di estensione dello *ius variandi* è precisato che *“non può essere utilizzato per introdurre nel regolamento negoziale previsioni nuove, ma solo per modificare pattuizioni già esistenti in modo da garantire la permanenza dell'equilibrio sinallagmatico del contratto”*¹³;
- e) con riferimento alla verifica dell'elemento di “novità” in relazione alla modifica apportata, è stato precisato: *“pare corretto ritenere che non sia semplice modifica l'introduzione ex novo di un onere, un obbligo, una controprestazione o qualsivoglia altro termine o condizione (economica o normativa) nel contratto, che non sia già previsto nell'assetto originario determinato dalle parti. Infatti, tali variazioni si traducono nell'aggiunta di nuovi costi, in quanto non si pongono come mera modifica di oneri già previsti nel contratto e realizzano, così, un'alterazione del sinallagma negoziale in senso sfavorevole al cliente.”*¹⁴;
- f) e ancora che la finalità dello *ius variandi* è quella di *“conservare l'equilibrio (sinallagmatico) tra le singole prestazioni contrattuali, passando attraverso il mantenimento dell'equilibrio sinallagmatico dell'intero complesso delle prestazioni contrattuali, tipologicamente simili, effettuate dall'imprenditore nei confronti di un numero indefinito di controparti”*¹⁵.

Le suddette decisioni, nell'enunciare i criteri sopra ricordati, fanno consueto riferimento alla Circolare del Ministero dello Sviluppo Economico del 21.2.2007 n. 5574, ricordando come la stessa evidenzia che i) *“le “modifiche” disciplinate dal nuovo art. 118 TUB, riguardando soltanto le fattispecie di variazioni previste dal contratto, non possono comportare l'introduzione di clausole ex novo”*, e ii) il giustificato motivo si configura in *“eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario”*, nonché al Provvedimento di Banca d'Italia sulla Trasparenza delle operazioni e dei servizi degli intermediari finanziari, ricordando che chiarisce: *“Secondo il Ministero dello sviluppo economico le “modifiche” di cui all'articolo 118 del T.U., riguardando soltanto*

¹² ABF, Collegio di Coordinamento n. 26498 precisa: *“La coerenza tra l'accadimento posto a fondamento del giustificato motivo e la variazione contrattuale proposta, nonché la trasparente illustrazione di ciò alla clientela rappresentano presupposti necessari e irrinunciabili per poter affermare il legittimo esercizio dello ius variandi ai sensi dell'art. 118 TUB.”*

ABF, Collegio di Coordinamento n. 1896 precisa: *“Il riferimento al requisito dei giustificati motivi non può essere limitato alla loro effettiva sussistenza, ma deve estendersi anche alla loro comunicazione. Infatti è solo con la loro comunicazione al cliente che i “giustificati motivi” assolvono alla loro funzione di mettere il cliente stesso in condizione di valutare se le ragioni addotte dalla banca siano non solo serie, ma anche di carattere generale o particolare, posto che nel primo caso risulta probabilmente inutile cercare sul mercato offerte alternative, mentre nel secondo caso è più probabile l'opposto.”* (Collegio Milano, dec. n. 2434/2014).
E ancora: *“La comunicazione ex art. 118 TUB non deve raggiungere un livello di analiticità tale da abbracciare anche il profilo quantitativo, ma può limitarsi ad una indicazione delle ragioni che hanno determinato le modifiche prospettate, che, seppur sintetica, sia in ogni caso idonea a consentire al cliente una verifica in termini di congruità.”*

¹³ ABF, Collegio di Coordinamento n. 26498.

¹⁴ ABF, Collegio di Coordinamento n. 26498.

¹⁵ ABF, Collegio di Coordinamento n. 1889; principio confermato da ABF, Collegio di Coordinamento n. 26498.

le fattispecie di variazione previste dal contratto, non possono comportare l'introduzione di clausole nuove."¹⁶ ¹⁷.

Da ricordare che tale linea di interpretazione ha trovato attuazione a livello di norma primaria con la variazione nell'art. 118 TUB dell'inciso «*le altre condizioni di contratto*» con «*le altre condizioni previste dal contratto*», attuata con il D. Lgs. 13 agosto 2010, n. 141, che, al di là di quanto si può desumere dal contesto letterale, è stata effettuata a questo fine¹⁸.

Un'ultima considerazione d'inquadramento attiene all'osservazione dell'oggetto e della funzione dei procedimenti di modifica unilaterale. Il contesto tipico di applicazione dello stesso è quello delle variazioni di condizioni economiche, che viene, generalmente, attivato dopo che, situazioni esterne hanno inciso sull'originario sinallagma del rapporto contrattuale, al fine di variarle in senso sfavorevole al cliente.

Al di là di questa situazione, che si può definire "classica", è stato notato che «*l'instabilità della normativa bancaria accentua l'uso strutturale dello ius variandi*», tanto che lo stesso è «*strumento socialmente desiderabile, che evita i costi e disagi dell'adeguamento*»¹⁹. Infatti, vi sono stati molteplici esempi di espresso ricorso da parte del legislatore al procedimento ex art. 118 per dare attuazione e applicazione a novità normative²⁰.

In altri contesti di adeguamento normativo, pur in difetto di norme di espresso rinvio all'art. 118 e/o all'art. 126-*sexies* TUB, la modifica legislativa è stata attuata sui rapporti contrattuali sempre con l'attivazione dei relativi procedimenti, poiché «*sarebbe, tuttavia, riduttivo affermare che la sopravvenienza normativa possa costituire un giustificato motivo ai sensi dell'art. 118 TUB solo ove ciò sia testualmente contemplato*

¹⁶ Sezione VI, Par. 2 Variazioni contrattuali.

¹⁷ La Banca d'Italia con Nota del 28 marzo 2017 riprende, fra l'altro, il concetto enunciato dal Ministero dello sviluppo economico, per cui le modifiche unilaterali di cui all'art. 118 del TUB non possono comportare l'introduzione di clausole nuove. La Nota fornisce agli intermediari ulteriori precisazioni, oltre quelle già date nel 2014, in materia di *ius variandi*, con particolare riferimento al requisito del "giustificato motivo", la cui verifica è competenza dell'Autorità Giudiziaria, mentre la Banca d'Italia può indicare i principi e i criteri a cui gli intermediari devono attenersi in materia di *ius variandi* e verificare che vengano rispettati. Enuncia anche le situazioni in cui le modifiche unilaterali risultano in contrasto con condotte trasparenti e corrette e impediscono al cliente di assumere scelte consapevoli.

¹⁸ Legislatura 16^a, VI Commissione permanente, Resoconto sommario n. 182 del 21 luglio 2010, Parere approvato dalla Commissione sull'atto del Governo n. 225: «*l'espressione "condizioni previste dal contratto" intende precisare meglio, in linea con i chiarimenti forniti dal Ministero dello Sviluppo Economico (...) che le modifiche unilaterali ai sensi dell'art. 118 non possono comportare l'introduzione di clausole ex novo, ma soltanto la variazione di condizioni già contemplate nel contratto*».

A. CENTINI: *La disciplina delle modifiche unilaterali (ius variandi) nel Testo Unico Bancario dopo il d.lgs n. 141 del 2010*, in I Contratti 4/2011, p. 391.

¹⁹ In tal senso: F. SARTORI – *Commento all'art. 118*, op. cit., pag. 1896.

²⁰ In tal senso, per esempio: l'art. 2-*bis*, comma 3, del Decreto-Legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito in Legge 28 gennaio 2009, n. 2. (Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale); l'art. 27, comma 3, del Decreto-Legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in Legge 24 marzo 2012, n. 27 (Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività).

dal testo normativo”²¹. Con l’ulteriore precisazione: “*Infatti, bene possono aversi ipotesi in cui una novella normativa può andare ad incidere – in modo permanente, e non quale costo una tantum che l’intermediario debba sostenere per l’adeguamento normativo – su un servizio offerto alla propria clientela. Ciò potrebbe avvenire qualora vi fossero radicali cambiamenti sulle modalità di svolgimento di un servizio – si pensi, ad esempio, al passaggio dal sistema “bonifici/RID” al sistema SEPA, con il venir meno della distinzione tra pagamenti nazionali e pagamenti esteri, con una gestione dei pagamenti su un’unica piattaforma e con caratteristiche tecniche comuni ed uniformazione dei tempi di esecuzione e dei costi – quando ciò possa comportare un aggravio di costi ricorrenti (si badi, non una tantum) per l’intermediario che si trovi per questa ragione nella necessità di rivedere, al fine di mantenere l’originario equilibrio del sinallagma contrattuale, le condizioni contrattuali praticate alla propria clientela.*”²².

Si può, inoltre, osservare, visionando le comunicazioni inviate nel tempo da vari intermediari, la generale tendenza a ricorrere allo procedimento in parola anche in ipotesi diverse da quelle sopra ricordate, ogni qual volta vi sia l’esigenza, per esempio, d’introdurre nei contratti nuove funzionalità (es. nei servizi di pagamento: bonifico istantaneo e operatività delle *Third Party Provider*), nuove metodologie (es. impiego delle firme elettroniche nei rapporti bancari), aggiornamenti di regole particolari nella relazione con il cliente (es. reclami), prodotti con nuove funzionalità per evoluzione tecnologica e di sicurezza (es. carte di pagamento e sistemi di *digital banking*), come pure per esigenze funzionali d’allineamento del contenuto contrattuale allo standard dell’intermediario incorporante in presenza di operazioni di aggregazione.

Queste situazioni comprovano l’adozione sempre più frequente del procedimento di modifica unilaterale, al di fuori e oltre le situazioni “tradizionali”, per procedere a variazioni dei documenti contrattuali, in considerazione della rilevanza funzionale che lo caratterizza, a maggior ragione se in presenza di una molteplicità di rapporti, stante la concreta oggettiva difficoltà di fare ricorso a diverse soluzioni, quale la modifica in modalità bilaterale. In tali casi, non è agevole, ma neppure significativo, ricorrere alle qualificazioni tradizionali di “favorevole” o “sfavorevole” per il cliente, poiché le modifiche riguardano contesti di servizi facoltativi, di aggiornamenti di prodotto o altro, che configurano qualcosa di diverso rispetto al contratto in essere, che se non connotati da valenza migliorativa, la presentano almeno neutra.

2. La Decisione N. 15627 del 25 giugno 2021 del Collegio di Coordinamento ABF.

²¹ ABF, Collegio di Coordinamento n. 26498.

²² ABF, Collegio di Coordinamento n. 26498. La motivazione precisa ulteriormente: “*Va da sé che in altre ipotesi la sopravvenienza normativa non potrebbe affatto costituire un giustificato motivo ai sensi dell’art. 118 TUB. Così, ad esempio, qualora il legislatore imponesse agli intermediari di dotare le proprie filiali di vetri antiproiettile (al fine della salvaguardia di chi ivi sia presente), non vi sarebbe alcuno spazio applicativo per lo ius variandi, posto che tale aggravio di costi rientra nel normale rischio di impresa proprio dell’attività esercitata, rappresenta un esborso una tantum e non si pone in relazione alcuna con i servizi prestati alla clientela.*”

La Decisione N. 15627 (la “Decisione”)²³ è il primo pronunciamento del Collegio di Coordinamento ABF sul procedimento di modifica unilaterale dei servizi di pagamento e offre spunti interessanti per valutare la linea interpretativa seguita nell’applicazione della norma di riferimento e del rapporto con quella parallela di generale valenza.

La Decisione fa seguito alle decisioni del Collegio di Coordinamento ABF del 12 dicembre 2018, n. 26498 e del 26 febbraio 2016, nn. 1889 e 1896, che hanno trattato le modifiche unilaterali dell’art. 118 TUB, alle quali compie ampi richiami e rinvii.

La vicenda che forma oggetto di pronunciamento attiene alla responsabilità dell’intermediario per l’esecuzione fraudolenta di un’operazione di pagamento effettuata con bonifico istantaneo, servizio introdotto tramite modifica unilaterale del contratto ex art. 126-*sexies* TUB. Il Collegio rimettente, premesso che la controversia implica l’analisi della natura e dei presupposti del procedimento di modifica unilaterale derivante da detta norma, rileva la sussistenza di orientamenti difformi fra Collegi ordinari con riferimento: *i*) alla prova della ricezione della proposta, *ii*) alle motivazioni che ne giustificano l’introduzione, *iii*) alla possibilità di ricorrere alla proposta di modifica unilaterale per modifiche contrattuali delle specie, in considerazione della valenza innovativa del bonifico istantaneo.

La Decisione accoglie il ricorso per mancata prova della ricezione della comunicazione di modifica unilaterale, ritenendola inefficace, con la conseguenza che l’ordine di bonifico istantaneo impartito è avvenuto secondo modalità non concordate in contratto e, quindi, non autorizzate²⁴. Secondo il Collegio tale valutazione è assorbente di ogni questione connessa all’autenticazione e alla responsabilità ascrivibile al ricorrente (che pure appare configurabile dalla descrizione del fatto, per essere stato vittima di azione di *phishing* e per aver tenuto condotta che configura colpa grave)²⁵.

La Decisione, peraltro, esamina anche le altre questioni di diritto formulate con l’ordinanza di rimessione, pur se non decisive per la definizione del ricorso, in considerazione della loro rilevanza e dei contrasti rilevati fra Collegi ordinari, con enunciazione di due principi di diritto²⁶. In particolare, tratta i seguenti argomenti:

²³ Della Decisione dà notizia il Conciliatore Bancario-Finanziario con Circolare del 28.7.2021, con nota di redazione. Diritto Bancario – Bonifico istantaneo: l’ABF sull’introduzione tramite introduzione con modifica unilaterale, 27.9.2021.

²⁴ In senso analogo: ABF, Collegio di Bologna, 11 novembre 2021, n. 23231.

²⁵ Si osserva, incidentalmente, che la motivazione sul punto non appare del tutto convincente, poiché sarebbe stato possibile argomentare almeno la corresponsabilità del cliente per aver posto in essere, in modo reiterato, comportamenti in difetto di regole di normale prudenza, di fronte ad azioni di *phishing*, che lo stesso ABF, in molte decisioni, ritiene integrino colpa grave. Per esempio, ABF, Collegio di Milano, 12 settembre 2019, n. 21482 rileva in presenza di bonifico istantaneo oggetto di azione fraudolenta: “*L’operazione fraudolenta è stata invece resa possibile per avere la cliente fornito a terzi estranei i propri codici identificativi dando credito, come dalla medesima ammesso, ad email e sms costituenti evidenti casi di phishing e di SMShing, fenomeni sempre più frequenti di truffe e, quindi, ormai facilmente conoscibili mediante l’impiego di una media diligenza (cfr. Collegio di Coordinamento, decisione n. 3498/2012; nonché, di recente, Collegio di Torino, decisione n. 5995/2019).*”

²⁶ Questi i principi di diritto:

- a. la valenza di atto ricettizio della proposta di modifica unilaterale e la prova dell'invio;
 - b. le caratteristiche del bonifico istantaneo;
 - c. la valenza del procedimento di modifica unilaterale al fine dell'introduzione di "nuove" clausole e i rapporti fra art. 126-*sexies* e l'art. 118 TUB;
 - d. la valenza del "giustificato motivo";
 - e. la valenza della variazione intervenuta nell'art. 126-*sexies* con l'abrogazione del comma 5 e l'introduzione del comma 4-*bis*.
- a. La proposta di modifica unilaterale come atto ricettizio e la prova della conoscenza

Le argomentazioni presenti non rappresentano ambiti di sostanziale novità, poiché le questioni di onere della prova della ricezione della proposta si sono poste e sono state trattate fin dall'avvio dell'attività dell'ABF, così come l'eccezione di mancata conoscenza rappresenta la soluzione più facile e scontata per il cliente per tentare di apporsi all'efficacia della modifica in presenza di comunicazioni cartacee, che, notoriamente, non sono avviate con modalità tracciata²⁷.

In sintesi, viene confermato²⁸ che la proposta di modifica unilaterale è atto recettizio ai sensi degli artt. 1334 e 1335 Cod. Civ., i cui effetti si producono soltanto nel momento in cui viene a conoscenza del destinatario, da intendere conseguita nel momento in cui giunge all'indirizzo o, comunque, nella sfera di dominio e di controllo. Di conseguenza, il mittente è onerato della prova di tale conoscenza, ferma la possibilità di ricorrere anche a presunzioni semplici, per comprovare la necessaria consapevolezza del contenuto della comunicazione (per esempio, configurano presunzioni l'utilizzo del servizio, l'indicazione in estratto

*"Le modifiche introdotte dal D. Lgs 218/2017 all'art. 126-*sexies* del T.U.B. attraverso la soppressione del previgente comma 5 e l'introduzione del comma 4-*bis*, non hanno carattere innovativo, poiché ribadiscono la necessità di un giustificato motivo alla base delle proposte unilaterali relative ai servizi di pagamento, ove il cliente è un consumatore, a conferma della previsione già precedentemente in essere in forza dell'abrogato comma 5.*

*La proposta al consumatore di introduzione della modalità di pagamento tramite bonifico istantaneo, ai sensi dell'art. 126-*sexies*, comma 4-*bis*, del T.U.B., può essere validamente formulata se corredata da una informazione completa e corretta delle caratteristiche.*

Tale non è quella che si limiti a evidenziare il costo del bonifico istantaneo, a conferma implicita della nuova opportunità offerta al destinatario, senza indicazione della caratteristica della irrevocabilità della operazione, determinativa dell'aumento del rischio in capo all'ordinante."

²⁷ A. CENTINI: *Lo ius variandi nelle decisioni dell'Arbitro Bancario e Finanziario*, in *I Contratti* 2/2012, 182 e ss.

²⁸ Viene fatto richiamo ad ABF, Collegio di Coordinamento, 24 settembre 2012, n. 3089 che aveva già enunciato tali principi; in particolare, seppur con riferimento a comunicazione relativa a diversa fattispecie, veniva precisato che: *"la comunicazione de quo ... rientra nel novero della dichiarazioni recettizie ed i mezzi di comunicazione, pur nel silenzio della legge speciale, sono governati dai principi generali del codice civile in materia di atti recettizi (art. 1334 e 1335 c.c.) i quali, debitamente sviluppati dalla nomofilachia della Corte di legittimità, prevedono un delicato quanto collaudato equilibrio tra l'imposizione dell'onere di provare che la comunicazione sia stata ricevuta in capo al mittente e l'esigenza di non imporre oneri di impossibile assolvimento e perciò temperano tale onere mediante una serie di presunzioni semplici, tra le quali però non può rientrare la asserzione di aver rinviato la comunicazione dovuta mediante posta ordinaria perché tale forma di comunicazione non lascia di sé alcuna traccia documentabile"*.

conto della commissione senza contestazione dello stesso)²⁹. In questo contesto, la Decisione afferma, altresì, giustamente, che il mancato esercizio del recesso non può assumere rilevanza ai fini di ritenere integrata la conoscenza, non consentendo di ritenere superato il contesto sopra ricordato.

b. Le caratteristiche del bonifico istantaneo

La Decisione argomenta che il bonifico istantaneo rientra nella categoria dell'operazione di pagamento "bonifico", perché ne mantiene caratteristiche e funzione strutturali, senza che l'immediatezza dell'accredito sul conto del beneficiario, la non revocabilità e l'eventuale maggior costo, ne mutino la valenza, essendo espressione dell'evoluzione del processo di efficientamento iniziato con la PSD1, per velocizzare le operazioni e per la certezza e la concentrazione dei tempi di esecuzione.

Questa qualificazione, certamente condivisibile e in linea con la finalità e lo spirito della normativa europea, porta (*cf. infra sub c.*) il Collegio a non affrontare in modo compiuto l'argomento dell'ammissibilità dell'introduzione di "clausole nuove" tramite procedimento di modifica unilaterale.

c. La valenza del procedimento di modifica unilaterale al fine dell'introduzione di "nuove" clausole e i rapporti fra art. 126-*sexies* e art. 118 TUB

Richiamato il testo dell'art. 126-*sexies* e le correlate Disposizioni di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari di Banca d'Italia, la Decisione afferma che non "*pare dubbio quindi che per i servizi di pagamento sia possibile procedere alla modifica unilaterale del contratto, purché ciò sia previsto nel contratto quadro, nei termini e con le modalità di detta norma, così come disciplinati dalle Disposizioni di trasparenza della banca d'Italia*".

Al di là di tale ovvia constatazione, al fine di delineare i termini di applicazione del procedimento di modifica dell'art. 126-*sexies* viene effettuato ampio richiamo alla Decisione N. 26498, riferita all'art. 118 TUB, per confermare che: *i) lo ius variandi dell'art. 126-*sexies* costituisce diritto potestativo, ii) lo ius variandi rappresenta eccezione alla regola generale di immodificabilità del contratto in assenza di consenso delle parti*³⁰.

²⁹ ABF, Collegio di Milano, 23 febbraio 2022, n. 3239 ritiene che ricorrano elementi multipli, precisi e concordanti per ritenere presuntivamente provato che le comunicazioni di modifica unilaterale siano state effettivamente ricevute dalla parte ricorrente per essere state inviate allo stesso indirizzo impiegato per gli estratti conto, che si assumono ricevuti. ABF, Collegio di Milano, 5 novembre 2021, n. 22786 in presenza di proposte di modifica inserire in calce agli estratti conto, ritiene presuntivamente provata la conoscenza, argomentando: "*A parte che le suddette comunicazioni appaiono tutte indirizzate alla sede della società, appare in proposito dirimente la constatazione che la società ricorrente è notoriamente soggetto qualificato, sia per la ragione giuridica, che di per sé impone accurati obblighi di gestione e di revisione, sia per il fatto che essa è ammessa alla quotazione in borsa: l'adempimento dei doveri cui essa è tenuta non può prescindere dalla disponibilità della documentazione contabile rappresentata dagli estratti conto nella loro integralità ed autenticità.*"

³⁰ La Decisione a questo fine evidenzia: "*Seppur riferite alla ius variandi di cui all'art. 118 T.U.B. le suddette considerazioni possono pacificamente estendersi alla ius variandi di cui all'art. 126-*sexies* del T.U.B. [...].*"

ABF, Collegio di Napoli, 16 giugno 2021, n. 14871 evidenzia: "*Come in più occasioni affermato dall'Arbitro, le regole dell'art. 126-*sexies* TUB devono integrarsi con quelle, poste nell'art. 118 TUB in*

A fronte del rilievo del Collegio rimettente, che evidenzia delle differenze fra l'art. 126-*sexies*, comma 1, TUB (che fa riferimento a “ogni modifica del contratto quadro o delle condizioni e informazioni a esso relative”) e l'art. 118 TUB (che riguarda le “modifiche delle condizioni previste dal contratto”), a giudizio del quale il primo, nel far “esplicito riferimento oltre che alla modifica delle “condizioni” a quella del “contratto quadro”, sembra ammettere anche l'introduzione di nuovi servizi, la motivazione della Decisione dà atto della sussistenza di orientamenti dottrinali divergenti sull'ampiezza delle modifiche contrattuali afferenti i servizi di pagamento.

In sintesi, questi sono rappresentati evidenziando che: *i*) una linea interpretativa è quella di ritenere che il tenore letterale delle norme comunitarie (art. 44 della PSD1 e art. 54 della PSD2), quanto della norma di recepimento nazionale, inducono a ritenere ammissibile, oltre alla modifica delle condizioni dei servizi oggetto del contratto quadro, anche l'ampliamento del novero dei servizi di pagamento e, quindi, l'introduzione di clausole del tutto nuove; *ii*) altro orientamento è quello di ritenere preferibile l'estensione dei criteri applicativi elaborati per l'art. 118 TUB, per prevalenti esigenze di contiguità sistematica, per cui non è consentita l'introduzione di clausole “nuove” che modifichino l'originario assetto contrattuale.

Posta tale rappresentazione, la Decisione non prende chiara posizione sull'orientamento da seguire, ma s'indirizza verso la valutazione preliminare della “verifica dell'elemento di <novità> in relazione alla modifica apportata”.

A questo fine, offerta la ricostruzione della valenza del bonifico istantaneo (*cf. supra sub b.*), segue la conclusione che la modifica riguardante lo stesso è volta “piuttosto che a introdurre un nuovo “servizio”, a regolare diversamente le modalità di esecuzione di un'operazione di pagamento già contemplata nel contratto quadro”.

Tale presa di posizione porta, quindi, la Decisione a poter, facilmente, concludere che l'introduzione del bonifico istantaneo non ha alterato il sinallagma contrattuale, per non essere idoneo a “incidere radicalmente sull'assetto degli interessi definito dalle parti nell'ambito della prestazione dei servizi di pagamento tramite “bonifico” e tantomeno della prestazione della gamma dei servizi di pagamento ordinariamente concordati fra prestatori del servizio e utente.”

d. La valenza del “giustificato motivo”

L'eccezione del ricorrente d'insussistenza di tale requisito e il rilievo del Collegio rimettente che nella proposta il “giustificato motivo” era posto come mera “qualità” del servizio, consente alla Decisione di confermare l'applicazione anche all'art. 126-*sexies* dei principi che nel corso del tempo si sono formati nella continua elaborazione dell'ABF, riassunti nella Decisione N. 26498 in riferimento all'art. 118 TUB.

In particolare, con riferimento alla proposta in esame, la Decisione rileva che non si poneva la qualificazione di innovazione legislativa, come essenza del giustificato motivo, perché il bonifico istantaneo è frutto di iniziativa di settore, “benedetta” dalle istituzioni comunitarie, e che, comunque, sotto il profilo della coerente e comprensibile rappresentazione delle caratteristiche dello stesso, nell'ottica di

tema di ius variandi nei contratti bancari, di cui costituiscono specificazione in relazione alla materia dei servizi di pagamento (cf. Collegio di Milano, decisioni nn. 2944/2012 e 2134/2012).”

visione del lettore, la proposta conteneva gli elementi di spiegazione necessari e idonei a far comprendere le relative caratteristiche, compreso l'elemento di maggiore rilevanza, costituito dall'immediatezza di esecuzione e, quindi, della non revocabilità; tale caratteristica, inoltre, viene rilevato fa risultare eccessiva la qualificazione dello stesso come servizio "migliorativo" o "favorevole" al cliente, perché all'accresciuta "qualità" del servizio, si contrappone il maggiore rischio.

e. La valenza della variazione intervenuta nell'art. 126-*sexies* con l'abrogazione del comma 5 e l'introduzione del comma 4-*bis*.

La Decisione analizza il significato dell'intervento legislativo di soppressione dell'originario comma 5 e dell'introduzione del nuovo comma 4-*bis* nella norma in questione, concludendo che la modifica non ha valenza innovativa, confermano la necessità della sussistenza del giustificato motivo a base delle proposte di modifica del contratto quadro e delle condizioni dei servizi di pagamento se il cliente ha qualifica di consumatore.

La finalità è stata, quindi, di rendere più lineare e immediato il riferimento a tale presupposto, eliminando ogni giudizio di compatibilità derivante dal rinvio al diverso corpo normativo del Codice del Consumo.

3. Considerazioni conclusive sulla Decisione.

La Decisione rappresenta sicuramente un punto di riferimento nell'interpretazione della modifica unilaterale dell'art. 126-*sexies* TUB, pur se non avendo risolto tutte le questioni interpretative che si ponevano.

Unitamente alle altre decisioni del Collegio di Coordinamento ABF sull'art. 118 TUB, configura un complesso argomentativo di rilievo, oltre che per la definizione dei ricorsi presentati all'ABF, anche per l'impostazione delle proposte di modifica unilaterale nel campo dei servizi di pagamento, ambito sempre più rilevante nella gamma degli attuali prodotti e servizi bancari, tanto che, si può dire, che la norma di riferimento assume, in concreta valenza, quasi la medesima rilevanza quantitativa di quella di generale applicazione.

Si possono trarre alcune considerazioni di sintesi sull'essenza e la funzionalità del procedimento di modifica unilaterale dell'art. 126-*sexies* TUB, alla luce delle argomentazioni svolte nella motivazione, che risultano sostanzialmente identiche e di conferma rispetto a quanto vale per l'altra norma:

- l'esercizio del diritto di modifica unilaterale è qualificabile come diritto potestativo dell'intermediario;
- la proposta di modifica unilaterale è atto recettizio, con necessità, al fine dell'efficacia, per il mittente di provare la conoscenza del destinatario, tramite prova diretta della consegna o cognizione ovvero con il ricorso a presunzioni semplici di deduzione di tale situazione;
- lo *ius variandi*, quanto il cliente ha qualifica di consumatore, presuppone la sussistenza del giustificato motivo;
- il corretto esercizio dello *ius variandi* implica l'illustrazione del giustificato motivo, con la necessaria esplicitazione della coerenza fra la ragione da cui si origina la proposta e la variazione che ne è oggetto, con adozione di descrizioni chiare e comprensibili per il lettore, al fine di consentire al medesimo la dovuta comprensione, anche in ottica di eventuale esercizio del diritto di recesso.

Inoltre, secondo la Decisione:

- il bonifico istantaneo è una variante di quello ordinario;
- il giustificato motivo della sua introduzione nei contratti non si configura tanto in una “innovazione legislativa”, quanto in una regola di settore di “necessaria applicazione” nel sistema dei servizi di pagamento;
- di conseguenza, l’introduzione nel contratto della variante di bonifico era “atto dovuto” e il procedimento di modifica unilaterale lo strumento tecnico per attuarlo nella molteplicità di contratti quadro esistenti presso gli intermediari, con la concreta non rilevanza del giustificato motivo nei termini ordinariamente intesi;
- la rappresentazione nella proposta delle caratteristiche del bonifico istantaneo non poteva prescindere, al fine di ritenerla adeguata, dall’indicazione del suo elemento di maggiore criticità, l’irrevocabilità.

Invece, la Decisione non è dirimente su uno degli aspetti di maggiore rilevanza e interesse, cioè sul rapporto fra l’art. 118 e l’art. 126-*sexies* TUB per quanto riguarda l’estensione, giudicata pacifica per altri aspetti³¹, dei principi enunciati sulla prima norma in tema d’ambito di riferimento delle modifiche unilaterali, cioè se è ammissibile o meno l’introduzione di “clausola nuove”.

Tale ambito rimane aperto e, nonostante i vari e ripetuti richiami e rinvii al contenuto della Decisione N. 26498, l’allineamento sul punto in questione non sembra potersi ritenere esplicito o assunto in modo implicito dalla motivazione, dal momento che il diverso tenore letterale delle due norme, come rilevato giustamente dal Collegio remittente, pone la questione in termini sostanziali ed effettivi. Inoltre, su tale ambito, il percorso argomentativo non si profila altrettanto agevole e lineare, come invece lo è risultato sui citati diversi aspetti, nell’ottica di confermare l’estensione dei principi interpretativi esistenti per l’art. 118 anche all’altra norma.

4. Il requisito dell’equilibrio sinallagmatico del contratto.

La Decisione, unitamente alle altre citate, sollecita ulteriori riflessioni di generale valenza sull’essenza della modifica unilaterale in ottica d’integrazione contrattuale, anche avendo presenti le situazioni fattuali evidenziate in fine al par. 1.

Le argomentazioni complessivamente enunciate dai Collegi di Coordinamento ABF consentono una lettura orientata verso una maggiore latitudine delle regole applicative delle due norme di riferimento e, in particolare, dell’art. 118 TUB.

Sul dibattuto argomento delle “clausole nuove”, che ha sempre rappresentato uno dei cardini salienti e, se si vuole limitativi, del procedimento, che tanta concreta rilevanza assume nella maggior parte delle proposte di modifica, può proporsi una lettera diversa dai consueti canoni, superando i ricorrenti stereotipi e la riproposizione tralatizia dei principi forgiati in materia, a partire dalla Circolare ministeriale del 2007.

³¹ Precisamente: sulla qualifica di diritto potestativo della proposta, sulla natura di atto recettizio della stessa e sulla sussistenza e rappresentazione del giustificato motivo.

Il punto saliente di questo processo è la valutazione del sinallagma contrattuale. Se questo deve rimanere equilibrato durante lo svolgimento del rapporto, l'azione di *ius variandi* può essere finalizzata a riequilibrarlo (se una variazione è intervenuta), ma anche a non inciderlo (se questa non vi è stata) a fronte dell'inclusione di elementi integrativi nel rapporto contrattuale.

La consueta affermazione che lo *ius variandi* non può essere impiegato per introdurre nel regolamento contrattuale previsioni, economiche o normative, "nuove", ma soltanto per modificare pattuizioni già esistenti, in modo da garantire la finalità della permanenza dell'equilibrio sinallagmatico del contratto³², può essere superata se letta in senso funzionale.

In primo luogo, nel senso che sono ammissibili non soltanto le modifiche aventi tale finalità in riferimento all'equilibrio sinallagmatico se relative a previsioni o clausole già presenti, ma anche quelle, pur se di valenza innovativa, che abbiano la medesima finalità. In altri termini, pertanto, se quanto forma oggetto d'integrazione non aveva precedente previsione non si deve necessariamente qualificare come "nuovo inammissibile", ma può essere un "nuovo ammissibile", se strumentalmente funzionale a ripristinare l'equilibrio sinallagmatico, che si è squilibrato. L'elemento decisivo, pertanto, è che le nuove condizioni contrattuali siano effettivamente collegate all'evento posto a fondamento del giustificato motivo e che vi sia quel necessario collegamento di "mantenimento dell'equilibrio sinallagmatico" tra l'evento dedotto a fondamento, le prestazioni contrattuali e le nuove condizioni contrattuali oggetto della proposta di modifica³³.

Tale situazione è stata confermata dai recenti pronunciamenti dei collegi territoriali dell'ABF. Emblematiche di tale situazione le decisioni che ammettono lo *ius variandi* per introdurre voci di costo (es. spese di gestione del conto corrente) prima non esistenti fra le condizioni economiche oppure esistenti ma valorizzate a zero, derivante dall'andamento dei tassi d'interesse DFR³⁴ e dall'obbligo di versare i contributi al FITD³⁵. In molte decisioni di vari collegi territoriali tali circostanze sono state ritenute qualificabili come motivi giustificati, in quanto eventi che consistono in variazioni di condizioni economiche generali, che possono riflettersi in un aumento dei costi operativi degli intermediari³⁶. Quindi, anche l'introduzione

³² In tal senso, fra le tante: ABF, Collegio di Milano, 12 maggio 2015, n. 3724.

³³ ABF, Collegio di Coordinamento n. 26498.

³⁴ La decisione della BCE di applicare e mantenere tassi di interesse negativi sui depositi delle banche (*Deposit Facility Rate*, DFR), si è riflessa sui tassi di interesse del mercato interbancario, compreso l'Euribor, che ha seguito un andamento molto simile a quello del DFR.

³⁵ In applicazione della Direttiva 2014/49/UE relativa ai sistemi di garanzia dei depositi (DGSD), recepita nell'ordinamento italiano con il D.Lgs. n. 30/2016, al fine di assicurare al Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi (FITD) la pronta disponibilità delle risorse finanziarie necessarie a rimborsare le somme depositate dai clienti presso gli istituti di credito, in caso di loro dissesto, le banche sono state obbligate a provvedere a un conferimento annuale calcolato sulla base di diversi parametri, tra i quali figura l'importo complessivo delle somme depositate dai clienti protette dal FITD.

³⁶ ABF, Collegio di Napoli, 2 febbraio 2022, n. 2052 (variazione del canone in origine a zero); ABF, Collegio di Roma, 13 luglio 2021, n. 16620 (non chiaro se incremento o introduzione costo di gestione); ABF, Collegio di Napoli, 26 gennaio 2021, n. 2045 (non chiaro se incremento o introduzione canone); ABF, Collegio di Palermo, 19 novembre 2020, n. 20645 (modifica del canone)

di un “nuova condizione economica”, può assumere valenza di modifica ammissibile, se è diretta a ripristinare l’equilibrio sinallagmatico venuto meno. Vi sono, comunque, altre decisioni che rimangono nel solco delle tradizionali argomentazioni, per cui la facoltà prevista dall’art. 118 TUB viene intesa nel senso di consentire solo la modifica le clausole contrattuali preesistenti, senza possibilità

mensile di conto corrente e dei relativi bonus/azzeramenti); ABF, Collegio di Roma, 14 settembre 2020, n. 15798 (modifica del canone mensile di conto corrente e dei relativi bonus/azzeramenti); ABF, Collegio di Napoli, 10 settembre 2020, n. 15737 (variazione canone in origine a zero); ABF, Collegio di Roma, 1° settembre 2020, n. 15105 (non chiaro se incremento o introduzione nuovo canone); ABF, Collegio di Milano, 30 luglio 2020, n. 13367 (variazione canone in origine a zero); ABF, Collegio di Napoli, 27 luglio 2020, n. 13027 (variazione canone in origine a zero); ABF, Collegio di Bologna, 13 luglio 2020, n. 12459 (variazione canone in origine a zero); ABF, Collegio di Milano, 10 luglio 2020, n. 12295 (variazione canone in origine a zero); ABF, Collegio di Roma, 8 luglio 2020, n. 12169 (modifica del canone mensile di conto corrente e dei relativi bonus/azzeramenti); ABF, Collegio di Torino, 6 maggio 2020, n. 8205 (modifica del canone mensile di conto corrente e dei relativi bonus/azzeramenti); ABF, Collegio di Torino, 22 gennaio 2020, n. 945 (variazione del canone in origine a zero); ABF, Collegio di Roma, 4 settembre 2019, n. 20561 (incremento del canone).

ABF, Collegio di Milano, 30 aprile 2021, n. 11292 ritiene che: “[.] la clausola sul canone, pur se gratuito, sia una condizione economica presente nel contratto in esame e, in quanto tale, modificabile ai sensi dell’art. 118 TUB in applicazione di apposita clausola contrattuale che ne preveda la variazione unilaterale (in tal senso, Collegio di Milano, n. 11420/2019; Collegio di Palermo, n. 15427/2017).”

d’inserirne di nuove, escludendo l’ammissibilità dell’introduzione di una nuova voce di costo^{37 38}.

La permanenza di diverse argomentazioni nei collegi territoriali ABF, se comprova la formazione di un movimento interpretativo che valorizza il requisito dell’equilibrio sostanziale del contratto, dimostra anche la sussistenza di linee d’interpretazione non compute e finali, situazione che potrebbe anche sollecitare una specifica decisione del Collegio di Coordinamento, fermo restando che la concreta valutazione delle decisioni tradizionali non può prescindere dalla piena

³⁷ ABF, Collegio di Roma, 5 novembre 2020, n. 19533 in presenza di (i) contratto di conto corrente pubblicizzato a “zero spese”, (ii) di una modifica giustificata per “a) la riduzione dei tassi d’interesse di mercato in un quadro di perdurante debolezza dell’economia (specie a livello europeo); b) gli oneri incrementali connessi alla normativa in tema di tutela dei depositanti” e di (iii) rinvio alla Decisione del Collegio di Coordinamento N. 26498/2018, motiva: *“Prima di esaminare la questione della sussistenza in concreto del giustificato motivo, va tuttavia valutato se il ius variandi di cui all’art. 118 t.u.b. consenta alla banca non solo di modificare le clausole contrattuali preesistenti, ma anche di inserirne di nuove, prevedendo – come avvenuto nel caso di specie – una nuova voce di costo. Da questo punto di vista, va innanzitutto rimarcata l’eccezionalità della previsione in esame rispetto al principio generale di immutabilità del contratto senza il consenso di entrambi i contraenti. Ne consegue la necessità di un’interpretazione quanto più fedele possibile al dato normativo, che, non a caso, si riferisce alla facoltà di modificare le condizioni “previste dal contratto” e non (anche) di aggiungerne di nuove.*

Una simile lettura è poi coerente con l’altra regola di matrice bancaria di cui all’art. 117, comma 4, t.u.b., che impone la “completezza” del contratto bancario, sotto il profilo del “tasso d’interesse e [di] ogni altro prezzo e condizione praticati”. Sarebbe in effetti una “completezza” precaria quella che la banca può superare unilateralmente, pur al ricorrere di un “giustificato motivo”, mediante il successivo inserimento di nuovi prezzi e commissioni variamente denominati. E ne deriverebbe in ultima istanza un vulnus al principio di trasparenza che la disciplina in esame mira ad assicurare.”;

ABF, Collegio di Roma, 1° settembre 2020, n. 15128 rileva: *“[...] il canone mensile di gestione del conto corrente si qualifica a tutti gli effetti come una clausola negoziale “nuova” rispetto all’impianto contrattuale originario e la sua introduzione appare dunque estranea allo speciale meccanismo di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali previsto dall’art. 118 t.u.b.”;*

ABF, Collegio di Milano, 13 luglio 2020, n. 12453 rileva: *“Orbene, rileva il Collegio che gli eventuali costi a carico dell’intermediario generati dalle predette voci di spesa, non sono però in alcun modo correlati alla variazione apportata unilateralmente mediante l’inserimento della voce di costo del canone del conto corrente. Preme altresì precisare che, secondo il Ministero dello sviluppo economico, le modifiche unilaterali di cui all’art. 118 del TUB non possono comportare l’introduzione di clausole nuove (cfr. la nota del 21 febbraio 2007 del Ministero dello sviluppo economico); tale pare proprio essere l’introduzione del costo del canone del conto corrente che si risolve nell’inserimento di una nuova voce di spesa non concordata e non prevista originariamente tra le parti.”*

In senso analogo ABF; Collegio di Milano, 13 luglio 2020, n. 12448 e ABF, di Milano, 13 luglio 2020, n. 12447.

A. ZURLO - *Nota a ABF, Collegio di Torino, 22 gennaio 2020, n. 945*, in *Dirittodelrisparmio.it* 2020.

³⁸ Sono situazioni fattuali sostanzialmente identiche la voce economica avvalorata a zero e la non menzione della stessa tra le condizioni economiche del contratto di conto corrente, poiché il cliente, in entrambe le ipotesi, non deve corrispondere alcun onere. Di conseguenza, a questo fine, il sinallagma contrattuale esistente al momento di conclusione del rapporto è uguale. Attribuire diversa valenza sostanziale alle due situazioni in ottica di valutazione di “clausola esistente” o di “clausola nuova”, per ammettere o meno la modifica unilaterale, risulta, a ben vedere, argomento di limitata valenza logica, influenzato da un dato apparente, la menzione della voce economica (pur se con valore a zero), piuttosto che da quello sostanziale, la non previsione di un costo, che può condurre a risultati in concreto non giustificabili.

cognizione dei contenuti e dalle argomentazioni delle singole proposte di modifica (che sovente non sono compiutamente ricostruibili dal tenore della motivazione delle decisioni).

In un secondo luogo, si possono ritenere ammissibili anche le modifiche che, pur se non dirette al riequilibrio del sinallagma contrattuale non mutato, non lo incidono, permanendo questo invariato. In questo contesto, quindi, vedere come elemento centrale il mantenimento dell'invarianza del sinallagma esistente *ante* modifica unilaterale, nonostante la stessa, significa dare spazio a ogni modifica, anche se integrativa di nuove previsioni o di variazione di quelle esistenti, che non abbia incidenza sul complessivo regolamento del rapporto contrattuale.

Ne potrebbe conseguire la conclusione che è “nuova”, come tale non giustificabile, soltanto la modifica che altera in senso peggiorativo o sfavorevole al cliente il sinallagma contrattuale preesistente in difetto di giustificato motivo, mentre non è tale quella che lo mantiene costante e invariato, pur introducendo un’innovazione o una variazione nel rapporto contrattuale; in tal caso, il “giustificato motivo” assume soltanto valenza al fine dell’adeguata esplicazione del funzionamento e della valenza operativa di quanto introdotto³⁹.

La dimostrazione di tale approccio si ricava proprio della Decisione, che considera l’integrazione del servizio di bonifico istantaneo come “necessaria” in conseguenza dell’evoluzione dei servizi di pagamento e, *a priori*, non incidente sul sinallagma contrattuale esistente; quindi, non è in discussione la possibilità d’inserire il servizio facoltativo per il cliente nel contesto del rapporto contrattuale con il procedimento di modifica unilaterale e permane soltanto la necessità di un’adeguata spiegazione dei complessivi termini (rischi compresi) di funzionamento dello stesso.

Altri contesti in cui si configura una situazione analoga in punto di presupposti ed effetti sono costituiti, per esempio (come già evidenziato), dai casi d’adeguamento dei rapporti contrattuali all’evoluzione delle funzionalità dei servizi di pagamento (operatività delle c.d. “terze parti”), per l’introduzione delle modalità di firme elettroniche per la sottoscrizione dei documenti nel rapporto con l’intermediario oppure nella sostituzione di una carta di pagamento per l’offerta di funzionalità ulteriori e più sicure in linea con i criteri evolutivi del settore.

In queste situazioni, le modifiche introdotte non implicano alcuna incidenza negativa o peggiorativa sul sinallagma contrattuale preesistente, che rimane, comunque, in equilibrio, nonostante la variazione introdotta, la quale, in alcune ipotesi, è pure da ritenere di necessaria introduzione.

Come già osservato nel par. 1, tali situazioni trovano concreta conferma nel sempre maggior ricorso al procedimento di modifica unilaterale, ai sensi dell’art. 118 o dell’art. 126-*sexies*, nella realtà fattuale di gestione dei rapporti bancari.

³⁹ Il Collegio remittente, giustamente, ha evidenziato che la permanenza dell’equilibrio sinallagmatico è di più semplice individuazione se le modifiche riguardano clausole economiche, mentre può essere più complessa se hanno a oggetto l’equilibrio complessivo del rapporto contrattuale.

*Il Whistleblowing: evoluzione normativa e
problematiche applicative **

di Marco GNONI**

The Legislative Decree No. 231/2001 by Law No. 179/2017 introduced the mechanism of whistleblowing.

The Purpose of this institute is to bring to light offences within the corporate context those who report offences they have discovered in connection with their work are therefore called whistleblowers. The aim of the article is to analyse the historical evolution and the current state of the art of the spread and use of this tool, as well as the critical and problematic aspects involved.

.

Ottobre 2022

* Contributo approvato dai *referee*.

** Avvocato del foro di Lecce.

Abstract

The Legislative Decree No. 231/2001 by Law No. 179/2017 introduced the mechanism of whistleblowing. The Purpose of this institute is to bring to light offences within the corporate context those who report offences they have discovered in connection with their work are therefore called whistleblowers. The aim of the article is to analyse the historical evolution and the current state of the art of the spread and use of this tool, as well as the critical and problematic aspects involved.

Il whistleblowing inserito nel D.lgs. 231/2001 dalla l. n. 179/2017, si propone come mezzo per l'emersione di illeciti all'interno del contesto aziendale. I cc.dd. whistleblowers, infatti, sono coloro che segnalano illeciti di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito della loro attività lavorativa. L'articolo si propone analizzare l'evoluzione storica e l'attuale stato dell'arte di diffusione ed utilizzo di tale strumento, nonché gli aspetti critici e problematici sottesi all'istituto.

Il Whistleblowing: evoluzione normativa e problematiche applicative.

Sommario: 1. Nozione ed evoluzione. – 2. Il *whistleblowing* nel “sistema 231”. – 2.1. Gestione della segnalazione. – 3. Canali della segnalazione e trattamento dei dati. Il delicato equilibrio tra *whistleblowing* e privacy. – 3.1 Direttiva UE n. 1937/2019, novità per i sistemi di *whistleblowing*.

1. Nozione ed evoluzione.

Con il termine inglese “*whistleblower*” si intende il dipendente - pubblico o privato - che, dall'interno del proprio ente di appartenenza, segnala condotte illecite non nel proprio interesse individuale, ma nell'interesse pubblico, affinché non venga pregiudicato un bene collettivo¹.

L'espressione “*to blow the whistle*”, da cui poi *whistleblowing*, letteralmente può essere tradotta con “soffiare il fischietto”, essa rievoca l'azione del poliziotto nel tentativo di far cessare un'azione illegale.

Per inquadrare la disciplina dal punto di vista storico, occorre risalire alle origini statunitensi².

Il Congresso, il 2 marzo 1863, approvò il *False Claims Act*, noto come *Lincoln Law* (in quanto fortemente voluto dal Presidente Lincoln), per contrastare la frode perpetrata da società che vendevano forniture all'esercito dell'Unione. Il testo conteneva disposizioni c.d. “*qui tam*”, che consentivano ai privati di citare in giudizio, per conto del governo, società e individui che frodavano il governo.

Nel corso dei decenni, su scala globale, a questa primordiale forma dell'istituto se ne sono succedute delle altre. In particolare, la disciplina si è diffusa ed evoluta in due distinte connotazioni: un primo modello, meno radicato, più fedele all'esperienza statunitense, in cui è prevista l'elargizione in favore del segnalante di un premio solitamente parametrato all'importo “recuperato” a seguito della segnalazione. E un secondo modello – adottato dal nostro Legislatore - che si limita a prevedere, di contro, forme di tutela in favore del segnalante atte essenzialmente a evitare che lo stesso possa subire ritorsioni a causa della segnalazione³.

¹ R. CANTONE, Introduzione, *Segnalazione di illeciti e tutela del dipendente pubblico. L'Italia investe nel whistleblowing, importante strumento di prevenzione della corruzione*, p. 1, in www.anticorruzione.it.

² Le origini dell'istituto possono, invero, essere ricondotte già ai tempi dell'antica Roma: il *delatore* era un vero e proprio mestiere, ricompensato per le segnalazioni dei crimini o di beni sottratti al “Fisco”. Nell'antica Grecia, ad Atene, venne istituzionalizzata la figura del “sicofante” (lett.: denunziatore di fichi), ossia dei professionisti che assumevano il necessario ruolo di accusatore per portare avanti il processo. Sempre ad Atene, quinto secolo A.C, si rinvengono pratiche affini all'attuale del *whistleblowing*, il c.d. “ostracismo”. Esso consisteva nell'imprimere segretamente il nome di cittadini ritenuti pericolosi su di un coccio di terracotta che poteva comportare l'allontanamento del soggetto accusato. Cfr. M. A. LEVI - F. M. CAPPELLO, voce *Delazione*, in Enciclopedia Italiana Treccani, 1931, ed. online; U. E. PAOLI, voce *Sicofante*, in Enciclopedia Italiana Treccani, 1936, ed. online e voce *Ostracismo*, in Vocabolario Treccani online.

³ R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *Status dell'impiegato pubblico, responsabilità disciplinare e interesse degli amministrati*, Dir. Amm.2009, p. 53ss.

La normativa di riferimento – di seguito richiamata – ha inteso assicurare la protezione del dipendente che segnali illeciti, rispetto a misure discriminatorie o comunque penalizzanti, entro il rapporto di lavoro, pubblico o privato. Tali forme di tutela e protezione sono previste da numerosi atti internazionali⁴.

La disciplina del *whistleblowing* è stata introdotta per la prima volta in Italia con la legge del 6 novembre 2012, n. 190, c.d. *Legge Severino*, al fine di tutelare i dipendenti pubblici segnalatori di irregolarità all'interno del proprio ufficio. A tale norma, che ha modificato il D. Lgs. n. 165/2001 introducendo l'art. 54-bis, recante *Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti*, ha fatto seguito la Legge n. 179 del 2017, che, in vigore dal 29 dicembre successivo, ha esteso al settore privato la normativa sulle segnalazioni. Grazie alle suddette normative si è garantito uno strumento di tutela a chi segnala, all'Autorità Nazionale Anticorruzione (Anac) o all'autorità giudiziaria, gli illeciti di cui viene a conoscenza grazie al rapporto di lavoro, sia nel settore pubblico che in quello privato. Nel settore privato il perno dell'intervento è rappresentato dal decreto n. 231 del 2001, mentre, nel settore pubblico, è centrale il ruolo dell'Anac – che, insieme alla magistratura, è responsabile della prevenzione della corruzione – alla quale vanno indirizzate le segnalazioni⁵.

Il *whistleblowing* è stato considerato, nel settore pubblico, come una delle modalità di controllo organizzativo – unitamente alla trasparenza amministrativa, alla disciplina interna ed al controllo gerarchico, al controllo etico (codici etici), al controllo di gestione (economico e direzionale) – idonea a controllare gli abusi stessi⁶. In particolare, il *whistleblowing* è una forma di controllo interna privilegiata, giacché le segnalazioni provengono da soggetti che prestano la loro attività lavorativa all'interno delle organizzazioni, dunque si potrà contare, da un punto di vista quantitativo, su fonti di informazione non trascurabili⁷. Seppur non scevro da criticità, la norma *de qua* può contribuire, concretamente, ad ampliare la

⁴ Convenzione ONU contro la corruzione del 2003 (art. 33), ratificata dall'Italia con la legge n. 116 del 2009, e la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla corruzione (art. 9), ratificata con legge n. 112 del 2012. Analoga protezione si ritrova nelle raccomandazioni del Working group on bribery, incaricato del monitoraggio sull'attuazione della convenzione Ocse del 1997 sulla lotta alla corruzione degli impiegati pubblici nelle operazioni economiche internazionali (ratificata con legge n. 300/2000), nelle raccomandazioni del GRECO (il Groupe d'Etats contre la corruption) organo del Consiglio d'Europa deputato al controllo dell'adeguamento degli Stati alle misure anti-corruzione; nonché dal G-20 Anti-corruption working group, costituito in ambito Ocse, che ha predisposto i Guiding principles for whistleblower protection legislation.

⁵ A. BIONDINI, *Whistleblowing. Evoluzione e nuove Linee guida, al confine tra il D. Lgs. n. 231 del 2001 e la tutela della privacy*, Antiriciclaggio & compliance – Rivista Italiana dell'Antiriciclaggio, 2021.

⁶ S. CALBOLI, *Whistleblowing game. Un approccio sperimentale alla lotta alla corruzione*, tesi di dottorato, Università degli studi di Urbino Carlo Bo, in <https://ora.uniurb.it>.

⁷ P. SALAZAR, *Segnalazione di illeciti nella pa tra obbligo di fedeltà e diritto di critica*, Lav. giur., 6/2017, pp. 581 e ss.

area della c.d. “cifra oscura”⁸, formula che tradizionalmente designa il territorio dei fatti bensì commessi, ma che rimangono ignoti all’accertamento giudiziario⁹.

Va sottolineato come l’istituto in parola si fonda su studi pregressi - tra criminologia e studi aziendalistici - concernenti gli abusi, non necessariamente a rilievo penalistico, ma in ogni caso capaci di produrre gravi danni alla società, commessi nello svolgimento di attività di lavoro organizzato¹⁰.

D’altro lato, il *whistleblowing* è potenzialmente suscettibile di dare luogo ad attività di natura ritorsiva nei confronti del denunciante, (danni alla carriera, molestie, minacce ed altro ancora). Per questo motivo, sussiste la necessità di apprestare una tutela legale al *whistleblower*, nonché garantire la tutela dei dati personali, in un delicato equilibrio tra le aspettative di riserbo del segnalante, a garanzia di eventuali ritorsioni, con il diritto di accesso riconosciuto al soggetto al quale si riferisce la segnalazione.

2. Il *whistleblowing* nel “sistema 231”.

Nel 2017, come anticipato, il Legislatore ha inserito nel nostro ordinamento una specifica disciplina sul *whistleblowing* anche per il sistema privato, nella trama normativa dell’art. 6 del d.lgs. n. 231/2001. In particolare, ai sensi del nuovo comma 2 *bis* dell’art. 6 del D.Lgs. 231/2001¹¹, il Modello organizzativo prevede le seguenti

- misure aggiuntive:
- 1) uno o più canali che consentano ai soggetti indicati nell’art. 5, co.1, lettere a) e b), di presentare, a tutela dell’integrità dell’ente, segnalazioni circostanziate di condotte illecite, rilevanti ai sensi del presente decreto e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, o di violazioni del Modello di organizzazione e gestione dell’ente, di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte; tali canali garantiscono la riservatezza dell’identità del segnalante nelle attività di gestione della segnalazione;
 - 2) almeno un canale alternativo di segnalazione idoneo a garantire, con modalità

⁸ G. FORTI, *Tra criminologia e diritto penale. Brevi note su ‘cifre nere’ e funzione generalpreventiva della pena*, in MARINUCCI, DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 53.

⁹ P.C. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Laterza Editore, Bari, 2007.

¹⁰ B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia – Il commento*, *Giornale dir. amm.* 2/2013, pp. 123 e ss.

¹¹ L’art. 6 il comma 2-bis: <<I modelli di cui alla lettera a) del comma 1 prevedono: a) uno o più canali che consentano ai soggetti indicati nell’articolo 5, comma 1, lettere a) e b), di presentare, a tutela dell’integrità dell’ente, segnalazioni circostanziate di condotte illecite, rilevanti ai sensi del presente decreto e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, o di violazioni del modello di organizzazione e gestione dell’ente, di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte; tali canali garantiscono la riservatezza dell’identità del segnalante nelle attività di gestione della segnalazione; b) almeno un canale alternativo di segnalazione idoneo a garantire, con modalità informatiche, la riservatezza dell’identità del segnalante; c) il divieto di atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione; d) nel sistema disciplinare adottato ai sensi del comma 2, lettera e), sanzioni nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante, nonché di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate>>.

informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante¹², ovvero la disposizione che disciplina in linea generale il contenuto e la struttura del Modello di Organizzazione e Gestione (“MOG.”).

È opportuno sottolineare come tale disciplina era già presente nella prassi organizzativa dei MOG¹³, grazie alla c.d. “auto-normazione privata”, ossia quella particolare capacità di anticipazione legislativa adeguamento¹⁴ alle *best practice* e di assorbimento antiburocratico dei *best standard* normativi¹⁵. Nella normativa precedente al 2017 le segnalazioni erano ricondotte nell'alveo dei c.d. “flussi informativi” all'Organismo di Vigilanza.

Alla luce dall'attuale disciplina, dunque, i MOG devono contenere un sistema organizzato in relazione a:

- canali di segnalazione;
- garanzia della riservatezza del segnalante;
- divieto di atti ritorsivi;
- integrazione del sistema disciplinare.

La segnalazione, al fine di poter facilitare le eventuali indagini sul contenuto della stessa deve essere precisa e circostanziata e naturalmente fatta in buona fede¹⁶. Le Linee Guida di Confindustria¹⁷, in merito all'attuazione di tale disciplina, evidenziano come – oltre al rispetto delle disposizioni dettate in materia di privacy – la riservatezza del segnalante deve essere tenuta distinta dall'anonimato, in considerazione del fatto che per garantire al segnalante un'adeguata tutela è necessario che lo stesso sia riconoscibile¹⁸. Sono consentite anche segnalazioni

¹² C. ZANICHELLI, *Da Confindustria le nuove Linee Guida per la costruzione dei modelli 231: novità e approccio sistematico*, in Resp. amm. soc. enti, 4/2021, p. 278.

¹³ Sul punto: R. BORSARI – F. FALAVIGNA, *Whistleblowing, obbligo di segreto e “giusta causa” di rivelazione*, in Resp. amm. soc. enti, 2018, 2, 41 ss.; S.M. CORSO, *Il whistleblowing dopo la legge n. 179/2017. La tutela del prestatore d'opera che segnala illeciti endoaziendali*, Piacenza, 2018; F. COPPOLA, *Il whistleblowing: la “scommessa etica” dell'anticorruzione*, in Dir. pen. proc., 2018, 4, 475 ss.; A. RUGANI, *I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179*, in Leg. pen., 3 giugno 2018.

¹⁴ Specifiche normative italiane avevano già introdotto il *whistleblowing*, a titolo esemplificativo si ricorda: 1) l'art. 4 *undecies* del TUF, ai sensi del quale tutti gli intermediari finanziari e assicurativi “*adottano procedure specifiche per la segnalazione al proprio interno, da parte del personale, di atti o fatti che possano costruire violazioni delle norme disciplinanti l'attività svolta, nonché del regolamento (UE) n. 596/2014*”; 2) il D.lgs 90/2017 che ha riformato la disciplina sul riciclaggio, istituendo “*procedure per la segnalazione al proprio interno [...] di violazioni delle disposizioni dettate in funzione di prevenzione di riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*”; 3) il Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana che nel 2015 ha previsto l'obbligo per le società quotate sull'indice FTSE-Mib di dotarsi di un “*sistema interno di segnalazione da parte dei dipendenti per eventuali irregolarità o violazioni della normativa applicabile e delle procedure interne (c.d. sistemi di whistleblowing)*”.

¹⁵ J. BRAITHWAITE, *Enforced Self-Regulation: a New Strategy for Corporate Crime Control*, in Michigan Law Review, 1982, p. 1466 ss. richiamato da M. SCOLETTA, *Il fischietto silente*, Sistema Penale, 2022, p.16.

¹⁶ M. PANSARELLA, *Il Whistleblowing*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti ex D.Lgs. 231/2001 tra diritto e processo*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 408.

¹⁷ Linee Guida per la costruzione dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231 di Confindustria, giugno 2021.

¹⁸ B. A. LAROSSI – A. CERRETA, *Whistleblowing: considerazioni e operatività nella gestione delle segnalazioni*, su www.aodv231.it, 2 novembre 2021.

anonime, che, tuttavia, dovrebbero essere adeguatamente documentate e/o dettagliate, al fine di garantire un certo grado di attendibilità. Proprio per le criticità predette, la segnalazione non anonima è sempre da preferire, in quanto un'interlocuzione con il segnalante diventa fondamentale per indagare ed approfondire ogni aspetto connesso al contenuto della segnalazione¹⁹. Al fine di garantire la riservatezza dell'identità del segnalante rivestono un ruolo fondamentale le modalità informatiche; in proposito le nuove Linee Guida di Confindustria - oltre ad un richiamo alle indicazioni fornite dall'ANAC nel 2015²⁰ - evidenziano la possibilità di utilizzare piattaforme informatiche, anche gestite da terze parti indipendenti e specializzate, o di attivare apposite caselle di posta elettronica dedicate²¹. Con riferimento al canale alternativo, lo stesso potrebbe invece consistere nel servizio postale ordinario ovvero nel deposito fisico presso caselle *ad hoc*. La norma, dunque, impone che sia garantita la riservatezza dell'identità del segnalante e vieta di porre in essere atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione. L'eventuale adozione di misure discriminatorie nei confronti del *whistleblower* può essere denunciata all'Ispettorato Nazionale del Lavoro, oltre che dal segnalante, anche dall'organizzazione sindacale da questi incaricata²².

Inoltre, i Modelli di Organizzazione e di Gestione *ex* D.Lgs. n. 231/2001 devono prevedere, nel sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nei modelli stessi, sanzioni nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante, nonché nei confronti di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che dovessero rivelarsi poi infondate. Il comma 2 *quater*, inoltre, analogamente all'art. 54-*bis* del TU pubblico impiego, sancisce la nullità del licenziamento ritorsivo o discriminatorio, il mutamento di mansioni, nonché qualsiasi altra misura ritorsiva o discriminatoria adottata nei confronti del soggetto segnalante²³.

Occorre, a questo punto, chiarire quali soggetti possono effettuare una segnalazione. La doverosa precisazione ha ragion d'essere, giacché, sotto il profilo soggettivo, si scorge una differenza con la speculare normativa del settore pubblico. In detta normativa il novero dei soggetti è molto più ampio, consentendo le segnalazioni anche ai lavoratori e collaboratori delle imprese fornitrici che

¹⁹ I.A. SAVINI, *Sub art. 6, Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente*, in L. N. MEAZZA, G. STAMPANONI BASSI (a cura di), *Commentario al decreto sulla responsabilità da reato degli enti D.Lgs. 231/2001. Profili operativi*, Pisa, 2021, p. 44 ss.

²⁰ Analogamente a quanto indicato dall'Autorità Nazionale Anti-Corruzione in merito alle segnalazioni che è tenuta a gestire (cfr. determinazione ANAC n. 6 del 28 aprile 2015). Vengono richiamate le Linee Guida adottate proprio dall'ANAC nel 2015 sul *whistleblowing* nel settore pubblico, dal momento che i principi di carattere generale lì indicati possono essere utilmente seguiti anche dal settore privato - nei limiti della compatibilità con la specifica disciplina prevista dalla L. 179/2017.

²¹ N. ORDONELLI, *L'incidenza sui Modelli di Organizzazione delle nuove Linee Guida di Confindustria*, tesi Master di II livello, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, in *Giurisprudenza Penale*.

²² D. BELLONI, *Whistleblowing, tutela dei lavoratori e d.lgs. n. 231/2001*, *Cammino Diritto - Rivista di informazione giuridica*, p.9.

²³ *Ibidem*, p.9.

realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica, dunque soggetti "esterni". La scelta del Legislatore segue una chiara linea di politica criminale, volta alla lotta contro il malaffare. Nel settore privato, invece, l'art. 5 del d.lgs. 231/2001 identifica un ambito sostanzialmente circoscritto al personale dell'ente, fatta eccezione per i soggetti con poteri di rappresentanza (i quali possono essere anche soggetti esterni). Tuttavia, in virtù della sopracitata "auto-normazione privata", nulla vieta all'ente privato di includere soggetti esterni tra i potenziali segnalatori, purché tale disposizione sia prevista il Modello. possibilità²⁴. Nella prassi quest'ultima soluzione è spesso adottata dalle multinazionali.

2.1. Gestione della segnalazione.

L'oggetto della segnalazione, chiarisce la norma, sono le condotte illecite – non solo violazioni penalmente rilevanti, ma anche di ordine civilistico o amministrativo – e le violazioni del Modello di Organizzazione e Gestione dell'ente²⁵.

Già *supra* si accennava alla gestione delle segnalazioni prima dell'intervento legislativo del 2017, le stesse erano di competenza esclusiva dell'Organismo di Vigilanza ("OdV"), in ragione dei requisiti di indipendenza, dunque idoneo a trattare fatti di particolare sensibilità. Siffatta esclusività, rivela autorevole dottrina²⁶, non era scevra da potenziali criticità, anche di tipo pratico. A titolo esemplificativo si pensi ad una composizione dell'OdV collegiale- mista (comprensiva, cioè, di soggetti interni all'ente) e le implicazioni sulla riservatezza, in tal caso la suggestione esercitata sul soggetto segnalante potrebbe fungere da disincentivo.

Il nuovo comma 2 *bis*, invece non menziona l'OdV quale destinatario esclusivo delle segnalazioni. Le Linee Guida di Confindustria chiariscono quali possono essere i possibili destinatari:

- l'Organismo di Vigilanza;
- il Responsabile della funzione Compliance;
- un Comitato formato da varie funzioni (Legale, *Internal Audit*, *Compliance*, Risorse Umane);
- un ente o soggetto esterno dotato di comprovata professionalità²⁷;

²⁴ M. PANSARELLA, *Il Whistleblowing*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti ex D.Lgs. 231/2001 tra diritto e processo*, op. cit. p. 411.

²⁵ Il TAR Campania, sez. VI, con la sentenza n. 3880/18 ha chiarito: "*l'istituto del whistleblowing non è utilizzabile per scopi essenzialmente di carattere personale o per contestazioni o rivendicazioni inerenti al rapporto di lavoro nei confronti di superiori. Questo tipo di conflitti infatti sono disciplinati da altre normative e da altre procedure*".

²⁶ *Ibidem*, p. 414.

²⁷ Tale prassi è maggiormente diffusa in altri ordinamenti: le segnalazioni sono gestite da società terze, specializzate in questa particolare attività, le quali, una volta ricevuta la segnalazione, a seguito di una prima "analisi filtro", provvedono ad inoltrare la segnalazione a soggetti specificatamente preposti dall'Ente.

• il Datore di Lavoro delle piccole e medie imprese (Organo Dirigente negli enti di piccole e medie dimensioni *ex art. 6, co. 4, D.Lgs. 231/2001*)²⁸.

Ad ogni modo, qualora non venisse prescelto come destinatario delle segnalazioni, l'OdV dovrà essere coinvolto in funzione dell'attività di controllo svolta su tematiche rilevanti, in relazione alla disciplina di cui al Decreto 231.

3. Canali della segnalazione e trattamento dei dati. Il delicato equilibrio tra *whistleblowing* e *privacy*.

Prima di analizzare dettagliatamente le implicazioni in materia di *privacy*, appare opportuno contestualizzare, in maniera fattuale, la prassi aziendale sui canali preposti per le segnalazioni. A tal riguardo, nel precedente paragrafo è stata, schematicamente, descritta la previsione normativa introdotta dal Legislatore nel 2017, ma, a livello pratico-applicativo, quali strumenti sono stati adottati dagli enti privati?

Una soluzione largamente diffusa è quella *web-based*, ossia la predisposizione di una pagina web *ad hoc*, consultabile da qualsiasi *device* informatico, accessibile tramite ID e *password*. Questa opzione è ottimale sotto diversi profili: sia per i costi contenuti per la progettazione e la gestione di un sito internet; sia per la possibilità di mantenere un contatto con il *whistleblower*, tramite, ad esempio modalità “*chat*”; ma, soprattutto, per il grado di riservatezza che garantisce, conseguentemente è accolta con favore da parte del personale chiamato ad utilizzare il sistema, stante la maggiore “sicurezza” percepita. Questa modalità viene preferita all'analogo soluzione operante sul sistema informatico aziendale (canale di segnalazione preposto nel sito aziendale e gestito dallo stesso ente), in quanto, sebbene sotto il profilo tecnico siano sovrapponibili, dal punto di vista soggettivo la dimensione “interna” genera diffidenza e timore.

Un diverso strumento per le segnalazioni è quello del “numero verde”, veri e propri *call-centre*, gestiti da soggetti terzi, attivi, solitamente, 24 ore su 24. Tale metodo, pur garantendo un buon livello di riservatezza, presenta alcune criticità: rispetto alla modalità “*chat*” in questo caso risulta poco agevole mantenere un contatto con il segnalante; salvo trascrizione letterale, potrebbe essere alterata l'originalità della segnalazione, nel passaggio tra l'esposizione verbale del segnalante e l'annotazione da parte dell'operatore; ultimo aspetto che appare opportuno segnalare è l'eccessiva onerosità di una organizzazione del genere.

A queste modalità, di tipo esclusivamente informatico, sono affiancati canali tradizionali, ad esempio cartacei, ciò per garantire a chiunque la possibilità di segnalare, anche a coloro che non avvezzi alle nuove tecnologie.

Dalla disamina appena conclusa - pur non avendo alcuna pretesa di completezza - emerge un dato pacificamente riconosciuto dagli operatori del settore: uno dei pilastri su cui poggia il *whistleblowing* è la riservatezza. È evidente, pertanto, che l'istituto in parola ha inevitabili connessioni in tema di *privacy* e protezione dei dati

²⁸ Cfr. I. A.SAVINI, *Sub art. 6, Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente*, in L. N. MEAZZA, G. STAMPANONI BASSI (a cura di), *Commentario al decreto sulla responsabilità da reato degli enti D.Lgs. 231/2001. Profili operativi*, op. cit., p. 44 e ss

personali. Le segnalazioni, la loro gestione ed il trattamento dei dati sono guardate con particolare attenzione dagli addetti ai lavori.

Il Garante della privacy con la «*Segnalazione al Parlamento e al Governo sull'individuazione, mediante sistemi di segnalazione, degli illeciti commessi da soggetti operanti a vario titolo nell'organizzazione aziendale – 10 dicembre 2009*» [effettuata ai sensi dell'art. 154, comma 1, lett. f), d.lgs. 196/2003], aveva posto l'attenzione sul *whistleblowing*. L'appello del Garante traeva, allora, origine dalla circostanza che l'incertezza normativa in materia, causata dall'eterogeneità dei singoli sporadici riferimenti di legge, senza tuttavia la possibilità di rinvenire fondamenti normativi sistematici atti a regolare il fenomeno. La richiesta al Parlamento ed al Governo verteva sull'impiego e funzionamento dei sistemi di segnalazione che potessero trovare una puntuale regolamentazione con l'individuazione di una disciplina legislativa che assicurasse un equo temperamento tra i diritti fondamentali delle persone coinvolte e le legittime esigenze di trasparenza e di tutela delle aziende presso le quali questi operano, anche per quanto concerne i possibili riflessi sui mercati di riferimento²⁹.

Con l'entrata in vigore del GDPR viene disciplinata l'auspicata sinergia tra *whistleblowing* con la protezione dei dati personali. Per schematizzare, ai sensi del GDPR, occorre:

- definire i ruoli attribuiti ai soggetti coinvolti nella procedura;
- garantire adeguate misure di sicurezza dei dati e del trattamento;
- disciplinare il diritto di accesso alle informazioni da parte del soggetto segnalato;
- disciplinare le modalità del trasferimento dei dati della segnalazione, anche al di fuori dell'UE.

Dunque il titolare del trattamento deve garantire che i dati del segnalante siano completamente anonimizzati, sia nella fase della segnalazione che in quella del trasferimento delle segnalazioni, che in quella di conservazione³⁰. Il Garante, inoltre, ha richiamato al rispetto dell'art. 5 del GDPR³¹ e definisce le garanzie che

²⁹ M. BASCELLI, *L. 190/2012 (cd. legge anticorruzione): il primo approccio del legislatore italiano ai whistleblowing schemes*, Rivista 231 – Osservatorio Anticorruzione, 2013, p. 41.

³⁰ B. SAETTA, *Whistleblowing e privacy*, Protezione dati personali – Data Protection, 2021.

³¹ Articolo 5 Principi applicabili al trattamento di dati personali: «1. I dati personali sono: a) trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato («liceità, correttezza e trasparenza»);

b) raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità; un ulteriore trattamento dei dati personali a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici non è, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, considerato incompatibile con le finalità iniziali («limitazione della finalità»);

c) adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati («minimizzazione dei dati»); d) esatti e, se necessario, aggiornati; devono essere adottate tutte le misure ragionevoli per cancellare o rettificare tempestivamente i dati inesatti rispetto alle finalità per le quali sono trattati («esattezza»); e) conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati; i dati personali possono essere conservati per periodi più lunghi a condizione che siano trattati esclusivamente a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, fatta salva l'attuazione di

il titolare deve fornire al segnalante al momento della raccolta delle segnalazioni. Una mancata conformità potrebbe, quindi, nascere dalla non osservanza del principio di *privacy by design*³². Con specifico riferimento al sistema *ex D.lgs. 231/2001*, l'art. 6 comma 2 *bis*, richiede, al fine della gestione *privacy* nell'implementazione di un sistema *whistleblowing*: l'individuazione e valutazione del rischio per i diritti e le libertà degli interessati ed effettuare, eventualmente una Data Protection Impact Assessment (D.P.I.A., ossia la valutazione di impatto del trattamento, valutandone le necessità e la proporzionalità a gestire potenziali rischi per i diritti e le libertà delle persone); proceduralizzare le fasi dei processi; istituire adeguate misure di sicurezza, nonché informare gli interessati; autorizzare i soggetti coinvolti, compresa, in primis, l'eventuale società che gestisce il canale per le segnalazioni; definire periodicamente la conservazione dei dati³³.

misure tecniche e organizzative adeguate richieste dal presente regolamento a tutela dei diritti e delle libertà dell'interessato («limitazione della conservazione»); f) trattati in maniera da garantire un'adeguata sicurezza dei dati personali, compresa la protezione, mediante misure tecniche e organizzative adeguate, da trattamenti non autorizzati o illeciti e dalla perdita, dalla distruzione o dal danno accidentali («integrità e riservatezza»). 2. Il titolare del trattamento è competente per il rispetto del paragrafo 1 e in grado di provarlo («responsabilizzazione»).

³²Articolo 25 GDPR - Protezione dei dati fin dalla progettazione e protezione per impostazione predefinita

1. Tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche costituiti dal trattamento, sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento stesso il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione, volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione, e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del presente regolamento e tutelare i diritti degli interessati. 2. Il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate a garantire che siano trattati, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento. Tale obbligo vale per la quantità dei dati personali raccolti, la portata del trattamento, il periodo di conservazione e l'accessibilità. In particolare, dette misure garantiscono che, per impostazione predefinita, non siano resi accessibili dati personali a un numero indefinito di persone fisiche senza l'intervento della persona fisica. 3. Un meccanismo di certificazione approvato ai sensi dell'articolo 42 può essere utilizzato come elemento per dimostrare la conformità ai requisiti di cui ai paragrafi 1 e 2 del presente articolo.

Il concetto di *privacy by design* coniato da Ann Cavoukian, *Privacy Commissioner* dell'Ontario (Canada), nel 2010, i principi che reggono il sistema possono essere così sintetizzati:

- prevenzione: valutazione delle criticità nella fase di progettazione, l'applicativo deve prevenire il verificarsi dei rischi così da evitare azioni correttive *ex post*;
- *privacy* come impostazione di *default*;
- *privacy* incorporata nel progetto e minimizzazione dei dati;
- massima funzionalità, in maniera da rispettare tutte le esigenze;
- sicurezza durante tutto il ciclo del prodotto o servizio;
- visibilità e trasparenza del trattamento, cioè tutte le fasi operative devono essere trasparenti in modo che sia verificabile la tutela dei dati;
- centralità dell'utente, quindi rispetto dei diritti, tempestive e chiare risposte alle sue richieste di accesso.

³³ M. PANSARELLA, *Il Whistleblowing*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti ex D.lgs. 231/2001 tra diritto e processo*, op. cit. p. 421.

3.1. Direttiva UE n. 1937/2019, novità per i sistemi di *whistleblowing*:

Attraverso la Direttiva n. 1937/2019 – di seguito la “Direttiva” - il legislatore comunitario ha voluto integrare il sistema di *whistleblowing* presente nel nostro ordinamento, al fine di garantire un livello di protezione elevato a tutti coloro che avessero segnalato violazioni del diritto UE.

Con la legge n. 53/2021 recante “Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2019-2020”, il Governo italiano è stato delegato al recepimento, entro il 31 dicembre 2021 (termine, a tutt'oggi, non rispettato).

La Direttiva pone l'obbligatorietà, da parte di alcune tipologie di organizzazioni, di adottare appositi canali di comunicazione a garanzia delle segnalazioni relative a violazioni del diritto europeo. In particolare ci sarà l'obbligo di apprestare canali di segnalazione sia interni, che esterni, che pubblici. I *whistleblowers* si possono rivolgere direttamente ai canali esterni nelle ipotesi indicate. Se, dopo aver utilizzato i canali interni ed esterni, non è stata intrapresa alcuna azione appropriata in risposta alla segnalazione allora possono effettuare una divulgazione pubblica. Le condizioni richieste per la divulgazione pubblica sono: che si versi in particolari circostanze tali da mettere a repentaglio un interesse pubblico oppure che possa verificarsi un danno irreversibile; che la segnalazione esterna non escluda il rischio di ritorsioni o il rischio che la violazione non sia efficacemente affrontata per circostanze specifiche (es. rischio di distruzione delle prove)³⁴. All'art. 16 la Direttiva impone l'obbligo per gli Stati di garantire la riservatezza dell'identità del segnalante, di modo che quest'ultima non sia divulgata a soggetti diversi da quelli autorizzati a "ricevere e dare seguito alle segnalazioni", la stessa tutela è da estendere anche ad una rivelazione “indiretta” dell'identità del *whistleblower*, quale, ad esempio, la divulgazione di informazioni che potrebbero rilevare l'identità della fonte.

La Direttiva sancisce il divieto di misure ritorsive in conseguenza della segnalazione, ed è prevista l'inversione dell'onere della prova, cioè sarà l'autore delle misure a dover dimostrare che hanno una adeguata base giustificativa. La protezione contro le misure di ritorsione deve essere garantita sia nei confronti del segnalante (ritorsione diretta) che delle persone a questi vicini (es. familiari, colleghi).

Le violazioni che rientrano nell'ambito di applicazione della Direttiva riguardano gli atti dell'Unione e quanto contemplato all'art. 325 TFUE (Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) e all'art. 26, paragrafo 2, TFUE, a titolo esemplificativo:

- appalti pubblici;
- servizi, prodotti e mercati finanziari e prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo;
- sicurezza e conformità dei prodotti;
- sicurezza dei trasporti;

³⁴ B. SAETTA, *Whistleblowing e privacy*, Protezione dati personali – Data Protection, op. cit.

- tutela dell'ambiente;
- radioprotezione e sicurezza nucleare;
- sicurezza degli alimenti e dei mangimi e salute e benessere degli animali;
- salute pubblica;
- protezione dei consumatori;
- tutela della vita privata e protezione dei dati personali e sicurezza delle reti e dei sistemi informativi;
- violazioni che ledono gli interessi finanziari dell'Unione;
- violazioni riguardanti il mercato interno, nonché in materia di concorrenza e aiuti di Stato.

La Direttiva verrà applicata agli Enti pubblici con "l'esenzione dall'obbligo previsto ex art. 8 comma 1 ai comuni con meno di 10.000 abitanti, o meno di 50 lavoratori". Mentre, nel settore privato, verrà applicata agli Enti con "almeno 50 lavoratori" (il termine di recepimento della Direttiva è il 17 dicembre 2021, tranne che per i soggetti privati con meno di 250 lavoratori, per i quali gli Stati possono fissare l'obbligo di conformarsi alla data del 17 dicembre 2023). Nel caso di "soggetti giuridici con particolari livelli e tipologie di rischio", gli stati membri possono chiedere l'adozione di taluni canali di comunicazione, anche sotto la soglia.

Questo significa che al disotto di tale soglia e al netto dei casi specifici, il sistema di *whistleblowing* non è obbligatorio (seppure rimanga vivamente consigliato)³⁵.

³⁵ F.RESNATI, *Whistleblowing: verso nuovi obblighi per le imprese. come prepararsi*, IPSOA Quotidiano – Wolters Kluwer, 2021.

*L'istituto della negoziazione assistita alla luce
della legge delega n. 206/2021.**

di Paola FRANCONI**

In the current historical context, in which the efficiency, the simplification, the speed and the reduction of disputes have become the main aims of the legislative reform, the institute of assisted negotiation holds a special attraction as an alternative dispute resolution tool. The present study analyzes the main changes introduced by the L. Delegation 206/2021 and by the subsequent implementation decrees on the subject of assisted negotiation; changes that raise perplexities and questions to which time will find to answer.

Ottobre 2022

* Contributo approvato dai *referee*.

** Praticante avvocato, diplomata presso la Scuola di specializzazione per le professioni legali "Vittorio Aymone" dell'Università del Salento.

Abstract

In the current historical context, in which the efficiency, the simplification, the speed and the reduction of disputes have become the main aims of the legislative reform, the institute of assisted negotiation holds a special attraction as an alternative dispute resolution tool. The present study analyzes the main changes introduced by the L. Delegation 206/2021 and by the subsequent implementation decrees on the subject of assisted negotiation; changes that raise perplexities and questions to which time will find to answer.

In un quadro storico come quello attuale, in cui l'efficienza, la semplificazione, la speditezza e la riduzione del contenzioso sono divenuti i principali obiettivi della riforma legislativa, l'istituto della negoziazione assistita, quale strumento alternativo di risoluzione delle controversie, esercita un'attrattiva particolare. Il presente contributo analizza le principali novità introdotte dalla L. delega 206/2021 e dai successivi decreti attuativi in tema di negoziazione assistita; mutamenti che sollecitano perplessità ed interrogativi cui sarà il tempo a dare risposta.

L'istituto della negoziazione assistita alla luce della legge delega n. 206/2021.

SOMMARIO: 1. La riforma del processo civile. La legge delega n. 206/2021 e i decreti attuativi – 2. La negoziazione assistita tra comparazione e riforma. Le origini. – (*Segue*) 2.1. Uno sguardo comparatistico. – 3. La negoziazione assistita alla luce della legge delega n. 206/2021. Ambito di applicazione. – (*Segue*) 3.1. L'attività di istruzione negoziale. - 3.2 (*Segue*) Modalità di svolgimento della negoziazione assistita. – 3.3 (*Segue*) Il patrocinio a spese dello stato nella procedura di negoziazione assistita. – 4. Conclusioni.

1. La riforma del processo civile. La legge delega n. 206/2021 e i decreti attuativi.

“Semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile”; riduzione, entro giugno 2026, del 40% dei tempi di trattazione di tutti i contenziosi civili e commerciali rispetto al 2019.

Tali sono i principi ispiratori dichiarati e gli ambiziosi obiettivi prefissati dalla **legge del 26 novembre 2021 n. 26**, approvata dal Parlamento e concernente una delega al Governo, da esercitare entro il 24 dicembre 2022, *“per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, nonché una serie di misure urgenti per la razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie e in materia di esecuzione forzata.”*¹

Il progresso limitato circa la riduzione della durata dei processi civili era già emerso (e rimproverato) nella *Relazione per Paese 2020 relativa all'Italia*, presentata dalla Commissione UE il 26 febbraio 2020 la quale, avendo manifestato preoccupazione per i lunghi tempi del contenzioso civile e commerciale, aveva concluso nella

¹ Legge n. 26 novembre 2021 n. 206, in www.normattiva.it.

raccomandazione n. 4 di “ridurre la durata dei processi civili in tutti i gradi di giudizio razionalizzando e facendo rispettare le norme di disciplina procedurale, incluse quelle già all'esame del legislatore”.²

Sulla stessa linea d'onda la *Raccomandazione del Consiglio dell'Unione sul programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia* del 20 maggio 2020 che, al 24 considerando, rilevava che “Tra le carenze figurano la lunghezza delle procedure, tra cui quelle della giustizia civile, il basso livello di digitalizzazione e la scarsa capacità amministrativa. Le procedure e i controlli devono essere attuati rapidamente, in un contesto in cui vengono significativamente incrementate le risorse pubbliche a sostegno dell'attività economica. [...].. Infine, un sistema giudiziario efficiente è fondamentale per un'economia attraente e propizia agli investimenti e all'imprenditoria e sarà fondamentale nel processo di ripresa, anche mediante l'attivazione di quadri efficienti per il salvataggio e il rilancio” e raccomandava di “migliorare l'efficienza del sistema giudiziario e il funzionamento della pubblica amministrazione.”³

La L. delega 206/2021, inserendosi nel più ampio contesto del Dispositivo europeo per la Ripresa e Resilienza, elaborato all'interno del programma europeo *Next Generation eu*, risponde ad uno degli obiettivi concordati con l'Unione Europea per accedere alle risorse del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR).⁴ Non si tratta, dunque, di una mera riduzione del contenzioso all'interno degli uffici giudiziari, ma di un ammodernamento del modello di processo italiano agli *standards* europei, operando su diversi punti e, in particolare:

- sulla modifica della disciplina dei metodi di risoluzione alternativa delle controversie (ADR),
- sulla modifica del processo civile di primo grado,
- sull'estensione dell'applicazione del procedimento semplificato di cognizione,

² Documento di lavoro dei servizi della commissione - Relazione per paese relativa all'Italia 2020 che accompagna il documento *Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio europeo, alla banca centrale europea e all'eurogruppo Semestre europeo 2020: valutazione dei progressi in materia di riforme strutturali, prevenzione e correzione degli squilibri macroeconomici e risultati degli esami approfonditi a norma del regolamento (UE) n. 1176/2011* in www.ec.europa.eu.

³ *Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 dell'Italia* in www.ec.europa.eu.

⁴ Così specificato nella *Presentazione del Presidente Draghi e Presentazione al Consiglio dei Ministri del Ministro Franco* (24/04/2021) in www.governo.it.

- sulle modifiche in materia di esecuzione forzata; la creazione di un rito unificato “*procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie*”,
- l’implementazione dell’Ufficio del processo.

Nel presente articolo soffermeremo la nostra attenzione sulla modifica delle ADR e, nello specifico, sull’implementazione dell’istituto della negoziazione assistita, secondo quanto dichiarato nel co. 4 dell’art. 1 della L. 206/2021 di “*riordinare e semplificare la disciplina degli incentivi fiscali relativi alle procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie*”, quale risposta alla volontà di relegare il processo ad un ruolo residuale in assenza di alternative.

Se la legge delega, e i successivi decreti attuativi, da una parte non intaccano la struttura tradizionale della negoziazione assistita, che continua ad essere bipartita in obbligatoria⁵ e facoltativa, dall’altra, operando in varie direzioni, implicano novità di non poco conto, destinate a sollevare riflessioni e (forse) problematicità.

Prima fra tutti, l’estensione facoltativa dell’ambito di operatività alle controversie in materia di diritto del lavoro, che si analizzerà nel proseguo dell’articolo, seguita dalla possibilità del suo utilizzo in materia familiare che, in tal modo, è ampliato rispetto alle precedenti ipotesi di utilizzo nei casi di separazione, divorzio o correlate modifiche ed è destinato a poter disciplinare anche le modalità di affidamento e mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio, e dei figli maggiorenni non economicamente autosufficienti, nonché deputato ad effettuare trasferimenti immobiliari e a prevedere un assegno di mantenimento c.d. *una tantum*.

Ebbene, partendo da tale aspetto, al quale si aggiunge l’istituzione dello svolgimento di un’istruzione preventiva nell’ambito della negoziazione assistita, analizzato successivamente, non si può prescindere da alcune considerazioni. Se è vero, infatti, che la negoziazione assistita possa avere ad oggetto soltanto diritti disponibili⁶, la problematica che si pone alla luce della riforma, tanto per gli operatori del diritto,

⁵ Quale condizione di procedibilità nell’ipotesi di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti, nei casi di sinistri stradali, e nel caso del pagamento a qualsiasi titolo di somme non superiori a cinquantamila euro, *ex art. 3 decreto legge 12 settembre 2014, n. 132* e nelle controversie in tema di trasporto e subtrasporto.

⁶ *Ex art. 2 co. 2 lett. b decreto legge 12 settembre 2014, n. 132, “l’oggetto della controversia, che non deve riguardare diritti indisponibili”, in www.normattiva.it.*

quanto per i professionisti che concretamente dovranno esercitare la materia, è fin dove è possibile spingersi nell'esercizio di questo strumento stragiudiziale, alla luce del suo ampliamento in settori, come quello della famiglia, del lavoro o dell'istruzione probatoria, caratterizzati da diritti indisponibili.

Tale questione, critica e variegata, che darà certamente vita a dibattiti dottrinali e giurisprudenziali, non potrà essere risolta in questa sede, ove ci si soffermerà sulle peculiarità che hanno investito la negoziazione assistita rispetto alle caratteristiche d'origine, in un'ottica di deflazione del processo e di ragionevole durata dei giudizi di merito.

2. La negoziazione assistita tra comparazione e riforma. Le origini.

In un quadro storico come quello attuale, in cui l'efficienza è divenuta uno dei principali obiettivi delle riforme legislative, gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie esercitano un'attrattiva particolare. Per comprendere al meglio la riforma concernente l'istituto della negoziazione assistita, è necessario svolgere una sommaria analisi delle sue origini al fine di riuscire a cogliere le modalità di nascita, quelle successive di sviluppo e le conseguenti necessità di riforma.

All'indomani della pronuncia di illegittimità costituzionale per eccesso di delega della disposizione del d.lgs. n. 28/2010⁷, che configurava il tentativo di mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziaria, e della successiva riscrittura⁸, si assiste all'introduzione, con il D.L. 21 giugno 2013 n. 69, della mediazione quale strumento obbligatorio per le quasi tutte le materie previste nel testo precedente ma con un alleggerimento dell'incidenza sul processo, del potenziamento della mediazione delegata e dell'ingresso, con il D.L. 12 settembre 2014 n. 132 di nuovi meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie, tra cui quello della negoziazione assistita,

⁷ V. Corte cost., 6 dicembre 2012, n. 272, in *Foro it.*, 2013, 1091 con nota di ROMBOLI; in *Giur.it.*, 2013, 605, con nota di BESSO, La Corte costituzionale e la mediazione; in *Società*, 2013, 76, con nota di LUISO, L'eccesso di delega della mediazione obbligatoria e le incostituzionalità consequenziali; in *Corr. giur.*, 2013, 262, con nota di PAGNI; PERAGO, Spunti di riflessione sulla compatibilità costituzionale della mediazione obbligatoria, in *Resp. Civ. e prev.* 2011, 1877 ss.

⁸ REALI, La mediazione obbligatoria riformata, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 729 ss.; DE SANTIS, La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali: le novità del 2013, in *Foro it.*, 2013, V, 265 ss.;

intesa quale “*accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l’assistenza di avvocati iscritti all’albo*” art. 2, co. 1, D.L. n. 132/2014.⁹

Ciò che emerge è la sensazione che il legislatore, falliti tutti i tentativi svolti fino a quel punto di riduzione dei tempi e dei numeri dei processi, avesse voluto far intervenire l’avvocatura, tuttavia non considerata più responsabile dell’arretrato dei giudizi.¹⁰

La logica alla quale obbedisce l’istituto della negoziazione assistita, è quella della “*degurisdizionalizzazione*”¹¹, offrendosi da un lato come ulteriore strumento di risoluzione autonoma delle controversie, dall’altro come risposta alle istanze di quella parte dell’avvocatura italiana che da tempo lamentava la scarsa considerazione, a livello normativo, del ruolo dell’avvocato¹² nelle procedure di risoluzione alternativa della controversia.¹³

La negoziazione assistita, vertente su diritti disponibili, come si ricava a contrario dall’art. 2, co. 2 lett. b) secondo cui “*l’oggetto della controversia [che] non deve riguardare diritti indisponibili o vertere in materia di lavoro*”¹⁴.

⁹ Decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132 in *www.gazzettaufficiale.it*.

¹⁰ TRISORIO-LIUZZI, La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, in *Il giusto processo civile*, 1/15, 2 ss.

¹¹ DALFINO, La procedura di mediazione assistita da uno o più avvocati, in ID. (a cura di), *Misure urgenti per la funzionalità e l’efficienza del processo civile*, Torino, 2015, 28 ss.; LUISO, La negoziazione assistita, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 649 ss.; CHIARLONI, Minime considerazioni critiche su trasferimento in arbitrato e negoziazione assistita, in *Riv. trim. e dir. proc. civ.*, 2015, 221 ss.; FARINA, La negoziazione assistita dagli avvocati: da preambolum ad litem a outsourcing della decisione del giudice, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 514 ss.; CONSOLO, La giustizia civile: quale volto dei nostri processi fra giurisdizione e ADR?, in *Corr. giur.*, 2014, 1263 ss.; BORGHESI, La delocalizzazione del contenzioso civile: sulla giustizia sventola bandiera bianca?, in *www.judicium.it*, 2014; ID., Il contratto di negoziazione assistita da uno o più avvocati, *ibidem*, 2014.

¹² FRANCESE-MILONE, L’advocacy in ADR. Il ruolo dell’avvocato nella mediazione e nell’arbitrato, in *I Contratti*, Ipsa, n.8-9, 2014 p. 839 e ss.

¹³ TRISORIO LIUZZI, La procedura di negoziazione assistita, in *Foro.it*, 2015, V, 26 ss..

¹⁴ L’ambito di applicazione, in realtà, sarebbe dovuto essere più ampio poiché l’art. 7, successivamente soppresso in sede di conversione del decreto legge, prevedeva l’aggiunta all’art. 2113 co 4 c.c. delle parole “*o conclusa a seguito di una procedura di negoziazione assistita da un avvocato*” consentendo il ricorso dell’istituto di cui in oggetto anche in materia di lavoro. In tal senso, DALFINO, La procedura di negoziazione, *cit.*, 30 ss.

La negoziazione assistita, prevista in un duplice modello, ovvero facoltativo e obbligatorio (il quale si applica nelle ipotesi espressamente previste quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale), si compone di tre sottofasi¹⁵:

- 1- La prima disciplina la sottoscrizione ad opera dei litiganti di una convenzione di negoziazione con cui le parti, cooperano secondo buona fede e lealtà, i cui elementi essenziali sono la determinazione dell'oggetto della controversia e la forma scritta a pena di nullità;
- 2- Non espressamente disciplinata ma riguardante l'attività di negoziazione vera e propria;
- 3- Concernente l'eventuale sottoscrizione, da parte dei difensori delle parti, dell'accordo conciliativo e della sua eventuale esecutività e idoneità a iscrivere ipoteca giudiziale.

2.1. (Segue). Uno sguardo comparatistico.

Sembra opportuno, al fine di cogliere a pieno le novità della “*negoziazione riformata*”, delineare, per sommi capi, le origini dell'istituto in esame, da rintracciare nel c.d. *diritto collaborativo* di matrice nord-americana.¹⁶ Sul finire degli anni '80, l'avvocato Stuart Webb, evidenziò gli aspetti negativi dell'approccio avversariale della composizione della controversia e, al contrario, quelli positivi della logica volta alla ricerca amichevole di un accordo.¹⁷ Nonostante il recepimento del diritto collaborativo a livello normativo e al suo sviluppo in numerosi altri Paesi del mondo, è da sottolineare che lo stesso non abbia una propria regolamentazione giuridica specifica, al contrario dell'ordinamento francese.

¹⁵ C. PERAGO, La compatibilità costituzionale della negoziazione assistita obbligatoria in tema di risarcimento di danno da sinistro stradale, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 6, 2016, 1913 ss.; TRISORIO LIUZZI, La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, cit., 3 ss.

¹⁶ In tal senso sono da evidenziare gli studi di PINI, Crisi del sistema giudiziario e metodi alternativi di soluzione dei conflitti - Esigenza di ampliamento del ruolo dell'avvocato - Il diritto collaborativo e la procedura partecipativa di negoziazione assistita da avvocato, in *Riv.ass.it. avv. famiglia e minori*, 2013, 21.

¹⁷ S. WEBB, in lettera a A.M. Sandy Keith Justice Minnesota Supreme Court, in www.collaborativenext.squarespace.com.

E' proprio a quest'ultimo, cui si ispira il nostro legislatore, a prevedere e disciplinare l'istituto della "*procedura partecipativa di negoziazione assistita da un avvocato*", introdotto dall'art. 37 L. n. 1609 del 22 dicembre 2010, c.d. *loi Beteille*.¹⁸

Le peculiarità del modello alternativo di risoluzione delle controversie, che si affianca ai c.d. "*atti di procedura di avvocato*", risiedono nella c.d. *convenzione collaborativa*, ovvero nell'atto che dà avvio al procedimento e dai conseguenti effetti rappresentati dall'obbligo delle parti e dei rispettivi avvocati di porre in essere qualunque iniziativa per determinare una soluzione consensuale di modo che ogni firmatario "*non consideri il ricorso al giudice un'alternativa preferibile*".¹⁹ Ciò, tuttavia, non giunge a quanto previsto nel diritto collaborativo. Se infatti, nel diritto collaborativo gli avvocati possono svincolarsi dalla procedura quando una delle parti viene meno ai propri obblighi, e hanno la facoltà di rivolgersi al giudice sia quando il procedimento è in corso ma anche nel caso in cui permangano perplessità sulle volontà del proprio cliente o dell'altra parte, e la sottoscrizione della convenzione implica il divieto per gli avvocati, nel caso di esito negativo della procedura di rappresentare le parti in una successiva procedura contenziosa ovvero di utilizzare nell'ambito del giudizio in corso le informazioni raccolte in sede di procedura collaborativa, nel diritto francese tali aspetti non sono stati ripresi poiché considerati "*la force du droit collaboratif, mais ils en montrent également les limites*": con il pregio, cioè, di indurre parti e avvocati a cercare la soluzione negoziata con il massimo impegno, ma con il difetto di impedire alle parti di agire in giudizio in caso di fallimento del procedimento collaborativo.²⁰

La disciplina francese, a differenza di quanto accaduto nel nostro ordinamento, è inserita in riferimento alla nozione, all'ambito di applicazione e ogni altro aspetto sostanziale, nel codice civile, agli artt. 2062-2068 e in riferimento allo svolgimento del procedimento e dei suoi possibili esiti nel codice di procedura civile agli artt. 1542-1557.

¹⁸ DALFINO, La procedura di negoziazione, cit., 29 ss; Id, La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, tra collaborative law e procédures participative, in Foro it., 2015, V, 28; Id., La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, in www.treccani.it.

¹⁹ Il Rapporto "l'ambition raisonnée d'une justice apaisée", presentato nel 2008 al Ministero di Giustizia dalla Commissione sulla ripartizione del contenzioso presieduta da Serge Guinchard.

²⁰ DALFINO, La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, cit.

Tuttavia, tale procedura non ha avuto il successo sperato. Infatti, i dati statistici pubblicati dal Ministero della giustizia indicano che nel corso del 2013 «le domande volte a conferire efficacia esecutiva ad un accordo concluso dalle parti a seguito di una procedura partecipativa, al di fuori di ogni convenzione giudiziaria, sono state 7, per le quali non è identificata la natura (contenzioso familiare o altro) della controversia». Tale risultato, secondo il Rapporto d'informazione, sembra essere conseguenza anche dei costi previsti per la procedura stessa.²¹

Ed è proprio il modello francese alla base della proposta di legge elaborata dall'Unione triveneta dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati, unitamente ad AIAF, AIGA e Unione Nazionale Camere Civili. In tale proposta,²² la “*procedura partecipativa di negoziazione assistita*” si configurava quale strumento alternativo alla negoziazione e alla mediazione, a differenza della quale, assegnava agli avvocati un ruolo centrale e al contempo attribuiva al giudice il ruolo di supervisore finale della regolarità e di merito dell'accordo eventualmente raggiunto.

Tale proposta, tuttavia, non è stata mai convertita in legge, poiché, oltre ad aggiungere un ulteriore strumento auto-compositivo, avrebbe soprattutto comportato una disapplicazione della mediazione in materia civile e commerciale appena introdotta. In particolare:

1. La procedura partecipativa avrebbe permesso di sottrarsi alla mediazione obbligatoria;

²¹ Ciò è chiarito nel Rapporto d'informazione “Justice aux affaires familiales: pour un règlement pacifié des litiges”, realizzato dai senatori C. Tasca e M. Mercier per conto della Commissione sulle leggi costituzionali, la legislazione, il suffragio universale, il Regolamento e l'amministrazione generale sulla giustizia familiare, registrato alla Presidenza del Senato il 26 febbraio 2014, 82 e riportato da DALFINO, La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, cit.

²² La proposta, arrivata in Senato (testo presentato l'8 giugno, 2011 primo firmatario Sen. Caruso) ed alla Camera (testo presentato il 7 giugno 2011 primo firmatario On. Contento), prevedeva un nuovo strumento messo a disposizione dei cittadini per risolvere stragiudizialmente le controversie, alternativo rispetto alla mediazione, e che si incentra intorno al ruolo e alla funzione dell'avvocato; considera ex lege un'equipollenza con la mediazione obbligatoria e ritiene — se esperita o rifiutata — evasa la condizione di procedibilità (art. 12 e 13 della proposta), apre nuove frontiere anche nel settore dei giuslavoristi (art. 6 della proposta) e degli avvocati che si occupano di diritto di famiglia (art. 14 della proposta), rivaluta — con l'omologa — la funzione sociale della magistratura in un'ottica di componimento delle liti e di controllo (art. 9 della proposta). TRISORIO-LIUZZI, La procedura di negoziazione assistita, cit. 2 ss.

2. Gli avvocati avrebbero finito per suggerire ai propri assistiti di intraprendere la negoziazione assistita per il ruolo preminente agli stessi ricoperto;
3. Il ricorso alla procedura partecipativa avrebbe permesso di poter usufruire dei medesimi incentivi sul piano sostanziale e su quello fiscale della mediazione e, avrebbe consentito di beneficiare della trascrizione dell'invito rivolto dall'avvocato dell'altra parte senza dover essere costretti a proporre la domanda giudiziale per poi trascrivere la stessa;
4. La procedura partecipativa avrebbe permesso di evitare di sottoporre la controversia al mediatore.²³

Tuttavia, in seguito alle modifiche del 2013, il c.d. “*decreto del fare*”²⁴ ha assegnato agli avvocati una centralità prima sconosciuta, attribuendo il potere non soltanto di autenticare le sottoscrizioni delle parti e di attestare la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico, ma anche di conferire all'accordo di conciliazione efficacia esecutiva con la propria sottoscrizione, senza la necessità dell'omologazione giudiziale. Ciò sembrava perfezionare il compromesso tra istanze dell'avvocatura e istanze di degiurisdizionalizzazione.

Tuttavia, il D.L. n. 134/2014, conv. in L. 162/2014, ha riaperto in concreto il problema dei rapporti tra i due strumenti. Infatti, soprattutto nella modalità obbligatoria, la negoziazione assistita soffre del collegamento con il processo e condivide con la mediazione obbligatoria la condizione di procedibilità e, infatti, anche in questo caso, sono regolate le conseguenze del silenzio di fronte all'invito o al rifiuto esplicito di aderire allo stesso, incidendo sulla disciplina delle spese *ex art.* 92 co. 2 c.p.c., art. 4 L. n. 132/2014, nonché in tema di responsabilità aggravata di cui all'art. 96 c.p.c. e di provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo di cui all'art. 642 co. 1 c.p.c. Ciò ha fatto sorgere dei dubbi relativi alla sua compatibilità costituzionale e all'ambito di

²³ DALFINO, La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, cit.; PERAGO, La compatibilità costituzionale della negoziazione assistita obbligatoria in tema di risarcimento del danno da sinistro stradale, in *Resp. civ. e prev.* 2016, 1912 ss..

²⁴ Decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia, in *www.gazzettaufficiale.it*.

applicazione con le ADR preesistenti con le quali si cumula, facendo sorgere il dubbio di irragionevolezza della disciplina dell'art. 3.²⁵

3. La negoziazione assistita alla luce della legge delega 206/2021. Ambito di applicazione.

L'istituto della negoziazione, per come delineato nelle sue origini e nei suoi tratti essenziali, diventa protagonista, con la L. delega 206/2021, di una novità dirimpante: l'estensione del suo ambito di applicazione alle cause di lavoro, fermo restando la sua natura facoltativa. L'art. 1, co. 4, lett. q) L. 206/2021 stabilisce “[...] per le controversie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile, fermo restando quanto disposto dall'articolo 412-ter del medesimo codice, senza che ciò costituisca condizione di procedibilità dell'azione, la possibilità di ricorrere alla negoziazione assistita, a condizione che ciascuna parte sia assistita dal proprio avvocato, nonché, ove le parti lo ritengano, anche dai rispettivi consulenti del lavoro, e prevedere altresì che al relativo accordo sia assicurato il regime di stabilità protetta di cui all'articolo 2113, quarto comma, del codice civile”.

Tale intervento, negli ultimi anni, è stato argomento ampiamente dibattuto dagli esperti civilisti e dagli addetti ai lavori²⁶, e ha visto contrapposto da una parte chi voleva valorizzare lo strumento conciliativo, dall'altro chi, al contrario, lo percepiva come un ulteriore adempimento non funzionale alla riduzione dei tempi processuali.

Si ricorda, a tal proposito, che la prima versione del d.l. 132/2014 prevedeva la possibilità di ricorrere, nel rito del lavoro, alla negoziazione assistita con la sola presenza degli avvocati, facoltà successivamente soppressa dalla conversione in legge del decreto legislativo. Dunque, la modifica introdotta dalla riforma Cartabia, ripercorre una strada già intrapresa che potrebbe portare alla risoluzione di problemi pratici. Nella prassi, infatti, vi sono molti casi in cui le controversie in materia di

²⁵ VACCARI, Profili di incostituzionalità della negoziazione assistita obbligatoria, in www.judicium.it, 2014; MARINARO, Negoziazione: cala l'incostituzionalità, in *Guida dir.*, 2014, 49-50, 45 ss.

²⁶ In tal senso Bolognesi, La Negoziazione Assistita nelle controversie di lavoro in www.ordineavvocatiroma.it; Bottini, La negoziazione assistita nelle controversie di lavoro ad una svolta nella legge delega sulla riforma del processo civile in www.ilgiuslavorista.it; STAROPOLI, Negoziazione assistita nelle controversie di lavoro: invio dell'accordo alle commissioni di certificazione in www.ipsoa.it.

rapporti di lavoro subordinato vengono risolte tramite accordi conclusi dagli avvocati delle parti, a cui, tuttavia, non partecipano i sindacati o la Direzione territoriale del lavoro e, dunque, restano invalidi fino alla ricezione del relativo nulla osta. La riforma, che prevede una semplificazione della procedura della negoziazione assistita anche con la previsione dell'utilizzo di un modello di convenzione elaborato dal Consiglio nazionale forense, comporta, dunque, l'introduzione dell'art. 2 *ter* nel decreto legge n. 132/2014, secondo il quale *“Per le controversie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile, fermo restando quanto disposto dall'articolo 412-ter del medesimo codice, le parti possono ricorrere alla negoziazione assistita senza che ciò costituisca condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Ciascuna parte è assistita da almeno un avvocato e può essere anche assistita da un consulente del lavoro. All'accordo raggiunto all'esito della procedura di negoziazione assistita si applica l'articolo 2113, quarto comma, del codice civile”*.²⁷

3.1. (Segue) L'attività di istruzione negoziale.

Se, per un verso, la riforma amplia l'ambito di applicazione della negoziazione assistita, dall'altro permette, all'art. 1, co.4 lett. s della legge delega 206/2021, quando concesso dall'art. 2 co. i) d.l. n. 132/2014, la *“possibilità di svolgere, nel rispetto del principio del contraddittorio e con la necessaria partecipazione di tutti gli avvocati che assistono le parti coinvolte, attività istruttoria, denominata « attività di istruzione stragiudiziale », consistente nell'acquisizione di dichiarazioni da parte di terzi su fatti rilevanti in relazione all'oggetto della controversia e nella richiesta alla controparte di dichiarare per iscritto, ai fini di cui all'articolo 2735*

²⁷ Legge n. 26 novembre 2021 n. 206, cit.; Atto del Governo sottoposto a parere Parlamentare n. 407, in *www.camera.it*; Commissione permanente Giustizia, presieduta da Mario Perantoni nel proprio parere favorevole con condizioni, *Schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata. Atto n. 407 in www.documenti.camera.it*, sostiene che *“la peculiarità della materia lavoristica, connotata da un evidente squilibrio negoziale delle parti, rende indispensabile garantire alla parte più debole del rapporto (rectius il lavoratore) la cognizione dei diritti ai quali esso rinunzia, e la consapevolezza degli effetti definitivi di quest'ultima, garantendo al contempo la perseguita stabilità dell'atto transattivo; sarebbe necessario, offrendo una soluzione mediana utile a contemperare la volontà del legislatore di estendere lo strumento della mediazione al contenzioso del lavoro e la necessaria tutela delle parti in causa (e in particolar modo del lavoratore), prevedere una specifica disciplina mutuata da quella, già vigente, della certificazione dei contratti di cui agli articoli 75 e ss. del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276”*.

del codice civile, la verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli alla parte richiedente”, con la successiva introduzione, dunque, nel d.l. 132/2014, degli artt. 4 *bis*²⁸ e 4 *ter*²⁹.

Nel proseguo della disciplina si stabiliscono nell’ambito dell’istruzione stragiudiziale: le garanzie per le parti e i terzi, anche per ciò che concerne le modalità di verbalizzazione delle dichiarazioni, compresa la possibilità per i terzi di non rendere dichiarazioni, prevedendo in quest’ultimo caso misure volte ad anticipare l’intervento del giudice al fine della loro acquisizione; sanzioni penali per chi rende false dichiarazioni, nonché conseguenze processuali per la parte che si sottrae all’interrogatorio, nello specifico consentendo al giudice di tener conto della condotta

²⁸ L’art. 4 *bis* d.l. 132/2014, previsto nell’atto del Governo sottoposto a parere Parlamentare n. 407, in www.camera.it recita: “1. Quando la convenzione di negoziazione assistita lo prevede, ciascun avvocato può invitare un terzo a rendere dichiarazioni su fatti specificamente individuati e rilevanti in relazione all’oggetto della controversia, presso il suo studio professionale o presso il Consiglio dell’ordine degli avvocati, in presenza degli avvocati che assistono le altre parti. 2. L’informatore, previa identificazione, è invitato a dichiarare se ha rapporti di parentela o di natura personale e professionale con alcuna delle parti o se ha un interesse nella causa, ed è altresì preliminarmente avvisato: a) della qualifica dei soggetti dinanzi ai quali rende le dichiarazioni e dello scopo della loro acquisizione; b) della facoltà di non rendere dichiarazioni; 102 c) della facoltà di astenersi ai sensi dell’articolo 249 del codice di procedura civile; d) delle responsabilità penali conseguenti alle false dichiarazioni; e) del dovere di mantenere riservate le domande che gli sono rivolte e le risposte date; f) delle modalità di acquisizione e documentazione delle dichiarazioni. 3. Non può rendere dichiarazioni chi non ha compiuto il quattordicesimo anno di età e chi si trova nella condizione prevista dall’articolo 246 del codice di procedura civile. 4. Le domande rivolte all’informatore e le dichiarazioni da lui rese sono verbalizzate in un documento, redatto dagli avvocati, che contiene l’indicazione del luogo e della data in cui sono acquisite le dichiarazioni, le generalità dell’informatore e degli avvocati e l’attestazione che sono stati rivolti gli avvertimenti di cui al comma 2. 5. Il documento di cui al comma 4, previa integrale lettura, è sottoscritto dall’informatore e dagli avvocati. All’informatore e a ciascuna delle parti ne è consegnato un originale. 6. Il documento di cui al comma 4, sottoscritto ai sensi del comma 5, fa piena prova di quanto gli avvocati attestano essere avvenuto in loro presenza. Può essere prodotto nel giudizio tra le parti della convenzione di negoziazione assistita ed è valutato dal giudice ai sensi dell’articolo 116, primo comma, del codice di procedura civile. Il giudice può sempre disporre che l’informatore sia escusso come testimone. 7. Quando l’informatore non si presenta o si rifiuta di rendere dichiarazioni, e la negoziazione si è conclusa senza accordo, la parte che ritiene necessaria la sua deposizione può chiedere che ne sia ordinata l’audizione davanti al giudice. Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 693, 694, 695, 697 698 e 699 del codice di procedura civile.”

²⁹ L’art. 4 *ter* d.l. 132/2014, previsto nell’atto del Governo sottoposto a parere Parlamentare n. 407, in www.camera.it stabilisce che “1. Quando la convenzione di negoziazione assistita lo prevede, ciascun avvocato può invitare la controparte a rendere per iscritto dichiarazioni su fatti, specificamente individuati e rilevanti in relazione all’oggetto della controversia, ad essa sfavorevoli e favorevoli alla parte nel cui interesse sono richieste. La dichiarazione è resa e sottoscritta dalla parte e dall’avvocato che la assiste anche ai fini della certificazione dell’autografia. 2. Il documento contenente la dichiarazione di cui al comma 1 fa piena prova di quanto l’avvocato attesta essere avvenuto in sua presenza e può essere prodotto nel giudizio iniziato, dalle parti della convenzione di negoziazione assistita. Tale documento e ha l’efficacia ed è soggetto ai limiti previsti dall’articolo 2735 del codice civile. 3. Il rifiuto ingiustificato di rendere dichiarazioni sui fatti di cui al comma 1 è valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio, anche ai sensi dell’articolo 96, commi primo, secondo e terzo, del codice di procedura civile”;

ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli artt. 96 e 642 co. 2 c.p.c.; l'utilizzabilità delle prove raccolte nell'ambito dell'attività di istruzione giudiziaria in un giudizio successivo con oggetto i medesimi fatti e iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della procedura di negoziazione assistita, fatta salva la possibilità per il giudice di disporre la rinnovazione e apportando le necessarie modifiche al codice di procedura civile.³⁰

Tale intervento, già previsto dal primo disegno di legge del 2020, riecheggia una sorta di *discovery*, assimilabile all'istituto americano degli *interrogatories* e, consente di agevolare un confronto tra le parti, facendo affidamento sull'aiuto degli avvocati.³¹

L'istruttoria realizzata all'interno del processo da un lato abbrevia la fase di trattazione³², anticipando il momento di formazione della prova, consentendo ai litiganti dei chiarimenti sui fatti, offrendo la possibilità di optare per accordi più soddisfacenti sulla base di quanto si dispone a livello probatorio, dall'altro, senza dubbio, riduce le effettive garanzie e il contraddittorio consegnandoli nelle mani dei difensori.

³⁰ Tale idea non è nuova. Il Trib. Roma, ord. 16 luglio 2015 “anche nel caso di mancato accordo, la consulenza in mediazione ed in particolare la relazione dell'esperto elaborata e depositata in quel procedimento, non è un atto privo di utilità successive, potendo essere prodotto ed utilizzato nella causa che segue alle condizioni, nei limiti e per gli effetti che la giurisprudenza ha motivatamente elaborato”. In tal senso anche il CNF, mozione n. 30 in “Negoziazione e altre ADR” proponeva di acquisire agli atti del successivo giudizio la consulenza espletata in mediazione e di prevedere un accertamento tecnico stragiudiziale o altro ulteriore strumento di istruzione stragiudiziale assistita.

³¹ TANCREDI BRILLI, L'istruzione preventiva nella delega per la riforma del processo civile, in *www.altalex.it*, il quale, nel proseguo suggerisce che, considerando la capacità deflattiva dell'istruzione preventiva, essa non debba essere finalizzata alla sola negoziazione assistita [...] ma che “*si ritiene che la parte dovrebbe avere la possibilità di valutare e compiere le più ampie scelte non solo nell'unico caso previsto dalla legge di delega 206/2021, ma anche in altri ambiti, potendo più generalmente beneficiare della facoltà di valutare le sorti di un eventuale giudizio di merito tramite gli elementi probatori raccolti al di fuori del processo.*”

³² Il parere del CSM del 15 settembre 2021 ha evidenziato che l'idea di una fase *ante iudicium*, da destinare all'assunzione della prova testimoniale, nonché di eventuali (per vero alquanto improbabili) dichiarazioni confessorie delle parti, appare in astratto in grado di realizzare un alleggerimento della fase *apud iudicem* e dunque una riduzione dei tempi processuali. «*I rischi correlati all'assenza del giudice nella delicata fase di assunzione e verbalizzazione della testimonianza appaiono solo in parte mitigati dalla pur opportuna previsione del potere del giudice del successivo processo di disporre la rinnovazione dell'assunzione. L'intento deflattivo della norma potrebbe condurre, peraltro, ad un aggravio per il lavoro del giudice. Sarà, infatti, sicuramente più oneroso e dispendioso in termini di tempo ed energie il controllo ex post sulla ammissibilità e rilevanza di lunghi verbali di prova, piuttosto che una valutazione ex ante.*» in *www.csm.it*.

Si tratta indubbiamente di un primo passo che, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe garantire alle parti una modalità per giungere ad una soluzione stragiudiziale della lite o, almeno, per consentire loro di avere una chiarificazione sull'oggetto della controversia ma non si possono tacere i limiti di tale scelta: l'acquisizione "anticipata" delle dichiarazioni, inserito nell'ambito della negoziazione assistita e rimesso nelle mani degli avvocati, lascia perplessi sia circa la protezione dei litiganti dagli abusi procedurali, nonostante la previsione stabilita alla lett. t) n. 4, co. 4 art. 1 L. 206/2021, secondo cui, "*il compimento di abusi nell'attività di acquisizione delle dichiarazioni costituisca per l'avvocato grave illecito disciplinare, indipendentemente dalla responsabilità prevista da altre norme*", sia circa rispetto del diritto di difesa, costituzionalmente garantito, da riconoscere alle parti.

Sarà, probabilmente, il tempo a dare le risposte a questi interrogativi.

3.2. (Segue) Modalità di svolgimento della negoziazione assistita.

La riforma, inoltre, facendo tesoro degli insegnamenti della legislazione emergenziale e al fine di garantire la speditezza della definizione dell'accordo, prevede la modalità di svolgimento della negoziazione assistita in forma telematica. Introduce, così, l'art. 2-bis nel d.l. n. 132/2014³³, con cui sono state potenziate sia le attività che gli avvocati possono compiere in sede di acquisizione delle fonti probatorie sia la possibilità di ricorrere a modalità telematiche con collegamento da remoto, anche parziale.

³³ L'art. 2bis D.L. n. 132/2014, previsto nell'atto del Governo sottoposto a parere Parlamentare n. 407, in www.camera.it, prevede che "1. Quando la negoziazione si svolge in modalità telematica, ciascun atto del procedimento, ivi compreso l'accordo conclusivo, è formato e sottoscritto nel rispetto delle disposizioni del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ed è trasmesso a mezzo posta elettronica certificata o con altro servizio elettronico di recapito certificato qualificato, secondo quanto previsto dalla normativa anche regolamentare concernente la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici. 2. Gli incontri si possono svolgere con collegamento audiovisivo da remoto. I sistemi di collegamento audiovisivo utilizzati per gli incontri del procedimento di negoziazione assicurano la contestuale, effettiva e reciproca udibilità e visibilità delle persone collegate. Ciascuna parte può chiedere di partecipare da remoto o in presenza. 3. Non può essere svolta con modalità telematiche né con collegamenti audiovisivi da remoto l'acquisizione delle dichiarazioni del terzo di cui all'articolo 4-bis. 4. Quando l'accordo di negoziazione è contenuto in un documento sottoscritto dalle parti con modalità analogica, tale sottoscrizione è certificata dagli avvocati con firma digitale, o altro tipo di firma elettronica qualificata o avanzata, nel rispetto delle regole tecniche di cui all'articolo 20, comma 1-bis, del decreto legislativo n. 82 del 2005"

È esclusa l'acquisizione per via telematica delle dichiarazioni dei terzi da farsi necessariamente in modalità analogica e in presenza delle parti e degli informatori, per evidenti motivi di verifica della genuinità delle dichiarazioni e di assicurare al terzo la piena verificabilità delle modalità con cui le sue dichiarazioni vengono acquisite. Tale divieto non opera, invece, per le dichiarazioni confessorie, che possono essere acquisite sia in modalità analogica che su documento informatico.

3.3 (*Segue*) Il patrocinio a spese dello stato nella procedura di negoziazione assistita.

La disciplina vigente, prevede la sostanziale gratuità della prestazione dell'avvocato nei casi di assistenza al non abbiente in una procedura di negoziazione assistita, quando essa è condizione di procedibilità della domanda. L'intervento normativo, in coerenza con il criterio di delega, è quindi volto a superare tale assetto normativo e a introdurre una disciplina che assicuri l'accesso effettivo al patrocinio a spese dello Stato alla parte non abbiente che debba stipulare una convenzione di negoziazione assistita nei casi in cui essa è prevista dalla legge come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, e che consenta al difensore di vedersi riconoscere un compenso per le prestazioni rese in tale procedura.

Pertanto, vi è l'inserimento nel D.L. n. 132/2014, all'interno del Capo II, della Sezione II "*Disposizioni sul patrocinio a spese dello Stato nella negoziazione assistita*", concernente gli

artt. 11 *bis*³⁴, 11 *ter*³⁵, 11 *quater*³⁶, 11 *quinquies*³⁷, 11 *sexies*³⁸, 11 *septies*³⁹, 11 *octies*⁴⁰, 11 *novies*⁴¹, 11 *decies*⁴², 11 *undecies*⁴³.

³⁴ Art. 11 *bis* D.L. n. 132/2014, previsto nell'atto del Governo sottoposto a parere Parlamentare n. 407, in www.camera.it, (Istituzione del patrocinio e ambito di applicabilità) “1. 1. È assicurato, alle condizioni stabilite nella presente sezione, il patrocinio a spese dello Stato alla parte non abbiente per l'assistenza dell'avvocato nel procedimento di negoziazione assistita nei casi di cui all'articolo 3, comma 1, se è raggiunto l'accordo. 2. L'ammissione al patrocinio è esclusa nelle controversie per cessione di crediti e ragioni altrui, ad eccezione del caso in cui la cessione appare indubbiamente fatta in pagamento di crediti o ragioni preesistenti”.

³⁵ Art. 11 *ter*, D.L. n. 132/2014, previsto nell'atto del Governo sottoposto a parere Parlamentare n. 407, in www.camera.it, (Condizioni per l'ammissione) “1. Può essere ammesso al patrocinio chi è titolare di un reddito imponibile ai fini dell'imposta personale sul reddito, risultante dall'ultima dichiarazione, non superiore all'importo indicato dall'articolo 76 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115”.

³⁶ Art 11 *quater*, D.L. n. 132/2014, previsto nell'atto del Governo sottoposto a parere Parlamentare n. 407, in www.camera.it, (Istanza per l'ammissione anticipata) “1. L'interessato che si trova nelle condizioni indicate nell'articolo 11-*ter* può chiedere di essere ammesso al patrocinio a spese dello Stato al fine di stipulare una convenzione di negoziazione assistita e partecipare alla relativa procedura. 2. L'istanza per l'ammissione, a pena di inammissibilità, è redatta e sottoscritta in conformità agli articoli 78, comma 2, e 79, comma 1, lettere b), c) e d), del decreto del Presidente della Repubblica n. 115 del 2002, e contiene le enunciazioni in fatto e in diritto utili a valutare la non manifesta infondatezza della pretesa che si intende far valere. 3. Per i redditi prodotti all'estero, il cittadino di Stato non appartenente all'Unione europea o l'apolide, a pena di inammissibilità, correda l'istanza con una certificazione dell'autorità consolare competente che attesta la veridicità di quanto in essa indicato. In caso di impossibilità di presentare tale certificazione, l'istanza è corredata da una dichiarazione sostitutiva di certificazione, redatta ai sensi dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.”

³⁷ Art 11 *quinquies*, D.L. n. 132/2014, previsto nell'atto del Governo sottoposto a parere Parlamentare n. 407, in www.camera.it, (Organo competente a ricevere l'istanza di ammissione anticipata e nomina dell'avvocato) “1. L'istanza per l'ammissione anticipata è presentata, personalmente o a mezzo raccomandata o a mezzo posta elettronica certificata o servizio elettronico di recapito certificato qualificato, dall'interessato o dall'avvocato che ne ha autenticato la firma, al Consiglio dell'ordine degli avvocati del luogo in cui ha sede il tribunale che sarebbe competente a conoscere della controversia. 2. Entro venti giorni dalla presentazione dell'istanza per l'ammissione, il Consiglio dell'ordine degli avvocati, verificatane l'ammissibilità, ammette l'interessato al patrocinio, in via anticipata e provvisoria, e gliene dà immediata comunicazione. 3. Chi è ammesso al patrocinio può nominare un avvocato scelto tra gli iscritti negli elenchi degli avvocati per il patrocinio a spese dello Stato, istituiti presso il Consiglio individuato in conformità al comma 1.”

³⁸ Art 11 *sexies*, D.L. n. 132/2014, previsto nell'atto del Governo sottoposto a parere Parlamentare n. 407, in www.camera.it, (Ricorso avverso il rigetto dell'istanza per l'ammissione anticipata) “1. Contro il rigetto dell'istanza per l'ammissione anticipata, l'interessato può proporre ricorso, entro venti giorni dalla comunicazione, avanti al presidente del tribunale del luogo in cui ha sede il Consiglio dell'ordine che ha adottato il provvedimento. Si applica l'articolo 99, commi 2, 3 e 4, del decreto del Presidente della Repubblica n. 115 del 2002.”

³⁹ Art 11 *septies*, D.L. n. 132/2014, previsto nell'atto del Governo sottoposto a parere Parlamentare n. 407, in www.camera.it, (Effetti dell'ammissione anticipata e sua conferma) “1. L'ammissione anticipata al patrocinio è valida per l'intera procedura di negoziazione assistita e la parte ammessa è tenuta, nel corso del procedimento, a comunicare al proprio avvocato le modifiche reddituali idonee a incidere sulle condizioni di ammissione di cui all'articolo 11-*ter*. 2. Quando è raggiunto l'accordo di negoziazione, l'ammissione è confermata, su istanza dell'avvocato, dal Consiglio dell'ordine che ha deliberato l'ammissione anticipata, mediante apposizione del visto di congruità sulla parcella. 3. L'istanza di conferma indica

4. Conclusioni.

La Legge delega n. 206/2021 e i conseguenti decreti attuativi, che si pongono in un'ottica di sviluppo degli strumenti stragiudiziali della soluzione della controversia, percorrono il solco dell'efficienza, della semplificazione e della speditezza del giudizio, rendendo necessario la promozione e l'incremento di un approccio stragiudiziale alle controversie, attraverso una formazione continua sia per i professionisti che per gli

l'ammontare del compenso richiesto dall'avvocato ed è corredata dall'accordo. Il Consiglio dell'ordine, verificata la completezza della documentazione e la congruità del compenso in base al valore dell'accordo indicato ai sensi dell'articolo 5, comma 1-bis, conferma l'ammissione e trasmette copia della parcella vistata all'ufficio finanziario competente dell'articolazione ministeriale competente perché proceda alle verifiche ritenute necessarie. 4. L'avvocato non può chiedere e percepire dal proprio assistito compensi o rimborsi a qualunque titolo, diversi da quelli previsti dal presente capo. Ogni patto contrario è nullo e si applica l'articolo 85, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica n. 115 del 2002"

⁴⁰ Art 11 *octies*, D.L. n. 132/2014, previsto nell'atto del Governo sottoposto a parere Parlamentare n. 407, in www.camera.it, (Determinazione, liquidazione e pagamento dell'onorario e delle spese dell'avvocato) "1. Con decreto del Ministro della giustizia, adottato di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze entro sei mesi dall'entrata in vigore delle disposizioni attuative della legge 25 novembre 2021, n. 206, sono stabiliti gli importi spettanti all'avvocato della parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato a titolo di onorario e spese. Con il medesimo decreto sono individuate le modalità di liquidazione e di pagamento, anche mediante riconoscimento di credito di imposta o di compensazione, delle somme determinate ai sensi del presente articolo, nonché le modalità e i contenuti della relativa richiesta e i controlli applicabili, anche di autenticità"

⁴¹ Art 11 *novies*, D.L. n. 132/2014, previsto nell'atto del Governo sottoposto a parere Parlamentare n. 407, in www.camera.it, (Revoca del provvedimento di ammissione e ricorso avverso il relativo decreto) "1. L'insussistenza dei presupposti per l'ammissione, da chiunque accertata, anche a seguito dei controlli di cui all'articolo 11-*decies*, è comunicata al Consiglio dell'ordine che ha deliberato l'ammissione. 2. Le sopravvenute modifiche delle condizioni reddituali che escludono l'ammissione al patrocinio sono immediatamente comunicate dalla parte ammessa o dal suo avvocato al Consiglio dell'ordine che ha deliberato l'ammissione in via anticipata. 3. Ricevute le comunicazioni previste dai commi 1 e 2, il Consiglio dell'ordine, effettuate le verifiche ritenute necessarie, revoca l'ammissione e ne dà comunicazione all'interessato e all'avvocato. 4. Contro il provvedimento di revoca l'interessato può proporre ricorso, entro venti giorni dalla comunicazione, avanti al presidente del tribunale del luogo in cui ha sede il Consiglio dell'ordine che lo ha adottato. Si applica l'articolo 99, commi 2, 3 e 4, del decreto del Presidente della Repubblica n. 115 del 2002."

⁴² Art 11 *decies*, D.L. n. 132/2014, previsto nell'atto del Governo sottoposto a parere Parlamentare n. 407, in www.camera.it (Sanzioni e controlli da parte della Guardia di finanza) "1. Chiunque, al fine di ottenere o mantenere l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, formula l'istanza per l'ammissione corredata dalla dichiarazione sostitutiva di certificazione, attestante falsamente la sussistenza delle condizioni di reddito previste, è punito ai sensi dell'articolo 125, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica n. 115 del 2002. 2. Si applica l'articolo 88 del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115."

⁴³ Art 11 *undecies*, D.L. n. 132/2014, previsto nell'atto del Governo sottoposto a parere Parlamentare n. 407, in www.camera.it (Disposizioni finanziarie) "1. All'onere derivante dall'attuazione delle disposizioni di cui alla sezione II del presente capo, valutato in euro 549.360 annui a decorrere dall'anno 2023, si provvede mediante corrispondente riduzione del Fondo per l'attuazione della delega per l'efficienza del processo civile di cui all'articolo 1, comma 39, legge 26 novembre 2021, n. 206."

operatori del diritto al fine di raggiungere gli obiettivi tanto ambiziosi quanto necessari che costituiscono la base della riforma del processo civile.

Non si può tacere, con una certa soddisfazione, che le misure sopra riportate, sia in delega al Governo che quelle urgenti di modifica diretta, oltre a offrire concrete possibilità di un maggiore e più organico utilizzo dello strumento, costituiscono un indubbio riconoscimento della funzione dell'avvocato, quale soggetto capace di salvaguardare la giurisdizione attraverso procedimenti alternativi, accessibili a tutti i cittadini. Compito che richiede una specifica formazione.

Tuttavia, sono varie le perplessità destinate dalla riforma. *In primis*, lo svolgimento di un'istruttoria effettuata nell'ambito della negoziazione assistita potrebbe far pensare ad una riduzione delle garanzie delle parti, consegnate nelle mani dei difensori e non assicurate come nel contraddittorio dinanzi al giudice; in secondo luogo, l'estensione dell'ambito di applicazione della negoziazione assistita a materie caratterizzate dall'indisponibilità dei diritti farebbe destare perplessità stante il divieto stabilito dall'art. 2 D.L. n. 132/2014; in terzo luogo la perdurante mancanza di un'organicità delle disposizioni concernenti la risoluzione stragiudiziale delle controversie attraverso la previsione di un millantato, desiderato ma mai attuato, codice delle ADR.

Al di là dei limiti evidenziati, sarà la pratica a fornire risposta adeguata alle perplessità sollevate.

***Il pagamento effettuato dal solvens (banca)
all'accipiens (erede testamentario): un'applicazione
pratica del principio di apparentia iuris di cui all'art.
1189 c.c.****

di Alessandro Maria PIOTTO**

This paper, starting from a concise survey of the characteristics of art. 1189 of the Italian Civil Code and to its applicability to banking matters and in particular to testamentary succession events, attempts to investigate an overview of the main cases that a banking institution can be called upon to deal with when it has to manage a relationship that has fallen in succession; specifically, it is proposed to identify what is the correct behavior of the bank when the latter has documentary evidence of legal disputes promoted by both presumed legitimate co-heirs and by third parties in relation to the testamentary form in their own hands; if, therefore, in these cases, the bank must in any case proceed with the release of the inheritance shares in favor of those who appear legitimated as heir or if, on the contrary, reasons of prudence, diligence and good faith, impose abstentionist conduct until the judicial outcome.

Novembre 2022

* Contributo approvato dai *referee*.

** Dottore di ricerca, Scuola Superiore di Studi Universitari e Perfezionamento Sant'Anna di Pisa. Addetto alla consulenza legale presso l'ufficio "Consulenza Legale e Normative" della Banca Popolare di Sondrio..

Abstract

This paper, starting from a concise survey of the characteristics of art. 1189 of the Italian Civil Code and to its applicability to banking matters and in particular to testamentary succession events, attempts to investigate an overview of the main cases that a banking institution can be called upon to deal with when it has to manage a relationship that has fallen in succession; specifically, it is proposed to identify what is the correct behavior of the bank when the latter has documentary evidence of legal disputes promoted by both presumed legitimate co-heirs and by third parties in relation to the testamentary form in their own hands; if, therefore, in these cases, the bank must in any case proceed with the release of the inheritance shares in favor of those who appear legitimated as heir or if, on the contrary, reasons of prudence, diligence and good faith, impose abstentionist conduct until the judicial outcome.

Il contributo, prendendo le mosse da una sintetica ricognizione dell'esistente in riferimento ai caratteri dell'art. 1189 c.c. ed alla sua applicabilità alla materia bancaria ed in particolare alle vicende successorie testamentarie, tenta di tracciare una panoramica delle casistiche principali che un istituto bancario può essere chiamato ad affrontare allorquando si trova a gestire un rapporto caduto in successione; nello specifico, ci si propone di individuare quale sia il comportamento legittimo da parte della banca allorquando quest'ultima abbia evidenza documentale di controversie giudiziarie promosse sia da coeredi legittimari pretermessi, sia da terzi in relazione alla scheda testamentaria a proprie mani; se, quindi, in questi casi, la banca debba in ogni caso procedere allo svincolo delle quote ereditarie in favore di chi appaia legittimato come erede oppure se, al contrario, ragioni di prudenza, diligenza e buona fede, impongano condotte astensionistiche in attesa dell'auspicabile esito giudiziale.

Il pagamento effettuato dal *solvens* (banca) all'*accipiens* (erede testamentario): un'applicazione pratica del principio di *apparentia iuris* di cui all'art. 1189 c.c.

SOMMARIO: 1. Considerazioni generali sulla *ratio* dell'art. 1189 c.c. e la buona fede del *solvens*. - 2. Lo svincolo dei beni da parte della banca: il caso del legittimario pretermesso e del testamento che presenti vizi di forma (introduzione). - 3. La lesione di quota di legittima a danno di uno o più eredi pretermessi: il comportamento della banca. - 4. L'emersione di vizi formali relativi alla scheda testamentaria: il comportamento della banca. - 5. Lo svincolo dei beni da parte della banca: il caso in cui il legittimario pretermesso agisca per far valere la propria quota di legittima. - 6. Lo svincolo dei beni da parte della banca: il caso dell'impugnazione della scheda testamentaria e la contestazione sulla qualità di erede o sulla autenticità del testamento. - 7. Conclusioni.

1. Considerazioni generali sulla *ratio* dell'art. 1189 c.c. e la buona fede del *solvens*.

Com'è noto, l'art. 1189, co. 1 c.c. stabilisce che: «*Il debitore che esegue il pagamento a chi appare legittimato a riceverlo in base a circostanze univoche, è liberato se prova di essere stato in buona fede*».

Tale disposizione appresta tutela ad una situazione c.d. "apparente" costituendo una chiara deroga a quanto disposto dall'art. 1188 c.c., in base al quale il pagamento deve essere fatto al creditore o da un suo rappresentante all'uopo autorizzato.*

La dottrina si è a lungo interrogata sulla *ratio* fondante l'art. 1189 c.c.: pacificamente questa viene rinvenuta nell'esigenza di tutela dell'affidamento incolpevole del debitore che, in buona fede, è convinto di adempiere nelle mani del vero creditore. In sostanza, viene qui in rilievo l'esigenza di protezione del debitore che è stato indotto in errore da circostanze di fatto tali da convincerlo che l'*accipiens* fosse il reale legittimato a ricevere la prestazione.

Si ritiene che l'art. 1189 c.c. consti di due requisiti: in primo luogo è necessario che la situazione apparente si venga a determinare in ragione di circostanze univoche che oggettivamente inducano in errore il *solvens*; in secondo luogo, è necessario accertare che il debitore abbia agito in buona fede, vale a dire con la soggettiva convinzione, sia pure fondata sulle circostanze di cui sopra, di adempiere al reale legittimato a ricevere il pagamento; pertanto, la liberazione del debitore non dipenderebbe tanto dalla posizione giuridica del ricevente, quanto dall'errore dell'adempiente che confida in una posizione esistente. Ne consegue

* Vasta in materia la letteratura. Si segnalano, tra i tanti contributi, A. FALZEA, *Apparenza*, in *ED*, II, Milano, 1958, M. GIORGIANNI, *Creditore apparente*, in *NN.D.I.*, IV, Torino, 1959, R. SACCO, *Apparenza*, in *Digesto Civ.*, I, Torino, 1980, C. M. BIANCA, *Il debitore e il mutamento del destinatario del pagamento*, Milano, 1963, M. COLOMBATTO, *Creditore apparente*, in *Digesto Civ.*, V, Torino, 1989, G. STOLFI, *In tema di interpretazione restrittiva dell'art. 1189*, in *FI*, 1951, I.

che l'apparenza della legittimazione rileva solo in quanto idonea a suscitare il ragionevole affidamento del debitore di pagare al vero destinatario dell'adempimento.[†]

Particolare attenzione, soprattutto per il caso che ci occupa, riveste ovviamente il requisito della buona fede. Più nello specifico, in giurisprudenza[‡] si è chiarito che la stessa sussiste, in primo luogo, esclusivamente nel caso in cui il debitore sia incorso in un errore scusabile, in base al criterio, ex art. 1176 c.c., dell'ordinaria diligenza nell'adempimento dell'obbligazione; in secondo luogo, deve trattarsi di un errore di fatto e non di diritto e, da ultimo, si è esclusa la buona fede in tutti quei casi in cui l'ordinamento prevede un regime di pubblicità per una situazione giuridica determinata; in questo caso, infatti, non potrà operare il meccanismo dell'art. 1189 c.c., posto che il debitore avrebbe dovuto, prima di effettuare il pagamento, accertarsi se l'apparente creditore fosse legittimato o meno a ricevere la prestazione[§].

Ancora, una parte della giurisprudenza ha ritenuto di dare rilievo anche alla situazione di incertezza e di dubbio, da parte del debitore, in ordine all'effettiva legittimazione dell'*accipiens*^{**}.

L'effetto liberatorio, per il debitore, potrà allora verificarsi solo nel caso in cui congiuntamente ricorrano entrambi i requisiti strutturali dell'art. 1189 c.c.

Sovviene l'autorevole insegnamento per cui il debitore è tenuto ad identificare il destinatario della prestazione e a controllarne la legittimazione secondo un

† F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, VI, Napoli, 1996, 554, M. Giorgianni, *Creditore apparente*, in *NN.D.I.*, IV, Torino, 1959, 1156.

‡ Si vedano, *ex multis*, Cass., 27 ottobre 2005, n. 20906, Cass., 26 maggio 2004, n. 10133, Cass., 3 giugno 2002, n. 8041, Cass., 11 ottobre 2001, n. 12429.

§ Da ultimo, si vedano le considerazioni di Cass., 5 aprile 2016, n. 6563 che ha così opportunamente ricostruito: «Il principio dell'apparenza del diritto ex art. 1189 c.c. trova applicazione quando sussistono uno stato di fatto difforme dalla situazione di diritto ed un errore scusabile del terzo circa la corrispondenza del primo alla realtà giuridica, sicché il giudice - le cui conclusioni, sul punto, sono censurabili in sede di legittimità se illogiche e contraddittorie - deve procedere all'indagine non solo sulla buona fede del terzo, ma anche sulla ragionevolezza del suo affidamento, che non può essere invocato da chi versi in una situazione di colpa, riconducibile alla negligenza, per aver trascurato l'obbligo, derivante dalla stessa legge, oltre che dall'osservanza delle norme di comune prudenza, di accertarsi della realtà delle cose, facilmente controllabile. (Nella specie, in riforma della sentenza impugnata, la S.C. ha escluso l'operatività del menzionato principio in favore del Comune, che, ignorando le risultanze catastali, aveva corrisposto il risarcimento del danno per occupazione acquisitiva ai precedenti proprietari in esecuzione di una sentenza definitiva di condanna, senza che nel relativo giudizio avesse eccepito il loro difetto di legittimazione attiva o integrato il contraddittorio nei confronti dell'attuale proprietario, nonostante le diffide già ricevute da quest'ultimo, munito di titolo contrattuale già trascritto, la cui validità era in corso di accertamento giudiziale».

** Cass., 4 giugno 2013, n. 14028, il cui principio di diritto non pare irrilevante in questa sede richiamare: «Il pagamento fatto al rappresentante apparente, al pari di quello fatto al creditore apparente, libera invece il debitore di buona fede, ai sensi dell'art. 1189 cod. civ., ma a condizione che il debitore, che invoca il principio dell'apparenza giuridica, fornisca la prova non solo di avere confidato senza sua colpa nella situazione apparente, ma anche che il suo erroneo convincimento è stato determinato da un comportamento colposo del creditore, che abbia fatto sorgere nel "solvens" in buona fede una ragionevole presunzione sulla rispondenza alla realtà dei poteri rappresentativi dell'"accipiens»

criterio di ragionevolezza e sulla base della regola generale della diligenza^{††}. Laddove, pertanto, l'apparenza di legittimazione abbia un indiscutibile rilievo oggettivo al debitore non potrà essere chiesto, per così dire, alcun "supplemento di istruttoria".

Del resto, così non potrebbe non essere sol che si pensi al fatto che l'art. 1189 c.c. opera in funzione di tutela dell'affidamento creato dalla situazione di apparenza in ordine alla titolarità del credito che opera *ex se* attraverso l'eccezionale efficacia liberatoria del pagamento eseguito in buona fede.^{‡‡}

2. Lo svincolo dei beni da parte della banca: il caso del legittimario pretermesso e del testamento che presenti vizi di forma (introduzione).

Il richiamo alla regola generale di diligenza si rivela particolarmente opportuno nel settore bancario, in considerazione del fatto che, con riferimento allo stesso, si applica pacificamente il criterio di diligenza c.d. "qualificata" previsto dall'art. 1176, co. 2 c.c. Si è scritto in giurisprudenza che la banca, svolgendo attività professionale, deve adempiere tutte le obbligazioni assunte nei confronti dei terzi, con la diligenza particolarmente qualificata dell'accorto banchiere, non solo con riguardo all'attività di esecuzione di contratti bancari in senso stretto, ma anche in relazione ad ogni diverso tipo di operazione oggettivamente esplicata.^{§§} La Suprema Corte, in punto di diligenza qualificata, ha affermato che incorre in responsabilità il debitore che, nell'adempimento delle obbligazioni inerenti l'attività professionale esercitata, mantenga una condotta non conforme alla diligenza dovuta in relazione alle circostanze concrete del caso, con adeguato sforzo volitivo e tecnico, mediante impiego delle energie e dei mezzi normalmente ed obiettivamente necessari ed utili all'adempimento della prestazione dovuta e al soddisfacimento dell'interesse creditorio, nonché ad evitare possibili eventi dannosi.^{***}

Ora, nello specifico settore delle successioni la banca ha, quale obbligo primario e fondamentale, quello di individuare con precisione i soggetti legittimati a domandare lo svincolo dei beni caduti in successione; ciò in quanto l'istituto di credito deve disporre di elementi che oggettivamente ed inequivocabilmente

^{††} F. CAMILLETTI, *Il pagamento al creditore apparente*, in *CeI*, 1999, 676.

^{‡‡} Sullo sfondo rimangono le opportune riflessioni dottrinali volte a distinguere uno stato di apparenza oggettiva da quello di apparenza colposa; nel primo, si postula uno stato di fatto non corrispondente ad uno stato di diritto, accompagnato dalla ragionevole convinzione del terzo, incorso in errore scusabile, che la realtà fattuale rispecchi la realtà giuridica; nel secondo, invece, concorre un comportamento colposo del soggetto nei cui confronti è invocata l'apparenza. Per approfondimenti si rinvia a M. COLOMBATTO, *Creditore apparente*, in *Digesto Civ.*, V, Torino, 1989.

^{§§} In tema, sia pure con riferimento ad ambiti bancari diversi da quello oggetto del presente scritto, si veda la recentissima e celebre pronuncia Cass., Sez. Un., 26 maggio 2020, n. 9769, nella quale viene diffusamente affrontato il tema della diligenza c.d. "rafforzata" ex art. 1176, co. 2 c.c., in capo alla banca.

^{***} Così, *ex plurimis*, Cass., 15 febbraio 2007, n. 3462.

conducano a ritenere che lo svincolo dei cespiti sia effettuato nei confronti di coloro che a tutti gli effetti possano definirsi realmente eredi.

Una delle questioni maggiormente controverse, in relazione al complessivo sviluppo dell'*iter* successorio, riguarda la possibilità per l'istituto di credito, di astenersi dal procedere allo svincolo dei cespiti, in presenza di contestazioni di varia natura relative alla scheda testamentaria.

E' lapalissiano considerare il fatto che la banca, laddove non abbia evidenza di elementi ostativi alla conclusione della pratica successoria, dovrà porre in essere tutte le operazioni finalizzate alla corresponsione delle somme agli eredi; ciò, beninteso, postula che la banca abbia a propria disposizione tutta la documentazione finalizzata alla positiva estinzione della posizione successoria; infatti, perché possa operare l'art. 1189 c.c. è necessario che il *solvens*, come detto, sia in buona fede; tale non potrebbe ritenersi, ad esempio, l'intermediario nell'ipotesi in cui la documentazione in suo possesso non fosse completa o fosse addirittura discordante e contraddittoria: in quest'ultimo caso, infatti, sarebbe essenziale, nonché doveroso, un supplemento di indagine volto ad acquisire ulteriori evidenze circa l'identità dei soggetti reclamanti le somme in qualità di eredi.

Pertanto, laddove la banca, in presenza di una documentazione completa in tutti i suoi elementi, procedesse allo svincolo dei cespiti detenuti in favore dell'erede o degli eredi indicati nel testamento, potrebbe operare, senza particolari difficoltà, la previsione dell'art. 1189 c.c. nel senso che all'intermediario non potrebbe essere richiesto un comportamento ultroneo rispetto a quello imposto da regole di diligenza che, per quanto particolarmente qualificate, non possono spingersi sino a dover indagare a fondo, ad esempio, l'eventuale presenza di ulteriori eredi non ricompresi nel testamento o, addirittura, l'eventuale carenza di legittimazione – per le più disparate ragioni – dell'erede testamentario designato.

È opportuno, a questo punto, soffermare l'attenzione su alcune ipotesi (tre, in particolare), che nella prassi bancaria hanno talvolta a verificarsi: l'emersione dal testamento di una potenziale lesione di quote di legittima a danno di uno o più eredi pretermessi; la presenza di vizi formali relativi alla scheda testamentaria; da ultimo,

la contestazione, da parte di terzi, in ordine alla qualità di erede di chi come tale sia indicato nel testamento.

3. La lesione di quota di legittima a danno di uno o più eredi pretermessi: il comportamento della banca.

Ci si riferisce, in primo luogo, al caso in cui nel testamento venga nominato come erede universale un soggetto, escludendo dalla successione i titolari di quote di legittima. Com'è noto la legge riserva a favore di determinate categorie individuate dagli artt. 536 e ss. c.c., una quota dell'eredità del *de cuius*. Si tratta del coniuge, dei figli e degli ascendenti.

Si ipotizzi, quindi, che la banca abbia conoscenza – per qualunque motivo – della presenza di un legittimario pretermesso (si faccia l'esempio di due figli, ma con

indicazione di uno solo dei due nel testamento designato quale erede universale); potrebbe, nel caso di specie, operare il meccanismo di cui all'art. 1189 c.c.?

A giudizio dello scrivente, in uno scenario simile l'art. 1189 c.c. non viene neppure in considerazione; infatti, non è qui in discussione, per quanto a conoscenza della banca, la qualità di erede del soggetto indicato nel testamento, ma esclusivamente la lesione della quota di spettanza, ex art. 536 c.c., di altro legittimario pretermesso.

In sostanza l'erede testamentario sarebbe, sì, erede, ma non per l'intero, bensì solo con riferimento alla quota "disponibile" del patrimonio ereditario.

Pertanto, in mancanza di ulteriore documentazione, l'istituto di credito svincolerebbe correttamente le somme in favore dell'erede testamentario designato, rimanendo a disposizione del legittimario pretermesso la possibilità di agire in riduzione ex art. 553 c.c. per far valere i propri diritti sull'asse ereditario.

La banca, quindi, non può in alcun modo – laddove il testamento non sia contestato e vi sia una conseguente pronuncia, anche interinale, del giudice – sostituirsi al legittimario pretermesso facendo valere indirettamente suoi diritti sui cespiti ereditari; ci si colloca, allora, parzialmente al di fuori del perimetro dell'art. 1189 c.c. e della necessità di indagare la buona fede della banca; al contrario, si tratta semplicemente di valutare se quanto è nella disponibilità della banca consenta di procedere allo svincolo in favore dell'erede testamentario indicato.

Sarà poi il legittimario pretermesso, eventualmente, onerato di far valere le proprie ragioni nei confronti dell'erede testamentario.

Tale assunto risulta difficilmente contestabile ed anche le decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario (di seguito: A.B.F.) vanno in questa direzione. Ancora di recente, infatti, il Collegio milanese, con decisione del 30 marzo 2021, n. 8708, ha ribadito come «*Appare pertanto ingiustificato il rifiuto della banca di dare corso alla richiesta di svincolo di tutte le somme giacenti sul conto, tenuto altresì conto da un lato che anche il singolo coerede è legittimato a far valere avanti 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 (così Collegio di Coord. decisione n. 27252/2018); dall'altro lato, che il legittimario pretermesso non è chiamato alla successione per il solo fatto della morte del de cuius, potendo acquistare i suoi diritti solo dopo l'esperimento delle azioni di riduzione o di annullamento del testamento (cfr. Cass. 22 agosto 2018, n. 20971)*».

4. L'emersione di vizi formali relativi alla scheda testamentaria. Il comportamento della banca.

In secondo luogo, viene in considerazione il caso in cui il testamento presenti vizi di forma. Com'è noto, l'art. 606 c.c. sanziona con la nullità il testamento cui manchi l'autografia o la sottoscrizione nel caso di testamento olografo o cui manchi la redazione per iscritto da parte del notaio delle dichiarazioni del

testatore o della sottoscrizione dell'uno o dell'altro nel caso di testamento per atto di notaio.

In simili situazioni si ritiene che i vizi di forma, essendo pacificamente rilevabili *icto oculi*, non possano giovare alla banca ai fini di invocare la clausola di buona fede di cui all'art. 1189 c.c. Pertanto, in questo caso, la banca dovrebbe correttamente acquisire conferma, sotto forma di atto pubblico, *ex art.* 590 c.c., da parte di tutti coloro che sarebbero chiamati all'eredità se il testamento nullo non fosse confermato; in mancanza, si ritiene che il pagamento effettuato dalla banca non possa in alcun modo considerarsi liberatorio.

Non è questa la sede per richiamare tutto il vastissimo dibattito⁺⁺⁺ sorto in ordine alla natura giuridica del negozio previsto dall'art. 590 c.c.; non vi è dubbio, tuttavia, che la “conferma” ivi contemplata non possa trovare cittadinanza in ipotesi di falsità del testamento o falsità della sottoscrizione apposta sul testamento, atteso che mancherebbe, in tal caso, una volontà *in rerum natura* dispositiva del *de cuius*; è chiaro, dunque, che la banca si troverebbe a dover esercitare un ruolo ultroneo, in vicende simili, rispetto a quanto di sua ragionevole competenza, ben superando i canoni della diligenza qualificata di cui all'art. 1176, co. 2 c.c.; peraltro, in disparte le divergenze dottrinali riguardo i requisiti di forma che la “conferma” dovrebbe possedere, non vi è chi non veda come, avendo la conferma ad oggetto una scheda testamentaria che, ai sensi dell'art. 620 c.c., necessità, per poter avere esecuzione, della relativa pubblicazione, anche la dichiarazione di conferma debba rivestire il medesimo carattere⁺⁺⁺.

Peraltro, va sottolineato come il negozio *ex art.* 590 c.c. non possa trovare applicazione con riguardo alle disposizioni testamentarie lesive della quota di legittima^{§§§}, posto che unico rimedio previsto dalla legge è quello della inefficacia a seguito dell'azione di riduzione eventualmente promossa dal legittimario leso o pretermesso ai sensi dell'art. 554 c.c., anche se in disparte rimane una lettura dottrinale che vede nella conferma o volontaria esecuzione al testamento lesivo da parte del legittimario pretermesso una rinuncia tacita all'azione di riduzione (rinuncia che, a seguito dell'apertura della successione, è da considerarsi del tutto valida)^{****}.

⁺⁺⁺ Ad esempio, si vedano le riflessioni di G. Pasetti, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padova, 1953, 133, R. CAPRIOLI, *La conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle*, Napoli, 1983, 527, G. STOLFI, *Appunti sull'art. 590 c.c.*, in *GI*, 1977, 359, R. CAPRIOLI, *Conferma ex art. 590 c.c., testamento annullabile e pluralità di interessati*, in *DG*, 1976, F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, 313, M. DE SIMONE, *La sanatoria del negozio giuridico nullo*, Napoli, 1946, 104.

⁺⁺⁺ Ad una prima tesi che riconosce la necessità di forma scritta, in ragione della rinuncia ai diritti ereditari in favore del chiamato dal testamento nullo, A. AURICCHIO, *La conferma del testamento nullo e la sua forma*, in *FI*, 1956, I, 125, se ne contrappone una volta a ritenere che il negozio in questione possa essere a forma libera, G. B. FERRI, *Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico*, in *Digesto Civ.*, IV, Torino, 1989.

^{§§§} F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, 270.

^{****} Così F. PALAZZO, *Le successioni*, II, *Successione testamentaria. Comunione – Divisione*, in *Tratt. Iudica, Zatti*, Milano, 2000, 943.

Quale che sia la corretta interpretazione, si ritiene che la banca debba certamente astenersi dal procedere con lo svincolo delle somme agli eredi indicati nel testamento laddove ricorrano i difetti formali di cui all'art. 606, co. 1 c.c. o laddove difetti la pubblicazione del testamento olografo ai sensi dell'art. 620, co. 1 c.c.; nel caso emergessero vizi formali che inficiano la validità dell'atto si potranno invitare gli eredi a rivolgersi ad un notaio per la predisposizione di un negozio di conferma *ex art.* 590 c.c., con successiva liberazione dell'istituto bancario che abbia pagato agli eredi "confermanti" in presenza di una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà che come tali li legittimi e di un intervento notarile volto a chiarire l'inesistenza di altri soggetti che possano vantare diritti sull'eredità in forza del testamento riconosciuto come nullo.

5. Lo svincolo dei beni da parte della banca: il caso in cui il legittimario pretermesso agisca per far valere la propria quota di legittima.

Va ora preso in considerazione il caso in cui l'istituto di credito abbia evidenza *per tabulas* di una contestazione pendente sulla scheda testamentaria in proprio possesso. Anche in tale ipotesi, pur con estrema semplificazione, possono individuarsi due casi.

In primis, si consideri il caso del legittimario pretermesso che abbia prontamente agito in riduzione per far valere la propria quota di legittima, citando in giudizio l'erede testamentario.

In questo caso, la banca si trova nella scomoda posizione di dover decidere se procedere allo svincolo dei cespiti sulla base della documentazione (formalmente completa) a propria disposizione, oppure astenersi dallo svincolo, in considerazione dell'evidenza di un giudizio in corso che può incidere sulla ripartizione delle quote tra gli eredi testamentari ed i legittimari pretermessi.

Ad avviso di chi scrive non vi sono valide ragioni, sul piano giuridico, per sostenere la legittimità di un dovere di astensione.

Infatti, non vi è dubbio che, se la banca è facoltizzata a procedere con lo svincolo dei cespiti agli eredi solamente una volta acquisita tutta la documentazione, non si vede perché la stessa non potrebbe procedere sol perché penda una contestazione promossa dal legittimario pretermesso e, si badi bene, in assenza di qualsivoglia provvedimento giudiziale che intervenga direttamente, apponendo un vincolo sul conto corrente.

Tuttavia, particolare rilievo merita l'ottica prudenziale secondo la quale la banca, in presenza di un testamento impugnato dal pretermesso, non ritiene di procedere alla corresponsione delle somme agli eredi sin quando non sia fatta totale chiarezza su quali siano gli eredi aventi diritto a quote del patrimonio ereditario.

A sostegno di tale ultima ipotesi vi è anche una – invero scarna – giurisprudenza dell'A.B.F. Ad esempio, si veda quanto sostenuto dal collegio di Milano, decisione del 28 gennaio 2014, n. 469: «*La condotta della banca è tuttavia esente da censure. Come già indicato in altre pronunce (v. Coll. Milano, n. n. 2012/2012, 629/2013, n. 3626/2013; Coll. Roma, n. 3902/2013), essendo stata formalizzata opposizione da parte dei legittimari pretermessi e promosso un procedimento giudiziale volto a invalidare le*

disposizioni testamentarie, la banca è tenuta a non soddisfare le richieste di svincolo del saldo attivo di conto corrente da parte dell'erede testamentario»

Pertanto, secondo questa lettura la banca sarebbe legittimata ad astenersi dallo svincolo dei cespiti, in presenza di disposizioni testamentarie impugnate dal legittimario pretermesso.

Non sarebbe, nel caso di specie, peraltro, in discussione la qualità di erede testamentario, bensì il *quantum* di devoluzione all'erede stesso, in presenza di legittimari pretermessi che vantino ugualmente diritti sull'asse ereditario.

Ne consegue che, con riferimento ai rapporti bancari, non si dovrebbe valutare la legittimità della richiesta di svincolo presentata alla banca da parte dell'erede testamentario, quanto la sua legittimazione a pretendere l'intero ammontare dei cespiti in capo al defunto.

A parere di chi scrive, tuttavia, non sembrano emergere elementi pregnanti a sostegno della possibilità, per la banca, di rifiutare lo svincolo. Infatti, la presenza di eventuali legittimari pretermessi che rivendichino quote ereditarie, non pare da sola sufficiente – pur in presenza di un procedimento giudiziario pendente in riduzione di legittima – ad avallare comportamenti “iper – prudenziali” da parte dell'istituto di credito.

Infatti, non presentando il testamento vizi di forma, né tantomeno venendo in considerazione, come si dirà in seguito, la qualità stessa di erede di chi come tale sia indicato nel testamento, non sorgono dubbi in ordine alla legittimazione dell'*accipiens* all'acquisizione del patrimonio del *de cuius*; a venire in rilievo, se mai, è un problema di mero *quantum* che, tuttavia, appare estraneo alla sfera decisionale della banca.

E' noto che di recente il Collegio di Coordinamento dell'A.B.F. è intervenuto con una fondamentale decisione del 20 dicembre 2018, n. 27252 ed ha sancito il seguente principio di diritto: «*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. 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*»⁺⁺⁺, ribaltando quello che era stato un

⁺⁺⁺ Peraltro, tale decisione era stata preceduta dall'ordinanza Cass., 20 novembre 2017 n. 27417, la quale aveva così stabilito: «*la lettura delle motivazioni della sentenza della Sezione Unite n. 24657/2007, alla quale pur dichiara di volersi conformare la sentenza impugnata, consente di avvedersi che la Corte riconosce a ciascun coerede di poter agire nei confronti del debitore del de cuius per la riscossione dell'intero credito ovvero della quota proporzionale a quella ereditaria vantata, senza la necessità del coinvolgimento degli altri coeredi, e soprattutto senza che venga in alcun modo precisato che l'iniziativa del coerede sia ammessa solo allorquando avvenga nell'interesse della comunione. Appare evidente che nel ragionamento delle Sezioni Unite, ferma restando la necessità di ricomprendere nell'eventuale divisione dell'asse ereditario i crediti, l'avvenuta riscossione da parte di un coerede di tutto o parte del credito stesso, potrà incidere nell'ambito delle operazioni divisionali dando vita a delle pretese di rendiconto, tramite anche eventuali compensazioni tra diverse poste creditorie, ma senza che ciò precluda al singolo di poter quota. La connotazione dell'azione del singolo coerede in chiave finalistica, distinguendo quindi tra iniziativa nell'interesse*

orientamento granitico dell'ABF, che aveva sempre reputato come fondamentale che la richiesta di svincolo somme alla banca da parte dei coeredi avvenisse a mezzo di istruzioni congiunte.^{###}

Sul punto, la giurisprudenza recentissima pare ormai consolidata. Da ultimo, il collegio di Palermo dell'ABF, con la decisione del 16 maggio 2019, n. 12615 ha statuito che: «*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, si 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*

della comunione ovvero nel proprio personale interesse, non trova affatto riscontro nella decisione delle Sezioni Unite, e nei fatti verrebbe a riproporre, laddove come nel caso in cui non vi sia l'adesione di un coerede alla richiesta di riscossione, una sorta di surrettizio litisconsorzio necessario, posto che tale mancata adesione imporrebbe la necessaria partecipazione al giudizio avente ad oggetto la domanda di pagamento, di tutti i coeredi, ancorché al fine di stabilire se la richiesta di pagamento sia strumentale o meno al soddisfacimento della comunione. Deve pertanto ribadirsi, in adesione a quanto statuito dalle Sezioni Unite, che ogni coerede può agire anche per l'adempimento del credito ereditario pro quota, e senza che la parte debitrice possa opporsi adducendo il mancato consenso degli altri coeredi, dovendo trovare risoluzione gli eventuali contrasti insorti tra gli stessi nell'ambito delle questioni da affrontare nell'eventuale giudizio di divisione»

^{###} *Ex multis*. Collegio di Roma con decisione del 14 gennaio 2013, n. 283 ha affermato: «Secondo il costante orientamento di questo Arbitro, occorre tenere distinti da un lato l'accertamento del credito ereditario nei confronti di un terzo, al quale ciascun coerede è legittimato singolarmente; dall'altro lato, l'accertamento della singola quota ereditaria del dividendo, che non può essere disposto se non in contraddittorio con tutti gli altri coeredi. (...) Mancando il consenso degli altri coeredi, il rifiuto opposto dalla banca resistente a liquidare alla ricorrente la quota ereditaria che le spetta è pertanto legittimo, perché giustificato dall'esigenza di tutelare anche la propria posizione nei confronti di eventuali successive pretese da parte degli altri coeredi». Il Collegio Napoli con decisione del 18 gennaio 2013, n. 421 ha affermato che: «una iniziativa del singolo coerede mirata a riscuotere gli stessi, lungi dall'avvantaggiare la massa ereditaria, rischia di pregiudicare le ragioni degli altri coeredi; né vale obiettare che il coerede che agisce nei limiti della sua quota non può, per definizione, pregiudicare gli interessi degli altri partecipanti alla comunione ereditaria: il pregiudizio è da ravvisare nel fatto che, consentendo al singolo coerede di riscuotere un credito ancorché pro quota e, più in generale, di compiere atti dispositivi senza il coinvolgimento degli altri coeredi, si arreca un vulnus all'integrità della massa e si rischia di compromettere l'esito della divisione. Alla luce delle considerazioni che precedono, questo Collegio ritiene pienamente condivisibile la regola iuris fatta propria dalla citata pronuncia della Cassazione n. 24657/2007, secondo cui i crediti ereditari non si dividono automaticamente tra i coeredi in ragione delle proprie quote, ma entrano a far parte della comunione. (...) In particolare, nel caso che qui ci occupa, in cui il singolo coerede chiede alla banca lo svincolo delle somme accreditate sul conto corrente intestato al de cuius, la richiesta del singolo coerede, anche se limitata alla quota ad esso spettante, implica la determinazione estintiva del rapporto di conto corrente e, nei fatti, la liquidazione della propria quota ereditaria. Proprio per queste ragioni la richiesta del singolo coerede può essere accolta solo con il consenso degli altri coeredi, come pure questo Arbitro ha avuto modo di puntualizzare attraverso vari altri pronunciamenti (v., ad esempio: decisioni Collegio ABF di Napoli nn. 310/2012, 452/2011; decisioni Collegio ABF di Milano nn. 2012/2012, 2182/2011). Pienamente legittimo, per conseguenza, appare l'operato dell'intermediario nel caso di specie, il quale, ha preteso il coinvolgimento e l'assenso di tutti gli altri coeredi, anche al fine di tutelare la propria posizione nei confronti di possibili future contestazioni mosse da parte degli altri coeredi».

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 si è da ultimo espresso anche il Collegio di Coordinamento 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)».

Più di recente, alcuni collegi dell'A.B.F. hanno tentato di valorizzare in senso ostativo allo svincolo delle somme da parte della banca l'opposizione presentata da uno degli eredi alla liquidazione della singola quota ereditaria ad altro erede richiedente; opposizione che, nel caso in commento, consentirebbe alla banca di venire a conoscenza dell'esistenza di un giudizio volto ad accertare la spettanza di una quota di legittima sul patrimonio ereditario.

Vale la pena, comunque, sinteticamente ripercorrere le più recenti pronunce dei collegi A.B.F. in tema di opposizione del coerede.

Così, infatti, ha deciso Collegio di Palermo, decisione del 23 giugno 2021, n. 15500: *«Tuttavia, se la regola generale delineata dalla giurisprudenza appena citata è nel senso del riconoscimento del diritto del coerede ad ottenere la propria quota dei crediti ereditari senza che sia necessario chiamare in causa gli altri coeredi, il caso di specie si connota per il ricorrere di una previsione contrattuale che regola il conto corrente, secondo cui la banca procede allo svincolo delle attività cadute in successione solo con il consenso di tutti gli altri eredi. Più in particolare, l'art. 6 del contratto recita: "nel caso di morte ... di uno dei cointestatari del rapporto, ciascuno degli altri cointestatari conserva il diritto di disporre separatamente del rapporto. Analogamente lo conservano gli eredi del cointestatario defunto che sono però tenuti ad esercitarlo tutti insieme ... Nei casi di cui al precedente comma però la Banca deve pretendere il concorso di tutti i cointestatari e degli eventuali eredi ... quando da uno di essi le sia stata comunicata opposizione anche solo con lettera raccomandata (...). In disparte la circostanza che la corretta imputazione di due assegni tratti sul conto corrente cointestato e la conseguente diversa consistenza della quota spettante alla ricorrente appaiono altamente controverse fra i coeredi, richiamando tematiche squisitamente successorie rispetto alle quali questo Arbitro è incompetente rationae materiae, a fronte della formale opposizione dei coeredi e in presenza di una apposita previsione pattizia, il Collegio reputa legittimo il rifiuto della banca di dar seguito alla richiesta della ricorrente e rigetta il ricorso».*

E, con motivazione del tutto analoga, ma riferita ad una ipotesi fattuale di conto mono – intestato, il Collegio di Torino, con decisione del 26 febbraio 2021, n. 5059 afferma: *«Al riguardo, va osservato che la controversia deve essere esaminata tenendo in debito conto le condizioni contrattuali sottoscritte dal ricorrente al momento della conclusione del contratto, le quali contengono il suddetto art. 5. Tale articolo è testuale nello stabilire che "La Banca deve pretendere il concorso di tutti i cointestatari e degli eventuali eredi e del legale rappresentante dell'incapace, quando da uno di essi le sia stata comunicata esplicita opposizione alla prosecuzione dell'operatività del conto con firme disgiunte." Dalla clausola sopra riportata si evince che, anche qualora il conto fosse a firma disgiunta per esplicita pattuizione contrattuale,*

la Banca non solo può, ma deve, richiedere il concorso di tutti gli eventuali eredi nei casi in cui sia aperta la successione di uno dei contitolari. Questa indicazione vale a reggere anche il caso presente. Infatti, si deve assumere che il rapporto di conto corrente continui con i successori del de cuius fino a quando non sia manifestata da parte loro la volontà di estinguere di estinguere il rapporto. La loro posizione di contitolari può e dunque essere assimilata a quelli di creditori in solido, con facoltà di operare disgiuntamente (v. in proposito la decisione resa dal Collegio di coordinamento n. 27252/2018). Tuttavia, proprio in relazione a tale configurazione del rapporto, la Banca ha pattuito espressamente, con pattuizione che è accettata dal dante causa dell'attuale ricorrente, che un'opposizione alla liquidazione paralizzava la facoltà di pretendere il pagamento di quanto è sul conto con disposizione disgiunta. Nel dare atto che, in presenza di opposizione del coerede, non era possibile procedere a liquidare la quota del 50 % dell'attivo del conto, come il richiedente domandava, la Banca non ha dunque fatto altro che attenersi alle condizioni contrattuali pattuite».

E, tuttavia, non vi è chi non veda come tale lettura, pur meritoriamente volta a reperire sul piano pattizio elementi tesi a rinforzare l'esigenza di pretendere un accordo tra tutti gli eredi in presenza di opposizione presentata da uno di questi, finisca per eludere, in modo surrettizio, gli approdi giurisprudenziali sopra richiamati ed il successivo, pronto adeguamento, dei collegi dell'A.B.F.; infatti, a seguire questa interpretazione, si dovrebbe concludere per il fatto che una qualunque opposizione, formalizzata alla banca a mezzo lettera raccomandata, sarebbe idonea per ciò solo, in presenza di una clausola contrattuale abilitante, a paralizzare lo svincolo della quota ereditaria in favore dei coeredi richiedenti, con conseguente reintroduzione dell'obbligo di svincolo congiunto come unica via percorribile.

Consapevole di tali criticità, una recentissima decisione del Collegio A.B.F. di Milano, 13 ottobre 2021, n. 21516 ha così statuito: «Venendo a considerare il caso di specie, osserva il Collegio che l'intermediario resistente, pur non sollevando alcuna eccezione in merito alla qualità di eredi della parte ricorrente e delle cointestatari del ricorso, ha motivato il proprio rifiuto della liquidazione da loro richiesta sulla base dell'opposizione di altra coerede e dell'art. 8 delle Condizioni generali relative al rapporto banca-cliente, sottoscritte dal de cuius, il quale così recita, per quanto rileva in questa sede: "Art. 8 – Cointestazione del rapporto. Nel caso di morte [...] di uno dei titolari del rapporto, ciascuno degli altri cointestatari conserva il diritto di disporre separatamente del rapporto. Analogamente lo conservano gli eredi del cointestatario, che saranno però tenuti ad esercitarlo tutti insieme [...]. 4. Tuttavia nei casi di cui al precedente comma, la banca deve pretendere il concorso di tutti i cointestatari e degli eventuali eredi [...] quando da uno di essi le sia stata presentata o recapitata opposizione in forma scritta [...]". Come giustamente rilevato dalla parte ricorrente, tuttavia, la clausola in questione non attiene alla liquidazione della quota dei rapporti bancari intestati al de cuius, ma alla facoltà di disporre di – e, quindi, di operare su – rapporti cointestati nel caso di decesso di uno dei cointestatari. La clausola in questione non può pertanto essere invocata dall'intermediario al fine di rifiutare la liquidazione delle quote ereditarie spettanti alla parte ricorrente e alle cointestatari del ricorso».

Estremamente chiare le considerazioni del collegio meneghino: la norma pattizia, opera sul terreno della facoltà di disposizione e di operatività su un rapporto bancario nel caso di decesso di uno o più dei cointestatari, ma non su quello – del tutto diverso – della liquidazione delle quote ereditarie spettanti agli eredi; pertanto, la banca, se ben può pretendere il concorso di tutti gli eredi, in

presenza di opposizione di uno di questi, in relazione alla movimentazione del rapporto bancario e alla diretta facoltà di disporre delle somme ivi indicate, non può invece spingersi sino ad invocarne l'utilizzo per paralizzare l'*iter* di svincolo a titolo successorio delle singole quote ereditarie.

Tale lettura appare, in effetti, la più coerente: se il singolo coerede è legittimato a far valere la propria pretesa allo svincolo della quota ereditaria di sua spettanza, non si comprende perché opposizioni da parte di altri coeredi o di terzi che vantino titoli sul patrimonio ereditario dovrebbero imporre alla banca condotte astensionistiche.

In effetti, non pare ragionevole che, in presenza di un giudizio volto a rivendicare la quota di eredità del legittimario pretermesso la banca debba procedere al blocco dell'intero *iter* successorio, non essendo peraltro in discussione la qualità di erede testamentario, ma, come detto, se mai il solo *quantum* di spettanza.

Appare dunque più che corretto sostenere che la banca possa, senza alcun rischio di incorrere in responsabilità, svincolare in favore dell'erede indicato nel testamento l'intero ammontare dei cespiti detenuti, restando a carico del legittimario pretermesso portare avanti le proprie istanze in sede giudiziale, senza che all'istituto di credito possa essere opposto alcunché, in mancanza di un provvedimento che vincoli le somme in giacenza sul conto corrente sino alla definizione del giudizio.

6. Lo svincolo dei beni da parte della banca: il caso dell'impugnazione della scheda testamentaria e la contestazione sulla qualità di erede o sulla autenticità del testamento.

Discorso parzialmente diverso, ma, si vedrà, a parere di chi scrive non dissimile nelle conclusioni, è necessario fare laddove, invece, a venire in considerazione sia una contestazione relativa alla stessa qualità di erede di colui che come tale sia indicato nel testamento o relativa all'autenticità della scheda testamentaria.

Infatti, in questo caso la contestazione giudiziale non verte, per così dire, sul *quantum* di spettanza dell'erede testamentario (sensibile, ovviamente, a variazioni dovute alla pendente azione di riduzione), ma sull'*an*.

Si pensi, in via esemplificativa, alle ipotesi in cui venga giudizialmente domandata la dichiarazione indegnità a succedere *ex* artt. 463 c.c. e ss. o, ancora, venga chiesto di accertare la falsità del testamento agli atti, per la presenza di un altro testamento che, invece, acquisirebbe piena validità (si pensi ad un testamento successivo o precedente, di cui è lamentata la artificiosa distruzione, cfr. art. 463, co. 1, nn. 4) e 5).

Ora, è del tutto evidente che in casi come questi la banca, avendo a disposizione documentazione – a seguito di presumibile opposizione di terzi allo svincolo delle somme - dalla quale emerge che il testamento sia stato impugnato, deve valutare come procedere, soprattutto alla luce di quanto dispone il più volte menzionato art. 1189 c.c.

Il pagamento effettuato dalla banca all'erede apparente, infatti, può essere liberatorio solo a condizione che il *solvens* sia da considerarsi in buona fede. Se così è, allora, tutto sta nel capire sino a che punto la banca possa considerarsi in buona fede nel momento in cui decida di svincolare le somme intestate al

defunto, pur in presenza di una vertenza giudiziale azionata da terzi che contestino, a qualunque titolo, la qualità di colui che nel testamento è indicato come erede o la validità del testamento stesso.

A parere dello scrivente, anche in questo caso la banca non è facoltizzata ad astenersi dallo svincolo delle somme agli eredi testamentari, financo se venga a conoscenza di una controversia giudiziaria in corso, avente ad oggetto proprio la scheda testamentaria presentata. Ed infatti, non pare che l'art. 1189 c.c. possa costituire un ostacolo, dal momento che entrambi i requisiti ivi indicati sembrerebbero sussistere: da un lato, la banca disporrebbe di documentazione ad uso successorio tale da consentire la precisa ed esatta individuazione degli eredi designati e, in quest'ottica, elementi estrinseci, pur se dotati di una rilevanza non trascurabile, quali iniziative giudiziarie in corso, non varrebbero a smentire tale ricostruzione; dall'altro, sotto il profilo della buona fede, è oltretutto vero che la banca farebbe affidamento su una documentazione a proprie mani dalla quale emergerebbe, oltre alla veridicità *icto oculi* del testamento, che effettivamente l'erede sia colui che come tale è individuato.

A quanto consta, sono assai scarse le pronunce giurisprudenziali sul tema. Tuttavia, non può non citarsi in questa sede una decisione della Corte di Cassazione, la n. 12921 del 4 dicembre 1992, che ha compiutamente affrontato l'argomento. Interessante si rivela, allora, ripercorrerne sinteticamente i passaggi: *«Infatti, la norma dell'art. 1189 cod. civ., che riconosce effetto liberatorio al pagamento effettuato dal debitore in buona fede a chi appare legittimato a riceverla, ben può trovare applicazione nel caso di pagamento effettuato dalla banca a chi appare titolare di una situazione giuridica (qualità di erede testamentario) in realtà inesistente (per la presenza di erede legittimo individuato attraverso la dichiarazione di inefficacia della disposizione testamentaria).*

E questo indipendentemente da ogni valutazione sul comportamento del soggetto che tale situazione di apparenza abbia invocato, in quanto l'art. 1189 cod. civ. già richiamato è norma posta a protezione del soggetto al quale la situazione giuridica appare, sia nelle ipotesi di cosiddetta "apparenza pura", che in quelle di "apparenza impropria" o "colposa", come questa Corte ha avuto già modo di precisare (sent. n. 423 del 1987).

Al riguardo questa Corte deve rilevare che il rifiuto, o anche il semplice ritardo, del debitore nel pagamento, fondato sulla non piena certezza legale in ordine alla legittimazione del richiedente, ben potrebbe configurare una ipotesi di inadempimento del debitore, la richiesta di adempimento giudiziale del credito ed un ritardo dell'attuazione dei rapporti obbligatori, i quali sono tutti effetti estranei alla norma contenuta nell'art. 1189 cod. civ. (...).

La buona fede del debitore, indicata nel primo comma dell'art. 1189 cod. civ., e che è l'elemento costitutivo della fattispecie liberatoria, è la convinzione del debitore che il ricevente sia il vero creditore o sia comunque la persona destinataria del pagamento».

La lettura del richiamato provvedimento lascia residuare un'unica ipotesi nella quale la banca potrebbe essere chiamata a rispondere per il fatto di aver proceduto allo svincolo, pur in pendenza di iniziative giudiziarie volte ad invalidare il testamento, vale a dire quella della conoscenza di una situazione reale diversa da quella apparente, che emerga – si ritiene comunque *icto oculi* – dalla documentazione successoria ricevuta; in tale caso, tuttavia, sarebbe onere della parte che contesta un comportamento illecito della banca, dimostrarne la mala fede o quantomeno il fatto che la stessa sia caduta in un errore non scusabile, atteso che le circostanze del caso concreto facevano ritenere che

l'erede apparente tale non fosse; ci si sposterebbe, allora, sul pericolante terreno della prova, con il ricorrente onerato di dimostrare uno stato soggettivo colposo o doloso della banca e quest'ultima, eventualmente, tenuta ad esonerarsi da responsabilità invocando una situazione di apparenza c.d. "colposa", fondata su un atteggiamento del reale titolare del diritto che con il suo comportamento avrebbe indotto il terzo (banca) a confidare sulla veridicità della situazione apparente.

Al di fuori di quest'ultima, limitata, ipotesi, appare chiaro che le conclusioni cui la Suprema Corte, già *illo tempore*, era pervenuta, debbano mantenere piena efficacia.

Nella sostanza, è sul terreno del rapporto obbligatorio che si gioca la "partita": la banca riveste inequivocabilmente il ruolo di debitore nei confronti degli eredi legittimati a richiedere lo svincolo delle somme giacenti sui rapporti bancari intestati al defunto e gli eredi stessi sono creditori della prestazione nei confronti della banca; ne consegue che la banca è tenuta ad adempiere la propria obbligazione, salva l'invocazione di una causa a sé non imputabile *ex art. 1218 c.c.*

Se quanto sopra ha un fondamento, diventerebbe allora assai difficile per l'istituto di credito sostenere, in casi come quello in commento, che una vicenda giudiziaria in corso, a qualsiasi stadio essa sia giunta, rappresenti un ostacolo allo svincolo dei fondi in favore degli eredi; insegna la migliore dottrina^{§§§§} come l'impossibilità della prestazione debba considerarsi oggettiva ed assoluta in senso naturalistico, cosa che non verrebbe certo in considerazione nell'ipotesi in esame; diversamente, anche a voler considerare che l'impossibilità debba qualificarsi come più sfumata inesigibilità secondo buona fede^{****}, rimane il problema di qualificare come contraria a buona fede una condotta che, al contrario, risulti adempiente del dettato normativo, allorquando la banca procede, una volta raccolti tutti i documenti successivi, alla consegna dei beni detenuti agli eredi; se è vero che l'inesigibilità va ravvisata quando si oppone una difficoltà che, in considerazione del tipo di prestazione promessa e dei mezzi correntemente impiegati per eseguirla, non è corretto pretendere che il debitore superi, non pare che nel caso di specie tale circostanza si possa in alcun modo ravvisare, atteso che la banca debitrice dispone di tutto il materiale necessario e sufficiente per valutare la legittimità dello svincolo agli eredi.

§§§§ Vastissima ovviamente la letteratura in materia. Si rimanda a G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Tratt. Roppo*, V, Rimedi, 2, 2006, 770, L. CABELLA PISU, *Impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. Scialoja, Bianca, sub artt. 1463-1466*, Bologna – Roma, 2002, 59.

**** E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 111, L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *ED*, XXXIX, Milano, 1988, 1088, F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2003, 30, M. FRANZONI, *La correttezza e la buona fede*, in M. FRANZONI (a cura di), *Le obbligazioni*, I, *L'obbligazione in generale (1173-1320 c.c.)*, Torino, 2004, 99, R. PARTISANI, *La diligenza nell'adempimento delle obbligazioni*, in M. FRANZONI (a cura di), *Le obbligazioni*, I, *L'obbligazione in generale (1173-1320 c.c.)*, Torino, 2004, 219, G. SANTORO, *L'inadempimento*, in P. CENDON (a cura di), *La responsabilità civile*, II, Torino, 1998, 18.

All'atto pratico, dunque, il rischio cui la banca incorrerebbe astenendosi dal completare l'*iter* successorio sarebbe quello di essere chiamata a rispondere a titolo risarcitorio, non potendo valere quali ragioni di esonero mere valutazioni di opportunità o di convenienza o di presunta tutela del patrimonio del defunto. Non vi è dubbio, allora, che in presenza di diffide allo svincolo presentate da terzi, che segnalino la contemporanea pendenza di una iniziativa giudiziaria volta ad invalidare la scheda testamentaria, la banca debba procedere ad un accurato esame della documentazione a proprie mani, per rilevare che quest'ultima si appalesi come veridica e che gli eredi designati appaiano effettivamente come tali; in secondo luogo potrà ben segnalare ai soggetti reclamanti o diffidanti la necessità di munirsi in tempi brevi, laddove questi vogliano inibire alla banca lo svincolo, di provvedimenti cautelari o conservativi allo scopo, di fronte ai quali l'istituto bancario nulla potrebbe opporre; diversamente, in mancanza di quanto sopra, la banca non potrà frapporre ulteriori ritardi, pena il rischio di esporsi a procedimenti di natura monitoria nei propri confronti, nonché ad azioni risarcitorie, senza dimenticare – ma il tema rimane inevitabilmente sullo sfondo – profili di illiceità penalistica.

Il criterio di diligenza qualificata *ex art. 1176, co. 2 c.c.*, allora, nella ricostruzione che si è inteso proporre, non varrebbe quale sostegno alla banca per giustificare la propria inerzia, bensì gioverebbe nell'ottica esattamente opposta, vale a dire che la banca non potrà mai essere chiamata in giudizio a rispondere, per aver svincolato somme ad eredi apparenti, laddove abbia operato, in ogni fase dell'*iter* successorio, con la diligenza rafforzata dovuta in forza dell'attività professionale esercitata.

7. Conclusioni.

Come si è visto, dunque, la materia presenta elevati profili di incertezza. Da un lato, si collocano le legittime aspirazioni degli eredi (o di coloro che tali appaiono) ad ottenere dall'istituto di credito le spettanze ereditarie cui avrebbero diritto e, si aggiunga, le opportune pretese a che, da parte della banca, non vi siano atteggiamenti ostruzionistici o pretestuosi; dall'altro vi sono le comprensibili istanze della banca volte a considerare, con particolare attenzione e prudenza, situazioni varie di conflitto tra eredi testamentari e legittimi o di contestazioni sulla stessa scheda testamentaria.

Si tratta, quindi, di effettuare un bilanciamento di interessi tra due poli che non necessariamente si rivelano opposti, ma che sovente possono entrare in forte attrito.

Difficilmente il tema si presta ad essere semplificato o considerato in astratto; anzi, non vi è dubbio che l'applicazione giurisprudenziale si rivelerà, ancora una volta, dirimente: quel che è scontato è la necessità di un approccio caso per caso, che non deve però prescindere da un assunto fondamentale: le vicende dei rapporti tra coeredi o tra presunti eredi e terzi debbono rimanere distinte sul piano fattuale e giuridico da quelle relative ai rapporti tra i predetti soggetti e la banca; quest'ultima non è in grado e neppure è tenuta ad assumere un ruolo dirimente nella controversia tra soggetti che vantino a qualunque titolo diritti sul patrimonio ereditario; la diligenza rafforzata *ex art. 1176, co. 2 c.c.* va valutata

solamente in ordine alla necessità che la banca operi con la massima attenzione in fase di individuazione degli eredi e di raccolta della documentazione di volta in volta atta a consentire lo svincolo dei cespiti; oltre questo, sarebbe oltremodo impossibile pretendere, dovendo le legittime aspirazioni relative al patrimonio ereditario da parte dei soggetti più vari trovare adeguata composizione in sede giudiziale e non sul terreno scivoloso del dialogo con l'istituto bancario.

Beninteso, sullo sfondo rimane il tema dell'onere probatorio; se, infatti, si riuscisse a dimostrare in giudizio, come già ricordato, che la banca era a conoscenza o non poteva non conoscere una situazione invalidante in relazione alla scheda testamentaria, oltre che una evidente negligenza nell'aver correttamente individuato i soggetti legittimati in qualità di eredi a pretendere lo svincolo delle somme, non si vede come l'istituto di credito possa, a vario titolo, esonerarsi da responsabilità; ma, come detto, trattasi a tutti gli effetti di *probatio diabolica* a carico del ricorrente, per di più in scenari da considerare, se non casi di scuola, quantomeno destinati a rimanere relegati in un ambito di inevitabile eccezionalità.

***Le garanzie personali a presidio del
finanziamento assistito dal Fondo di Garanzia per le
piccole e medie imprese****

di Alessandro CENTINI**

The Court of Turin declared the partial invalidity (nullità) of a personal guarantee (fideiussione) issued to secure the obligations under a facility agreement covered by the guarantee (the “Guarantee”) given by the Guarantee Fund for Small and Medium-Sized Enterprises (the “Guarantee Fund”) pursuant to Law no. 662 of 23 December 1996.

The partial invalidity (nullità) of the personal guarantee (fideiussione) has been declared in accordance to the operative provisions issued by the Guarantee Fund and in relation to the amount covered by the Guarantee. In addition, the above-mentioned operative provisions prevent the issuance of any other collateral guarantees (garanzie reali), insurance/bank guarantees on the amount already covered by the Guarantee.

Novembre 2022

* Contributo approvato dai *referee*.

** Avvocato del foro di Siena. Il contributo contiene personali riflessioni di commento frutto dell'interesse scientifico dell'Autore per la materia; ogni opinione è dunque espressa esclusivamente a titolo personale.

Abstract

The Court of Turin declared the partial invalidity (nullità) of a personal guarantee (fideiussione) issued to secure the obligations under a facility agreement covered by the guarantee (the “Guarantee”) given by the Guarantee Fund for Small and Medium-Sized Enterprises (the “Guarantee Fund”) pursuant to Law no. 662 of 23 December 1996.

The partial invalidity (nullità) of the personal guarantee (fideiussione) has been declared in accordance to the operative provisions issued by the Guarantee Fund and in relation to the amount covered by the Guarantee. In addition, the above-mentioned operative provisions prevent the issuance of any other collateral guarantees (garanzie reali), insurance/ bank guarantees on the amount already covered by the Guarantee.

Il Tribunale di Torino ha dichiarato la nullità parziale di una fideiussione prestata da persona fisica a presidio delle obbligazioni derivanti da un finanziamento assistito dalla garanzia del Fondo di Garanzia per le piccole e medie imprese di cui alla Legge 23 dicembre 1996, n. 662 (la “Garanzia del Fondo”), relativamente all'importo corrispondente alla quota coperta dalla Garanzia del Fondo. La nullità parziale della fideiussione viene fondata sulle disposizioni operative del Fondo di Garanzia, che vietano l'acquisizione di ogni altra garanzia reale, assicurativa e bancaria sulla quota di finanziamento presidiata dalla Garanzia del Fondo.

Tribunale di Torino, 4 luglio 2022.

«Il divieto di acquisire un'ulteriore garanzia, rispetto alla quota di finanziamento già garantita dal Fondo, riguarda certamente anche le fideiussioni che, pur essendo garanzie personali, ben possono rivestire natura "bancaria", come nel caso di specie (essendo predisposta su modello bancario e prestata a favore di una Banca ed a garanzia di un contratto bancario); pertanto, la fideiussione bancaria rientra tra le garanzie vietate ex art 4.4 D.M. 23 settembre 2005 in copresenza alla garanzia del Fondo di Garanzia»

Garanzie – Fideiussione – Fideiussione omnibus – Nullità – Nullità parziale – Fondo di garanzia - Divieto.

In fatto.

Omissis

In diritto.

- ritenuto che, nel caso di specie, sussistano i gravi motivi richiesti dall'art. 649 c.p.c. per la sospensione dell'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo opposto, tenuto conto dei rilievi che seguono:

(omissis)

- peraltro, come correttamente eccepito dalla parte attrice opponente, la fideiussione prestata dal sig. XXXXX in data 5.4.2019 risulta parzialmente nulla per la parte in cui è stata posta a garanzia dell'80% della somma erogata dall'attuale parte convenuta opposta con il mutuo chirografario n. XXXXXXX, essendo tale percentuale già garantita dal Fondo di Garanzia di XXXXXXXXXXXX ai sensi della Legge n. 662/1996; precisamente, la nullità parziale discende dalle disposizioni di cui all'art. 4.4. dell'Allegato al Regolamento Ministeriale delle attività produttive del 23 settembre 2005, che escludono la possibilità di acquisire altre garanzie sulla quota di finanziamento garantita dal Fondo; l'art. 4.4., infatti, prevede che sulla quota di finanziamento garantita dal Fondo non possa

essere acquisita "alcuna altra garanzia reale, assicurativa e bancaria" (mentre "sulla parte residua del finanziamento possono essere acquisite garanzie reali, assicurative, bancarie il cui valore cauzionale complessivo, calcolato secondo le percentuali riportate nella tabella di cui al punto 4.6., non superi la quota di finanziamento non coperta dalla garanzia del Fondo"); ora, contrariamente a quanto dedotto dalla parte convenuta opposta, il divieto di acquisire un'ulteriore garanzia, rispetto alla quota di finanziamento già garantita dal Fondo, riguarda certamente anche le fideiussioni che, pur essendo garanzie personali, ben possono rivestire natura "bancaria", come nel caso di specie (essendo predisposta su modello bancario e prestata a favore di una Banca ed a garanzia di un contratto bancario); pertanto, la fideiussione bancaria rientra tra le garanzie vietate ex art 4.4 D.M. 23 settembre 2005 in copresenza alla garanzia del Fondo di Garanzia;

- pur risultano dunque l'opposizione fondata soltanto in parte, deve comunque sospendersi l'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo opposto, in

quanto quest'ultimo dovrà essere integralmente revocato con la Sentenza pronunciata all'esito del giudizio di merito (secondo l'orientamento della giurisprudenza prevalente, infatti, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, che nel sistema delineato dal codice di procedura civile si atteggia come un procedimento il cui oggetto non è ristretto alla verifica delle condizioni di ammissibilità e di validità del decreto stesso, ma si estende all'accertamento, con riferimento alla situazione di fatto esistente al momento della pronuncia della sentenza, dei fatti costitutivi del diritto in contestazione, il giudice, qualora riconosca fondata, anche solo parzialmente, un'eccezione di estinzione parziale formulata dall'opponente, con l'atto di opposizione o nel corso del giudizio, deve comunque revocare in toto il decreto opposto, sostituendosi la sentenza di condanna al pagamento di residui importi del credito all'originario decreto ingiuntivo (cfr. in tal senso: Cass. civile, Sezioni Unite, 7 luglio 1993, n. 7448; in senso sostanzialmente conforme si sono espresse anche le pronunce successive della Cassazione e la prevalente giurisprudenza di merito: Tribunale, Teramo, 04 settembre 2020, n. 685 in Redazione Giuffrè 2020; Cass. civile sez. I, 16 luglio 2020, n. 15224; Tribunale Ferrara, 12 maggio 2020, n. 227 in Redazione Giuffrè 2020; Tribunale Caltanissetta, sez. lav., 16 settembre 2019, n. 412 in Redazione Giuffrè 2019; Tribunale Torino, Sez. Im. 19

aprile 2019, n. 2010 in Redazione Giuffrè 2019; Tribunale Parma, 10 ottobre 2017, n. 1360 in Redazione Giuffrè 2018; Tribunale Nola sez. I, 21 agosto 2017, n. 1882 in Redazione Giuffrè, 2018; Tribunale Perugia sez. lav., 14 febbraio 2017, n. 244 in Guida al diritto 2017, 34, 46; Tribunale Pescara sez. lav., 12 luglio 2016, n. 695 in Redazione Giuffrè 2016; Tribunale Grosseto, 09 aprile 2016, n. 312 in Redazione Giuffrè 2016; Tribunale Savona, 19 dicembre 2015, in Redazione Giuffrè 2017; Cass. civile, sez. I, 22 maggio 2008, n. 13085; Cass. civile, sez. III, 25 maggio 2007, n. 12256; Cass. civile, sez. I, 18 maggio 2007, n. 11660; Cass. civile, sez. I, 19 marzo 2007, n. 6514; Cass. civile, sez. I, 21 febbraio 2007, n. 4103; Cass. civile, sez. I, 19 ottobre 2006, n. 22489; Cass. civile, sez. II, 22 agosto 2006, n. 18265; Cass. civile, sez. II, 12 agosto 2005, n. 16911; Cass. civile, sez. III, 15 luglio 2005, n. 15026; Cass. civile, sez. II, 29 gennaio 2004, n. 1657);

- rilevato che i termini ex art. 183, 6° comma, c.p.c. non possono essere concessi prima dell'udienza di prima comparizione e trattazione (attualmente fissata a giovedì XX novembre 2022 alle ore XX,XX);

P.Q.M.

S O S P E N D E

l'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo opposto del Tribunale di Torino n. XXXX/XXXX datato XX/XX/2022 depositato in data XX/XX/2022, ai sensi dell'art. 649 c.p.c.

I N V I T A

fin da ora le parti a coltivare trattative per raggiungere un accordo transattivo, tenuto conto di quanto disposto nel presente provvedimento.

MANDA

alla Cancelleria di comunicare la presente
Ordinanza alle parti.

Le garanzie personali a presidio del finanziamento assistito dal Fondo di Garanzia per le piccole e medie imprese.

Nota a Tribunale di Torino, 4 luglio 2022.

SOMMARIO: 1. Il caso deciso del Tribunale di Torino Ordinanza del 4.7.2022. 2. Considerazioni sull'Ordinanza. 3. Il vigente testo delle Disposizioni Operative del Fondo di Garanzia. 4. Conclusioni.

1. Il caso deciso dal Tribunale di Torino Ordinanza del 4.7.2022.

L'Ordinanza del 4.7.2022 pronunciata dal Tribunale di Torino¹ (l'"Ordinanza") si segnala per aver trattato, fra l'altro, la questione della validità di una fideiussione prestata da persona fisica a presidio di un finanziamento assistito dalla garanzia del Fondo di Garanzia per le piccole e medie imprese, di cui all'articolo 2, comma 100, lettera a), della legge 23 dicembre 1996, n. 662 (la "Garanzia del Fondo").

In particolare, una banca aveva accordato un finanziamento assistito dalla Garanzia del Fondo con copertura pari all'80%, in aggiunta alla quale era stata acquisita una fideiussione di una persona fisica per l'intero importo del finanziamento (la "Fideiussione").

Dalla motivazione dell'Ordinanza emergono le seguenti considerazioni.

- a. La Fideiussione concessa a presidio delle obbligazioni derivanti da un finanziamento assistito dalla Garanzia del Fondo è parzialmente nulla per l'importo che si sovrappone alla stessa.
- b. La nullità parziale della Fideiussione consegue a quanto previsto nel Decreto del Ministero delle attività produttive del 23.9.2005 di "Approvazione delle condizioni di ammissibilità e delle disposizioni di carattere generale per l'amministrazione del Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese, di cui all'articolo 2, comma 100, lettera a), della legge 23 dicembre 1996, n. 662" (le "Disposizioni Operative del Fondo di Garanzia"), che all'art. 4.4 recita:

*"4.4. Sulla quota di finanziamento garantita dal Fondo non può essere acquisita alcuna altra garanzia reale, assicurativa e bancaria. Sulla parte residua del finanziamento possono essere acquisite garanzie reali, assicurative, bancarie, il cui valore cauzionale complessivo, calcolato secondo le percentuali riportate nella tabella di cui al punto 4.6., non superi la quota di finanziamento non coperta dalla garanzia del Fondo."*²

- c. L'art. 4.4. delle Disposizioni Operative del Fondo di Garanzia deve essere interpretato nel senso che:

"... il divieto di acquisire un'ulteriore garanzia, rispetto alla quota di finanziamento già garantita dal Fondo, riguarda certamente anche le fideiussioni che, pur essendo garanzie personali, ben possono rivestire natura "bancaria", come nel caso di specie (essendo predisposta su modello bancario e prestata a favore di una Banca ed a garanzia di un contratto bancario); pertanto, la fideiussione bancaria rientra tra le garanzie vietate ...";

¹ L'Ordinanza è pubblicata da Fideiussioninulle.it.

² L'art. 4.6 riporta la Tabella con le percentuali per la determinazione del valore cauzionale delle garanzie e fa riferimento a ipoteche, pegno, privilegio, fideiussioni bancarie e fideiussioni assicurative.

- d. In particolare, la qualifica di “garanzia bancaria” della Fideiussione è l’elemento saliente che determina la possibilità di acquisirla a presidio del Finanziamento soltanto nella quota non coperta dalla Garanzia del Fondo, con la conseguenza che è da ritenere nulla per la quota che va a soprapporsi a quest’ultima³.

2. Considerazioni sull’Ordinanza.

La conclusione raggiunta dall’Ordinanza e gli argomenti esposti per enunciare la nullità parziale della Fideiussione non sono convincenti e si prestano ad alcune considerazioni contrarie.

L’art. 4.4 delle Disposizioni Operative del Fondo di Garanzia, cioè la disposizione di riferimento su cui è fondata la decisione, dispone che sulla quota di finanziamento garantita dalla Garanzia del Fondo “*non può essere acquisita alcuna altra garanzia reale, assicurativa e bancaria*”, mentre sulla parte non coperta del finanziamento “*possono essere acquisite garanzie reali, assicurative, bancarie*” nei limiti e con i presupposti ivi previsti.

Di conseguenza, la citata disposizione prevede la possibilità d’integrare la Garanzia del Fondo per il presidio delle obbligazioni derivanti dal finanziamento bancario con garanzie reali (ipoteca e pegno) e con garanzie assicurative o bancarie (fideiussione prestata da imprese assicurative o da banche), purché il loro valore cauzionale complessivo non superi la quota di finanziamento non coperta dalla Garanzia del Fondo.

La norma, peraltro, se fa riferimento espresso alle garanzie reali e alle garanzie personali prestare da intermediari assicurativi e bancari, non menziona le garanzie personali prestate da persone fisiche.

La presenza di un testo non lineare per la mancata menzione delle garanzie personali e per la non esplicitazione dei soggetti che possono essere garanti (il soggetto finanziato e i terzi), sono elementi che possono aver ingenerato il dubbio sull’ammissibilità senza limiti delle garanzie personali prestate da persone fisiche oppure se, al contrario, queste siano ammissibili soltanto nella misura ridotta della quota non coperta dalla Garanzia del Fondo (come previsto per le fideiussioni prestate da banche o assicurazioni).

Il Tribunale di Torino interpreta in modo estensivo la disposizione che limita l’acquisizione di garanzie e ritiene che la fideiussione, quale garanzia personale, rientri nel concetto di “garanzia bancaria” menzionata dalla norma di riferimento. In particolare, la qualifica di “bancaria” viene ritenuta acquisita perché la fideiussione è prestata dalla persona fisica su modello predisposto dall’intermediario bancario e per essere concessa in favore di una banca.

La motivazione dell’Ordinanza, come detto, non è convincente e appare debole⁴. Infatti, l’attribuzione della qualifica di “garanzia bancaria” alla garanzia fideiussoria prestata da persona fisica è tale da alterare il contenuto formale e la *ratio* della

³ N. STIAFFINI e G. CASTELLANO, *Commento ad ordinanza Tribunale di Torino 4 luglio 2022, GI Dr Di Capua*, in Fideiussioninulle.it, 2022.10.18.

Per considerazioni generali sul rilascio delle fideiussioni in presenza della Garanzia del Fondo: G. CASTELLANO, R. ROVESTI, M.L. FICOLA, *Il campo minato della fideiussione nei finanziamenti garantiti dal Medio Credito Centrale (L. 662/1996)*, in Fideiussioninulle.it, 2019.11.30.

⁴ N. STIAFFINI e G. CASTELLANO, *op. cit.*, ritengono corretta impostazione assunta dall’Ordinanza.

disposizione dell'art. 4.4 delle Disposizioni Operative del Fondo di Garanzia, che non pone alcun limite espresso o implicito per le garanzie personali diverse da quelle rilasciate da compagnie assicurative e da banche. Inoltre, la fideiussione concessa da persona fisica non è qualificabile come “bancaria”, potendo ritenersi tale soltanto quella accordata da una banca, così come è “assicurativa” soltanto quella prestata da una compagnia di assicurazione. Di conseguenza, la qualifica della garanzia come “bancaria” o “assicurativa” deriva dal soggetto che la presta e da quello che ne è beneficiario.

Si può, quindi, argomentare, in senso opposto a quanto fatto nell'Ordinanza, che le fideiussioni concesse da persone fisiche sono ammissibili senza limiti, anche a copertura dell'intero importo del finanziamento assistito dalla Garanzia del Fondo.

Tale conclusione trova conferma nei pronunciamenti dell'Arbitro Bancario e Finanziario (“ABF”).

L'ABF ha affermato con riferimento alle disposizioni dei decreti del Ministero dello sviluppo economico del 26 aprile 2013 e del 23 novembre 2012⁵ relativi alle condizioni di ammissibilità alla Garanzia del Fondo:

“.. i decreti del ministero dello sviluppo economico del 26 aprile 2013 e del 23 novembre 2012, relativi alle condizioni di ammissibilità alla garanzia del fondo di garanzia per le piccole e medie imprese, prevedono che “sulla quota di finanziamento garantita dal Fondo non può essere acquisita alcuna altra garanzia reale, assicurativa e bancaria”. Come questo Arbitro ha già affermato, tale previsione ha la finalità di salvaguardare la ricchezza dell'impresa garantita vietando l'ipoteca e il pegno sui beni della stessa società e il ricorso a garanzie bancarie e assicurative, ma non esclude la prestazione di garanzie fideiussorie da parte di soggetti terzi rispetto alla società, che devono ritenersi valide (Collegio di Milano, decisione n. 23742/2020).”⁶.

La motivazione di tale conclusione è stata così argomentata:

“- non rientrandosi in concreto nel campo del divieto applicativo della possibile raccolta di garanzie personali (fideiussioni o avalli), posto che l'esclusione, da interpretarsi in modo tassativo in quanto norma eccezionale limitativa della libertà negoziale delle parti, riguarda espressamente e soltanto le garanzie reali (pegno o ipoteca) di natura ed origine sia assicurativa che bancaria.”,

“Del resto, è coerente con la ratio normativa il fatto che l'agevolazione pubblicistica degli investimenti delle PMI sia perseguita dal legislatore mediante il divieto di ipoteche su immobili a salvaguardia della ricchezza patrimoniale propria della società garantita ma non attraverso l'esclusione di garanzie personali fideiussorie prestate da soggetti terzi rispetto alla società in quanto persone fisiche.”⁷

⁵ La disposizione di riferimento ha il seguente testo:

“E.3. ISTRUTTORIA DELLE RICHIESTE DI AMMISSIONE E CONCESSIONE DELLA GARANZIA DIRETTA

[..]

12. Sulla quota di finanziamento garantita dal Fondo non può essere acquisita alcuna altra garanzia reale, assicurativa e bancaria. Sulla parte residua del finanziamento possono essere acquisite garanzie reali, assicurative, bancarie, il cui valore cauzionale complessivo, calcolato secondo le percentuali riportate nel paragrafo E.3.16, non superi la quota di finanziamento non coperta dalla garanzia del Fondo.”

Il paragrafo E.3.16 riporta la Tabella con le percentuali per la determinazione del valore cauzionale delle garanzie e fa riferimento a ipoteche, pegno, privilegio, fideiussioni bancarie e fideiussioni assicurative.

⁶ ABF, Collegio di Roma, 19 luglio 2021, n. 17052.

⁷ ABF, Collegio di Milano, 28 dicembre 2020, n. 23742, con riferimento all'art. 3 del decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 26 aprile 2013, con cui sono state introdotte delle

con la conclusione che la:

“.. garanzia fideiussoria prestata da [...] è stata legittimamente assunta ed escussa ..”, per cui “non risulta integrata la fattispecie di nullità virtuale parziale per contrasto con norma imperativa del contratto fideiussorio (ai sensi degli artt. 1418 e 1419 c.c.)...”⁸

E ancora:

“La richiamata disposizione [art. 4.4. delle Disposizioni Operative del Fondo di Garanzia] contempla limitazioni che concernono le “garanzie reali, assicurative e bancarie”, mentre non esclude la possibilità di stipulare garanzie personali rilasciate da soggetti che agiscano al di fuori della loro attività professionale, quali sono le fideiussioni oggetto di contestazione. L’eccezione di nullità dei contratti di fideiussione è dunque, sotto questo profilo, priva di pregio e non merita accoglimento.”⁹

L’ABF ha confermato le suddette conclusioni anche in riferimento alla garanzia personale, aggiuntiva a quella statale, prestata dai soci della società finanziata per un importo corrispondente all’intero importo del finanziamento concesso da una banca ai sensi dell’art. 13, lett. e) del D.L. 8 aprile 2020 n. 23 (“Decreto Liquidità”) e non nei limiti della quota non coperta dalla Garanzia del Fondo. In particolare, nella decisione è evidenziato che: (i) rientra nella libera discrezionalità della banca valutare l’eventuale richiesta di garanzie ulteriori, posto che la presenza della Garanzia del Fondo non implica il venir meno di ogni rischio connesso alla concessione/gestione del finanziamento, (ii) sotto il profilo delle Disposizioni Operative del Fondo di Garanzia non si rinvencono limitazioni alla percentuale di finanziamento per la quale possono essere chieste garanzie personali aggiuntive rispetto alla Garanzia del Fondo¹⁰, (iii) la normativa emergenziale non ha introdotto modifiche strutturali ai processi per l’ottenimento del finanziamento e per ogni altra correlata condizione, compresi i termini di acquisizione delle garanzie¹¹.

3. Il vigente testo delle Disposizioni Operative del Fondo di Garanzia.

L’attuale testo (in vigore del 14.10.2022) delle Disposizioni Operative del Fondo di Garanzia, approvato con Decreto del Ministero dello sviluppo economico del 3 ottobre 2022¹², recita per quanto d’interesse:

“C.4 ALTRE GARANZIE SULLE OPERAZIONI FINANZIARIE

agevolazioni per le startup innovative, che possono attivare la copertura del Fondo di Garanzia gratuitamente, secondo una procedura altamente semplificata, con copertura fino all’80% dell’ammontare del finanziamento, nel caso di garanzia diretta, o l’80% dell’importo garantito da confidi o altro fondo di garanzia, nel caso di controgaranzia (la decisione richiama e trascrive la motivazione della sentenza del Tribunale di Biella, 23 maggio 2018, n. 217).

Nei medesimi termini: Tribunale di Biella, 23 maggio 2018, n. 217, in DeJure Giuffré.

⁸ ABF, Collegio di Milano, 28 dicembre 2020, n. 23742.

⁹ ABF, Collegio di Roma, 21 settembre 2021, n. 20294.

¹⁰ ABF, Collegio di Roma, 23 marzo 2022, n. 5011 che osserva: “[...] l’esercizio del credito deve comunque essere valutato in piena autonomia dall’intermediario alla luce della situazione complessiva del richiedente e delle condizioni patrimoniali, finanziarie ed economiche dallo stesso intermediario, pur tenuta in debito conto la mitigazione del rischio assicurata dall’intervento pubblico.”

In senso analogo: ABF, Collegio di Roma, 23 marzo 2022, n. 5012.

¹¹ ABF, Collegio di Roma, 23 marzo 2022, n. 5012.

¹² Il testo è analogo a quello approvato con il Decreto del Ministero dello sviluppo economico 12 febbraio 2019 e con il Decreto del Ministero dello sviluppo economico del 13 maggio 2021.

1. *Sulle operazioni finanziarie per le quali è richiesta la garanzia è possibile acquisire ulteriori garanzie:*

a) di tipo personale;

b) di tipo reale, fatto salvo quanto previsto al paragrafo C.4.2, assicurativo ovvero bancario esclusivamente sulla quota di finanziamento non coperta dalla garanzia.

2. *Sulle operazioni finanziarie per le quali è richiesta la garanzia non è possibile acquisire pegni su denaro o su valori mobiliari quotati.*

3. *Ai fini del rispetto della condizione di cui al precedente paragrafo C.4.1, lettera b), si tiene conto del valore cauzionale delle garanzie reali, assicurative, bancarie. Tale valore, determinato secondo le percentuali riportate nella seguente tabella, non può superare la quota di finanziamento non coperta dalla garanzia.”*

La formulazione del testo vigente delle Disposizioni Operative del Fondo di Garanzia non genera dubbio sull'ammissibilità di acquisizione, senza alcun limite di importo, delle garanzie personali concesse da persone fisiche a presidio delle obbligazioni derivanti da finanziamento assistito dalla Garanzia del Fondo.

I limiti, infatti, sono espressamente formulati per le garanzie reali e per le garanzie assicurative e bancarie prestate, rispettivamente, direttamente dal soggetto finanziato e da un intermediario assicurativo o bancario nell'interesse di quest'ultimo, che possono essere acquisite esclusivamente sulla quota di finanziamento non coperta dalla Garanzia del Fondo. Il pegno su denaro o valori mobiliari quotati non è acquisibile in alcun caso¹³.

L'ABF ha confermato l'inesistenza di limiti nella vigenza del testo attuale¹⁴ delle Disposizioni Operative del Fondo di Garanzia, rilevando:

*“.. tali disposizioni prevedono chiaramente (nella parte II - modalità d'intervento del fondo e requisiti di ammissibilità. c.4 altre garanzie sulle operazioni finanziarie, al punto 1) che sulle operazioni finanziarie per le quali è richiesta la garanzia è possibile acquisire ulteriori garanzie di tipo personale. Poiché dunque la norma di riferimento è inequivoca nel consentire l'acquisizione di ulteriori garanzie di tipo personale, il Collegio respinge il ricorso.”*¹⁵.

4. Conclusioni.

La clausola delle Disposizioni Operative del Fondo di Garanzia relativa alle garanzie acquisibili in aggiunta alla Garanzia del Fondo, come sopra evidenziato, ha subito mutamenti di formulazione, con adozione, da ultimo, di un testo più esplicito, verosimilmente finalizzato a eliminare i dubbi interpretativi che si erano originati con la precedente versione (*i.e.* quella vigente all'epoca dei fatti esaminati nell'Ordinanza) in punto di eventuali limiti per l'acquisizione delle garanzie personali accordate da persone fisiche, in aggiunta alla Garanzia del Fondo.

¹³ Le Modalità Operative della Garanzia del Fondo a valere sulla sezione speciale di cui all'articolo 56 del Decreto-legge del 17 marzo 2020 n. 18, approvate con il Decreto del Ministero dello sviluppo economico del 13 maggio 2021, prevedono al Punto F che: *“La garanzia è altresì cumulabile, sulla stessa operazione finanziaria, con altre garanzie private.”*

¹⁴ In particolare, quelle approvate con il Decreto del Ministero dello sviluppo economico 12 febbraio 2019.

¹⁵ ABF, Collegio di Palermo, 3 maggio 2022, n. 6880.

I testi che si sono susseguiti, peraltro, non hanno determinato un mutamento sostanziale di disciplina, rimasta sostanzialmente invariata, se si considera la migliore interpretazione formatasi nella vigenza del testo previgente (*i.e.* quello in vigore all'epoca dei fatti esaminati nell'Ordinanza), ragione per cui è da ritenere che non vi sono stati, e non vi sono al momento, limiti all'acquisizione di garanzie personali concesse da soggetti terzi. Invece, i limiti vi sono stati, e ancora vi sono, soltanto per le garanzie reali accordate dal soggetto finanziato e per le garanzie prestate da banche o assicurazioni a fronte di richiesta del soggetto finanziato e nel suo interesse in favore della banca finanziatrice. La *ratio* del divieto di acquisizione di garanzie reali concesse direttamente dal soggetto finanziato o di quelle prestate da un intermediario nel suo interesse risiede nella finalità della legge che presidia interessi di natura pubblicistica relativi allo sviluppo e promozione della cooperazione delle PMI, incentivate nella loro attività mediante la garanzia sostitutiva del Fondo.

In conclusione, la dichiarazione di parziale nullità della fideiussione disposta dall'Ordinanza risulta non allineata, per le ragioni esposte, con la *ratio* e la valenza della norma di riferimento vigente all'epoca del fatto oggetto di causa e non conforme rispetto alle interpretazioni che ne hanno dato altri giudici di merito e dell'ABF. Non risulta, a maggiore ragione, coerente rispetto all'attuale formulazione della norma delle Disposizioni Operative del Fondo di Garanzia (*cf.* par. 3).

***Attivismo dei fondi di investimento e impatto
sulla Corporate Governance: il ruolo di incentivo
all'engagement e stewardship della disciplina
europea sulla trasparenza degli emittenti quotati e
investitori istituzionali****

di Alessio BUONTEMPO**

This paper, after introducing the theme of the institutionalisation of the ownership of listed companies, gives an explanation of the different way of participating in companies by certain types of institutional investors, especially investment funds, focusing attention first on the characteristics of shareholder activism and the opposite way of participating passively called "rational apathy", then moving on to consider the European legislator's openness to the phenomenon of activism with the latest Shareholder Rights Directive, which wrote a significant part of the directive on the transparency of institutional investors, but giving it a different ratio than in the past.

Dicembre 2022

* Contributo approvato dai *referee*. Il testo rappresenta un estratto della tesi di laurea in Giurisprudenza dell'Autore, dal titolo "Attivismo dei fondi di investimento e Corporate Governance: una analisi comparatistica tra Italia e Stati Uniti", Relatore Prof. Avv. Vincenzo M. Cariello, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, A.A. 2021/2022.

** Praticante Avvocato.

Abstract

The article, after introducing the theme of the institutionalisation of the ownership of listed companies, gives an explanation of the different way of participating in companies by certain types of institutional investors, especially investment funds, focusing attention first on the characteristics of shareholder activism and the opposite way of participating passively called "rational apathy", then moving on to consider the European legislator's openness to the phenomenon of activism with the latest Shareholder Rights Directive, which wrote a significant part of the directive on the transparency of institutional investors, but giving it a different ratio than in the past.

L'articolo dopo aver introdotto il tema della istituzionalizzazione degli assetti proprietari di società quotate, da una spiegazione del diverso modo di partecipare all'interno delle società ad opera di alcune tipologie di investitori istituzionali, in particolare fondi di investimento, concentrando l'attenzione prima sui caratteri dell'attivismo e dell'opposto modo di partecipare passivamente denominato "apatia razionale", passando poi a considerare l'apertura del legislatore europeo rispetto al fenomeno dell'attivismo con l'ultima Shareholder Rights Directive che ha redatto una rilevante parte della Direttiva sulla trasparenza degli investitori istituzionali, ma attribuendole una ratio differente rispetto al passato.

Attivismo dei fondi di investimento e impatto sulla *Corporate Governance*: il ruolo di incentivo all'*engagement* e *stewardship* della disciplina europea sulla trasparenza degli emittenti quotati e investitori istituzionali.

SOMMARIO: 1. Istituzionalizzazione degli assetti proprietari: uno sviluppo del fenomeno dell'attivismo dei fondi di investimento. - 2. La disciplina della trasparenza degli investitori istituzionali: conseguenze sull'attivismo. - 3. Incidenza dell'esperienza statunitense in materia di *disclosure* sulla disciplina dell'Unione Europea: le Direttive "*Shareholder Rights*" e "*Transparency*", i caratteri dell'attuale disciplina italiana. - 4. Analisi delle disposizioni rilevanti sulla trasparenza degli emittenti quotati e degli Investitori istituzionali. - 4.1. La disciplina sulla trasparenza degli assetti proprietari. - 4.2. Obbligo di comunicazione delle partecipazioni rilevanti: un confronto con la *Section 13(d)* e *Section 13(g)* del *Security Exchange Act*. - 4.3. La trasparenza sulle intenzioni ai sensi dell'art.120 co.4-bis T.U.F e *Section 13(d)* del *Securities Exchange Act*: un uso del diritto comparato in funzione normativa ad opera del legislatore italiano. - 4.4. Esenzione per i fondi comuni dalla comunicazione della prima soglia di rilevanza *ex art.120 T.u.f.* - 4.5. Una disciplina ad hoc per la trasparenza degli investitori istituzionali: quale la ratio? - 4.6. Comunicazione al pubblico delle politiche di *engagement*, della strategia di investimento e accordi con gestori di attivi e trasparenza dei gestori di attivi. - 5. Conclusioni: la trasparenza è funzionale o di ostacolo allo *shareholder activism*?

1. Istituzionalizzazione degli assetti proprietari: uno sviluppo del fenomeno dell'attivismo dei fondi di investimento.

Da tempo centrale nel dibattito internazionale è il fenomeno della c.d. "istituzionalizzazione" degli assetti proprietari di società quotate su mercati regolamentati, ovvero la concentrazione di blocchi azionari di società nelle mani non dei tradizionali azionisti ma di investitori istituzionali che esercitano professionalmente¹, e dunque in maniera sistematica e cumulativa, l'attività di investimento tramite ingenti risorse finanziarie affidategli da terzi, e la cui presenza contribuisce positivamente alla efficienza del mercato dei capitali e alla creazione di valore per le società². Intendendo in prima battuta gli investitori istituzionali *lato sensu*

¹ In particolare l'attenzione nell'ultimo decennio è posta sulla necessità di promuovere strategie a lungo termine in cui gli investitori istituzionali dovrebbero impegnarsi per garantire una maggiore stabilità dell'emittente e migliori prestazioni, si veda così, MONTALENTI, " *Mercati finanziari, investitori istituzionali e società quotate. Analisi e proposte*", in Rivista delle Società, 2015, p. 958, "*A livello internazionale emerge l'interesse a valorizzare le strategie long term degli investitori istituzionali, a rafforzare i diritti degli azionisti, a favorire forme di rapporto più diretto e attivo tra investitori istituzionali e management delle società quotate*", "*Si fa strada il convincimento che il tema del ruolo delle minoranze azionarie qualificate in tema di corporate governance abbia assunto dimensioni e declinazioni innovative rispetto al passato*".

² Così GLOSSNER, MATOS, RAMELLI, ALEXANDER, "*Do Institutional Investors Stabilize Equity Markets in Crisis Periods? Evidence from Covid-19*", in ECGI *Working Paper Series in Finance*, 2021, p.1, in tale contributo si conferma la rilevanza attribuita agli investitori istituzionali nei mercati finanziari, cercando

coloro che non rientrano nelle categorie dei soci imprenditori e soci risparmiatori, ma imprese assicurative, società bancarie, fondi comuni di investimento, fondi pensione, fondi sovrani. Tale fenomeno ha catturato l'attenzione della dottrina americana a partire dagli anni '70 del secolo scorso ove negli Stati Uniti si è assistito ad un incremento esponenziale delle quote di capitale detenute all'interno di società quotate da parte di investitori istituzionali³, i quali differiscono in diversi modi rispetto ai tradizionali investitori privati, una delle principali differenze è quella di investire il denaro messo a disposizione da altri soggetti⁴. Si comprende che la struttura delle società in cui operano gli investitori istituzionali si presenta maggiormente complessa, tradizionalmente colui che mette a disposizione il denaro da investire in una società è il *principal* e colui che designa per la gestione tramite nomina è l'*agent*, diversamente l'investitore istituzionale si trova ad essere contemporaneamente *agent* - in quanto gestore del denaro messo a disposizione da terzi - e *principal* - in quanto azionista nelle società in cui hanno investito il denaro messo a disposizione. Con l'espandersi di tale fenomeno a partire dagli Stati Uniti negli anni 70 del secolo scorso il legislatore americano si pose l'obiettivo di emanare delle disposizioni sulla *disclosure* di informazioni sulla operatività degli investitori istituzionali a protezione di dei clienti che entrassero in contatto con questi ultimi, in modo da evitare che potessero utilizzare il denaro messo a disposizione in modo poco trasparente, senza dar conto delle scelte di investimento eseguite, dandogli soprattutto l'opportunità di vagliare la correttezza delle decisioni dei gestori rispetto al regolamento del fondo e quanto con loro stipulato.

di dimostrare, inoltre, l'importanza del ruolo svolto all'interno delle società partecipate anche in periodi di crisi, come quella che ha recentemente colpito tutto il mondo a seguito della pandemia da COVID-19: *"institutional investors are widely considered to be sophisticated money managers. In normal times, their presence positively contributes to stock market efficiency and corporate value creation"*.

³ Così, CHIAPPETTA, *"Diritto del governo societario"*, Milano, 2020, p.23, l'autore definisce gli investitori istituzionali nell'ambito della rappresentazione di quello che è stato fino ad oggi il processo di evoluzione del modello di società di capitali, evidenzia che la necessità di finanziarie iniziative imprenditoriali di grandi dimensioni attraverso il ricorso al mercato di capitali ha determinato l'evolversi delle società per azioni verso forme di azionariato diffuso, cioè l'appello al pubblico risparmio, ma con l'emergere di una diversificazione di interessi nella società con la contrapposizione di due categorie di soci: gli azionisti imprenditori, che sono attivamente interessati alla gestione e a prospettive di medio-lungo periodo, e azionisti risparmiatori, disinteressati alla vita della società e legati a politiche di breve periodo; in merito a quest'ultima affermazione si illustrerà nei prossimi capitoli quanto sia in realtà inesatta e meritevole delle dovute precisazioni; generalizzante è anche quanto affermato da, CAMPOBASSO, *"La tutela delle minoranze nelle società quotate: dall'eterotutela alla società per azioni orizzontale"*, in Banca Borsa Titoli di Credito, 2015, p. 140, in particolare *"In breve, nelle società quotate esistono due tipologie di azionisti: da una parte, i c.d. azionisti imprenditori (di maggioranza o di minoranza), che partecipano attivamente alla vita della società. Dall'altra, i c.d. soci risparmiatori o soci investitori, assenteisti ed esclusivamente interessati conseguire un rendimento dal capitale investito; del resto costoro sono individualmente titolari di investimenti di importo limitato che rendono del tutto diseconomico sopportare i costi di esercizio dei diritti sociali: il loro è un atteggiamento di "apatia razionale", sembra si ignorino le caratteristiche che possono avere i diversi investitori rientranti nelle categorie indicati, e in più si fa un uso inesatto di "partecipazione attiva"*.

⁴ Così DASGUPTA, FOS, SAUNTER, *"Institutional investors and Corporate Governance"*, in ECGI Working Paper Series in Finance, 2021, p.5, *"Institutional investors are different from the standard blockholders of the classical corporate governance literature in a number of ways. They are large than most private investors, often subject of extensive regulations, and they differ from private blockholders because they invest other people's money"*.

Sin da quegli anni la dottrina prese cognizione della diversità nell'operare degli investitori istituzionali rispetto agli investitori tradizionali piccoli risparmiatori, ravvisando un maggiore interesse per la partecipazione all'interno degli emittenti, per l'esercizio dei diritti sociali, il pressing degli amministratori mediante dialoghi formali e informali, il tutto diretto ad ottenere le migliori *performance* possibili della società e, quindi, migliori risultati per i clienti degli investitori professionali. Seppur in una forma embrionale, questa modalità di operare è chiamata *shareholder activism*, che si contrappone al passivismo degli azionisti tradizionali delle *public companies* - anche detto *rational apathy* - dovuto normalmente alla mancanza di quelle condizioni economiche e giuridiche necessarie per incentivare gli stessi ad una partecipazione attiva all'interno della società partecipata. Per condizioni economiche si fa riferimento alla misura della partecipazione, che nel caso di *public company* può trattarsi anche di una partecipazione infinitesimale tale da rendere ogni intervento ad opera dell'azionista ineffettivo, disincentivando la partecipazione alle assemblee e l'esercizio dei diritti sociali in quanto potrebbero generare dei costi in grado di superare i ricavi sperati. Con riferimento, invece, alle condizioni giuridiche si intende la presenza o meno di un quadro giuridico che incentivi l'impegno a partecipare alle assemblee ad opera delle minoranze, e soprattutto l'esercizio dei diritti e prerogative sociali di questi ultimi.

L'assenza di queste condizioni ha normalmente impattato negativamente sul ruolo degli azionisti tradizionali di minoranza negli emittenti quotati, con la conseguenza che i legislatori, in particolare quello europeo con l'ultima Direttiva *Shareholder Rights* (n. 828/2017), hanno dato maggior attenzione alla partecipazione di investitori istituzionali anche di minoranza, i quali seppur con quote non elevate sono incentivati a partecipati attivamente al fine di ottenere risultati ottimali per i clienti.

È opportuno però non confondere i casi in cui un atteggiamento passivo rispetto alla partecipazione nella società sia dovuto alla mancanza delle condizioni suddette e l'ipotesi, che ad oggi sta vivendo una profonda espansione, della adozione di strategie passive, in particolare di *indexing*. Di fatto si assiste oggi alla forte diffusione di fondi indicizzati nella forma di *index fund*⁵ e *exchange traded fund* che basano la propria attività nella mera replica di un indice di riferimento, senza eseguire continue operazioni di acquisto e vendita in modo da limitare il più possibile il formarsi di costi di commissione.

Allo stesso modo lo *shareholder activism* può assumere due diverse forme: una forma strategica normalmente adottata *ex ante* da una sofisticata tipologia di fondi di

⁵ HEATH, MACCIOCCHI, MICHAELY, RINGGENBERG, "Do Index Funds Monitor?", in ECGI Finance Working Paper, 2021, i quali nell'*abstract* fanno presente che, "Passively managed index funds now hold over 30% of U.S. equity fund assets; this shift raises fundamental questions about monitoring and governance. We show that, relative to active funds, index funds are less effective monitors: (a) they are less likely to vote against firm management on contentious governance issues; (b) there is no evidence they engage effectively publicly or privately; and (c) they promote less board independence and worse pay performance sensitivity at their portfolio companies. Overall, the rise of index funds decreases the alignment of incentives between beneficial owners and firm management and shifts control from investors to managers". Gli autori, pur ritenendo che questi dovrebbero monitorare le società partecipate in considerazione del fatto che i fondi passivi sono oggi i maggiori azionisti delle società americane, riconoscono il fatto che hanno incentivi diversi rispetto ad un fondo attivo, il che porta con se la fondamentale domande se questi incidono sulla *governance* delle società partecipate e di conseguenza se vi è la formazione di costi di agenzia tra i beneficiari effettivi del fondo e i gestori.

investimento, ossia gli *hedge fund* i quali con la assunzione di tecniche di *stock picking* individuano, selezionano e investono in società sottostimate ma con un elevato potenziale destinato ad essere valorizzato al fine di ricavare un *surplus* dalla successiva vendita delle azioni acquistate “in sconto”. La valorizzazione del potenziale dell'emittente avviene incidendo sugli elementi che impattano negativamente sulle *performance*, così si agisce per la revoca e sostituzione degli amministratori o del CEO nelle ipotesi in cui siano in possesso di una partecipazione idonea a tale scopo o tramite patti parasociali con altri azionisti, altrimenti con un forte *pressing* sugli amministratori, minaccia di *exit*, esercizio delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori e, dunque, tutte le tecniche formali o informali dirette ad ottenere dei mutamenti nella *governance* e nei risultati economici della società. Diverso è lo *shareholder activism* esercitato da investitori tradizionali, il quale sarà soltanto eventuale ossia *ex post* e “difensivo”, in quanto questa tipologia di investitori investe in società sane che in un secondo momento possono presentare delle problematiche tali da mettere a rischio il capitale investito in esse dagli azionisti, sicché questi ultimi saranno incentivati ad intervenire attivamente abbandonando l'atteggiamento di *rational apathy* in modo da proteggere il proprio investimento. Ciò avviene tramite la partecipazione in assemblea, la presentazione di domande in essa, l'integrazione dell'ordine del giorno, l'esercizio del diritto di voto, il dialogo formale o informale degli amministratori, e quindi anche in questo caso tramite tutte le tecniche volte ad ottenere la risoluzione delle problematiche che impattano sul valore della società.

Dal punto di vista normativo è all'uopo considerare che ad oggi non vi è né una definizione né un riferimento esplicito allo *shareholder activism* in alcuna normativa in qualsiasi parte del mondo, né a livello dottrinale ne sia stata data una definizione universalmente condivisa. Solo di recente con la *Shareholder Rights Directive II* si può notare una timida apertura del legislatore europeo rispetto a tale fenomeno, ove piuttosto si fa riferimento a due termini principali *engagement* e *stewardship*, cioè ove si richiede un maggiore impegno partecipativo degli investitori istituzionali all'interno delle società e un monitoraggio dell'operato degli amministratori, esplicitivo è il considerando numero 15 ove si afferma che “*Gli investitori istituzionali e i gestori di attivi sono spesso azionisti importanti delle società quotate dell'Unione e di conseguenza possono svolgere un ruolo di rilievo nel governo societario di queste ultime, ma anche, più in generale, per quanto riguarda la loro strategia e i loro risultati a lungo termine. Tuttavia, l'esperienza degli ultimi anni ha dimostrato che spesso gli investitori istituzionali e i gestori di attivi non si impegnano nelle società di cui detengono le azioni e che i mercati dei capitali esercitano sovente pressioni sulle società per ottenere risultati a breve termine, il che può mettere a repentaglio i risultati finanziari e non finanziari a lungo termine delle società e può condurre, tra le varie conseguenze negative, a un livello non ottimale di investimenti, per esempio nel settore della ricerca e sviluppo, a scapito dei risultati a lungo termine sia per le società che per gli investitori*”; alla luce di ciò il legislatore europeo riconosce l'importanza della presenza di investitori istituzionali⁶ all'interno del capitale delle società soprattutto per

⁶ Il legislatore europeo scinde la categoria degli investitori istituzionali con l'ulteriore categoria dei gestori di attivi, ove nella prima vi rientrano le imprese di assicurazione, riassicurazione e i fondi pensione e nella seconda vi rientrano le SGR, SICAV e SICAF, si tratta di una mera precisazione terminologica al fine di poter formulare al meglio le disposizioni di cui agli artt. 124-sexies ss. sugli accordi tra i soggetti rientranti nella prima e seconda categoria.

il contributo positivo che questi possono apportare in termini di *governance* e dei conseguenti risultati economici, ritenendo opportuno incentivare la loro attività.

Diversamente dal legislatore americano che negli ultimi anni del secolo scorso adottò una prima forma di *mandatory voting disclosure*, e quindi prime disposizioni sulla trasparenza degli investitori istituzionali dirette a conoscere le loro strategie e comportamenti di voto con il preciso obiettivo di protezione dei clienti da comportamenti opportunistici dei gestori dei fondi e l'esercizio poco trasparente del voto nelle partecipate, il legislatore europeo con la Direttiva suddetta si pone due ulteriori e diversi obiettivi da perseguire mediante la disciplina sulla trasparenza degli investitori istituzionali e delle società quotate: quello della trasparenza come funzionale ad ottenere un efficiente mercato delle azioni, in quanto non essendo le azioni un valore statico, ma piuttosto dinamico, risente della quantità e qualità di informazioni presenti sul mercato incidendo al rialzo o al ribasso sul valore delle stesse⁷; e in secondo luogo la trasparenza quale meccanismo diretto ad ottenere un impegno attivo degli investitori nella partecipazione, sulla base della presunzione per cui le informazioni rese disponibili tramite norma di *disclosure* rendono conoscibili una serie di elementi in grado di generare scelte consapevoli di investimento e disinvestimento, e di incentivare ad attivarsi per far fronte a problematiche ricavabili e conoscibili solo tramite l'informazione stessa.

Si procederà ad una analisi delle disposizioni rilevanti correlate al fenomeno in esame, anticipando che il legislatore europeo nonostante abbia aderito a quell'orientamento dottrinale che considera tale tipo di disposizioni come in grado di incentivare lo *shareholder activism* - in contrasto con il contrapposto orientamento che ritiene che le disposizioni in questione siano capaci di generare un effetto opposto a quello informativo, ossia un sovraccarico informativo tale da offuscare le informazioni rilevanti sul mercato - si ritiene che ad oggi non sia riuscito a perseguire completamente il suo obiettivo, al massimo quello di incentivo ad un attivismo *ex post* e difensivo derivante dalla mera conoscenza di informazioni rilevanti sull'andamento della società e sugli assetti di *governance*.

2. La disciplina della trasparenza degli investitori istituzionali: conseguenze sull'attivismo.

Storicamente può dirsi che la previsione di discipline che individuino diversi obblighi di trasparenza (c.d. *disclosure*), in materia di società quotate e gestori del risparmio, sono dettate dalla necessità di assicurare un mercato efficiente delle azioni quotate e un miglioramento della *corporate governance* dell'emittente. Nel tempo, soprattutto negli ultimi decenni, sono aumentati gli obblighi di trasparenza in capo ai soci di società quotate e società stesse, e dunque i doveri nei confronti della società e verso l'esterno; a prima vista sembrerebbe che previsioni di questo tipo possano essere considerate come portatrici di effetti esclusivamente positivi, in realtà si vedrà che non vi è una

⁷ Sul valore dell'informazione nelle società quotate in questo senso e sull'utilizzo del termine "statico" per indicare al contrario che l'oscillazione del valore dei titoli dipende dalla informazione si veda, GILOTTA, "Trasparenza e riservatezza nella società quotata", in Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 2012, p. 95, quale appunto afferma che "al contrario, è una grandezza dinamica che varia al sopraggiungere di tutti i fatti nuovi che influenzano in vario modo l'attività d'impresa e la sua capacità di produrre ricchezza".

assoluta convergenza di tesi sugli effetti per gli emittenti derivanti dall'imposizione di obblighi di *disclosure* nell'ambito delle società quotate.

Al crescere di questo tipo di disposizioni la dottrina è andata sempre di più domandandosi quale fosse la *ratio* e quali ne fossero le conseguenze⁸ derivanti dall'adempimento di queste previsioni, creandosi delle opinioni opposte, cioè tra chi, come poco sopra accennato, sostiene che la diffusione di tutte queste informazioni non abbia alcuna utilità se non quella di appesantire il carico informativo sul mercato, con la ulteriore conseguenza rappresentata dalla sproporzionata disparità di trattamento tra investitori tradizionali (o comuni) non tenuti al supplemento di informazioni diversamente previste per gli investitori istituzionali⁹. La tesi opposta ritiene questo tipo di disciplina non solo idonea a tenere al riparo i clienti - verosimilmente soggetti non dotati di particolari conoscenze in ambito finanziario - dai gestori che potrebbero agire nel proprio interesse, quindi richiedendo in prima istanza tali informazioni sia per consentire ai clienti del fondo di monitorare i gestori sia ai potenziali clienti di scegliere con consapevolezza l'investitore professionale a cui affidare i propri risparmi; ma in secondo luogo viene ritenuta idonea anche al fine di fungere da stimolo all'abbandono di un atteggiamento passivo nei confronti della partecipata, impegnandosi nel monitoraggio e partecipazione alle attività sociali dando vita a comportamenti maggiormente attivi al fine di ottenere migliori risultati in termini di organizzazione ma anche economici, anche solo esercitando i diritti sociali, soprattutto quelli di *voice* per cui il presupposto assunto è quello di una adeguata informazione imposta dalle norme di trasparenza.

È questo secondo punto che interessa, ovvero sia l'impatto delle disposizioni sulla trasparenza sul comportamento degli investitori istituzionali, se queste siano davvero in grado di incentivarli ad assumere comportamenti che sfociano nello *shareholder activism* o se diversamente proprio la diffusione di questo elevato numero di informazioni, soprattutto per particolari tipologie di investitori istituzionali, li scoraggi dall'assumere tali comportamenti perché ad esempio diffondere le politiche di investimento o di voto neutralizza il possibile vantaggio che ne sarebbe derivato in assenza di un obbligo in tal senso. Per questi motivi anche su tale punto dell'incentivo o dello scoraggiamento nell'operare dell'investitore istituzionale derivante da una maggiore regolamentazione non vi è una convergenza di pensieri in dottrina.¹⁰

⁸ Si pensi che prima della emanazione delle due direttive *SHRD I* e *II* rispettivamente del 2007 e 2017 la regolamentazione in materia era lasciata al legislatore degli Stati membri, oggi invece si assiste ad una sempre maggiore armonizzazione con le discipline emanate dal legislatore europeo che prevede sempre nuovi obblighi in materia di trasparenza.

⁹ ALVARO, ANNUNZIATA, *op. cit.*, p. 22, che commentando la disciplina europea ma con preciso riguardo ai fondi ritengono addirittura che "si tratta essenzialmente di una impostazione che tende a prevenire le situazioni di conflitto di interesse facendo perno sugli assetti procedurali ed organizzativi interni alle Sgr piuttosto che sulle regole di trasparenza nei confronti degli investitori". Ritenendo quindi non che sia di poca utilità ma che sia funzionale a qualcosa differente dalla trasparenza.

¹⁰ Un autore che considera eccessive le disposizioni di questo tipo è ROCK, "Institutional Investors in Corporate Governance", Faculty Scholarship at Penn Law, 2015, p. 25, "While regulation clearly changes behavior it failed to achieve its core goal, namely, transforming mutual funds into shareholders' champions that assume a role in corporate governance commensurate with their shareholdings. Indeed, in an example of the law of unintended consequences, the effects of the effort may well be negative on the core measure of firm value". Con precisione si fa riferimento

Il legislatore europeo ha fondato parti importanti della disciplina della *Shareholder Directive II* sulla idea di trasparenza come funzionale ad incentivare in particolare il monitoraggio sulla società e ad assumere scelte in modo più informato, anche se della disciplina europea si tratterà più avanti si tenga conto in prima istanza ad esempio al considerando numero 4 alla Direttiva in questione che nella prima parte prevede che “*le azioni di società quotate sono spesso detenute attraverso complesse catene di intermediazione che rendono più difficoltoso l'esercizio dei diritti degli azionisti e possono ostacolare il loro impegno*” e poi che “*gli intermediari dovrebbero essere tenuti, su richiesta della società, a comunicare alla società le informazioni riguardanti l'identità degli azionisti*”¹¹.

Da questo ed altri considerando¹², che verranno successivamente esaminati, si desume il valore preponderante che il legislatore europeo - che ha appesantito il carico informativo negli Stati membri - da al flusso informativo, cioè un valore assolutamente positivo e decisivo in quanto - come si può leggere - la sua assenza o insufficienza renderebbe particolarmente difficoltoso l'esercizio dei diritti sociali e sarebbe di ostacolo all'impegno nei confronti dell'emittente, ciò in quanto trasparenza e informazione societaria rappresenterebbero una forma di tutela indiretta dell'investitore sotto il profilo del corretto funzionamento delle società quotate, e così l'efficienza e trasparenza del mercato di controllo e del mercato dei capitali.

Non diversamente si è comportato il legislatore nordamericano il quale nel tempo ha dettato sempre maggiori disposizioni di trasparenza, in particolare disposizioni in materia di trasparenza degli assetti proprietari e politiche di voto con il precipuo obiettivo di garantire una adeguata informazione del mercato, e di fatto alcuni autorevoli esponenti della dottrina americana ne sostengono la positività della *disclosure* ritenendo che si tratti di uno dei modi con cui la legge influisce sugli incentivi ad una buona *governance*¹³; ma al tempo stesso altri ritengono che alcune disposizioni, come quelle previste in apposite sezioni del *Securities Exchange Act*, impongano restrizioni alla capacità di governare degli investitori e che questi obblighi degli investitori istituzionali di dichiarare ex ante le loro intenzioni possano anche portare ad azioni legali con i

all'esperienza americana degli ultimi decenni che con modifiche normative ha spinto in particolare sui doveri e sugli obblighi di *disclosure*

¹¹ Per completezza si riporta l'intero testo del considerando numero 4: “*le azioni di società quotate sono spesso detenute attraverso complesse catene di intermediazione che rendono più difficoltoso l'esercizio dei diritti degli azionisti e possono ostacolare il loro impegno. Sovente le società non sono in grado di identificare i loro azionisti. L'identificazione degli azionisti è una condizione preliminare per la comunicazione diretta tra gli azionisti e la società e pertanto è essenziale per facilitare l'esercizio dei diritti degli azionisti e l'impegno degli stessi. Ciò è importante soprattutto nelle situazioni transfrontaliere e in caso di utilizzo di mezzi elettronici. Di conseguenza le società quotate dovrebbero avere il diritto di conoscere l'identità dei propri azionisti in modo da poter comunicare con loro direttamente. Gli intermediari dovrebbero essere tenuti, su richiesta della società, a comunicare alla società le informazioni riguardanti l'identità degli azionisti. Gli Stati membri, tuttavia, dovrebbero poter prevedere l'esenzione dal requisito dell'identificazione per quegli azionisti che detengono solo un numero ridotto di azioni*”.

¹² Rilevanti sono anche i considerando 16 e 17 sulla trasparenza delle politiche di investimento degli investitori istituzionali e gestori di attivi.

¹³ In questo senso infatti ROCK, “*Institutional Investors in Corporate Governance*”, *Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*, Oxford, 2018, in particolare ritenendo che la legge “*affects governance incentives of investment companies is via the requirements for the transparent and unconflicted use of voice*”.

managers per motivi di occultamento delle reali intenzioni¹⁴. Come si può capire, la tesi che riconosce in modo assoluto l'utilità della trasparenza - con riguardo ai vari aspetti che a breve si esamineranno - quale incentivo allo *shareholder activism* non è affatto pacifica, lo scopo di queste pagine sarà quindi quello, e non solo, di esaminare le disposizioni in materia e comprendere se, in effetti, la *ratio* sia quella appunto quella di incentivare gli investitori istituzionali ad abbandonare quel comportamento passivo sempre maggiore nella prassi, a favore di una operatività nei confronti delle partecipate improntata al monitoraggio delle stesse e anche ad una superiore partecipazione alla vita sociale e all'esercizio dei diritti sociali; se così fosse di conseguenza bisognerebbe comprendere se in effetti l'effetto delle disposizioni sia stato quello auspicato - cioè quello di incentivo - o se come parte della dottrina sostiene, l'effetto sia quello opposto per cui un carico così importante di informazioni scoraggia gli investitori istituzionali ad impegnarsi nelle società partecipate mantenendo un atteggiamento meramente passivo, limitando anche i costi derivanti dal monitoraggio e l'esercizio dei diritti sociali, attendendo i risultati, che siano frutto dell'impegno profuso ed economicamente sostenuto da altri o che eventuali problematiche siano da altre risolte.

3. Incidenza dell'esperienza statunitense in materia di *disclosure* sulla disciplina dell'Unione Europea: le Direttive “*Shareholder Rights*” e “*Transparency*”, i caratteri dell'attuale disciplina italiana.

L'impostazione di questo paragrafo è quella di provare a dare conto come, ancora una volta, la presenza di una disciplina maggiormente all'avanguardia nel sistema nordamericano - nel senso di disciplinare fattispecie non disciplinate in altri ordinamenti in una certa epoca - abbia negli anni influito sulla emanazione in altri ordinamenti, o meglio nello spazio europeo, di discipline in materia di trasparenza che ne seguono i caratteri o ne prendono spunto, ma con il necessario accorgimento che proprio l'osservazione da parte del legislatore - che con riferimento all'ordinamento italiano sarà in particolare il legislatore europeo - alla disciplina di altri ordinamenti può avere come esito non solo l'emanazione di una disciplina, come detto, omogenea o che ne segua particolarmente i caratteri, ma anche l'emanazione di una disciplina con caratteri in tutto diversi o solo in parte; ciò accade quando il legislatore che debba apportare delle novità o modifiche normative nel proprio ordinamento guarda alle disposizioni altrove vigenti al fine di conoscere il modo di atteggiarsi di una certa disciplina, non prevista nel proprio ordinamento o diversamente regolata, e ritenga che il diverso ordinamento nazionale osservato (o meglio la determinata) disciplina non condivida la medesima esperienza storico-giuridica ed economica, i medesimi principi generali dell'ordinamento o i principi della materia stessa di quello d'origine, ed è ciò

¹⁴ Di questa opinione DASGUPTA, FOS, SAUTNER, “*Institutional Investors and Corporate Governance*”, in ECGI Finance Working Paper, 2021, p. 23, “*the group filing requirement increases legal risks, because there may be scope to question whether some investors who acted similarly ex post (perhaps for independent reasons) had agreed informally to act together ex ante. In fact, Black alleges that 13D regulations are sometimes more restrictive than even the pre-1992 proxy solicitation rules – when shareholders could at most approach ten other shareholders to coordinate – when it comes to the exercise of voice*”.

che già nel primo capitolo si è denominato uso non normativo del diritto comparato¹⁵ o anche di comparazione¹⁶ in funzione (non) normativa che si contrappone all'uso normativo, in quanto in quest'ultimo caso il legislatore emanerà una disciplina dal carattere omogeneo rispetto a quella osservata perché ritiene di condividere la *ratio* in quanto ne condivide i principi ed è conforme all'ordinamento d'appartenenza; nel primo caso invece il legislatore è proprio tramite quella osservazione che svilupperà un diverso punto di vista e una diversa disciplina. Poi bisogna fare bene attenzione a ciò che fa il legislatore italiano rispetto alle disposizioni europee, in quanto si tratta di un mero recepimento delle stesse (nel caso di direttive) o adeguamento delle discipline già vigenti (nel caso di regolamenti) che è chiaramente qualcosa di diverso rispetto al metodo comparatistico utilizzato del legislatore, proprio per questo l'attenzione in questa materia è riposta in via quasi esclusiva all'opera del legislatore europeo rispetto alla esperienza americana, in quanto gli Stati membri non dispongono di grandi margini di manovra, ma ci sarà comunque una analisi delle disposizioni di cui al testo unico finanziario che rappresentano l'esito del processo legislativo (e comparatistico).

Secondo alcuni importanti studi in alcuni casi la motivazione della emanazione di una nuova disciplina in materia di mercati finanziari, e soprattutto in materia di trasparenza e circolazione delle informazioni, e quella del reagire ad alcuni scandali finanziari di particolare importanza verificatisi in quel periodo temporale che per la rilevanza sociale richiedono un intervento pubblico volto ad evitare un reiterarsi della situazione¹⁷. Alcuni scandali finanziari negli Stati Uniti, come esempi rilevanti lo scandalo Enron e in generale la Crisi finanziaria del 2008, hanno indotto all'indomani del loro verificarsi, politici e autorità di regolamentazione dei mercati alla emanazione e modifica delle disposizioni in materia di *disclosure* e rendicontazione; fondamentali testi normativi nell'ambito della divulgazione di informazioni sono il *Securities Act del 1933* e il *Securities Exchange Act of 1934*, integrati poi nel 2000 dalla *Regulation Fair Disclosure* la cui intenzione era appunto quella di aumentare la fiducia degli investitori nell'integrità e nell'equità dei mercati dei capitali statunitensi mirando alla distribuzione delle informazioni e quindi al grado di asimmetria informativa tra gli investitori, e il *Sarbanes-Oxley Act* del 2002 in risposta agli scandali di quegli anni che ha costituito il Public Company Accounting Oversight Board per supervisionare e regolamentare la revisione contabile. Questi ultimi due provvedimenti riguardano un ambito in parte diverso a quello che sarà trattato in questa sede - ove ci si concentrerà di più sui primi due testi normativi in cui possiamo trovare ad esempio gli obblighi di trasparenza sugli assetti

¹⁵ Si fa riferimento qui esclusivamente alla comparazione nell'ambito del diritto societario di diversi ordinamenti nazionali e con specifico riguardo qui alle regole sulla trasparenza delle società e dei soci.

¹⁶ Comparazione intesa quale metodo universale di comprensione e di conoscenza che si candida a risultare quale universale delle interpretazioni normative, in questo senso, CARIELLO, "Comparazioni e interpretazione", Torino, 2020, pp.1 e ss.

¹⁷ Si veda così lo studio diretto da COFFEE JR, "A theory of corporate scandals: why the USA and Europe differ", in Oxford Review of Economic Policy, vol. 21, n. 2, 2005, il quale pone attenzione alle differenti conseguenze di questi eventi tra Europa e Stati Uniti in particolare differenziando quei sistemi ove la proprietà delle società risulta particolarmente dispersa, ma con un mercato mobiliare forte, standard di divulgazione rigorosi ed elevata trasparenza del mercato, e in secondo luogo quei sistemi con una proprietà fortemente concentrata, cioè in particolare in Europa, con la presenza di *blockholders*, mercato mobiliare più debole, elevati vantaggi privati, e standard di trasparenza meno elevati.

proprietari - ma era necessario per comprendere come il legislatore americano abbia in più casi cercato di porre rimedio ad alcune situazioni patologiche, o meglio prevenire le stesse, mediante la imposizione di appositi obblighi di divulgazione informativa, dimostrando un orientamento che valorizza la trasparenza come strumento per garantire la efficienza della regolamentazione dei mercati finanziari e della loro corretta operatività¹⁸. Si tenga conto che già intorno agli anni settanta del secolo scorso la SEC tramite la presentazione di apposite proposte di modifica normativa, tra cui dopo il fallimento della prima che doveva incidere sull'*Investment Company Act* se ne propose una volta a modificare il suddetto *Securities Exchange Act*, e il cui scopo era quello di imporre appositi obblighi di trasparenza destinati a rivelare al mercato le intenzioni degli investitori istituzionali, cioè le politiche e le pratiche di voto¹⁹. Ma anche questa seconda proposta fallì. Si rende però necessario fare alcune precisazioni su cosa si intende per trasparenza nel diritto societario, senza semplificare è affermare si tratti della diffusione di informazioni relativa ad alcuni ambiti societari; non è esatto dire che tramite le regole di trasparenza si produce l'informazione ciò in quanto "l'informazione sorge in modo spontaneo"²⁰ come elemento che caratterizza l'organizzazione della società stessa a prescindere dalla presenza di disposizioni, perché queste avranno ad oggetto piuttosto la divulgazione (*disclosure*) di queste informazioni esistenti a prescindere, quindi le "corporate information" generatesi all'interno della società e quindi in un primo momento riservate sono suscettibili, da parte dei legislatori nazionali, di essere individuate, selezionate e sottoposte ad appositi obblighi di comunicazione al pubblico in generale o solo a determinati soggetti i quali per la loro qualifica solitamente non dovranno divulgarla, in quest'ultimo caso perché va considerato che l'informazione ha anche un valore economico nei mercati finanziari ed è capace di produrre stime più attendibili del valore delle azioni scambiate sui mercati, è tramite le informazioni che gli investitori, in particolare istituzionali che svolgono professionalmente l'attività di gestione del risparmio, che saranno in grado di individuare azioni o altri strumenti finanziari il cui valore di mercato non è allineato a quello reale determinabile sulla base delle informazioni legittimamente ottenute e quindi ricavarne un profitto dalle operazioni esercitabili su tali valori scambiate sui mercati che risultano sottovalutati, giudizio che l'investitore potrà fare soltanto valutando tutte le informazioni da lui possedute. È chiaro però, come più sopra specificato che in alcuni casi possono esserci delle informazioni che sono riservate solo

¹⁸ Interessante è il contributo di LEUZ, WY SOCKI, "The Economics of Disclosure and Financial Reporting Regulation: Evidence and Suggestions for Future Research", in ECGI Law Working Paper, 2016, ove si analizza l'impatto e gli effetti delle discipline che impongono obblighi di disclosure, e in particolare il quattro testi legislativi sopra indicati

¹⁹ Si veda SCHMOLKE, "Institutional Investors' Mandatory Voting Disclosure – European Plans and U.S. Experience", in Law and Economics Research paper series, 2006, p.9, "The SEC attempts to require mutual funds to disclose their voting policies and practices reach", "The rule, intended to be a first move in a broader campaign to promote institutional investors' voice".

²⁰ Affermazione di GILOTTA, "Trasparenza e riservatezza nella società quotata", in Quaderni di Giurisprudenza commerciale, Milano, 2012, p.16, "nelle economie che essa è in grado di realizzare risiedono le ragioni del suo sorgere spontaneo come elemento organizzativo caratteristico della società aperta, che nasce e si sviluppa a prescindere e indipendentemente dall'esistenza di supporti normativi che istituiscano espliciti e più o meno articolati doveri di trasparenza".

ad alcuni soggetti o confinate all'interno della società stessa, ciò proprio per la delicatezza delle stesse e per la loro importanza dal punto di vista economico appena analizzato, si può quindi capire che la trasparenza nei confronti del mercato non è liberamente rimessa a chi è il titolare delle informazioni²¹ ma alla disciplina emanata dai legislatori dei singoli ordinamenti nazionali, ed è qui che dovranno essere capaci di individuare e selezionare quelle necessarie a garantire una effettiva trasparenza del mercato, in quanto non è sicuro vero che svelare tutte le informazioni possibili sia un bene per il mercato, ma anzi si presta ad essere l'opposto in quanto offusca le informazioni realmente rilevanti per gli operatori del mercato creando un sovraccarico informativo²², anche se quest'ultima affermazione porta con sé una quesitone, ossia ci si può domandare, retoricamente, quale sia la "giusta quantità" di informazioni non determinante un sovraccarico informativo del mercato, retoricamente perché l'informazione difficilmente può essere ricondotta ad un criterio quantitativo se non piuttosto qualitativo; saranno ancora una volta in modo insindacabile i legislatori dei singoli Stati ad individuare le tipologie di informazioni da divulgare e soltanto la prassi mostrerà l'impatto di queste scelte sul comportamento degli investitori istituzionali e se questi, come parte della dottrina ha affermato, possano risultare non più incentivati ad assumere un comportamento attivo una volta condivise determinate informazioni. Ritornando agli interventi normativi in materia, solo nel 2003 la *Securities and Exchange Commission* approvò e introdusse negli Stati Uniti una prima forma di *mandatory voting disclosure* nei confronti degli investitori istituzionali e prevista nella *Rule 30b1-4* dell'*Investment Company Act* del 1940, è possibile esaminare la relazione che accompagnava le modifiche in corso promosse dalla SEC per desumerne le motivazioni di una normativa di trasparenza, che ricalca in realtà anche quanto già detto relativamente al fatto che spesso l'emanazione di tali discipline consegue a scandali finanziari e anche alla necessità di migliorare gli assetti di governance incentivando gli investitori istituzionali infatti nella "*Final Rule: Disclosure of Proxy Voting Policies and Proxy Voting Records by Registered Management Investment Companies*", cioè la relazione suddetta nella parte dedicata alla "*Introduction and Background*" si afferma che "*recenti scandali societari hanno suscitato un rinnovato interesse degli investitori per le questioni di governo societario e hanno sottolineato la necessità che i fondi comuni di investimento e altri investitori istituzionali si concentrino nel governo societario. L'aumento delle partecipazioni azionarie e il relativo potere di voto dei fondi comuni di investimento li pongono nella posizione di avere enorme influenza sulla responsabilità aziendale. In quanto principali azionisti, i fondi comuni di investimento possono svolgere un ruolo fondamentale nel monitoraggio della gestione delle società in cui investono*"²³, è

²¹ Si esprime così, PRESCIANI, "*La trasparenza degli azionisti istituzionali di società quotate*", Torino, 2020, p.10.

²² In realtà anche qui si può riportare quell'orientamento già rappresentato in un paragrafo precedente che ritiene le disposizioni di questo tipo eccessive dal punto di vista informativo, e non idonee a determinare un abbandono del passivismo da parte degli investitori istituzionali, ritenendo tale informazione e lesiva per gli stessi.

²³ Chiaramente qui ho riportato la traduzione, questo il testo non tradotto direttamente reperibile sul sito della SEC: "*Recent corporate scandals have created renewed investor interest in issues of corporate governance and have underscored the need for mutual funds and other institutional investors to focus on corporate governance. The increased equity holdings and accompanying voting power of mutual funds place them in a position to have enormous influence on*

inoltre la commissione fa presente come in quegli anni i fondi di investimento, o in generale i gestori del risparmio erano tendenzialmente passivi riluttanti a reagire nei confronti dei gestori per questioni relative al governo societario ma che pian piano hanno iniziato ad essere maggiormente attivi anche nell'esercizio del voto per delega esercitando sempre meno la *wall street rule*; gli emendamenti consistevano nel chiedere a una società di investimento registrata ai sensi dell'*Investment Company Act* del 1940 quale fondo di divulgare nella sua dichiarazione di registrazione le politiche e le procedure assunte per decidere come votare - sulla base delle deleghe - sui titoli in portafoglio; e in secondo luogo richiedere a un fondo di depositare presso la Commissione e di mettere a disposizione dei suoi azionisti, sul suo sito Web o su richiesta, la sua registrazione di come hanno esercitato la delega al voto relativamente ai titoli in portafoglio. Prevedendo quindi che un fondo sarà tenuto a comunicare nelle sue relazioni annuali e semestrali agli azionisti e nella sua dichiarazione di registrazione le modalità con cui gli azionisti possono ottenere informazioni sul voto per delega.

Ciò che premeva in particolare in quegli anni, ma in realtà anche decenni prima - si veda infatti l'ancoraggio delle proposte del 1971 e 1978 - era l'importanza di divulgare le informazioni riguardanti la delega di voto a favore di consulenti di investimento e fondi di investimento allo scopo di garantire che gli obblighi fiduciari gravanti su tali rappresentanti nei confronti degli investitori beneficiari fossero effettivamente adempiuti nell'interesse di quest'ultimi e non a loro favore²⁴, inoltre nella relazione si afferma esplicitamente che si ritiene che tramite la trasparenza e quindi le nuove regole imposte consentire agli azionisti istituzionali, in realtà si fa riferimento ai soli fondi di investimento, di monitorare il coinvolgimento dei loro fondi nelle attività di governance delle società in portafoglio, il che potrebbe avere un importante impatto sul valore per gli azionisti. Un autore in particolare con un contributo ante approvazione della *mandatory voting disclosure* ha dimostrato l'opportunità di questa disciplina²⁵, in particolare suggerendo tre ragioni per questo fenomeno: 1) che i fondi non possono vendere facilmente blocchi considerevoli di azioni caratterizzate da scarse prestazioni senza generare perdite significative; 2) le politiche di investimento obbligano molti fondi comuni di investimento a concentrare gli investimenti in grosse

corporate accountability. As major shareholders, mutual funds may play a vital role in monitoring the stewardship of the companies in which they invest".

²⁴ Di fatto in questo senso si esprimeva anche il *chairman* della SEC Harey Pitt, il quale fu portatore proprio di queste proposte di modifica, si veda "*Disclosure of the Irrelevant? Impact of the SEC's Final Proxy Voting Disclosure Rules*", in *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, 2003, ove si riporta quanto da Pitt più volte affermato "*An investment adviser must exercise its responsibility to vote the shares of its clients in a manner that is consistent with the general antifraud provisions of the Investment Advisers Act of 1940, as well as its fiduciary duties under federal and state law to act in the best interests of its clients*". Si veda per la situazione ante riforma anche, PALMITER, "*Mutual fund voting of portfolio Shares: why not disclose?*", in *Public law and legal Theory Research Paper series*, 2002.

²⁵ Ci si riferisce a PALMITER, "*Mutual fund voting of portfolio Shares: why not disclose?*", in *Public law and legal Theory Research Paper series*, 2002, il quale nelle conclusioni afferma che "*the disclosure would remind fund managers of their role and responsibilities as governance intermediaries for fund investors. It would enable fund investors, on their own and particularly through informational intermediaries, to evaluate and monitor fund governance activities*". L'autore dimostra le potenziali esternalità positive derivanti dalle modifiche che nel 2002 all'epoca della scrittura del contributo erano ancora in fase di discussione ma che un anno dopo sarebbero state approvate.

multinazionali, rendendo l'uscita un'opzione insostenibile; e 3) l'attivismo è il modo migliore per distinguere la performance dei fondi, soprattutto per i fondi indicizzati. Allora in questo senso i fondi comuni di investimento potrebbero diventare sensibili alla pressione per quanto concerne il loro voto in conseguenza alla divulgazione di informazioni riguardanti lo stesso, e dunque gli svantaggi che potrebbero derivare dall'accesso alle informazioni sarebbero in grado di influenzare negativamente la *performance* del fondo e influenzare anche gli investitori che alla fine potrebbero ritirare il loro investimento, ma al tempo stesso l'autore cerca di mitigare questa argomentazione negativa facendo riferimento all'accesso dei gestori di fondi comuni di investimento alle informazioni aziendali nonostante il crescente attivismo perché i gestori temono di allontanare gli investitori istituzionali a causa delle loro posizioni di *stock option* che configura il classico modo attraverso cui vengono compensati. E ulteriormente argomentando che anche se gli investitori facessero un collegamento tra l'attivismo esercitabile tramite voto e l'aumento dei costi dei fondi, non concluderebbero automaticamente che i costi siano ingiustificati, perché gli studi dimostrano che coloro che investono nei fondi sono in grado di effettuare un'analisi razionale del rapporto costi-benefici. A questo punto si può considerare in che misura l'esperienza nordamericana dei primi anni del duemila appena considerata abbia influenzato anche altri continenti, come quello europeo, di fatto negli stessi anni in cui negli Stati Uniti ci si avviava ad approvare la prima forma di *mandatory voting disclosure* prese avvio una discussione avviata dall'*High Level Group of Company Law Experts*²⁶ che è incaricato dalla Commissione europea al fine di identificare margini di miglioramento nel diritto societario europeo, il gruppo di esperti evidentemente ispirato²⁷ a quanto si stava per approvare oltreoceano con una raccomandazione affermò la necessità di prevedere, ad opera del legislatore europeo, obblighi di trasparenza analoghi a quelli previsti negli Stati Uniti con l'obiettivo di rendere noto al pubblico le politiche di voto e di investimento degli investitori istituzionali, in modo da permettere anche ai beneficiari che investono nei fondi di essere tutelati rispetto ad un esercizio dei diritti sociali nell'interesse dell'investitore istituzionale non a beneficio e in conflitto con quello dei clienti, così la Commissione europea seguì le raccomandazioni *Action Plan* del 2003 volto a modernizzare il diritto societario e rafforzare il governo delle società nell'Unione europea prevedendo principalmente la necessità della emanazione di disposizioni finalizzate ad imporre agli investitori istituzionali di informare sulla loro politica di investimento e di esercizio del diritto di voto (quindi diretta al mercato in generale) e di informare i beneficiari nelle ipotesi in cui i diritti sociali siano stati utilizzati in casi particolari, quando da loro richiesto (diretta ai soli beneficiari) proprio sulla base di quanto previsto negli Stati Uniti, queste linee però non videro la luce nella Prima direttiva *Shareholder*²⁸.

²⁶ L'*HLG* aiuta la Commissione a definire nuove priorità per il più ampio sviluppo futuro del diritto societario nell'Unione europea. Il cui gruppo è composto da sette membri, selezionati in base alla loro competenza nella materia di diritto societario.

²⁷ Negli stessi anni anche il governo inglese aveva avviato dei procedimenti al fine della emanazione di discipline di trasparenza anche qui evidentemente ispirata da quanto stava accadendo negli Stati Uniti.

²⁸ Una testimonianza di queste difficoltà nella emanazione di una disciplina sulla trasparenza viene anche da SCHMOLKE, "*Institutional Investors' Mandatory Voting Disclosure – European Plans and U.S. Experience*",

Ma le preoccupazioni e le argomentazioni espresse dagli oppositori²⁹ dell'*Action Plan* della Commissione europea non risultano particolarmente convincenti; la prima e fondamentale questione è quella che mette in discussione sin dall'inizio l'impatto potenzialmente positivo dell'attivismo degli investitori istituzionali, più volte in questi capitoli si è dimostrato che normalmente tali investitori che assumono un atteggiamento attivo con riguardo ai loro investimenti determinano un miglioramento della *governance* che porta con sé rischi inferiori e una migliore redditività e valutazione della società, dunque l'attivismo degli investitori istituzionali che punta ad un migliore governo societario avrà probabilmente l'effetto suddetto; diversamente per quanto concerne l'affermazione secondo cui le politiche di voto non sono predeterminabili e che in ogni caso devono essere adattabili ai rapidi cambiamenti non convince particolarmente, ciò perché richiedere che le politiche di voto adottate debbano essere divulgate non vuole dire che gli investitori istituzionali possano essere ritenuti responsabili se si discostano dalle politiche stesse nel caso concreto, ma piuttosto sarà loro dovere spiegare il perché della deviazione, conseguenze potranno conseguire solo ad una deviazione rispetto all'interesse dei beneficiari. Inoltre riguardo a quanto già si è accennato sul principio della parità di trattamento, questo si è immanente al diritto societario, ma si applica solo laddove i soggetti si trovino in parità di condizioni, non vi è una violazione di tale principio imponendo agli investitori istituzionali obblighi di trasparenza sul voto e non prevedere la medesima disciplina per gli investitori tradizionali, ciò perché la diversa condizione si ricava dal fatto che per gli investitori istituzionali vi è una tipicità nella deviazione della proprietà e del voto stesso, di fatto questi sono gravati di appositi doveri fiduciari nei confronti dei loro clienti³⁰.

La direttiva in cui i propositi della Commissione avrebbero dovuto essere attuati era la Direttiva 2007/36/CE (SHRD I) ove al considerando n.1 si può infatti leggere che *“Nella comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo del 21 maggio 2003, intitolata «Modernizzare il diritto delle società e rafforzare il governo societario nell'Unione europea — Un piano per progredire», la Commissione ha segnalato che dovrebbero essere prese nuove iniziative mirate a rafforzare i diritti degli azionisti delle società quotate e che dovrebbero essere affrontati urgentemente i problemi relativi all'esercizio transfrontaliero del diritto di voto”, quindi si richiama l'Action Plan suddetto e successivamente si afferma la necessità secondo la commissione di rafforzare i diritti degli azionisti particolarmente con la estensione delle norme sulla trasparenza³¹, come si fa presente in dottrina questa prima direttiva è risultata davvero*

in Law and Economics Research Paper series, 2006, *“however, the realization of the Commission's proposal is far from certain. It has not only met strong opposition by commentators when it was presented to the public in 2003”*.

²⁹ Interessante sul punto il contributo *“Against Mandatory Disclosure of Economic-only Positions referenced to Shares of European Issuers – Twenty Arguments against the CESR Proposal”*, Center for Business and Corporate Law Research Paper Series, Heinrich-Heine-University Duesseldorf, 2010.

³⁰ Si veda in questo senso GOERGEN, LIMBACH, SCHOLZ, DANESHGARI, *“Firms' Rationales for CEO Duality: Evidence from a Mandatory Disclosure Regulation”*, in ECGI Finance Working Paper, 2019, pp. 21 ss.

³¹ È il considerando numero 2 del testo ufficiale della direttiva, questo il testo completo: *“nella risoluzione del 21 aprile 2004 il Parlamento europeo ha espresso il proprio sostegno all'intenzione della Commissione di rafforzare i diritti degli azionisti, in particolare attraverso l'estensione delle norme sulla trasparenza, dell'esercizio del diritto di voto per delega, della possibilità di partecipare alle assemblee mediante mezzi elettronici e garantendo l'esercizio transfrontaliero del diritto di voto”*.

poco incisiva dal momento in cui ha mirato ad obiettivi anche tra loro diversi ma tradendo le linee auspiccate anni prima perseguendo in particolare lo scopo di rivitalizzare il ruolo dell'assemblea, ma gli investitori istituzionali non hanno mutato, nei diversi Stati membri il proprio atteggiamento nell'effettuare gli investimenti segno che non vi è stato condizionamento da alcuna legge o regolamento, diversamente il legislatore comunitario con la seconda direttiva (2017/828/UE) ha cercato di valorizzare le strategie per attuare l'obiettivo di stimolare ad una maggiore partecipazione sociale, ciò imponendo obblighi di trasparenza ad una vasta categoria di investitori istituzionali in modo che ciò possa avere effetto positivo sugli assetti di *governance*, e consentendo ai beneficiari di ottimizzare le decisioni di investimento e promuovendo l'impegno degli azionisti e rafforzare l'obbligo di rendere conto ai portatori di interesse³². Opportuno è poi rilevare anche quanto espresso al considerando numero 4 che espressamente richiama una direttiva emanata qualche anno prima, la Direttiva *Transparency* (2004/109/CE) la quale aveva come buoni propositi quelli di imporre particolari obblighi di trasparenza, di fatto al considerando n.1 si afferma che “*mercati mobiliari efficienti, trasparenti ed integrati contribuiscono a creare un reale mercato unico nella Comunità e stimolano la crescita e la creazione di occupazione grazie ad una migliore allocazione del capitale e ad una riduzione dei costi. La comunicazione di informazioni accurate, complete e tempestive sugli emittenti di valori mobiliari consolida la fiducia degli investitori e consente una valutazione informata dei risultati economici e degli attivi di tali emittenti. Ciò rafforza sia la protezione degli investitori sia l'efficienza del mercato*”, ma il considerando n. 4 fa presente come tale legislazione sia insufficiente a raggiungere tale obiettivo in quanto impone alle società l'obbligo di mettere a disposizione una serie di informazioni e documenti rilevanti per l'assemblea, ma questi devono essere messi a disposizione solo nello Stato membro della società stessa. L'auspicio quindi era quello della introduzione di norme minime volte a proteggere gli investitori e a promuovere l'esercizio agevole e effettivo dei diritti degli azionisti conferiti da azioni con diritto di voto.

Si comprende allora che, anche con la modifica della Direttiva suddetta ad opera della *Transparency II* del 2013, il quadro in questi anni non cambia e difficilmente nonostante le proposte e le intenzioni la legislazione in questione è paragonabile a quella ormai vigente a questo punto da anni negli Stati Uniti e a cui ci si vuole ispirare; si è dovuto attendere la emanazione della nuova Direttiva Shareholder Rights II, che non va esente da critiche, ma che ha migliorato e reso più completo il sistema degli obblighi di trasparenza vigenti per le società quotate, ma un miglioramento anche di altri aspetti che già sono stati considerati proprio nell'esame della Dir. 2017/828/ UE³³. Oggi la

³² Per una critica alla prima direttiva azionisti si veda, Lener, “*Il ruolo degli investitori istituzionali e l'assemblea*”, in *Analisi Giuridica dell'economia*, 2019, p.505, “*Un'equazione che ha presto rivelato tutta la sua erroneità, perché in molti paesi dell'Unione il mercato è rimasto asfittico e in altri gli investitori istituzionali (e non) hanno continuato a investire, come facevano prima, lasciandosi poco o nulla condizionare dalla legge applicabile alla società o al mercato regolamentato. Questo errore sul presupposto è forse conseguenza di un approccio ideologico alla questione della partecipazione dei soci al processo decisionale dell'assemblea e, quindi, al governo societario latamente inteso*”.

³³ Si veda per uno sguardo d'insieme sulle regole di trasparenza, DACCÒ, “*Il ruolo degli investitori istituzionali alla luce della Direttiva 2017/828*”, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2019; ALVARO, MAUGERI, STRAMPELLI, “*Investitori istituzionali, governo societario e codici di stewardship. Problemi e prospettive*”, in *Quaderni Giuridici Consob*, 2019; anche Alvaro, Annunziata, “*Le partecipazioni dei fondi alternativi riservati in società quotate e in altri fondi?*”, in *Quaderni Giuridici Consob*, 2018.

disciplina principale in materia di trasparenza situata all'interno del D.lgs. n. 58/1998 (T.u.f) è il risultato delle discipline europee trasposte negli ultimi due decenni nell'ordinamento italiano, il quale presenta un quadro in materia di trasparenza abbastanza articolato, sia per quanto concerne gli emittenti sia particolarmente gli investitori istituzionali, si avrà cura di esaminare le disposizioni in questione nei successivi paragrafi, ponendo in risalto come alla fine di questo lungo processo legislativo l'Europa sia riuscita nel suo intento di porre disposizioni che ricalcassero quelle del più competitivo assetto statunitense³⁴.

4. Analisi delle disposizioni rilevanti sulla trasparenza degli emittenti quotati e degli Investitori istituzionali.

Il legislatore italiano sulla scorta dell'adattamento alle imposizioni in materia di trasparenza derivanti dalle discipline europee ha inserito all'interno del Testo unico in materia di intermediazione finanziaria diverse discipline sulla trasparenza e informazione societaria. La disciplina che in questi paragrafi ha rilevanza e necessità di essere esaminata è quella che il legislatore del testo unico ha suddiviso in due diverse sezioni del Capo II relativo alla "*Disciplina delle società con azioni quotate*", ossia la Sezione I sugli assetti proprietari³⁵ che prevede delle norme volte a gettare luce su tutta una serie di informazioni che riguardano maggiormente gli emittenti ma comunque indirizzate ad una *disclosure* ad opera degli azionisti, di cui però se ne desteranno le particolarità rispetto agli investitori istituzionali, ciò in quanto poi la trasparenza degli azionisti istituzionali è disciplinata nella apposita Sezione I-ter che è appunto rubricata "*Trasparenza degli investitori istituzionali, dei gestori di attivi e dei consulenti in materia di voto*". La *ratio* di prevedere una apposita disciplina rivolta agli investitori istituzionali da parte del legislatore europeo e quindi poi di quello italiano è che innanzitutto la loro presenza in Europa e in tal caso l'Italia è particolarmente aumentata³⁶, si pensi infatti che la Consob ha stimato una partecipazione alle assemblee di società quotate italiane di investitori istituzionali italiani e esteri in una misura del 20% circa. Inoltre potrebbe sembrare *a priori* chiaro perché differenziare la disciplina tra azionisti tradizionali e azionisti istituzionali, questi ultimi da un lato sono *asset manager* che gestiscono il denaro di altri investendolo con lo scopo di trarne dei profitti a favore dei clienti e di conseguenza per se stessi, dunque investitori professionali, e secondo questo inquadramento è necessario porre apposite norme sulla trasparenza in modo da

³⁴ Per un approfondimento e una visione scettica sulla effettiva portata della Direttiva 828/2017, BUSCH, AVGOULEAS, FERRARINI "*Capital Markets Union in Europe*", Oxford, 2018, p.519, ove Paces parla di "*missed opportunity*" riferendosi alla direttiva.

³⁵ Di cui una prima disciplina si ebbe nell'ordinamento italiano più tardi che in altri paesi, con la legge n.216 del 1974 che imponeva obblighi di comunicazione, nei suoi articoli 5 e 5 *bis* a sole società per azioni e a responsabilità limitata che erano in possesso pure indirettamente di partecipazioni superiori al 2% del capitale con diritto di voto di un emittente; si trattava di una disciplina particolarmente basilare e non indirizzata al mercato e alla sua protezione tramite la diffusione di informazioni, in quanto i soggetti destinatari della informazione erano le autorità di vigilanza e gli amministratori

³⁶ Anche se bisogna tenere a mente che non tutti concordano se questa materia di investitori debba essere considerata in senso lato o in senso stretto cioè riducendone i soggetti cui vi rientrano e di conseguenza anche l'ambito di applicazione, normalmente si fa riferimento a fondi comuni di investimento, fondi pensione, le loro società di gestione, le sicav, le sicaf e i fondi sovrani.

mettere a rifare gli stessi beneficiari dell'investimento da eventuali comportamenti dei gestori che potrebbero agire nel loro esclusivo interesse, di fatto si afferma che qui sussista un doppio rapporto di agenzia³⁷ e da qui una maggiore regolamentazione. Ma al tempo stesso il legislatore ha, in alcuni casi, previsto regimi derogatori a favore degli investitori istituzionali in virtù proprio della presunzione di professionalità di questi che non giustifica l'applicazione di rigidi regimi prudenziali; quindi da un lato si ha l'emittente e i suoi obblighi di *disclosure*, da un altro si hanno i determinati e diversi obblighi informativi degli azionisti tradizionali e istituzionali, ove quelli tradizionali sono considerati i piccoli risparmiatori che partecipano in via diretta in un emittente senza la gestione del loro risparmio da parte di *asset manager* e i quali non sono normalmente considerati come investitori "sofisticati", nel senso che nelle conoscenze e competenze non sono in linea di prima approssimazione paragonabili agli investitori istituzionali, il che quindi ancora una volta se ne desume il perché di diverse discipline³⁸. Presumibilmente l'informazione per gli investitori tradizionali è una informazione in modalità maggiormente semplice sicché non essendo muniti di apposite conoscenze di ambito finanziario siano in grado di ricavare le informazioni necessarie e rilevanti. Da escludere poi che questa duplicazione di disciplina possa generare una stratificazione di informazioni³⁹ sul mercato tale da generare confusione nei confronti di coloro che ne vogliano far uso, ciò semplicemente perché la informazione in forma maggiormente semplificata prevista per gli investitori tradizionali costituisce in questo senso un mero estratto di quella in forma estesa per gli investitori istituzionali. Ma inoltre si pensi appunto a quanto, anche banalmente, si è fatto notare in dottrina al fine di comprendere la previsione di una disciplina *ad hoc* per particolari investitori istituzionali, cioè ad esempio quello dell'acquisto di una partecipazione da parte di un fondo di investimento in una società quotata - come si vedrà successivamente vi sono appositi regimi derogatori per questa tipologia di investitori - e quindi l'applicabilità ad un fondo, quale soggetto privo di personalità giuridica di determinate disposizioni previste dal legislatore per soggetti dotati di personalità giuridica⁴⁰.

³⁷ O anche detto *dual-layered agency structures*.

³⁸ Illuminante sul punto, ANNUNZIATA, "Il testo Unico della Finanza. Un bilancio dopo 15 anni", Milano, 2015, pp. 346 ss., a proposito di differenziazione dell'informazione diretta ai soci investitori professionali e soci piccoli risparmiatori: "è impossibile definire una unitaria figura di investitore tipo sulla quale parametrare gli obblighi di disclosure a carico degli emittenti, non sembra che la sintesi tra esigenze sì difforni possa essere trovata facendo riferimento alla figura dell'investitore medio", "le divergenti esigenze conoscitive degli investitori professionali e di quelli non sofisticati possono essere soddisfatte non facendo riferimento alla ideale figura dell'investitore medio, bene differenziando i contenuti e le modalità di presentazione dell'informazione destinata alle diverse categorie di soci/ investitori".

³⁹ Si veda, STRAMPELLI, "L'informazione societaria a 15 anni dal t.u.f.: profili evolutivi e problemi", in Rivista delle società, 2014, pp. 991 ss., per cui il legislatore si assume il compito di selezionare l'oggetto della trasparenza, individuando quelle notizie che ritiene rilevanti e che meritano di essere conosciuto, ma allo stesso tempo con il rischio di un c.d. *overloading* informativo, con una diffusione di notizie non rilevanti che sono tali da danneggiare la trasparenza; invece PRESCIANI, "La trasparenza degli azionisti istituzionali di società quotate", Torino, 2020, p.49, "si devono prendere le distanze da atteggiamenti che tendono in modo acritico a considerare sempre positiva la circolazione di informazioni sul mercato poiché: da un lato, deve essere evitato il pericolo di generare un sovraccarico informativo; e dall'altro lato, non si deve scordare che talvolta è opportuno garantire anche un certo grado di riservatezza".

⁴⁰ Al riguardo, ALVARO, ANNUNZIATA, "Le partecipazioni dei fondi alternativi riservati in società quotate e in altri fondi", in Quaderni Giuridici Consob, 2018, p. 24, "da questo punto di vista occorre rilevare come una

La disciplina americana non sembra porre particolare differenziazioni tra investitori, è tutta annidata all'interno del *Securities Exchange Act* del 1934 e precisamente alla *Section 13* intitolata "*Periodical and other reports*" ove alla sezione A prevede che ogni emittente di un titolo registrato ai sensi della *Section 12* del testo normativo in questione deve depositare presso la Commissione, in conformità con le norme e i regolamenti che la Commissione può prescrivere come necessari o appropriati per l'adeguata protezione degli investitori e per assicurare un trattamento equo del titolo, le informazioni e i documenti richiesti dalla Commissione per mantenere ragionevolmente aggiornati le informazioni e i documenti che devono essere inclusi o archiviati con una domanda o una dichiarazione di registrazione depositata ai sensi della *Section 12*. La disposizione spazza via ogni potenziale problema sulla individuazione dei soggetti tenuti al deposito delle informazioni richieste dalla *Section 13* affermando che ne siano tenuto "ogni emittente" che sia registrato ai sensi della *Section 12*.

4.1. La disciplina sulla trasparenza degli assetti proprietari.

Nell'ordinamento italiano la disciplina sulla trasparenza degli assetti proprietari di società quotate è situata all'interno del Testo unico finanziario (d.lgs. n.58/1998) alla Sezione I rubricata "*Aspetti proprietari*" nell'ambito del Capo II relativo alla "*Disciplina delle società con azioni quotate*", il quale contiene principalmente obblighi sulla comunicazione di partecipazioni rilevanti, la disciplina delle partecipazioni reciproche e di patti parasociali, quali in realtà queste tre erano una costante della disciplina sulla trasparenza sin dalle prime disposizioni dettate con la legge n. 216 del 1974 cui poi il Testo unico ha innovato anche con la disciplina della relazione sul governo societario e gli assetti proprietari e quella sulla politica in materia di remunerazione e sui compensi corrisposti. La funzione che se ne ricava è quindi quella di soddisfare appositi interessi meritevoli di tutela nel diritto societario e nei mercati azionari, e con specifico riferimento agli assetti proprietari, in linea anche con quanto a livello europeo previsto dalla Dir. 2004/109/CE sulla armonizzazione degli obblighi di trasparenza riguardanti le informazioni sugli emittenti i cui valori mobiliari sono messi alla negoziazione in un mercato regolamentato⁴¹, la *ratio* è quella di assicurare la trasparenza in ordine alla consistenza degli assetti proprietari⁴².

Dunque la regolamentazione sugli assetti proprietari più recente deriva da quella europea che a sua volta ha seguito l'esperienza di altri ordinamenti, principalmente

buona parte delle norme contenute nel testo unico della finanza (in materia di controllo, di gruppo, di conflitti di interesse, di governance, di diritti di voto in assemblea, di voto di lista, ecc.) è stata dettata avendo come esclusivo riferimento i soggetti dotati di personalità giuridica (o, quantomeno, di soggettività giuridica) e non anche i patrimoni autonomi gestiti in monte come sono i fondi comuni di investimento".

⁴¹ Il considerando 1 prevede che "*Mercati mobiliari efficienti, trasparenti ed integrati contribuiscono a creare un reale mercato unico nella Comunità e stimolano la crescita e la creazione di occupazione grazie ad una migliore allocazione del capitale e ad una riduzione dei costi. La comunicazione di informazioni accurate, complete e tempestive sugli emittenti di valori mobiliari consolida la fiducia degli investitori e consente una valutazione informata dei risultati economici e degli attivi di tali emittenti. Ciò rafforza sia la protezione degli investitori sia l'efficienza del mercato".*

⁴² Così, BUONAURA, "*Commentario breve al Testo unico della finanza*", Milano, 2020, p.913, ove si fa notare che l'obbligo di segnalazione delle partecipazioni rilevanti nasce in realtà nel Regno Unito, con il *Companies Act* del 1967 con lo scopo di informare il mercato circa l'identità di coloro che detenevano il controllo delle società quotate.

quelli anglosassoni, in quanto una prima disciplina vi fu coniata nel Regno Unito per poi essere replicata anche nell'ordinamento nordamericano con l'introduzione di tali regole nell'ancora vigente *Securities Exchange Act* e precisamente nella sezione 13 che a breve si esaminerà.

Prima disposizione rilevante relativamente alla trasparenza sugli assetti proprietari è l'art.120 T.u.f. rubricato "*Obblighi di comunicazione delle partecipazioni rilevanti*", laddove al primo comma si precisa che ai fini della sezione di riferimento per capitale di società per azioni si intende quello rappresentato da azioni con diritto di voto, già in questo senso si vuole escludere ai fini della disciplina in questione quelle azioni che non siano dotate del diritto di voto⁴³, è al comma secondo che è possibile scorgere una prima norma sulla *disclosure* degli assetti proprietari in quanto si prevede che "*coloro*" - già questo termine indica che in prima battuta l'obbligo in questione gravi su chiunque, persona giuridica o persona fisica, persona giuridica di diritto privato o pubblico senza differenziare nemmeno tra nazionalità - che partecipano in un emittente azioni quotate avente l'Italia come Stato membro di origine in misura superiore al 3% del capitale ne debbano dare comunicazione alla società partecipata e alla Consob⁴⁴ e nel caso di PMI la soglia è del 5%⁴⁵. A questo fine sono però rilevanti i commi 4 e 4-*bis*, che richiedono una specifica analisi nei successivi paragrafi per due motivi, per sottolineare la diversa *ratio* sottesa alla disciplina sulla trasparenza emanata prima del 2017 - anno da cui il legislatore dà alla trasparenza un valore di incentivo all'assunzione di un comportamento attivo all'interno dell'emittente - e la per la forte rilevanza comparatistica.

4.2. Obbligo di comunicazione delle partecipazioni rilevanti: un confronto con la *Section 13(d)* e *Section 13(g)* del *Security Exchange Act*.

Se si da uno sguardo alla esperienza di altri ordinamenti, oltre che quello italiano, il dato comune è quello della presenza di una disciplina dedicata alle partecipazioni rilevanti, o meglio una disciplina che richiede appositi obblighi informativi al momento della assunzione di determinate percentuali di partecipazioni all'interno di un emittente quotato, e la cui ragione sottostante è sempre quella di garantire la massima trasparenza dei mercati e degli assetti proprietari in modo strumentale ad un proficuo utilizzo dei diritti sociali e della assunzione di scelte da parte dei soci e potenziali investitori che hanno intenzione di investire in un determinato emittente; la disciplina italiana è anche in questo caso il risultato di quanto imposto a livello europeo e successivamente

⁴³ Si pensi alle azioni di risparmio o alle azioni di godimento, diversamente sono da ricomprendere quelle che conferiscono il diritto di voto anche in via condizionata, o le azioni a voto limitato o solo temporaneamente prive del diritto di voto. Si veda anche il Regolamento emittenti Consob ove all'art.116 *terdecies* nel Titolo III relativo agli assetti proprietari alla lettera b) comma 1 si specifica che per capitale sociale si fa riferimento al "*capitale sottoscritto, quale risulta dallo statuto pubblicato ai sensi della normativa vigente, rappresentato da azioni che conferiscono diritto di voto, anche qualora tale diritto sia sospeso; nelle società i cui statuti consentono la maggiorazione del diritto di voto o hanno previsto l'emissione di azioni a voto plurimo, per capitale sociale si intende il numero complessivo dei diritti di voto, anche qualora tali diritti siano sospesi*".

⁴⁴ Per i termini e modalità di presentazione della comunicazione si veda l'art.121 Regolamento Emittenti Consob.

⁴⁵ Il regolamento emittenti, anche se il T.u.f. fa riferimento ad un emittente azioni quotate, ne ricomprende anche i nuovi strumenti finanziari partecipativi *ex art. 2351* ultimo comma del codice civile.

recepito nell'ordinamento italiano, ma dove si prevede un ampio potere della Consob nella adozione di parti di tale disciplina, che è avvenuto con Regolamento Emittenti. Ciò detto, è interessante esaminare anche la disciplina americana sul punto, in quanto mostra molti caratteri comuni con quella italiana; la Consob già nell'anno della emanazione della disciplina, con un documento - appunto del 1998 - avente ad oggetto "Note tecniche in materia di comunicazione delle partecipazioni rilevanti" mostrava come, secondo una analisi comparatistica con altri ordinamenti, la regolamentazione italiana sulle partecipazioni rilevanti si configurasse come estremamente ampia e dettagliata, e soprattutto considerabile tra le più stringenti di tutti i paesi più sviluppati sotto vari profili, quali quello della ampiezza delle aree delle relazioni proprietarie sottoposte a *disclosure*, della estensione della definizione di partecipazioni rilevanti e la tempestività della informazione⁴⁶. La disciplina domestica, dunque l'art. 120 T.u.f., dopo aver disposto che coloro che partecipano in un'emittente azionaria quotata in misura superiore al 3% (e 5% per le PMI) ne debbano dare comunicazione alla società partecipata e alla Consob, prevede al comma 4 che quest'ultima con regolamento debba stabilire una serie di elementi⁴⁷, ciò è avvenuto ad opera dell'art. 117 RE "Comunicazione delle partecipazioni rilevanti in azioni" che richiede la ulteriore comunicazione sia alla società partecipata che alla Consob nel caso di superamento del 3% di cui al primo comma dell'art.120 qualora non si tratti di PMI, e la comunicazione del raggiungimento o superamento delle soglie del 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 30%, 50%, 66,6% e 90%, anche a seguito di eventi che comportano modifiche del capitale sociale o il numero di voti esercitabili, e in ultima istanza la comunicazione della eventuale riduzione della partecipazione al di sotto delle soglie suddette⁴⁸, e si vedrà come il legislatore finanziario al raggiungimento di alcune di queste rilevanti soglie richiede anche un ulteriore e importante contenuto nella comunicazione, cioè la "dichiarazione delle intenzioni" in virtù della potenzialità nel condizionamento delle scelte dell'impresa, in particolare poi richiedendo che nella dichiarazione siano indicati: a) i modi di finanziamento dell'acquisizione; b) se si agisce soli o di concerto; c) se vi è intenzione di fermare gli acquisti o proseguirli e se si intende acquisire il controllo dell'emittente o esercitare una influenza sulla gestione della società, e in tali casi, la

⁴⁶ Si fa quindi riferimento alle "Note tecniche in materia di comunicazione di partecipazioni rilevanti", Consob, del 7 agosto 1998, dove inoltre si afferma che "il sistema italiano di trasparenza proprietaria appare quindi molto efficace, considerando anche gli sforzi che la Consob sta realizzando al fine di ottimizzare la fruibilità da parte del mercato di tali informazioni, non solo assicurando una immediata diffusione delle comunicazioni ricevute, ma anche offrendo la possibilità di utilizzare il patrimonio informativo secondo le modalità di organizzazione e gestione dei dati consentite dagli strumenti informatici".

⁴⁷ Ossia: a) le variazioni delle partecipazioni indicate nel comma 2 che comportano obbligo di comunicazione; b) i criteri per il calcolo delle partecipazioni, avendo riguardo anche alle partecipazioni indirettamente detenute, alle ipotesi in cui il diritto di voto spetta o è attribuito a soggetto diverso dal socio nonché a quelle di maggiorazione dei diritti di voto; c) il contenuto e le modalità delle comunicazioni e dell'informazione del pubblico, nonché le eventuali deroghe per quest'ultima; d) i termini per la comunicazione e per l'informazione del pubblico; d-bis) i casi in cui le comunicazioni sono dovute dai possessori di strumenti finanziari dotati dei diritti previsti dall'articolo 2351, ultimo comma, del codice civile; d-ter) i casi in cui la detenzione di strumenti finanziari derivati determina obblighi di comunicazione; d-quater) le ipotesi di esenzione dall'applicazione delle presenti disposizioni.

⁴⁸ L'art.122 bis RE prevede l'obbligo di comunicazione al superamento delle soglie del 10, 25, 50, e 75% anche per i titolari di strumenti finanziari partecipativi ex art. 2351, co.5 c.c.

strategia che si intende adottare e le operazioni per metterle in opera; d) le sue intenzioni per quanto riguarda eventuali accordi e patti di cui si è parte; e) se si intende proporre l'integrazione o la revoca degli organi amministrativi o di controllo dell'emittente⁴⁹.

Ricordando quanto detto nei paragrafi precedenti sull'attivismo, non è semplice stabilire in via assoluta quale sia l'effetto, in prima istanza, di questo tipo di *disclosure* rispetto alla assunzione un comportamento attivo nei confronti della società da parte degli investitori, tra quanti i quali sostengono, da un lato, che l'informazione sia in grado di pregiudicare ogni possibile incentivo all'attivismo in quanto buona parte delle informazioni saranno nella disponibilità di chiunque, senza nessuna necessità di "lavorare"⁵⁰ per ottenere informazioni con cui poi attivarsi per ottenere dei risultati dalla società in cui ci si impegna, e ancor di più nei casi di sovraccarico informativo, ma tra quanti anche che ne affermano l'importanza della informazione, seppur diffusa a tutto il mercato, in quanto permette agli investitori di abbandonare quella apatia razionale da cui sono normalmente colpiti e che li porta a non assumere informazioni anche per non sostenerne i costi⁵¹. All'uopo è l'esame della disciplina americana e l'evidenziazione dei caratteri comuni, che risulterà utile anche all'esame del successivo tema della dichiarazione delle intenzioni e le possibili implicazioni: di riferimento sono la *Section 13(d)* e la *Section 13(g)* del *Securities Exchange Act* le quali prevedono negli Stati Uniti la disciplina della trasparenza degli assetti proprietari, e che hanno ad oggetto l'assunzione di una *beneficial ownership*, ossia della proprietà effettiva di titoli di partecipazione in un emittente, ove però la prima prevede che l'investitore che abbia acquisito direttamente o indirettamente una partecipazione di oltre il 5% nell'emittente debba effettuare una comunicazione alla SEC avente ad oggetto diverse informazioni, tra cui in particolare - che caratterizza questa *Section* dall'altra - se ha intenzione di assumere il controllo o comunque di incidere in modo significativo sulla gestione della società, e altre informazioni che a livello contenutistico insieme alla prima indicata hanno una forte similitudine con la dichiarazione delle intenzioni di cui al comma 4 *bis* dell'art.120 T.u.f (se ne discuterà nel capitolo successivo a ciò dedicato); si richiede inoltre un emendamento alla comunicazione quando vi dovessero essere significative variazioni di quanto precedentemente comunicato relativamente alle intenzioni, e anche ad ogni incremento dell'1% della proprietà effettiva dei titoli. Si tratta di una disposizione quindi molto attenta all'aspetto delle intenzioni dell'azionista, e quindi alla trasparenza delle stesse piuttosto che alla generale trasparenza degli assetti proprietari

⁴⁹ Così il comma 4 *bis* dell'art.120 T.u.f.

⁵⁰ Nel senso che spesso pratiche riconducibili allo *shareholder activism* provengono da investitori professionali, intesi normalmente come istituzionali, che sono in grado di ricavare tutte le informazioni professionalmente creando così per loro un vantaggio, e quindi conoscere in anticipo rispetto ad altri tali informazioni e compiere tutte le operazioni necessarie al fine di trarne beneficio.

⁵¹ È da ricordare, come fa REGOLI, "La tutela del socio e delle minoranze. Studi in onore di Alberto Mazzoni", Torino, 2018, p.192, che "la disciplina sulla trasparenza è prevalentemente contenuta nella normativa speciale per le società quotate dove gli investitori possono avere accesso solo alle informazioni pubbliche: le restrizioni principalmente riferibili alla disciplina sull'abuso di informazioni privilegiate non consentono infatti, nemmeno a tali minoranze [quelle che chiama "nuove minoranze"] di peso, di poter disporre di quell'informazione selezionata e continua che i fondi e altri investitori alternativi riescono a garantirsi su base convenzionale (...)".

a cui si può meglio ricondurre la *Section 13(g)*⁵², ancora una volta l'intento della divulgazione è di impedire che operazioni derivanti dal possesso di consistenti partecipazioni possono essere effettuate di nascosto e soprattutto che gli investitori attuali o potenziali possano consapevolmente fare le proprie scelte di investimento.

Simile struttura ha la *Section 13(g)* la quale anche richiede all'azionista la comunicazione del superamento della soglia di partecipazione del 5% in un emittente, ma non con l'intenzione di acquisire il controllo o esercitare una influenza sulla *governance* della società, ma a fini meramente finanziari⁵³, rivolgendosi di fatto ad investitori passivi, che per natura non hanno di solito interesse ad interessarsi della società attivamente, e in secondo luogo agli investitori istituzionali che chiaramente non abbiano intenzione di esercitare il controllo o una influenza, quindi diversamente dal legislatore italiano quello statunitense distingue la disciplina tra coloro che nutrono tali intenzioni e chi no, ritenendo in questo secondo caso assolutamente superfluo imporre la trasparenza di informazioni che non avrebbero alcuna utilità; può notarsi però che il legislatore italiano per le imprese che non siano PMI prevede una percentuale minore, cioè del 3% che fa scattare la comunicazione, e in secondo luogo prevede percentuali più alte per la dichiarazione di intenzioni.

Negli Stati Uniti spesso è possibile sapere dell'avvio di una campagna attivista da parte di *hedge fund* o comunque in generale investitori istituzionali proprio quando con l'acquisto di una partecipazione alla percentuale suddetta si ha intenzione di influenzare le politiche di gestione, e quando inizialmente si era presentata la comunicazione ai sensi della *Section 13(g)* in quanto investitore passivo, sarà necessario convertire la stessa nella *Section 13(d)*⁵⁴. Da queste affermazione se ne ricava un'altra profonda differenza tra la *disclosure* dell'ordinamento italiano e quello statunitense, perché nel primo indipendentemente da ogni intenzione, come già si è detto, è necessario presentare la dichiarazione di intenzioni per il solo raggiungimento/superamento di quelle soglie, quindi non secondo una volontà di assumere il controllo o esercitare una influenza all'emittente, che potrà al massimo essere considerata come uno dei contenuti necessario *a priori* dal momento in cui si richiede di far presente quali siano gli obiettivi per i sei mesi successivi, quindi non è una dichiarazione da cui è possibile ricavare una presumibile avvio di una campagna attivista da parte dell'azionista tramite il controllo

⁵² Cfr. HAMDANI, HANNES, "The future of shareholder activism", in Boston University Law Review, 2019, p. 999.

⁵³ Si veda, PRESCIANI, "La trasparenza degli azionisti istituzionali di società quotate", Torino, 2020, p.95, che sottolinea la profonda differenza di *ratio* nella previsione delle due *Section* da parte del legislatore statunitense, per cui la 13(d) è ritenuta funzionale a far conoscere, non quelli che sono gli orientamenti di *governance* di chi sia investitore passivo, che è diversamente l'obiettivo della 13(g), ma alla possibilità che si verifichi un cambio di controllo dell'emittente, tale da consentire l'esercizio di un attivismo più incisivo e volto a incidere sulla politica della società.

⁵⁴ In questo senso, BRAV, JIANG, LI, "Governance by persuasion: hedge fund activism and the market for corporate influence", in ECGI Finance Working Paper, 2021, p.20, "in contrast, investors who accumulate over five percent (but below 10 percent) for passive investment purposes are only required to file a Schedule 13G instead which requires less information and allows for a longer delay in disclosure. Most large positions by asset managers are passive investments and are filed under Schedule 13G. If a 13G investor decides to take actions that could influence corporate policies or control, the investor must convert the 13G filing into a 13D filing before taking the planned action", sottolineando poi che "for this reason, a schedule 13D filing is a signature of investor activism".

o l'influenza tramite altri mezzi in aggiunta al peso della partecipazione, che è diversamente la *ratio* della *Section 13(d)*⁵⁵.

4.3. La trasparenza sulle intenzioni ai sensi dell'art.120 co.4-*bis* T.U.F e *Section 13(d)* del *Securities Exchange Act*: un uso del diritto comparato in funzione normativa ad opera del legislatore italiano.

Sempre nella disciplina relativa all'obbligo di comunicazione delle partecipazioni rilevanti di cui all'art.120 il legislatore italiano con decreto legge n. 148 del 2017 ha inserito un nuovo comma 4-*bis*⁵⁶, è in questo contesto estremamente interessante rilevare che in questo caso la norma in cui si sostanzia il comma in questione non è di derivazione unitaria come avviene per il resto della disposizione, ma piuttosto è frutto di una decisione volontaria del legislatore italiano⁵⁷; quali sono state le determinanti che hanno portato il legislatore all'inserimento di questa nuova disciplina? Sostanzialmente due, ovverosia: i) la prima causa che ha attirato l'attenzione del legislatore è stata l'assunzione in brevissimo tempo da parte del gruppo Vivendi di una partecipazione di circa il 29,9% in Mediaset, senza conoscerne le intenzioni e conseguentemente generando molti timori nel mercato e non solo; ii) in secondo luogo, sulla scia di questi fatti il legislatore ha colto l'occasione per osservare l'esperienza di altri Stati, in Particolare gli Stati Uniti ove già dal 1968 vigeva una disciplina sulle intenzioni, nella *Section 13(d)* già in parte esaminata⁵⁸.

In realtà non vi è stato un disinteressamento da parte dell'Unione europea perché nel 2004 fu avviata una pubblica consultazione sulla possibilità di inserire obblighi di trasparenza sulle intenzioni, ma il tutto fu ben presto abbandonato tra opinioni contrastanti e quella prevalente di un paventato rischio di inefficienza del mercato e un inutile sovraccarico informativo capace di disincentivare i lanci di *takeovers*. Si è data conseguentemente la facoltà agli Stati membri di inserire o meno una disciplina di questo tipo secondo quali erano gli spazi di manovra lasciati dalla Direttiva *Transparency I*⁵⁹. Così oggi l'art.120 co.4-*bis* prevede nella sua prima essenziale parte che in occasione

⁵⁵ Si veda anche, ALBUQUERQUE, FOS, SCHROTH, "*Value creation in shareholder activism*", in *Journal of Financial Economics*, 2021; SANTELLA, BAFFI, DRAGO, CARLO, LATTUCA, "*A Comparative Analysis of the Legal Obstacles to Institutional Investor Activism in Europe and in the US*", in *MPRA Paper No. 8929*, 2008, pp.32 ss.; Dasgupta, Fos, Sautner, "*Institutional Investors and Corporate Governance*", in *ECGI*, 2021.

⁵⁶ Cfr. SANTOSUOSSO, "*Prima lettura del nuovo comma 4-bis dell'art. 120 Tuf (sulla accresciuta trasparenza relativa alle acquisizioni di partecipazioni di società quotate nel contesto europeo e internazionale)*", in *Rivista di Diritto Societario*, 2017.

⁵⁷ Rilevante anche la lettura della "*Relazione illustrativa degli esiti della consultazione, delle conseguenze sulla regolamentazione, sulla attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori*" della Consob, relativamente alle modifiche del Regolamento Emittenti in materia di trasparenza societaria, 10 aprile 2020.

⁵⁸ Sul punto si veda, TUCCI, "*Il Testo Unico Finanziario*", diretto da Cera e Presti, Torino, 2020, p.1558, "*il modello di riferimento è il Williams Act statunitense che nel 1968 novellò il Securities Exchange Act, introducendo la Section 13 (d), recante una disciplina oltremodo discussa e controversa, per la sua incidenza sulle dinamiche del mercato del controllo societario*". Relativamente a queste perplessità, Bebchuk, Jackson Jr., "*The Law and Economics of Blockholder Disclosure*", in *Harvard Business Review*, 2010.

⁵⁹ Rilevante è il considerando 12 di tale Direttiva che prevede nella sua ultima parte che "*inoltre è opportuno che gli Stati membri possano continuare a definire obblighi più rigorosi di quelli stabiliti dalla direttiva 2004/109/CE*

dell'acquisto di una partecipazione in emittenti quotati pari o superiore alle soglie del 10 %, 20% e 25 % del relativo capitale, il soggetto che effettua le comunicazioni di cui ai commi 2 e seguenti del presente articolo deve dichiarare gli obiettivi che ha intenzione di perseguire nel corso dei sei mesi successivi. E che in particolare nella dichiarazione siano indicati: a) i modi di finanziamento dell'acquisizione; b) se agisce solo o in concerto; c) se intende fermare i suoi acquisti o proseguirli nonché se intende acquisire il controllo dell'emittente o comunque esercitare un'influenza sulla gestione della società e, in tali casi, la strategia che intende adottare e le operazioni per metterla in opera; d) le sue intenzioni per quanto riguarda eventuali accordi e patti parasociali di cui è parte; e) se intende proporre l'integrazione o la revoca degli organi amministrativi o di controllo dell'emittente. Si tratta in pratica di una integrazione alla comunicazione generale di cui al comma secondo, anche detta norma "anti-scorrerie" la quale risponde alla esigenza di migliorare l'informazione, e inoltre è volta a rendere maggiormente trasparente il fenomeno delle scalate sotto-soglia O.P.A.⁶⁰, di fatto la soglia più alta è quella del 25%, a quest'ultimo riguardo la disciplina va proprio a saldarsi, in virtù del rinvio esplicito di cui al comma 4 *bis*⁶¹, con quella di cui all'art 106 sulla O.P.A. totalitaria ove al comma 1-*bis*, per società diverse dalle PMI, al superamento della soglia 25% tramite acquisto di titoli - e 30% per maggiorazione del diritto di voto ex co.1 - e in assenza di soci che possiedano partecipazioni più elevate sorge l'obbligo di O.P.A. totalitaria con i conseguenti obblighi di informazione posti dalla disciplina stessa; il legislatore ha posto qua attenzione ad una eventuale sovrapposizione di informazioni, anche se non del tutto tra loro coincidenti.

Entrando nel contenuto della norma è possibile scorgere una particolare similitudine di impostazione rispetto alla *Section 13(d)* in quanto lo scopo è quello di gettare luce appunto sulle "intenzioni", intese come quelle politiche, programmi, operazioni che si vogliono concretamente perseguire a seguito dell'acquisto di quella misura "rilevante" di partecipazione, e si badi che il legislatore fa attenzione alla possibilità che vi si presentino alla Consob e alla società emittente delle informazioni non veritiere, ossia che non rispecchiano le reali intenzioni, in quanto in prima istanza il comma 4-*bis* prevede che "se nel termine di sei mesi dalla comunicazione della dichiarazione intervengono cambiamenti delle intenzioni sulla base di circostanze oggettive sopravvenute, una nuova dichiarazione motivata deve essere senza ritardo indirizzata alla società e alla Consob e portata alla conoscenza del pubblico secondo le medesime modalità", sicché anche dei cambiamenti nelle intenzioni si pone la necessità di una nuova dichiarazione, ma in seconda istanza nel caso di violazione degli obblighi suddetti il comma 5 prevede come sanzione la sterilizzazione del diritto di voto o strumenti finanziari partecipativi per i quali siano state omesse le comunicazioni, e non meno importante è la sanzione amministrativa di cui al comma 2 dell'art.193 T.u.f.⁶².

riguardo al contenuto (ad esempio comunicazione delle intenzioni degli azionisti), la procedura e tempi di notifica e a richiedere informazioni aggiuntive sulle partecipazioni rilevanti non previste dalla direttiva 2004/109/CE ".

⁶⁰ Così infatti, BUONAURA, "Commentario breve al Testo Unico della Finanza", Milano, 2020, p.914.

⁶¹ Che fa "salvo quanto previsto dall'art.106, comma 1 *bis* T.u.f."

⁶² Il quale breve che in cassoni omissione delle comunicazioni sugli assetti proprietari si applica una delle seguenti sanzioni amministrative:

a) una dichiarazione pubblica indicante il soggetto responsabile della violazione e la natura della stessa, quando questa sia connotata da scarsa offensività o pericolosità e l'infrazione contestata sia cessata; b)

Si tratta di informazioni particolarmente incisive, ancor di più se si analizza la lettera C) che ha da un lato l'obiettivo di far presente al pubblico se si vuole attuare una scalata, anche se non di lì a poco - dove si chiede di indicare nella comunicazione se si intende fermare gli acquisti o proseguirli, e dall'altro lato richiedendo di indicare se si ha intenzione di influenzare⁶³ la gestione della società si impone una *disclosure* anche su potenziali atteggiamenti sfocianti nello *shareholder activism*, e quindi una delle forme in cui questo può manifestarsi esercitando formalmente - tramite i diritti amministrativi - o informalmente - tramite colloqui privati - pressioni sull'organo gestorio⁶⁴.

Nonostante le forti similitudini con le disposizioni americane appena esaminate è possibile notare una diversa *ratio* delle stesse dal momento in cui sia nel comma 4 che nel comma 4-*bis* si consente alla CONSOB di prevedere con proprio Regolamento i casi in cui le comunicazioni sul raggiungimento della prima soglia di rilevanza e la comunicazione delle intenzioni non siano dovute. Ciò è avvenuto con gli artt.119-*bis* e 122-*ter* Regolamento emittenti ove si prevede che tali informazioni non siano dovute ad opera delle SGR, da qui si ricava il diverso ruolo assunto dalla trasparenza nell'ordinamento italiano, in quanto in dottrina si è affermato che il legislatore abbia voluto evitare di appesantire il carico informativo delle Società di gestione del risparmio qualunque sia la tipologia di fondo gestito, al fine di preservare quegli effetti positivi che derivano dalla loro attività evitando un ostacolo alla loro operatività; altra parte della dottrina ritiene diversamente che vi sia stata una svista del legislatore, il

un ordine di eliminare le infrazioni contestate, con eventuale indicazione delle misure da adottare e del termine per l'adempimento, e di astenersi dal ripeterle, quando le infrazioni stesse siano connotate da scarsa offensività o pericolosità; c) una sanzione amministrativa pecuniaria da euro diecimila a euro dieci milioni, ovvero fino al cinque per cento del fatturato quando tale importo è superiore a euro dieci milioni e il fatturato è determinabile ai sensi dell'articolo 195, comma 1-bis.

⁶³ Secondo, SANDRELLI, "Note sulla disciplina anti-scorrerie", in Rivista delle società, 2018, pp.188 ss., l'assenza di una influenza connotata come "notevole" darebbe legittimamente adito ad una interpretazione ampia di influenza, così sarebbe possibile introdurre tutti quelle operazioni e comportamenti attivi appunto diversi dal mero monitoraggio passivo; anche detto autore fa presente la volontà del legislatore italiano di rifarsi alla disciplina statunitense ma al tempo stesso ne rimarca le differenze "Nell'impostazione del Williams Act a differenza di quanto avviene negli ordinamenti europei di cui poc'anzi si è dato conto vi è coincidenza tra comunicazione della partecipazione rilevante e "dichiarazione delle intenzioni": al raggiungimento della soglia corrispondente al 5% delle azioni con diritto di voto nell'emittente, l'investitore è tenuto a dichiarare sia la propria identità, sia il numero di azioni acquistate, sia le fonti di finanziamento dell'acquisizione sia, ancora, lo scopo perseguito attraverso l'acquisizione stessa"

⁶⁴ Nel contesto della pandemia da Covid-19 il legislatore italiano ha apportato delle modifiche al comma 4 bis che per la analisi che si sta qui svolgendo non è di particolare interesse, ma si veda sul punto PETRAZZINI "La tormentata evoluzione dell'art. 120 t.u.f.: le modifiche alla disciplina delle partecipazioni rilevanti introdotte dal d.l. Liquidità", in Rivista di Diritto Societario, 2020, "in questo contesto è intervenuto il d.l. "Liquidità" (d.l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni nella l. 5 giugno 2020, n. 40), il cui art. 17 ha apportato all'art. 120 t.u.f. due diverse modifiche: da un lato ha soppresso dal comma 2 bis il riferimento all'«elevato valore corrente di mercato», che non costituisce quindi più presupposto affinché la Consob possa prevedere con provvedimento «motivato da esigenze di tutela degli investitori nonché di efficienza e trasparenza del mercato del controllo e del mercato dei capitali» un abbassamento, per un limitato periodo di tempo, delle soglie che fanno scattare gli obblighi di comunicazione indicati nel comma 2; dall'altro ha inserito un ultimo periodo al comma 4 bis, disponendo che la Consob possa, sempre con provvedimento motivato dalle esigenze sopra ricordate, estendere, per un limitato periodo di tempo, l'obbligo di dichiarare gli obiettivi che si intendono perseguire anche in capo a coloro che acquisiscono una partecipazione superiore al 5% nelle società ad azionariato particolarmente diffuso", l'obiettivo sotteso era quello di evitare che in quel contesto potessero annidarsi manovre speculative, *takeovers* ostili e altre simili operazioni.

quale ha applicato in modo indiscriminato tale esenzione alle SGR senza distinguere alla tipologia di fondo gestito, in quanto ad esempio negli Stati Uniti è possibile sapere dell'avvio di una campagna attivista ad opera di un *hedge fund* a seconda che venga presentata o meno la comunicazione ai sensi della *Section 13(d)*, e ancora, il legislatore americano anche segna società non abbia l'obiettivo di assumere il controllo o esercitare una influenza sulla gestione ma assume una partecipazione rilevante ne richiede in ogni caso la comunicazione ai sensi della *Section 13(g)* che prevede un alleggerimento informativo, diversamente in Italia si prevede una totale esenzione per le società suddette.

4.4. Esenzione per i fondi comuni dalla comunicazione della prima soglia di rilevanza ex art.120 T.u.f.

Si è diffusamente esaminata la disciplina domestica in ordine agli assetti proprietari e alle partecipazioni rilevanti che il legislatore dedica agli investitori comuni, in particolare l'art.120 T.u.f., è necessario però proiettare questa disciplina nel contesto degli investitori istituzionali, in quanto si prevede una esenzione di tale disciplina ordinaria per i gestori di fondi di investimento, cioè SGR, ed è importante capirne le motivazioni. In particolare l'art. 120 comma 4 prevede che *“la Consob, tenuto conto anche delle caratteristiche degli investitori stabilisce con regolamento:”* (ai sensi della lettera d-*quater*) *“le ipotesi di esenzione nella applicazione delle presenti disposizioni”*. La Consob ha attuato queste disposizioni con delle previsioni all'interno del Regolamento Emittenti, laddove all'art 119-bis comma 7 appositamente dedicato alle *“Esenzioni”* si stabilisce la esenzione per le società di gestione del risparmio dalle comunicazioni di cui all'art.117 dello stesso regolamento⁶⁵, e dunque la dichiarazione al mercato della assunzione di partecipazioni anche gestite per conto di vari fondi di investimento che siano superiori al 3% e inferiore al 5%, ma si consideri che questa tipologia di investitori non possono mai avere più del 10% dei diritti di voto in un emittente, così che l'unica soglia che possono varcare è quella del 5%; inoltre la Consob nel medesimo regolamento, all'art. 122-ter comma 1 ha esentato i gestori dei fondi anche della comunicazione sulla intenzioni di cui all'art. 120 comma 4-bis, che in realtà sarebbe stata anche, come detto, la soglia massima raggiungibile da questi investitori. Al di là delle scelte tecniche fatte dal legislatore, è utile capire la *ratio* di tali scelte, che qualcuno ha ricondotto nel fatto che l'attività di gestione si esprime semplicisticamente in operazioni di trading che non avranno mai effetto sulla governance della società⁶⁶, ma questo tipo di lettura dell'attività delle società di gestione non è in linea con quanto fin qui detto soprattutto con specifico riguardo all'assunzione di comportamenti attivisti, che senza dubbio si distaccano da mere operazioni di investimento e disinvestimento; chiaro è che

⁶⁵ Il quale al primo comma prevede che *“coloro che partecipano al capitale sociale di un emittente azioni quotate comunicano alla società partecipata e alla Consob:*

a) il superamento della soglia del 3% nel caso in cui la società non sia una PMI;
b) il raggiungimento o il superamento delle soglie del 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 30%, 50%, 66,6 % e 90%;

c) la riduzione della partecipazione al di sotto delle soglie indicate alle lettere a) e b)”.

⁶⁶ In questo senso, GIANNELLI, *“La disciplina delle società quotate nel Testo Unico della Finanza. Commentario”*, diretto da Bianchi e Marchetti, Milano, 1999.

nemmeno il legislatore europeo e domestico abbiano dato una tale lettura del fenomeno, si legga il considerando 15 alla *Shareholder Rights Directive II* “*Gli investitori istituzionali e i gestori di attivi sono spesso azionisti importanti delle società quotate dell’Unione e di conseguenza possono svolgere un ruolo di rilievo nel governo societario di queste ultime, ma anche, più in generale, per quanto riguarda la loro strategia e i loro risultati a lungo termine*”, se il legislatore europeo avesse considerato l’attività dei gestori come mera attività di investimento e disinvestimento non avrebbe mai affermato che questi possano svolgere un ruolo di rilievo nella *governance* in quanto questo richiede molto di più di una attività di investimento e disinvestimento, cioè un interesse attivo nei confronti dell’emittente, l’esercizio dei diritti sociali, il monitoraggio degli amministratori. Altri⁶⁷, invece, motivano queste esenzioni secondo due diverse prospettive, la prima è che il legislatore vuole liberare da inutili costi quei *market makers* le cui attività presuppongono per loro stessa natura continue cessioni di partecipazioni, il che non è differente dalla prima tesi, e in realtà segue quanto affermato dal considerando 20 della Direttiva 2004/109/CE il quale prevede nella sua ultima parte, che per i motivi suddetti “*Lo Stato membro d’origine dovrebbe essere autorizzato ad accordare esenzioni limitate per quanto riguarda le partecipazioni azionarie in portafogli di negoziazione di enti creditizi e imprese di investimento*”⁶⁸, senza dubbio se si seguisse questa strada sarebbe una *ratio* riconducibile alla lettera stessa della disciplina comunitaria, per cui non è del tutto fuorviante; ma piuttosto, sembra più ragionevole, che la motivazione di una esenzione di questo tipo si annidi nel fatto che gli investitori istituzionali incontrano più difficoltà rispetto agli investitori comuni nell’esercizio delle prerogative sociali, il che li rende maggiormente passivi, sicché il legislatore ha ritenuto che l’abbandono della apatia razionale di questi investitori avvenga con partecipazione i più elevate rispetto agli investitori comuni, così esentando dalla comunicazione dal superamento della prima soglia di rilevanza ha evitato di scoraggiare gli stessi mediante la diffusione di informazioni sin dalla detenzione di partecipazione che per questo tipo di investitori, a differenza di quelli comuni, non sono ancora rilevanti⁶⁹. Di fatto questo discorso non può riguardare gestori di fondi in genere, seppur il legislatore abbia previsto una disciplina applicabile indifferentemente ad ogni tipologia di fondo il ragionamento con riguardo ai fondi *hedge* dovrebbe essere almeno in parte diverso in virtù delle loro caratteristiche che si differenziano dai tradizionali fondi comuni; la critica è quella per cui il legislatore non

⁶⁷ Precisamente, BUONAURA, “*Commentario breve al Testo Unico della Finanza*”, Milano, 2020, p.913,

⁶⁸ Così il testo completo: “*Per evitare oneri inutili a carico di taluni partecipanti al mercato e per determinare chiaramente i soggetti che esercitano effettivamente un’influenza su un emittente non è necessario stabilire obblighi di notifica di partecipazioni rilevanti in azioni, o altri strumenti finanziari previsti dall’articolo 13 che conferiscono il diritto di acquisire azioni per quanto riguarda i «market maker» o coloro che prestano servizio di custodia, oppure di partecipazioni in azioni o in tali strumenti finanziari acquisiti esclusivamente a fini di operazioni di compensazione e regolamento, entro i limiti e le garanzie da applicare in tutta la Comunità. Lo Stato membro d’origine dovrebbe essere autorizzato ad accordare esenzioni limitate per quanto riguarda le partecipazioni azionarie in portafogli di negoziazione di enti creditizi e imprese di investimento*”.

⁶⁹ Quest’ultima non è una opinione pacifica, in quanto spesso si ritiene che in generale la trasparenza degli investitori istituzionali a prescindere dalla tipologia di *disclosure* considera sia funzionale a perfezionare la presunzione di attivismo, e così ad esempio PRESCIANI, “*La trasparenza degli azionisti istituzionali di società quotate*”, Torino, 2020; ma diversamente si intende qui non considerare in assoluta qualsiasi tipologia di *disclosure* come funzione all’attivismo, ma piuttosto si rende necessario distinguere a seconda della funzione esercitata dalle disposizioni di volta in volta considerate.

avrebbe dovuto estendere l'esenzione *ex art. 119-bis comma 7 RE* anche ai fondi *hedge* in considerazione della loro tipica strategia attivista e la forte diversificazione del portafoglio sono abili nell'esercizio delle prerogative sociali, a differenze dei fondi comuni, probabilmente dietro questa decisione da un lato può ravvisarsi una svista del legislatore e da un altro lato la volontà di preservare quelle caratteristiche positive degli *hedge fund* senza caricarli di inutili oneri informativi, e quindi incentivando ancor di più la loro operatività *ex ante* attivista garantendogli la esenzione dalla prima soglia di rilevanza in modo da non frenare la creazione di esternalità positive a favore dei beneficiari dei fondi, ma anche di color che in generale siano gli azionisti delle società partecipate, in quanto almeno nel breve periodo osservano miglioramenti nella *governance* e nei rendimenti della stessa.

Si comprende allora che prima della emanazione della *Shareholder Rights Directive II* si riteneva che la trasparenza fosse in grado di ostacolare piuttosto che incentivare un impegno attivo degli investitori istituzionali, tanto da prevenne in loro favore una totale esenzione di informazioni particolarmente rilevanti ai fini della conoscenza degli assetti proprietari delle società, che si riverbera necessariamente anche sulle informazioni diffuse dalle società stesse, si pensi infatti alla "*relazione sul governo societario*" di cui all'art.123-bis T.u.f. che deve essere redatta in apposita sezione della relazione sulla gestione ad opera delle società quotate ove tra le diverse informazioni che si richiede di riportare ai sensi della lett. c) "*le partecipazioni rilevanti nel capitale, dirette o indirette, secondo quanto risulta dalle comunicazioni effettuate sui sensi dell'art. 120*", si comprende subito che se si è beneficiato della esenzione dalle comunicazioni suddette non sarà possibile per il mercato desumere dalla relazione di *corporate governance* il grado di blindatura della società, i possessori di partecipazioni rilevanti, e loro eventuali intenzioni.

4.5. Una disciplina *ad hoc* per la trasparenza degli investitori istituzionali: quale la *ratio*?

L'idea o, meglio, la necessità di una apposita disciplina sulla trasparenza degli investitori istituzionali non è recentissima, e come si è già detto nei paragrafi precedenti è sorta a seguito di specifici eventi che hanno coinvolto i Paesi e i loro mercati finanziari e le maggiori istituzioni finanziarie, in particolare l'interesse è nato all'indomani del verificarsi di scandali finanziari, sicché da questo è facile comprendere che i legislatori dei vari Stati interessati non hanno mai agito in anticipo ma sempre *ex post* rispetto a tali eventi, questo è senza dubbio un tratto comune. Diversamente altri ordinamenti osservando l'esperienza legislativa di altri hanno provato a replicarla, così in particolare l'Unione Europea con la consultazione dell'*High Level Group* il quale senza dubbio fu ispirata dalla disciplina in quegli anni in corso di approvazione e poi approvata negli Stati Uniti⁷⁰. Inoltre se si guarda agli anni più recenti il numero di partecipazioni detenute da investitori istituzionali è aumentato particolarmente, oggi dunque giocano un ruolo fondamentale, e il fenomeno della gestione degli investimenti altrui ha sempre

⁷⁰ In questo senso, SCHMOLKE, "Institutional Investors 'Mandatory Voting Disclosure – European Plans and U.S. Experience", in Law and Economics Research Paper Series Working Paper, 2006, pp. 7 ss.

più catturato l'attenzione della comunità scientifica⁷¹, ciò in particolare perché si ritiene che gli investitori istituzionali ricoprendo posizioni azionarie sempre più ampie, e in considerazione della loro professionalità e obiettivi, siano in grado di ricoprire un ruolo importante nella *governance* delle società partecipate⁷², il che richiede però un ruolo attivo di questi all'interno delle società, piuttosto in controtendenza rispetto alla assunzione di comportamenti passivi in modo da ridurre al minimo i costi e in secondo luogo alla diffusione di fondi passivi che hanno il mero obiettivo di replicare un certo indice, disinteressandosi ad ogni aspetto relativo al governo societario e quindi ad una operatività maggiormente produttiva rispetto alla vita societaria dell'emittente⁷³; ciò detto, come ha fatto presente il legislatore europeo con la Direttiva *Shareholder Rights II* "Gli investitori istituzionali e i gestori di attivi spesso non sono trasparenti per quanto riguarda le loro strategie di investimento, la loro politica di impegno e la relativa attuazione. La comunicazione al pubblico di tali informazioni potrebbe influire positivamente sulla consapevolezza degli investitori, consentire ai beneficiari finali, quali i futuri pensionati, di ottimizzare le decisioni di investimento, facilitare il dialogo tra le società e i loro azionisti, promuovere l'impegno degli azionisti e rafforzare l'obbligo di rendere conto ai portatori di interesse e alla società civile"⁷⁴, il legislatore europeo riconosce l'importanza di questa tipologia di investitori, e la loro capacità di superare gli impedimenti che avevano sempre ostacolato l'attivismo degli investitori tradizionali, ma al tempo stesso comprende anche l'importanza di una disciplina sulla trasparenza in parte diversa - per adattarsi alla loro diversità rispetto agli azionisti tradizionali - e derogatoria - ad esempio riguardo a determinati regimi prudenziali in quanto esercenti professione l'attività di investimento - rispetto a quella ordinaria vigente per qualsiasi azionista allo scopo di evitare che questi, gestendo l'altrui denaro, possano agire egoisticamente nell'interesse proprio piuttosto che a beneficio primario dei beneficiari

⁷¹ Su quanto detto poco prima in merito al ruolo giocato nell'ambito di scenari di crisi e scandali finanziari, ALVARO, MAUGERI, STRAMPELLI, "Investitori istituzionali, governo societario e codici di *stewardship* Problemi e prospettive", in Quaderni Giuridici Consob, 2019, p. 6 "vi è, anzi, il diffuso convincimento che l'inerzia di quegli investitori nel monitorare l'andamento delle società partecipate sia stata una delle principali cause della crisi finanziaria del 2008 e che la prevenzione di ogni futura crisi passi attraverso una maggiore responsabilizzazione degli azionisti istituzionali nel controllo delle dinamiche gestorie delle imprese".

⁷² Cfr. BUSANI, "Regole di corporate governance", Milano, 2021, p. 575, il quale fa presente che la istituzionalizzazione degli assetti proprietari ha spinto prima le associazioni di categoria e poi il legislatore a prevedere una disciplina dedicata al dialogo e al suo incentivo tra gli investitori istituzionali e i soggetti che esercitano attività di *asset management* e gli organi delle società di investimento; in quanto si crede che ciò possa generare valore nel lungo termine perché l'investitori istituzionale dovrebbe sospendere le società partecipate ad adottare decisioni che non siano prese nell'esclusivo interesse del socio di maggioranza o del *management*. L'autore però tra parentesi afferma "a meno che non sia un attivista il quale preordini il suo interventismo a orizzonti di breve termine", quest'ultima, sulla base di quanto si è detto nei capitoli che precedono, non è una affermazione del tutto corretta, in quanto l'attivismo non è in assoluto una strategia *ex ante* come può essere quella di un fondo *hedge*, che, senza dubbio, può avere orizzonti brevi, ma può trattarsi anche di un intervento attivista *ex post* volto non tanto a perseguire una strategia di investimento ma a far fronte a problemi che si intende risolvere all'interno della società.

⁷³ Anche se in dottrina si afferma che proprio questo tipo di fondi, che difficilmente eserciterà il proprio diritto di *exit*, sono interessati a che la società non versi in condizioni che possano sottostimarla e quindi diminuire il valore dell'investimento effettuato dal fondo; il che potrebbe portare questi ultimi - i fondi passivi - ad interessarsi alla vita della società in quanto strettamente necessario a rendere proficuo l'investimento.

⁷⁴ Così il considerando 16 della Direttiva suddetta.

effettivi dell'investimento⁷⁵. Il legislatore europeo ha dato una impronta diversa alla disciplina della trasparenza rispetto a quella elaborata dal legislatore nordamericano, perché proprio sulla base dell'affermazione per cui gli investitori istituzionali possono avere un importante impatto nella *governance* delle società partecipate ha considerato anche che è necessario che questi si "impegnino" nei confronti delle stesse, ha cercato di incentivare l'*engagement* imponendo una *disclosure* che dia conto di ogni aspetto relativo all'impegno assunto, sino alla attuazione di quanto divulgato, ma improntando tutto in una ottica di lungo periodo; così nella logica del legislatore europeo una tale disciplina è anche in grado di "combattere" lo *short-termism* delle politiche di investimento di cui normalmente sono caratterizzati questo tipo di investitori interessati soltanto a ricavare un profitto per il proprio portafoglio, in particolare ciò avviene ad opera degli *hedge fund*, di cui sul punto si è largamente parlato, che usando strategie di *stock picking* individuano emittenti sottovalutati, ne acquistano delle partecipazioni, mettono in atto una politiche in grado di valorizzare l'emittente e dopodiché quando le partecipazioni abbiano raggiunto un valore congruo a quello reale della società precedentemente considerata sottostimata le rivendono⁷⁶ in quanto presumibilmente l'emittente non potrà massimizzare ulteriormente il proprio valore e ricavandone infine un *surplus*.

Così seppur ancora oggi qualcuno sostiene sull'onda di una concezione diffusasi nei primi anni in cui gli investitori istituzionali iniziarono a diffondersi maggiormente, secondo cui sarebbe stato e sarebbe necessario limitare la partecipazione di questi all'interno delle società, attualmente lo stesso legislatore ha riconosciuto l'importante ruolo che da questi venga ricoperto, ma con la necessità di individuare appositi doveri gravanti sugli investitori istituzionali indirizzati nell'interesse dei clienti e prevedendo apposite conseguenze nel caso di inosservanza degli stessi; come si è detto la disciplina domestica oggi prevede una disciplina dedicata agli investitori istituzionali che tiene conto delle loro qualità - e in realtà si tratta di una disciplina particolarmente stratificata derivate dall'ordinamento unitario⁷⁷ - e così arrivando a richiedere non solo la *disclosure*

⁷⁵ Proprio su questo punto il legislatore europeo sempre nella SHRD II al considerando 17 "gli investitori istituzionali e i gestori di attivi dovrebbero pertanto dimostrare maggiore trasparenza per quanto concerne il loro approccio nei confronti dell'impegno degli azionisti. Essi dovrebbero elaborare e comunicare al pubblico una politica di impegno degli azionisti o spiegare per quale motivo hanno deciso di non procedere in tal senso. La politica di impegno degli azionisti dovrebbe illustrare le modalità attraverso le quali gli investitori istituzionali e i gestori di attivi integrano tale impegno nella loro strategia di investimento e quali diverse attività di impegno scelgono di condurre e in che modo. La politica di impegno dovrebbe altresì comprendere strategie per gestire i conflitti d'interesse esistenti o potenziali, in particolare qualora gli investitori istituzionali, i gestori di attivi o altre società ad essi collegate abbiano rapporti commerciali significativi con la società partecipata. La politica di impegno o la giustificazione dovrebbero essere a disposizione del pubblico online.", chiaro qui è l'intento del legislatore di prevedere una divulgazione obbligatoria permettendo ai clienti dei fondi di conoscere il comportamento dei gestori del loro denaro, e quindi anche se questi stiano agendo nell'interesse proprio piuttosto che del cliente; oggi disposizioni di questo tipo nell'ordinamento italiano vi sono nel T.u.f nella Sezione I *ter* nel capo dedicato alle società quotate.

⁷⁶ Si veda, STRAMPELLI, "Engagement degli investitori istituzionali e colloqui riservati con gli emittenti", in Rivista delle Società, 2018, pp.2 ss., il quale fa presente che sugli azionisti istituzionali, da parte della Direttiva SHR II, è stata riposta una aspettativa per cui questi possano svolgere un ruolo attivo in relazione alle questioni di *governance* dell'emittente, e soprattutto privilegiando un'ottica di gestione di lungo periodo.

⁷⁷ Si pensi alla suddivisione della disciplina dei fondi tra quella sulla gestione dei fondi armonizzati disciplinati dalla Direttiva UCITS del 2009 e quella sulla gestione dei fondi alternativi di cui alla Direttiva AIFM del 2011.

sulle loro politiche di investimento, ma anche determinati doveri di monitoraggio e coinvolgimento.

4.6. Comunicazione al pubblico delle politiche di *engagement*, della strategia di investimento e accordi con gestori di attivi e trasparenza dei gestori di attivi.

Come poco sopra si è detto a partire dal giugno del 2019 sono entrate in vigore anche le norme contenute nella Sezione I-ter, Parte IV, Titolo III, Capo II relativo alla “*Trasparenza degli investitori istituzionali, dei gestori di attivi e dei consulenti in materia di voto*” a seguito del recepimento degli artt. 3-*octies* e seguenti della *Shareholder Rights Directive II*. È necessaria però una precisazione, mentre da più parti in dottrina ma anche in alcune discipline legislative si tende a considerare la categoria degli investitori istituzionali una categoria molto ampia, tale da rientrarvi tutte quelle tipologie di investitori finanziari (o professionali) diversi da quelli industriali (o tradizionali o comuni), nella disciplina europea e a seguito del recepimento, in quella italiana si tende a ripartire questa figura, definendo all’art. 124-*quater* dedicato alle “*Definizioni e ambito applicativi*”, gli investitori istituzionali come le imprese di assicurazione e i fondi pensione, e poi i gestori di attivi come le Sicav, Sicaf e Sgr che gestiscono direttamente i propri patrimoni⁷⁸. Le ragioni dell’inserimento all’interno del Testo Unico Finanziario le si possono ricavare anche dalla relazione illustrativa allo schema del decreto legislativo di recepimento⁷⁹ la quale esplicita che l’introduzione all’interno del T.u.f. e quindi nella disciplina degli emittenti azioni quotate è stata effettuata per ragioni in primo luogo sistematiche e in secondo luogo in coerenza con l’approccio del legislatore europeo il quale ha inserito la disciplina in questione tra quella dei diritti degli azionisti di società quotate in particolare per la rilevanza dell’operato di questi soggetti nel governo societario degli emittenti quotati.

Si passerà qui in rassegna le disposizioni che maggiormente interessano dal punto di vista della trasparenza e l’incentivo all’assunzione di comportamenti attivi da parte degli investitori istituzionali, ma il favore per l’impegno partecipativo (o *engagement*) degli azionisti è da tempo al centro anche del dibattito internazionale, ancora prima che il legislatore europeo se ne occupasse, in quanto vi è da tempo un importante dibattito in materia di *corporate governance* da cui sono derivate anche iniziative auto-regolamentari derivanti da associazioni di categoria, in questo senso si pensi al codice

⁷⁸ Perlopiù autori americani tendono a considerare ampia e onnicomprensiva la definizione di investire istituzionale, si veda in questo senso, DASGUPTA, FOS, SAUTNER, “*Institutional Investors and Corporate Governance*”, in ECGI Finance Working Paper, 2021; Rock, “*Institutional Investors in Corporate Governance*”, in faculty Scholarship at Penn Law, 2015; BAINBRIDGE, “*Shareholder Activism and Institutional Investors*”, in University of California, Los Angeles School of Law Law & Economics Research Paper Series, 2020; BECHT, FRANKS, GRANT, WAGNER, “*The Returns to Hedge Fund Activism: An International Study*”, in ECGI Finance Working Paper, 2015.

⁷⁹ Ossia il d.lgs. n.49/2019, e a pagina otto della relazione si afferma “L’art. 3, comma 2, del presente decreto legislativo, recepisce le nuove norme relative alla trasparenza degli investitori istituzionali e dei gestori degli attivi nonché dei consulenti in materia di voto. Infatti, la Direttiva (dall’art. 3-*octies* all’art. 3-*decies*) prevede obblighi di trasparenza volti a promuovere l’impegno (*engagement*) e l’orientamento al lungo periodo di investitori istituzionali (assicurazioni e fondi pensione) e gestori di attivi nell’investimento in società quotate europee e assicurare adeguati flussi informativi nel rapporto contrattuale tra gestori degli attivi e investitori istituzionali. Inoltre, l’art. 3-*undecies* della Direttiva stabilisce norme sulla trasparenza dei proxy advisor”.

di *stewardship* italiano, che come già visto in precedenti paragrafi, si rifa ad esperienze internazionali, il quale ha anticipato nel suo principio numero 1⁸⁰ quanto previsto da una delle disposizioni rilevanti che qui si andranno ad esaminare, cioè l'art. 124-*quinquies* T.u.f, segno che le associazioni di categoria sono maggiormente all'avanguardia in tal senso perché sono le più vicine ai soggetti direttamente interessati, li rappresentano e ne raccolgono le istanze. Solo in un secondo momento il legislatore europeo ha iniziato ad inseguire l'obiettivo di promuovere l'impegno a lungo termine degli investitori istituzionali all'interno di società europee e ciò anche e soprattutto assicurando adeguati flussi informativi, aumentando la trasparenza nella operatività dei gestori del risparmio altrui⁸¹.

Le nuove disposizioni che qui rilevano dal punto di vista della trasparenza, e di cui la dottrina non si è ancora occupata ampiamente, sono: i) art.124-*quinquies* T.u.f. "*Politica di impegno*"; ii) art.124-*sexies* T.u.f. "*Strategia d'investimento degli investitori istituzionali e accordi con i gestori di attivi*"; iii) art.124-*septies* T.u.f. "*Trasparenza dei gestori di attivi*"; iv) art.124-*octies* T.u.f. "*Trasparenza dei consulenti in materia di voto*".

Similmente alla esperienza auto-regolamentare e legislativa diffusa in più paesi parte delle disposizioni suindicate operano secondo il meccanismo *comply or explain*, per cui si tratta non di un obbligo pieno, in quanto vi si può derogare ma è necessario esporre al pubblico il motivo per cui non si intende ottemperare alla *disclosure* imposta, il legislatore si esprime nel senso di richiedere che "*forniscono una comunicazione al pubblico chiara e motivata delle ragioni dell'eventuale scelta di non intendere adempiere ad una o più delle disposizioni*"⁸². La previsione di un meccanismo siffatto, che come detto non si differenzia dai codici di autodisciplina, non è tale da indebolire la fonte di *hard law* e quindi gli stessi obblighi di trasparenza ivi previsti, anche se in dottrina si oscilla tra chi critica un tal meccanismo⁸³ e chi ne giustifica l'opportunità per motivi funzionali a limitare i rischi derivanti da una imposizione *tout court* di norme vincolanti a contenuto predeterminato⁸⁴. La prima disposizione, l'art.124-*quinquies*, prevede due forme di

⁸⁰ Così il principio numero 1: "*le società di gestione adottano una politica documentata, a disposizione del pubblico, che illustri la strategia per l'esercizio dei diritti inerenti agli strumenti finanziari di pertinenza degli Oicr e dei portafogli gestiti*".

⁸¹ A proposito di disposizioni di questo tipo tra *soft law* e *hard law*, KATELOUZOU, SERGAKIS, "*Shareholder Stewardship Enforcement*", in ECGI Law Working Papers, 2020, p.3, "*Against this mainstream approach of designing and enforcing shareholder stewardship via soft-law norms, the revised EU Shareholder Rights Directive elevates the operability framework of shareholder stewardship to higher standards of transparency and promotes long-term shareholder engagement on the part of institutional investors and asset managers through the imposition of semi-hard rules*".

⁸² Così ad esempio il comma 3 dell'art.124-*quinquies*, o ancora il comma 3 dell'art.124-*septies* afferma che "*l'investitore istituzionale illustra in modo chiaro e articolato tale scelta*".

⁸³ In questo senso, DACCÒ, "*Il Testo Unico Finanziario*", diretto da Cera e Presti, Torino, 2020, p.1809, per cui "*tale nuovo approccio non ha mancato però di sollevare alcune critiche*"; o ancora si veda Paces, "*Hedge Fund Activism and the Revision of the Shareholder Rights Directive*", in ECGI Law Working Paper, 2017, p. 21, "*All of these provisions are established on a comply-or-explain basis: Institutional investors may deviate from them if they explain why deviation is warranted. But, for reputational reasons, it will be hard to see institutional investors opting out of long-termism and the pursuit of ESG goals*".

⁸⁴ In questo diverso senso, BUONAURA, "*Commentario breve al Testo Unico Finanziario*", Milano, 2020, p.960, ove inoltre si ritiene inoltre controllato il costo connesso alla *compliance* normativa, e al rischio di adempimento formalistico delle regole la cui adozione si intende incentivare.

trasparenza, la prima di cui al primo comma che richiede agli investitori istituzionali e ai gestori di attivi di adottare e comunicare al pubblico tramite sito web (co.5) una politica di impegno e inoltre ulteriori informazioni quali, le modalità con cui monitorano le società partecipate su questioni rilevanti, o ancora come esercitano il diritto di voto e gli altri diritti connessi (vi è quindi anche una *disclosure* sull'esercizio del diritto di voto, proprio come avviene in altri ordinamenti), come collaborano con altri azionisti. È chiara l'impronta che il legislatore comunitario ha inteso dare, ossia richiedendo una partecipazione particolarmente attiva dell'investitore istituzionale dal punto di vista dei rapporti societari e nella comunicazione esterna; la seconda forma è quella di cui al comma secondo ove si chiede ai medesimi soggetti di comunicare al pubblico annualmente le modalità di attuazione della suddetta politica di impegno includendo “una descrizione generale del comportamento di voto, una spiegazione dei voti più significativi e del ricorso ai servizi dei consulenti in materia di voto. Essi comunicano al pubblico come hanno espresso il voto nelle assemblee generali delle società di cui sono azionisti e possono escludere i voti ritenuti non significativi in relazione all'oggetto della votazione o alle dimensioni della partecipazione nelle società”; questa disposizione⁸⁵ pone quindi la c.d. politica di *engagement*, che in un precedente capitolo si è già definita e che non corrisponde affatto all'attivismo, semmai può costituire uno dei presupposti o comunque un elemento costitutivo in alcuni casi, il legislatore europeo si riferisce meramente ad un “impegno partecipativo” che al tempo stesso non coincide con la nozione di monitoraggio (o *stewardship*) ma piuttosto vi si sostanzia nel monitoraggio sulle società partecipate, così come affermata dalla norma in esame, e negli altri contenuti indicare, si tratta di previsioni dirette e funzionali all'investimento e che vanno a beneficio dei beneficiari effettivi⁸⁶. Si tratta, dunque, di un flusso informato previsto al dichiarato fine di soddisfare gli interessi dei risparmiatori i quali potranno conoscere le strategie degli investitori istituzionali, ma soddisfa anche l'interesse degli investitori istituzionali i quali potranno monitorare il comportamento degli *asset manager*, e infine è indirizzata a stimolare e perseguire politiche di investimento di medio e lungo termine, considerate dal legislatore come capaci di creare valore nel tempo⁸⁷. In conclusione, seppur chiari gli intenti del legislatore comunitario, la critica suddetta della previsione del meccanismo *comply or explain* è difficilmente superabile perché pone delle questioni fondate, in quanto si osserva principalmente che tale meccanismo fa perdere la portata innovativa delle nuove disposizioni in quanto queste vanno a porsi sullo stesso grado

⁸⁵ Che ha una specifica norma attuativa all'interno del Regolamento Emittenti Consob, l'art.143-*sexies* “Comunicazioni al pubblico da parte dei gestori di attivi in materia di politica di impegno”.

⁸⁶ Come detto, e come si fa notare in dottrina le iniziative di impegno di cui all'art.124-*quinquies* necessitano di essere distinte da quelle che sfociano nel fenomeno dello *shareholder activism*, in quanto questo fenomeno ha caratteri ulteriori - ma non diversi - che comunque si sostanziano nell'impegno del partecipante ma in altre forme e più intense; si veda, STRAMPELLI, “*Engagement degli investitori istituzionali e colloqui riservati con gli emittenti*”, in Rivista delle Società, 2016, pp.2 ss.

⁸⁷ Cfr. BUSANI, op. cit., p.582; si veda inoltre la prima parte del considerando 19 della direttiva SHRD II “Un approccio a medio e lungo termine è un fattore chiave della gestione responsabile degli attivi. Di conseguenza gli investitori istituzionali dovrebbero comunicare al pubblico, con cadenza annuale, le informazioni che illustrano in che modo gli elementi principali della loro strategia di investimento azionario sono coerenti con il profilo e la durata delle loro passività e in che modo tali elementi contribuiscono al rendimento a medio e lungo termine dei loro attivi”. Cfr. Anche, Cera, “Le società con azioni quotate nei mercati”, Torino 2020, p.87.

di coerenza delle fonti di *soft law*, il che pone il fondato dubbio del se era così necessario introdurre una disciplina di questo tipo che in nulla differisce da quella auto-regolamentare se non dal maggior dettaglio delle disposizioni, e in secondo luogo se si è avuto già modo di constatare la inefficienza dei codici di disciplina ad incentivare il dialogo e quindi l'impegno partecipativo degli investitori istituzionali, non si vede come una medesima disciplina ma emanata dal legislatore e con una stessa portata (semi)obbligatoria possa avere un risultato differente.

Altre norme che adempiono alle medesime funzioni di trasparenza e per cui possono condividersi in parte le medesime critiche sono gli artt.124-*sexies* e *septies* T.u.f.: la prima ha il chiaro intento di sollecitare un superamento degli orizzonti di investimento orientati al breve termine⁸⁸, richiedendo una *disclosure* nei confronti del pubblico avente ad oggetto “*in che modo gli elementi principali della loro [degli investitori istituzionali] strategia di investimento azionario sono coerenti con il profilo e la durata delle loro passività, in particolare delle passività a lungo termine (..)*” Inoltre ai sensi del comma secondo nel caso in cui la gestione del portafoglio sia affidata ad un gestore di attivi è richiesta, sempre secondo il principio *comply or explain*, la trasparenza su specifici elementi dell'accordo con il gestore⁸⁹. Ultima disposizione relativa a questa categoria di investitori è l'art.124-*septies* sulla “*Trasparenza dei gestori di attivi*”, si tratta di una disciplina che prevede obblighi di informazione dei gestori incaricati da investitori istituzionali nel caso di accordi di cui all'art.124-*sexies*, con lo scopo essenziale di garantire adeguati flussi informativi su base annuale, sulle modalità con cui la strategia di investimento rispetta l'accordo e contribuisce al rendimento dei portafogli nel medio-lungo termine, e di conseguenza anche permettere una funzione di controllo sulla gestione del gestore, e con la possibilità di valutare se questo persegua politiche a lungo termine coerente con l'interesse in questo senso dell'investitore istituzionale; tutto ciò dovrebbe portare ad una responsabilizzazione del gestore. Si tratta in ogni caso di una disposizione non particolarmente rilevante ai fini di questo contributo.

In conclusione, queste appena illustrate, e anche quella non analizzata sulla trasparenza dei consulenti di voto sono le disposizioni sulla trasparenza che si rivolgono al mondo degli investitori istituzionali - *lato sensu* intesi - e al loro operare, che compongono una disciplina differenziata rispetto a quella degli azionisti comuni in quanto il legislatore europeo ha voluto valorizzare ed evidenziare le loro diverse qualità, facendo perno nel caso degli investitori istituzionale nel loro potere di incidere positivamente sugli aspetti di *corporate governance* a cui la dottrina e lo stesso legislatore sono ormai particolarmente attenti, in controtendenza rispetto al passato quando qualcuno prospettava addirittura una possibile limitazione delle partecipazioni di investitori istituzionali, prospettiva che oggi ha ceduto e che vede una sempre maggiore crescita del fenomeno della istituzionalizzazione degli assetti proprietari, e quindi la detenzione in buona parte delle società quotate di azioni o altri strumenti finanziari partecipativi ad opera di investitori

⁸⁸ Si veda la nota 245 nella parte relativa al considerando 19.

⁸⁹ Tra cui il modo in cui il gestore è incentivato ad allineare la sua strategia di investimento con il profilo e la durata della passività dell'investitore istituzionale e a perseguirne l'interesse di medio e lungo termine; le modalità di valutazione dei risultati del gestore, compresa la sua remunerazione; le modalità di monitoraggio dei costi sostenuti per la rotazione del portafoglio a medio e lungo termine dell'investitore istituzionale. Si veda anche la relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo n. 49 del 2019.

istituzionali, che, allo stato attuale, assumono strategie attive o passive a seconda delle loro caratteristiche e obiettivi.

5. Conclusioni: la trasparenza è funzionale o di ostacolo allo *shareholder activism*?

Già con la riforma del diritto della società quotate che nel 1998 si è avuta con la introduzione del Testo unico finanziario - che aveva l'intenzione di rafforzare i diritti degli azionisti di minoranza - si nutriva l'idea che queste nuove disposizioni sarebbero state utilizzate dagli investitori istituzionali, i quali avrebbero sfruttato i poteri ivi previsti per meglio attuare il monitoraggio delle società quotate⁹⁰, e da cui sarebbe conseguito quell'effetto benefico di una riduzione degli *agency costs* derivanti dalla separazione tra proprietà e controllo nelle società quotate; così già decenni fa si aveva come obiettivo quello della creazione di un contesto che incentivasse l'attivismo degli investitori istituzionali, e ciò tramite una apposita normativa che portava in sé la presunzione di incentivare lo stesso attivismo, una presunzione che non è sparita con i recenti interventi normativi poco sopra esaminati⁹¹; però, in questo discorso non bisogna incappare nella petizione di principio per cui gli investitori istituzionali siano tali, in ogni caso, da portare benefici per la schiera dei risparmiatori che alla necessità, in presenza di problematiche all'interno della società e che incidano sul valore della stessa, si fanno carico di ovviare a tali problemi anche a favore degli altri piccoli azionisti apatici e passivi, questo perché alcune azioni poste in essere dagli azionisti istituzionali possono essere anche svantaggiose per i risparmiatori ma non per i primi, i quali hanno normalmente orizzonti temporali e strategie diverse (anche se il legislatore finanziario con l'introduzione delle ultime disposizioni, recependo la direttiva sui diritti degli azionisti, auspica degli orizzonti di medio-lungo periodo anche per questa tipologia di investitori) e che inoltre sul vincolo di fiducia che hanno con i loro clienti agiranno nel maggiore interesse soltanto di quest'ultimi⁹². Fatte queste premesse, va qui rammentato che lo *shareholder activism* è chiaramente un fenomeno o che riguarda non solo azionisti finanziari ma anche industriali, o comuni, come già si è spiegato e che tale fenomeno assume diverse forme, dunque bisogna vagliare se la divulgazione di informazioni (la trasparenza o *disclosure*) sia funzionale tanto all'attivismo *ex ante* considerato strategico e forse, sarebbe da aggiungere anche, professionale, e tanto a quello *ex post* ossia incidentale ed eventuale.

⁹⁰ Così, BIANCHI, CORRADI, ENRIQUES, "Gli investitori istituzionali italiani e la corporate governance delle società quotate dopo la riforma del 1998: un'analisi del ruolo potenziale dei gestori di fondi comuni", in Banca Impresa Società, 2002, p. 397.

⁹¹ Altri autori criticano quel ruolo benefico che si attribuisce agli investitori istituzionali, piuttosto ritenendo che tutelare i risparmiatori sia ruolo delle autorità, che sono soggetti adeguati rispetto a questi scopi, ma anche dotati di mezzi idonei, infatti così, commentando il contributo di cui alla nota 251, CAMMARO, "L'attivismo degli investitori istituzionali (brevi riflessioni sul saggio di M. Bianchi, M.C. Corradi e L. Enriques)", in Banca Impresa Società, 2002, p. 439.

⁹² Chiaro, quindi, che l'investitore istituzionale tende ad essere attivo non per il bene del mercato nel suo complesso, ma soltanto in quanto questo possa concretamente generare un vantaggio per i propri clienti in primo luogo, e in secondo luogo per loro stessi, che a migliori *performance* normalmente corrispondono anche maggiori remunerazioni.

I mercati finanziari e i soggetti che in essi operano hanno come fulcro l'informazione, tale da renderli vulnerabili alla stessa, in quanto in grado di impedire e ostacolare lo stesso funzionamento dei mercati, è questa in prima istanza da sempre la motivazione generale che porta ad interventi normativi in questa materia⁹³. Concretamente la diffusione di informazioni da parte delle società ha tendenzialmente due benefici: il primo è quello che diffondendo le informazioni al pubblico, inteso come soggetti anche estranei alla società, permette di rendere maggiormente consapevoli le scelte di investimento e disinvestimento, e in secondo luogo chi è già azionista della società avrà modo di intervenire laddove ciò si renda necessario, è possibile attenuare i problemi di agenzia interloquendo con i gestori della società nell'obiettivo di allineare la loro operatività nell'interesse degli azionisti e bloccando l'assunzione di comportamenti opportunistici svantaggiosi per questi ultimi⁹⁴; si può scorgere in queste ultime parole qualche connotato di ciò che viene considerato attivismo, anche se probabilmente sulla base di quanto da ultimo introdotto dal legislatore, questa dinamica è meglio riconducibile ai concetti di *engagement* e *stewardship*, ma ad avviso di chi scrive ciò che conta per parlare di attivismo è principalmente l'intensità ma anche gli obiettivi prefissati. L'informazione si pone in pratica, e inevitabilmente, come uno strumento di protezione degli investitori derivandone un mercato da questo punto di vista efficiente, questa efficienza è in grado o no di far attivare gli investitori, tutti gli investitori, rispetto alla vita societaria? Con meno dubbi è possibile ritenere che la trasparenza sia in grado di incentivare ad attivare gli investitori comuni, coloro che normalmente non hanno particolari strategie rispetto all'emittente partecipato, con la diffusione delle informazioni sono in grado di conoscere inefficienze che sottovalutano la propria partecipazione e piuttosto che esercitare l'*exit* possono essere invogliati ad aprire un dialogo con il *management*, agire di concerto con altri azionisti, comunicare con l'azionista di controllo o ancora esercitare azioni di responsabilità quando dalle informazioni è possibile ricavare la presenza di un danno nei confronti degli investitori causati ad esempio dagli amministratori, si tratta tecniche riconducibili allo *shareholder activism*⁹⁵. Ma quanto appena detto vale anche per gli investitori istituzionali? Difficilmente è possibile fare un discorso unitario vista la eterogeneità degli stessi, si pensi ai fondi *hedge* e al *business model* che adottano, ove il primo passo è quello della raccolta di informazioni, che rispetto al settore degli investimenti industriali, presenta maggiori difficoltà e particolarità, sulla base di queste informazioni

⁹³ Da questa prospettiva è fondamentale l'analisi di GILOTTA, "Trasparenza e riservatezza nella società quotata", in Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Milano, 2012, p.3, il quale ritiene che gli interventi normativi si sostanziano quindi nella imposizione di regole di trasparenza obbligatoria, così prevedendo dei doveri più o meno penetranti di divulgare informazioni utili per gli investitori, anche se è una prospettiva poco seguita ultimamente dal legislatore il quale prevede in parte regole di trasparenza non obbligatorie, che operano secondo il più volte citato meccanismo di *comply or explain*.

⁹⁴ Cfr. GUACCERO, "L'attivismo azionario: verso una riscoperta del ruolo dell'assemblea(?)", in Rivista delle Società, 2016, p.416, l'autore in questo senso riconosce che "alla maggiore consapevolezza degli azionisti, si accompagna anche un significativo numero di casi in cui i singoli azionisti (activist shareholders) si contrappongono all'organo amministrativo invocando gli strumenti di comunicazione (...)".

⁹⁵ Per capire queste affermazioni può essere d'aiuto, FAIRFAX, "From Apathy to Activism: The Emergence, Impact, and Future of Shareholder Activism as the New Corporate Governance Norm" in Boston University Law Review, 2019.

si esegue uno *screening* con cui si valutano le *performance* attuali e passate, e le caratteristiche di determinate società assunte come potenziali *target*, da qui inizia quel necessario processo di selezione delle stesse⁹⁶; per un investitore di tale genere l'informazione è fondamentale, ciò non vuol dire che la trasparenza imposta alle società sia essa stessa fondamentale, ciò in quanto la capacità dei fondi speculativi è quella di ottenere una quantità di informazioni importanti sugli emittenti, ma informazioni che gli permettano di ricavarne la loro potenzialità rispetto all'attuale rendimento che solitamente rispecchierà il loro essere sottostimati. Così il vantaggio e la competitività di questi fondi consiste nel riuscire ad ottenere informazioni che il mercato non conoscerà mai o soltanto in un momento successivo, e quindi operare di anticipo sul mercato in modo da ottenere il maggior risultato possibile dalle società *target* sottostimate dopo aver posto in essere la loro strategia, dunque se il mercato in generale avesse a propria disposizione tutte le informazioni di questo tipo allora potrebbe operare le medesime scelte, ma se così fosse allora non ci sarebbero importanti differenze tra un investitore o un altro e i fondi maggiormente attivisti, o attivisti per natura come sono normalmente gli *hedge fund* abbandonerebbero questo modo di operare divenendo meri investitori passivi, il che rispecchia anche l'attuale contesto, che risulta caratterizzato da una importante presenza di fondi passivi⁹⁷. Secondo questa prospettiva, l'informazione nei mercati finanziari ha un valore economico, in quanto la stessa genera delle stime più attendibili dei valori scambiati sui mercati, e come detto, se il valore attuale e quello ricavabile dalla incorporazione della informazione sono diversi e sulla base di quest'ultima è più elevato allora vi è un disallineamento, l'investitore potrà così fare le sue scelte⁹⁸. Si può così concludere rilevando che secondo questa analisi gli investitori istituzionali che presentano tali caratteristiche, a differenza di quelli che dal punto di vista delle strategie e obiettivi si avvicinano molto a quelli comuni, non sono incentivati dalla disciplina sulla trasparenza a divenire attivisti, ma si potrebbe dire che ne forma ostacolo a tale fenomeno che diretta maggiormente ad una operatività passiva da cui si ottiene un risparmio dei costi di gestione - che rappresenta un vantaggio rispetto all'operare attivamente ma senza ottenerne benefici economici - che sono quindi molto ridotti in virtù del fatto che non devono sopportare i costi derivanti dalla raccolta e analisi di informazioni.

⁹⁶ Si veda, GENTILI, VISCONTI, "Hedge fund: modelli di business e valutazione delle SGR speculative", in Banche e Banchieri, 2005, p.8.; si veda inoltre Gantchev, Gredil, Jotikasthira, "Governance under the Gun: Spillover Effects of Hedge Fund Activism", in ECGI Finance Working Paper, 2018; Kahan, Black, "Hedge Funds in Corporate Governance and Corporate Control", in University of Pennsylvania Law Review, 2007.

⁹⁷ Si parla di "irresistibile ascesa" degli investitori passivi e in particolare di *index funds*, che limitandosi a replicare un indice, non eseguono delle reali selezioni di titoli in quanto non sono propriamente *stock pickers* alla ricerca di titoli sottovalutati da acquistare o sopravvalutati da rivendere. Così GILOTTA, "Il dialogo selettivo tra la società quotata e i suoi azionisti", in Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Milano, 2022, p.23.

⁹⁸ Così ancora, GILOTTA, "Trasparenza e riservatezza nella società quotata", in Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Milano, 2012, p.16, "con l'espressione disclosure si allude all'attività di divulgazione dell'informazione posta in essere dalla società in risposta alla domanda informativa proveniente dal mercato e avente quindi quale destinatario la platea dispera degli investitori", "(...)e che nasce quindi privata o riservata".

***Capitalizzazione composta e capitalizzazione semplice:
indeterminatezza dell'oggetto contrattuale e carenza di
accordo tra le parti ****

di Vincenzo CANCRINI**

The paper analyses the use of compound capitalization in the calculation of interest in financing contracts, explaining the functioning of the algorithms of compound capitalization and simple capitalization, in the light of the most recent orientations of the jurisprudence and of the case-law of the Court of Cassation.

More specifically, the system of compound capitalization in the calculation of interest is examined, both in bullet loans and in the French amortization schedule, highlighting the various levels of interest over interest, which are hidden in the individual instalments.

In addition, having duly distinguished the legal phenomena of imputation, capitalization and anatocism, the paper highlights the peculiarities of bank anatocism, as well as the effects produced by the aforementioned system of calculating compound interest according to Italian Civil Law, both with regard to cases in which the amortization schedule has been attached to the contract and to cases in which it has not been attached. All of this, also in consideration of the lack of express acceptance of the compounding calculation regime.

In conclusion, the article emphasizes how the failure to indicate the capitalization regime, both from a legal point of view and in the light of the laws of financial mathematics, determines "an unavoidable ambiguity" in the calculations to be performed, given that the "total amount of interest" and the size of the "instalment" vary depending on whether the loan repayment has been calculated in "simple capitalization" rather than in "compound capitalization".

Dicembre 2022

* Contributo approvato dai *referee*.

** Avvocato del foro di Roma.

Abstract

The paper analyses the use of compound capitalization in the calculation of interest in financing contracts, explaining the functioning of the algorithms of compound capitalization and simple capitalization, in the light of the most recent orientations of the jurisprudence and of the case-law of the Court of Cassation.

More specifically, the system of compound capitalization in the calculation of interest is examined, both in bullet loans and in the French amortization schedule, highlighting the various levels of interest over interest, which are hidden in the individual instalments.

In addition, having duly distinguished the legal phenomena of imputation, capitalization and anatocism, the paper highlights the peculiarities of bank anatocism, as well as the effects produced by the aforementioned system of calculating compound interest according to Italian Civil Law, both with regard to cases in which the amortization schedule has been attached to the contract and to cases in which it has not been attached. All of this, also in consideration of the lack of express acceptance of the compounding calculation regime.

In conclusion, the article emphasizes how the failure to indicate the capitalization regime, both from a legal point of view and in the light of the laws of financial mathematics, determines "an unavoidable ambiguity" in the calculations to be performed, given that the "total amount of interest" and the size of the "instalment" vary depending on whether the loan repayment has been calculated in "simple capitalization" rather than in "compound capitalization".

L'articolo analizza l'utilizzo della capitalizzazione composta nel calcolo degli interessi dei contratti di finanziamento, anche alla luce dei più recenti orientamenti della giurisprudenza di merito e di legittimità, spiegando altresì il funzionamento degli algoritmi della capitalizzazione composta e di quella semplice.

Più in particolare, viene esaminato il sistema di capitalizzazione composta nel calcolo degli interessi, sia nel finanziamento bullet, sia nel piano di ammortamento alla francese e così facendo vengono evidenziati i vari livelli di interessi su interessi, che si nascondono nelle singole rate.

Inoltre, fatta la debita distinzione tra i fenomeni giuridici dell'imputazione, della capitalizzazione e dell'anatocismo, il lavoro mette in evidenza le peculiarità dell'anatocismo bancario, nonché gli effetti civilistici prodotti dal menzionato sistema di calcolo degli interessi composti, sia avuto riguardo ai casi in cui il piano di ammortamento sia stato allegato al contratto, sia nelle ipotesi in cui tale piano non sia stato allegato. Il tutto, anche in considerazione della mancata accettazione espressa del regime di calcolo della capitalizzazione composta.

Infine, l'articolo evidenzia come la mancata indicazione del regime di capitalizzazione, sia in punto di diritto, sia sulla base delle leggi della matematica finanziaria, determina "un'ambiguità ineliminabile" nei calcoli da eseguire, atteso che il "monte complessivo interessi" e l'entità della "rata" variano a seconda che il rimborso del prestito sia stato calcolato in "capitalizzazione semplice", piuttosto che in "capitalizzazione composta".

Capitalizzazione composta e capitalizzazione semplice: indeterminazione dell'oggetto contrattuale e carenza di accordo tra le parti.

SOMMARIO: 1. Il costo occulto dei mutui. Cenni. – 2. Il costo occulto derivante dalla capitalizzazione composta. – 3. Capitalizzazione composta e capitalizzazione semplice: Differenze ed Esempificazione dei livelli di anatocismo propri della capitalizzazione composta. Il finanziamento bullet e il piano di ammortamento alla francese. – 4. La necessità di comprendere il funzionamento dell'algoritmo sulla base del quale è stato determinato il piano di ammortamento. La prova della capitalizzazione. Capitalizzazione, imputazione e anatocismo: tre fenomeni distinti. – 5. L'anatocismo bancario. – 6. L'indeterminatezza del tasso contrattuale o la carenza di accordo tra le parti. – 7. La mancata indicazione del regime di capitalizzazione. – 8. Conclusioni.

1. Il costo occulto dei mutui. Cenni.

La problematica dell'esistenza di un eventuale costo occulto nei mutui e nei finanziamenti in genere¹ è stata affrontata da numerose sentenze² che a vario titolo hanno affermato la sussistenza di interessi anatocistici derivanti dalla capitalizzazione composta³, oppure si sono limitate ad affermare che tale modalità di calcolo degli interessi genera soltanto un "costo occulto" a carico del mutuatario, negando espressamente l'effetto anatocistico⁴ o ritenendo sufficiente l'esistenza di tale costo senza dover necessariamente affrontare il problema dell'anatocismo⁵.

¹ Il paragrafo 3 è da attribuire alla Prof.ssa Barbara Guardabascio titolare del corso "Finanza e metodi quantitativi per l'economia" all'Università degli Studi di Perugia che si ringrazia, unitamente al Prof. Antonio Annibaldi professore ordinario di "Matematica Finanziaria" all'Università "La Sapienza" di Roma per gli utili commenti e suggerimenti.

² Cfr. Trib. Bari, Sede di Rutigliano, 29 ottobre 2008, n.113; Trib. Larino, sede di Termoli, 3 maggio 2012, n.119; Giudice di Pace di Teramo, 16 febbraio 2016, n.135; Trib. Campobasso, 22 febbraio 2016, n.108; Trib. Napoli, 13 febbraio 2018, n.1558; Trib. Lucca, 10 maggio 2018, n.763; Trib. Massa, 13 novembre 2018, n.797; Trib. Massa, 7 febbraio 2019, n.160; Trib. Cremona, 11 marzo 2019, n.177; Trib. Cremona, 18 marzo 2019, n.201; Trib. Cremona, 27 marzo 2019, n.221; Trib. Cremona, 28 marzo 2019, n.227; Trib. Cremona, 23 aprile 2019, n.287; App. Campobasso, 5 dicembre 2019, n.412; Trib. Massa, 4 febbraio 2020, n.90; Trib. Campobasso, 26 marzo 2020, n.158; Trib. Prato, 3 giugno 2020, n.250; Trib. Lucca, 10 giugno 2020, n.476; Trib. Napoli, 15 giugno 2020, n.4102; Trib. Bari, 8 luglio 2020, n.2168; Trib. Massa, 3 agosto 2020, n.384; App. Bari, 27 ottobre 2020, n.1980; Trib. Campobasso, 4 novembre 2020, n.528; Trib. Roma, 8 febbraio 2021, n.2188; Trib. Massa, 4 maggio 2021, ordinanza RG.329; Trib. Viterbo, 5 giugno 2021, n.733; Trib. Larino, 13 settembre 2021, n.359; Trib. Pesaro, 13 ottobre 2021, n.739; Trib. Nola, 9 dicembre 2021, n.704; Trib. La Spezia, 21 dicembre 2021, n.739; Trib. Cremona, 8 gennaio 2022, n.8; Trib. Vicenza, 1° febbraio 2022, n.170; Trib. Campobasso, 18 marzo 2022, n.156; Trib. Lecce, 21 marzo 2022, n.787; Trib. Taranto, 28 marzo 2022, n.796; App. Napoli, 19 aprile 2022, n.1724; Trib. Velletri, 24 maggio 2022, n.1098; Trib. Larino, 18 luglio 22, n. 378; Trib. Torre Annunziata, 10 ottobre 22, n. 3268; Trib. Lecce, 2 novembre 2022, n. 3054; Sentenze disponibili in www.bancheepoteri.it, 23 novembre 2022.

³ Cfr. Trib. Massa, 4 febbraio 2020, n. 90; Trib. Massa. Ordinanza Collegiale, 4 giugno 2021, in www.ilcaso.it; Trib. Taranto, 29 marzo 2022, n. 796; App. Napoli, 26 aprile 2022, n. 1724, in www.centroanomaliebancarie.it;

⁴ Cfr. Trib. di Roma, 8 febbraio 2021, n. 2188 in www.ilcaso.it;

⁵ Cfr. Trib. di Cremona, 12 gennaio 2022, n. 8 in www.ilcaso.it; Trib. di Campobasso, 18 marzo 2022, n. 156 in www.centroanomaliebancarie.it; Trib. Vicenza, 3 febbraio 2022, n. 170 in www.diritto.it;

La soluzione adottata da tali pronunce postula che **il calcolo degli interessi nel nostro ordinamento venga eseguito in modo “lineare”**, come prescrivono gli artt. 821, 3° co. e 1284 1° e 3° co. c.c.

Infatti, il nostro codice civile impone il calcolo lineare e graduale degli interessi, cioè “giorno per giorno” (art. 821, 3° comma c.c.) e non “giorno su giorno”; impone altresì di indicare nel contratto bancario in forma scritta (art. 1284, 3° comma c.c.) il tasso effettivamente applicato “in ragione d’anno” (art. 1284, 1° comma c.c.)⁶, con l’ovvia conseguenza che il tasso degli interessi pattuiti deve essere indicato in contratto nella misura concreta, reale ed effettiva, senza cioè che lo stesso tasso di interesse contrattualmente convenuto possa essere surrettiziamente modificato attraverso l’adozione del regime di calcolo del piano di ammortamento in regime composto, piuttosto che di quello semplice.

Ciò significa, in sintesi che, avuto riguardo al combinato disposto degli artt. 821, 3° co. c.c. e 1284 1° co. c.c., **gli interessi dei mutui e dei finanziamenti vanno calcolati “in regime semplice”, senza alcuna capitalizzazione.**

Vediamo, dunque, se c’è e dove si annida il costo occulto e, in ipotesi, l’anatocismo nei mutui.

2. Il costo occulto derivante dalla capitalizzazione composta.

Come visto, alcune pronunce, pur riconoscendo la presenza di un costo occulto generato dall’applicazione del meccanismo di calcolo degli interessi mediante la capitalizzazione composta, negano la presenza di un vero e proprio anatocismo⁷. Altre, invece, partendo dal presupposto che l’applicazione del già menzionato criterio di calcolo agisca esclusivamente sul capitale residuo, dedotta la quota-capitale pagata con la rata, negano del tutto l’esistenza di qualsivoglia costo occulto⁸, oltre che anatocistico, ritenendo del

⁶ L’art. 1284 1° co. c.c. stabilisce che il tasso legale come tasso effettivamente applicato in ragione d’anno è - per così dire - “un tasso finito” e ne attribuisce la facoltà di modificarlo ad apposito decreto del Ministero del Tesoro, che deve calcolarlo, appunto, “sulla base del **rendimento medio annuo lordo dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi** e tenuto conto del tasso d’inflazione registrato nell’anno”

⁷ È il caso della menzionata sentenza del Trib. Roma, 8 febbraio 2021, n. 2188, che pur riconoscendo espressamente l’esistenza di un costo occulto generato dalla capitalizzazione composta, riportandosi al “costante orientamento” del medesimo Tribunale afferma che “il piano di ammortamento alla francese non determina di per sé alcun effetto anatocistico connesso alla illegittima capitalizzazione degli interessi pattuiti”. Continua il Tribunale affermando che “la caratteristica di un tale piano di rimborso graduale del finanziamento formato da rate costanti con quota capitale crescente e interessi decrescenti, non è quella di operare un’illegittima capitalizzazione degli interessi corrispettivi scaduti e non pagati, posto che la quota interessi di ogni rata è calcolata esclusivamente sull’ammontare del debito residuo del periodo precedente, che è costituito dal capitale dovuto, al netto dell’importo già pagato in linea capitale con le rate precedenti.

Gli interessi convenzionali sono, quindi, calcolati sulla quota capitale ancora dovuta e per il periodo di riferimento della rata, senza capitalizzare in tutto o in parte gli interessi corrisposti nelle rate precedenti.

Ragione per cui, dal momento che gli interessi passivi delle rate pregresse non costituiscono affatto base di calcolo nella rata corrente, il sistema di calcolo c.d. alla francese non può generare alcun effetto anatocistico, vietato ai sensi dell’art. 1283 c.c., né direttamente, né indirettamente” (Cfr. Trib. Roma, 8 febbraio 2021, n. 2188).

⁸ Alcuni giudici di merito, negando qualsiasi effetto della capitalizzazione composta, ritengono che “nell’ammortamento alla francese la determinazione del valore della rata è universalmente calcolata secondo la legge

tutto lecita l'applicazione della capitalizzazione composta senza necessità di alcuna esplicita accettazione da parte del mutuatario. Tali pronunce non sono condivisibili, in quanto incontrano il limite di far riferimento, in taluni casi, a vere e proprie congetture, come succede tutte le volte in cui si legge che *“in un piano di ammortamento stilato nel regime della capitalizzazione composta le quote interessi sono calcolate secondo le leggi del regime della capitalizzazione semplice”*. In tali casi, infatti, si motiva facendo ricorso ad *“un'affermazione priva di significato scientifico”*⁹ e, dunque, si incorre in una motivazione perplessa o apparente. In altri casi, ci si limita a ritenere sufficiente la previsione di taluni elementi contrattuali, come ad esempio l'espressa previsione del *“capitale iniziale”*, del *“tasso di interesse nominale, numero rate e l'importo della rata fissa”*¹⁰, negando contro l'evidenza dei fatti qualsiasi effetto alla capitalizzazione composta e, dunque, omettendo un rigoroso e dovuto accertamento su un fatto processuale allegato dalle parti, senza la relativa motivazione, come si vedrà meglio appresso.

In realtà, tale costo occulto è l'effetto prodotto dall'applicazione della capitalizzazione composta in fase di costruzione del piano di ammortamento a prescindere dalla tipologia dello stesso (alla francese, all'italiana, alla tedesca, all'americana o di qualsiasi altro tipo) ed è nascosto, pertanto, nella formula matematica utilizzata nella elaborazione di tale piano di rimborso e in base alla quale viene sviluppato. Per la precisione, proprio a causa della capitalizzazione composta con cui la banca conteggia surrettiziamente gli interessi del mutuo, il suddetto “costo occulto” si annida nelle quote interessi delle rate del mutuo calcolato con un algoritmo “francese” in capitalizzazione composta.

Tale “costo occulto” del piano di ammortamento in capitalizzazione composta sussiste sia se si applichi tale modalità di calcolo sulla **quota-capitale in scadenza**, sia sul **debito residuo**¹¹.

Per la precisione, in siffatti casi eminenti studiosi di matematica finanziaria¹² parlano di **anatocistico genetico** insito, come detto, nella formula matematica attraverso la quale

di capitalizzazione composta. Le condizioni economiche sono determinate in modo univoco, visto che il contratto riporta capitale iniziale, tasso di interesse nominale, numero rate e l'importo della rata fissa” (Cfr., per tutte, Trib. Torino, 18 febbraio 2022, in *Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza*, 27115, 9 aprile 2022).

⁹ Cfr. A. ANNIBALI *“AA57 Scindibilità parametrica”*, in *www.attuariale.eu*, 20 ss;

¹⁰ Cfr. Trib. Torino, 18 febbraio 2022 cit.

¹¹ Abbiamo usato la locuzione “debito residuo” come sinonimo di “capitale residuo”. Secondo alcuni autori la modalità di calcolo degli interessi sul capitale residuo sarebbe addirittura illegittima e, anzi, sussisterebbe la “nullità del patto di interessi (corrispettivi), in tal guisa concepiti per difetto di causa in quanto non può essere consentito al creditore di pretendere il pagamento di interessi “in corrispettivo” di un vantaggio della liquidità di cui il debitore non abbia ancora goduto” (Cfr. Prof. Vincenzo Farina “Finanziamento con restituzione rateale a mezzo di piano di ammortamento alla francese. Profili di disciplina” in *www.ilcaso.it*). Per ulteriori approfondimenti V. anche “La problematicità dell'ammortamento alla francese. Una matematica dal difficile accesso” - R. MARCELLI in *www.ilcaso.it*, 22.6.2022.

¹² Per approfondimenti si veda: A. ANNIBALI, A. ANNIBALI, C. BARRACCHINI, F. OLIVIERI, *Sulla misura del livello di anatocismo presente nelle operazioni finanziarie regolate dal regime della capitalizzazione composta*, in *Le controversie Bancarie, Attualità di Giurisprudenza, Dottrina e casi pratici*, nn. 40-41-42-44; A. ANNIBALI, A. ANNIBALI, C. BARRACCHINI, F. OLIVIERI – *“Considerazioni sull'onere implicito relativo al differenziale di regime finanziario nelle operazioni di prestito con rimborso rateale”*, in *Le controversie Bancarie, Attualità di Giurisprudenza, Dottrina e casi pratici*, anno II, n. 45; A. ANNIBALI, A. ANNIBALI, C. BARRACCHINI – *“Lo “stato dell'arte”, sia accademico che professionale, sulla presenza dell'anatocismo nell'ammortamento di mutui “alla francese” e relativa stesura del piano in capitalizzazione semplice”*, in *Le*

si calcola il piano di rimborso. E, si noti, siamo di fronte ad un teorema scientifico, ben noto ai matematici e, di riflesso, ben noto alle Banche.

Nel momento stesso in cui il piano di ammortamento viene configurato si determina “*a priori*” sia il “*monte complessivo degli interessi*”¹³ da applicare al prestito e sia la “*rata costante*” mediante la quale il prestito verrà rimborsato per capitale ed interessi, attraverso l’applicazione della seguente formula

$$R = \frac{D_0 i}{1 - (1 + i)^{-n}}$$

*R = Rata
D = Debito (o capitale)
I = Interessi

È bene sottolineare che nella determinazione del c.d. “*r*” l’algoritmo (o la formula matematica) del piano di ammortamento alla francese in capitalizzazione composta conteggia anche gli interessi che si generano tra una rata e l’altra che, di per sé stesse, sono già comprensive di interessi. In altri termini, viene “*capitalizzata*” ogni singola quota-interessi generata da ogni quota-capitale in cui si articola il piano di ammortamento. In particolare, la quota-interessi viene a sua volta capitalizzata a più livelli in funzione del tempo in cui viene corrisposta e della scadenza del debito. L’effetto caratteristico della capitalizzazione composta è, infatti, quello derivante dal cd. “*fattore esponenziale*” della formula matematica sopra riportata (i.e. il fattore “-n”), che determina una crescita o progressione “geometrica” degli interessi. Al contrario, la formula del piano di ammortamento in capitalizzazione semplice, che è la seguente

$$R^{CS} = \frac{D_0(1 + in)}{n \left(1 + i \frac{n-1}{2}\right)}$$

è priva del suddetto “*fattore esponenziale*” e la stessa, dunque, non dà luogo ad una crescita esponenziale e geometrica degli interessi, ma lineare e proporzionale al tempo.

Per comprendere il fenomeno è necessario tener presente che in matematica finanziaria “*l’adozione del regime finanziario della capitalizzazione composta comporta anatocismo, in quanto il pagamento delle quote interessi alle singole scadenze equivale finanziariamente al pagamento del loro montante alla scadenza finale del mutuo (pagare contestualmente vuol dire capitalizzare!)*”¹⁴.

Ciò significa che il “costo occulto” o, se vogliamo, anatocistico si nasconde, innanzitutto, nel “*pagamento delle quote interessi alle singole scadenze*” che, sotto il profilo della

controversie Bancarie, Attualità di Giurisprudenza, Dottrina e casi pratici, anno I, num. 3, 2017, ISSN 2611-0083

¹³ Il concetto di “*monte complessivo degli interessi*” viene utilizzato - in senso prettamente giuridico e fattuale, non di matematica finanziaria - per esprimere l’entità complessiva degli interessi che il rimborso rateale del capitale finanziato sarà in grado di generare in base alla durata, alla formula matematica del piano di rimborso e al tasso contrattuale. Dal punto di vista della matematica finanziaria sarebbe preferibile parlare di “*insieme complessivo delle quote interessi*” (Cfr. A. ANNIBALI + a. - *Breve nota di commento all’articolo dell’avv. Antonio Tanza sull’ammortamento di un prestito*, in www.attuariale.eu).

¹⁴ Cfr. A. ANNIBALI - *Pagare vuol dire capitalizzare*, in www.attuariale.eu;

matematica finanziaria, equivale “al pagamento del loro montante alla scadenza finale del mutuo”¹⁵.

In breve, il costo occulto (o anatocistico) della capitalizzazione composta si può sintetizzare nella seguente frase: “pagare contestualmente vuol dire capitalizzare”¹⁶.

La prova di tale costo occulto viene fornita, in genere, facendo ricorso alla stesura parallela di un piano di rimborso di un conto corrente caratterizzato dallo stesso cash-flow del finanziamento, dallo stesso tasso di interesse e dalla stessa capitalizzazione in regime composto, come si vedrà diffusamente appresso¹⁷.

L'algoritmo del regime della “capitalizzazione composta”, infatti, fa in modo che l'interesse venga capitalizzato (ancorché sia pagato) al termine di ciascun periodo e contribuisce alla valutazione dell'interesse nel periodo successivo.

Nel regime della “capitalizzazione semplice”, invece, l'interesse che viene a maturarsi al termine di ciascun periodo rimane distinto dal capitale e si aggiunge ad esso solamente alla fine, salvo l'utilizzo - nel caso del “francese” - del sistema di “attualizzazione” per anticiparne il pagamento unitamente alla quota-capitale in scadenza.

Cerchiamo di spiegare il fenomeno facendo il *focus* sul montante e sulle sue modalità di formazione.

3. Capitalizzazione composta e capitalizzazione semplice: Differenze ed Esemplificazione dei livelli di anatocismo propri della capitalizzazione composta. Il finanziamento bullet e il piano di ammortamento alla francese.

Il montante, in matematica finanziaria, è il valore monetario calcolato al termine di un intervallo di tempo comprensivo del capitale iniziale e degli interessi maturati nell'intervallo di tempo di riferimento.

3.1 Il finanziamento bullet.

Per comprendere più a fondo quanto l'utilizzo della capitalizzazione composta (esponenziale) può discostarsi dalla capitalizzazione semplice (lineare) verifichiamo con un semplice esempio la resa di un capitale investito. Supponiamo di avere un capitale di € 100.000,00 e di voler verificare il suo valore dopo 5 anni, ipotizzando che la banca garantisca un tasso nominale annuo del 10%. In sintesi, l'investimento è di € 100.000,00 da rimborsare in 5 anni al tasso del 10% annuo. Lo stesso discorso può farsi con un finanziamento bullet, ove il capitale dev'essere rimborsato tutto in una volta alla scadenza del prestito unitamente agli interessi¹⁸.

Tabella 1. Montante in Capitalizzazione Semplice e Capitalizzazione Composta

<i>Capitalizzazione Semplice</i>	<i>Capitalizzazione Composta</i>
----------------------------------	----------------------------------

¹⁵ Cfr. A. ANNIBALI – *Sulla misura del livello di anatocismo presente nelle operazioni finanziarie regolate dal regime della capitalizzazione composti*, in www.attuariale.eu;

¹⁶ Prof. A. ANNIBALI – “Pagare vuol dire capitalizzare” cit.

¹⁷ L'argomento viene trattato nel § 4.1.

¹⁸ Nell'esempio riportato la capitalizzazione composta degli interessi ha un effetto limitato proprio in ragione della capitalizzazione annuale adottata e del breve periodo di tempo in cui opera, ma l'esempio consente di comprendere il fenomeno della capitalizzazione senza dover ricorrere a complesse e lunghe tabelle di calcoli.

$M_s = C(1 + i \cdot t)$ $= 100.000$ $\cdot (1 + 0,10 \cdot 5)$ $= 150.000$	$M_c = C \cdot (1 + i)^t$ $= 100.000$ $\cdot (1,10)^5$ $= 161.051$
---	--

L'esempio sopra riportato si riferisce ad un finanziamento "bullet", cioè ad un prestito in cui - come visto - il pagamento dell'intero capitale del prestito e degli interessi, è dovuto alla fine della durata del prestito medesimo.

Utilizzando la seguente tabella si può facilmente esaminare la scomposizione degli interessi nelle singole rate in cui avrebbe dovuto essere rimborsato il prestito, che invece, per espressa pattuizione è stato rimborsato in un'unica soluzione, cioè in un'unica rata, comprensiva del capitale e degli interessi periodicamente maturati, capitalizzati nel regime della capitalizzazione composta.

Tabella 2. Descrizione dei diversi livelli di interessi in un prestito bullet in capitalizzazione composta

Tempi	0	1	2	3	4	5	Tempi
Debito	100.000	100.000	100.000	100.000	100.000		Totali
Livello 1		10.000	10.000	10.000	10.000	10.000	50.000
Livello 2			1.000	2.000	3.000	4.000	10.000
Livello 3				100	300	600	1000
Livello 4					10	40	50
Livello 5						1	1
Totali		10.000	11.000	12.100	13.310	14.641	61.051

Come si evince facilmente dallo schema sopra riportato il regime della capitalizzazione composta determina un effetto anatocistico ben visibile dalla seconda (ipotetica) rata in poi, cioè dal *Tempo 2* in poi avuto riguardo ai *Livelli 2, 3, 4 e 5*.¹⁹

La differenza di € 11.051,00 insita nell'adozione del regime della capitalizzazione composta è determinata dal fatto che nella capitalizzazione composta gli interessi maturano oltre che sul capitale investito anche sugli interessi maturati nel corso dei periodi precedenti. Tale differenza è origine di un processo anatocistico che, considerando un capitale prestato di € 100.000,00 calcola la prima quota interessi maturata al tempo 1 (sul debito in essere al tempo 0) generando quattro quote di interesse anatocistico di *Secondo Livello* di € 1.000 al *tempo 2*, di € 2.000 al *tempo 3*, di € 3.000 al *tempo 4* e di € 4.000 al *tempo 5* sugli interessi di *Livello 1*, tre quote di interesse anatocistico di *Terzo Livello* di € 100, € 300 ed € 600 calcolate sulle precedenti quote interessi di *Livello 2*, due quote di interesse anatocistico di € 10 ed € 40 di *Quarto Livello*

¹⁹ Per dettagli si veda ANTONIO ANNIBALI, ALESSANDRO ANNIBALI, C. BARRACCHINI, F. OLIVIERI, *Sulla misura del livello di anatocismo presente nelle operazioni finanziarie regolate dal regime della capitalizzazione composta*, Rivista mensile *Le controversie Bancarie, Attualità di Giurisprudenza, Dottrina e casi pratici*, anno V, n. 40/2021.

calcolate sulle precedenti quote interessi di *Livello 3* e una quota di interesse anatocistico di *Quinto Livello* di € 1 calcolata sulla quota interesse di *Livello 4* del *tempo 4*.

Come visto, la differenza, rispetto al montante²⁰ che si rinviene nella capitalizzazione semplice, è di € 11.051²¹.

Analizziamo, ora, gli effetti della capitalizzazione composta in un piano di ammortamento alla francese, caratterizzato dalla rata costante (a parità di tasso) che consente il rimborso graduale di una quota-capitale e di una quota-interessi. Proprio perché in tale tipo di ammortamento si assiste ad un rimborso graduale di una quota-capitale e di una quota-interessi gli effetti della capitalizzazione composta sono leggermente inferiori rispetto a quelli evidenziati nel prestito bullet sopra riportato.

3.2 Il piano di ammortamento alla francese.

Il piano di ammortamento alla francese (a rata costante), com'è noto, può redigersi sia in capitalizzazione semplice, sia in capitalizzazione composta. Generalmente, gli Istituti di credito utilizzano la capitalizzazione composta che, nei prestiti di durata superiore all'anno, come i mutui, genera un monte interessi maggiore rispetto a quelli che conseguono all'adozione del regime di capitalizzazione semplice.

Prendiamo in esame, quindi, un piano di ammortamento alla francese, cioè a rata costante, che preveda che gli interessi siano calcolati seguendo il regime della capitalizzazione composta. Di primo acchito con il piano alla francese, sebbene la rata dell'ammortamento sia determinata nel regime finanziario "composto", gli interessi "primari" calcolati sul capitale residuo, venendo sistematicamente pagati ad ogni scadenza, parrebbero non produrre interessi "secondari". Tuttavia, se si procede ad una disamina più attenta della costruzione del piano medesimo è facile constatare che così non è.

Difatti, il regime composto è implicito nella definizione della rata pattuita attraverso la quale si intende equiparare il capitale finanziato C al corrispondente valore futuro espresso dal montante ottenuto in capitalizzazione composta:

$$M = C(1 + i)^t$$

Riprendiamo l'esempio precedente e ipotizziamo di ricevere un capitale di € 100.000 e di restituire lo stesso seguendo un piano di ammortamento alla francese della durata di 5 anni suddiviso in rate a scadenza annuale e pagate ad un tasso nominale annuo del 10%. Dalle regole della matematica finanziaria avremmo che la rata definita sarebbe uguale a:

$$\text{Rata} = 100.000 \frac{0.10}{1 - (1.10)^5} = 26.379,75$$

Com'è noto, la somma delle rate deve eguagliare il valore del montante al tempo 5, cioè alla data di chiusura del mutuo. Da ciò discende che gli interessi di ciascuna quota capitale vengono capitalizzati per il numero di periodi corrispondente alla differenza tra la data di chiusura del mutuo e la data di riferimento della quota. Difatti, partendo dal piano definito dall'esempio, si può sviluppare il seguente piano di ammortamento:

²⁰ Il montante, in matematica finanziaria, è il valore monetario riferito al termine di un intervallo di tempo comprensivo del capitale iniziale e degli interessi maturati nell'intervallo di tempo di riferimento.

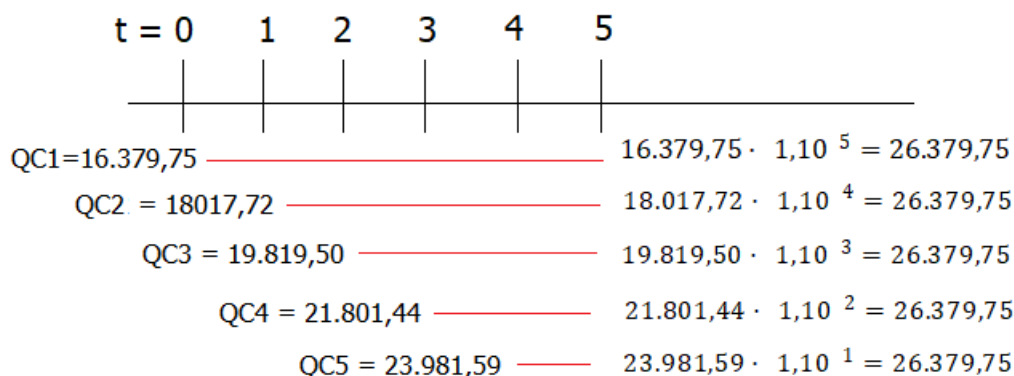
²¹ Gli interessi calcolati sugli interessi maturati sono stati evidenziati in neretto.

Tabella 3. Piano d'ammortamento alla francese in capitalizzazione composta

Tempi	Erogato	Rata	Interessi	Capitale	Debito Residuo
0	100.000				
1		26.379,75	10.000,00	16.379,75	83.620,25
2		26.379,75	8.362,03	18.017,72	65.602,53
3		26.379,75	6.560,25	19.819,50	45.783,03
4		26.379,75	4.578,30	21.801,44	23.981,59
5		26.379,75	2.398,16	23.981,59	0,00
Totale		131.898,75	31.898,74	100.000,00	

Ne consegue che per ottenere la rata costante in capitalizzazione composta, gli interessi della prima quota-capitale saranno capitalizzati per 5 anni, quelli della seconda quota-capitale per 4, quelli della terza per 3 e così via fino a quelli dell'ultima che saranno capitalizzati per un solo anno come si evince dal grafico che segue.

Figura 1. Capitalizzazione degli interessi delle quote capitali in capitalizzazione composta



Alla luce di quanto visto per il prestito bullet potremmo assimilare ciascuna quota-capitale e gli interessi che genera ad un prestito bullet in modo da avere la suddivisione in livelli degli interessi corrisposti su ciascuna quota capitale:

Tabella 4. Livelli anatocistici per $QC1=16.379,75$

Tempi	0	1	2	3	4	5	Tempi
Debito	16.379,75	16.379,75	16379,75	16379,75	16379,75	16379,75	Totale
Livello 1		1.637,98	1.637,98	1.637,98	1.637,98	1.637,98	8.189,88
Livello 2			163,80	327,60	491,39	655,19	1.637,98

<i>Livello</i> 3				16,38	49,14	98,28	163,80
<i>Livello</i> 4					1,64	6,55	8,19
<i>Livello</i> 5						0,16	0,16
<i>Totali</i>		1.637,98	1.801,77	1.981,95	2.180,14	2.398,16	10.000,00

Ciò significa che gli interessi maturati dal *Livello 2* in poi sono interessi su interessi maturati e che l'importo di € **1.810,13** è costituito, appunto, da interessi su interessi maturati o interessi anatocistici²². In altri termini, gli interessi maturati dalla seconda (ipotetica) rata in poi, cioè dal *Tempo 2* in poi avuto riguardo ai *Livelli 2, 3, 4 e 5*, sono interessi su interessi già maturati.

Tabella 5. Livelli anatocistici per QC2=18.017,72

<i>Tempi</i>	0	1	2	3	4	<i>Tempi</i>
<i>Debito</i>	18.017,72	18.017,72	18.017,72	18.017,72	18.017,72	<i>Totali</i>
<i>Livello 1</i>		1.801,77	1.801,77	1.801,77	1.801,77	7.207,09
<i>Livello 2</i>			180,18	360,35	540,53	1.081,06
<i>Livello 3</i>				18,02	54,05	72,07
<i>Livello 4</i>					1,80	1,80
<i>Totali</i>		1.801,77	1.981,95	2.180,14	2.398,16	8.362,03

Anche con riguardo agli interessi generati dalla seconda quota-capitale, l'importo di € **1.154,93** è costituito da interessi su interessi maturati o interessi anatocistici.

Tabella 6. Livelli anatocistici per QC3=19.819,50

<i>Tempi</i>	0	1	2	3	<i>Tempi</i>
<i>Debito</i>	19.819,50	19.819,50	19.819,50	19.819,50	<i>Totali</i>
<i>Livello 1</i>		1.981,95	1.981,95	1.981,95	5.945,85
<i>Livello 2</i>			198,19	396,39	594,58
<i>Livello 3</i>				19,82	19,82
<i>Totali</i>		1.981,95	2.180,14	2.398,16	6.560,25

Ciò significa che anche l'importo di € **614,4** è costituito da interessi su interessi maturati o interessi anatocistici.

²² Gli interessi calcolati sugli interessi maturati sono stati evidenziati in neretto.

Tabella 7. Livelli anatocistici per $QC4=21.801,44$

<i>Tempi</i>	<i>0</i>	<i>1</i>	<i>2</i>	<i>Tempi</i>
<i>Debito</i>	21.801,44	21.801,44	21.801,44	<i>Totali</i>
<i>Livello 1</i>		2.180,14	2.180,14	4.360,29
<i>Livello 2</i>			218,01	218,01
<i>Totali</i>		2.180,14	2.398,16	4.578,30

Anche l'importo di € **218,01** è costituito da interessi su interessi maturati o interessi anatocistici.

Tabella 8. Livelli anatocistici per $QC5=23.981,59$

<i>Tempi</i>	<i>0</i>	<i>1</i>	<i>Tempi</i>
<i>Debito</i>	23.981,59	23.981,59	<i>Totali</i>
<i>Livello 1</i>		2.398,16	2.398,16
<i>Totali</i>		2.398,16	2.398,16

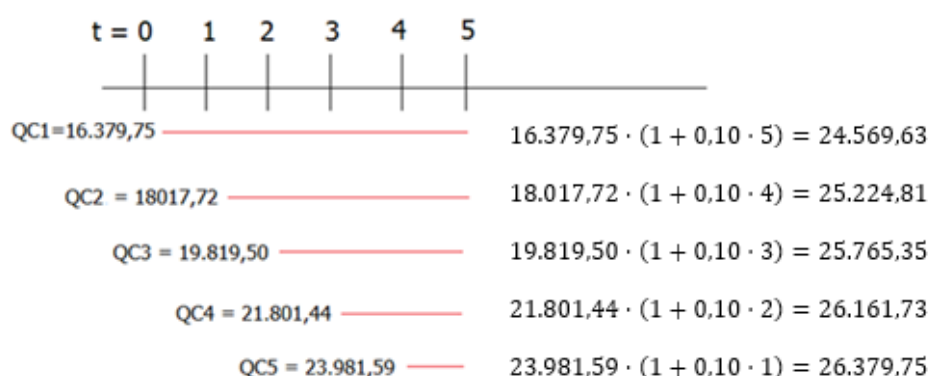
In breve, solo nell'ultima rata non ci sono interessi su interessi maturati o interessi anatocistici.

Dalla somma dei valori dei *Livelli dal n. 2 in poi* riportati nelle tabelle da 4 a 7 si ottengono le quote complessive dei “costi occulti” (o, se vogliamo, anatocistici) dell'intera operazione di mutuo. È evidente che, in tale tipo di ammortamento, il fattore esponenziale applicato sul “debito residuo”, fa in modo che l'algoritmo operi su ogni singola quota-capitale versata con ogni singola rata i cui interessi, appunto, vengono capitalizzati (ancorché siano pagati) con l'evidente effetto di creare un “costo occulto” non dovuto (o se, vogliamo, anatocistico), dato che gli interessi di ogni singola rata evidenziati in quelli dal *Livello 2* in poi sono “interessi su interessi maturati o scaduti”. V'è da considerare, infatti, che in matematica finanziaria “l'adozione del regime finanziario della capitalizzazione composta comporta anatocismo, in quanto il pagamento delle quote interessi alle singole scadenze equivale finanziariamente al pagamento del loro montante alla scadenza finale del mutuo (**pagare contestualmente vuol dire capitalizzare!**)”²³

In assenza di capitalizzazione composta e, quindi, in capitalizzazione semplice, mantenendo la stessa scalettatura del capitale di cui sopra, gli interessi versati avrebbero dovuto avere un percorso lineare, e non esponenziale, e il montante complessivo avrebbe dovuto essere di € 128.101,26 e dettagliato come in Figura 2, anziché di € 131.898,74, come riportato nella Tabella 3.

Figura 2. Capitalizzazione degli interessi delle quote capitali in capitalizzazione semplice

²³ Cfr. A. ANNIBALI – *Pagare vuol dire capitalizzare* cit.



A puro scopo esemplificativo, abbiamo mantenuto ferma la scalettatura delle quote-capitali sopra individuate in capitalizzazione composta, limitandoci ad applicare il calcolo lineare degli “interessi semplici”, senza capitalizzazione. Dunque, se sulla base di una particolare scalettatura del capitale, il montante in capitalizzazione semplice risulta di complessivi € 128.101,26, consegue che il totale degli interessi da corrispondere avrebbe dovuto essere di complessivi € 28.101,26, avuto riguardo alle quote-capitali citate.

Se, invece, avessimo cercato la rata costante in capitalizzazione semplice²⁴, in tal caso la scalettatura delle quote-capitali e delle quote-interessi di ciascuna rata sarebbe stata diversa, con l’ovvia conseguenza che la rata costante così individuata sarebbe stata di entità inferiore a quella individuata in capitalizzazione composta. Il tutto, come si evince dalla seguente Tabella 9.

Tabella 9 – Piano di ammortamento alla francese in capitalizzazione semplice

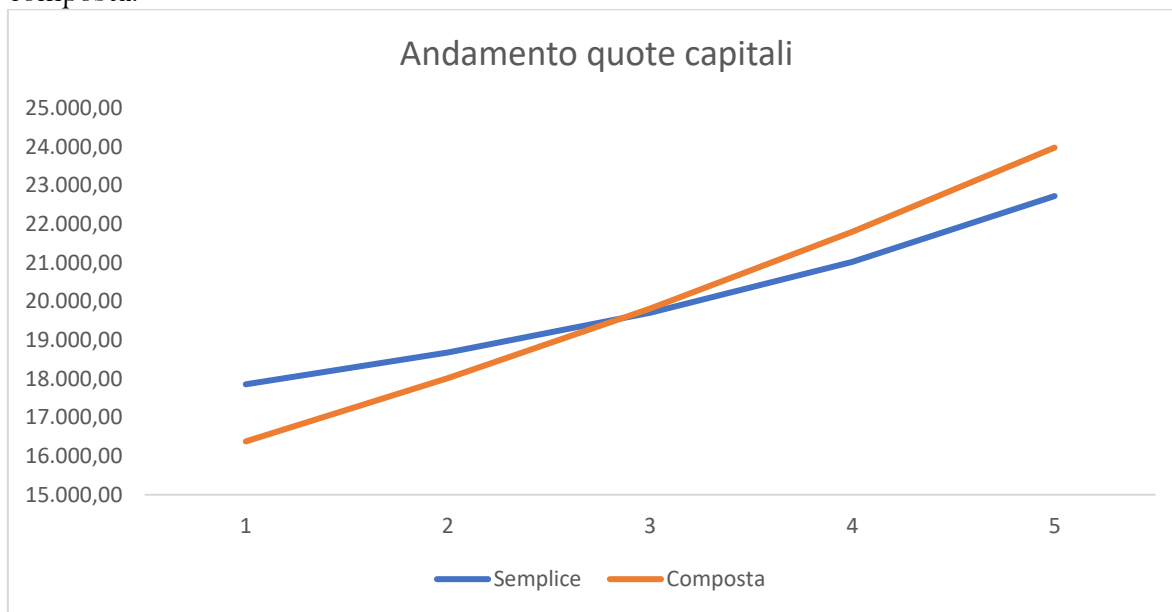
<i>Tempi</i>	<i>Rata</i>	<i>Interessi</i>	<i>Capitale</i>	<i>Debito Residuo</i>
0				100.000,00
1	25.000,00	7.142,86	17.857,14	82.142,86
2	25.000,00	6.318,68	18.681,32	63.461,54
3	25.000,00	5.288,46	19.711,54	43.750,00
4	25.000,00	3.977,27	21.022,73	22.727,27
5	25.000,00	2.272,73	22.727,27	0,00

A questo punto, confrontiamo la scalettatura delle quote-capitali dei due piani di ammortamento in capitalizzazione composta e in capitalizzazione semplice e vediamo quali sono gli effetti sul “debito residuo”.

Come emerge chiaramente dalla Tabella 9, il piano di ammortamento alla francese, calcolato in capitalizzazione semplice, restituisce una rata costante di ammontare più basso (€ 25.000,00) rispetto a quella calcolata in regime di capitalizzazione composta (€ 26.379,75).

²⁴ È bene sottolineare che per potersi parlare tecnicamente di piano di ammortamento alla francese, le regole della matematica finanziaria impongono il calcolo della rata costante mediante il ricalcolo della quota-capitale e della quota-interessi, ad ogni variazione di rata. Pertanto, in un mutuo a tasso variabile può parlarsi di “rata costante” solo ad invarianza di tasso. E ciò, sia in capitalizzazione composta, sia in capitalizzazione semplice.

Inoltre, le quote capitali ammortizzate in capitalizzazione semplice risultano essere maggiori di quelle in capitalizzazione composta all'inizio del periodo. Il processo si inverte una volta superata la metà del periodo di rimborso del capitale. Questa differente struttura del capitale rimborsato e conseguentemente del Debito Residuo costruito nel corso dei periodi favorisce un'ulteriore riduzione degli interessi corrisposti per ulteriori euro 3.101,26 definendo un valore del montante al termine dell'operazione di complessivi euro 125.000,00 a fronte del montante di euro 131.898,74 in capitalizzazione composta.



4. La necessità di comprendere il funzionamento dell’algoritmo sulla base del quale è stato determinato il piano di ammortamento. La prova della capitalizzazione. Capitalizzazione, imputazione e anatocismo: tre fenomeni distinti.

La magistratura sembra miope su alcuni aspetti del diritto bancario, come ad esempio i costi occulti (o impliciti o, in ipotesi, anatocistici) nei mutui, ma le evidenze scientifiche in materia sono insuperabili e sono sempre più numerose le sentenze che li riconoscono. Quando si ha a che fare con la matematica finanziaria si finisce per parlare di numeri che tuttavia vanno calati nella realtà quotidiana e, nello specifico, vanno inquadrati in ambito legale. Non bisogna mai dimenticare, infatti, che l’applicazione di un algoritmo non può prescindere dalla comprensione del suo funzionamento e, di riflesso, dal vaglio di legalità del medesimo. Se lo stesso nasconde costi occulti o, addirittura, anatocistici, vanno assunti i rimedi correttivi del caso. E ciò non soltanto avuto riguardo agli strumenti finanziari, ma anche in relazione a mutui, leasing, finanziamenti in genere e altri contratti bancari.

Infatti, se da un lato spesso abbiamo a che fare con entità puramente finanziarie che mettono in atto comportamenti soltanto speculativi, dall’altro, abbiamo imprese che creano lavoro e ricchezza per la collettività o, addirittura, consumatori. Le imprese, come i consumatori, vanno necessariamente tutelate, soprattutto quando sono costrette a aderire a contratti predefiniti, come sono i mutui e i finanziamenti in genere. In particolare, quando sussiste una sperequazione tra la posizione del contraente forte

(istituto di credito) e quella del contraente debole (mutuatario), che necessita del finanziamento richiesto.

Occorre, dunque, comprendere il funzionamento dell'algoritmo oggetto d'indagine, viepiù nei casi in cui manchi un vero e proprio piano di ammortamento allegato al contratto (come spesso avviene nei mutui a tasso variabile) ovvero nei casi in cui nel piano allegato al contratto non sia indicata la formula sulla base della quale è stato sviluppato (come accade nella quasi totalità dei casi esaminati). Al riguardo, va precisato che le clausole che spesso si rinvergono nei contratti di mutuo o, addirittura, nei piani di ammortamento allegati, quali ad esempio la dicitura "alla francese", "a rata costante" non possono ritenersi sostitutive dell'algoritmo utilizzato in concreto per sviluppare il piano. Viepiù nei casi in cui non vi è corrispondenza diretta tra le clausole contenute nel contratto e i costi di fatto applicati dalla banca, rispetto a quelli che la stessa banca avrebbe dovuto applicare sulla base delle clausole contrattuali medesime.

La suddetta osservazione consente di fare un'affermazione importante dal punto di vista strettamente processual-civilistico: è necessario che il Giudice ammetta la CTU finalizzata all'individuazione e poi alla comprensione dell'algoritmo posto alla base del calcolo del finanziamento oggetto di causa.

Infatti, non essendo contestati l'esistenza del finanziamento oggetto del giudizio, né che gli aspetti economici dello stesso siano stati calcolati sulla base del testo contrattuale e del piano di ammortamento allegato (o non allegato) al contratto medesimo, è chiaro che bisogna individuare l'algoritmo che lo ha regolato e verificare che lo stesso abbia operato in modo conforme alla legge e alle pattuizioni contrattuali.

In siffatti casi è doveroso accertare, quanto meno, quale sia il regime (o fattore) di capitalizzazione che esprime la rata del finanziamento, nonché quale sia la formula matematica in base alla quale è stata calcolata la rata del finanziamento medesimo, quale sia la condizione di chiusura imposta al piano (se finale o iniziale) e se il piano è regolato dalla legge di scindibilità ovvero dalla legge di indipendenza dall'epoca di equivalenza²⁵. In breve, bisogna stabilire quale sia il regime finanziario che regola il piano di rimborso, se esso sia conforme al dettato contrattuale e se generi o non generi "costi occulti".

Salva l'ipotesi in cui il magistrato sia dotato egli stesso di peculiari competenze di matematica finanziaria, tali da consentirgli l'individuazione dello specifico algoritmo che ha regolato il finanziamento oggetto di causa, lo stesso dovrebbe ritenersi obbligato a disporre la CTU tecnico-contabile finalizzata a tale scopo, in modo da poter valutare in concreto le specifiche caratteristiche tecniche del finanziamento oggetto del giudizio. E ciò, soprattutto alla luce dell'insegnamento delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione che, con la sentenza n. 3086 del 1° febbraio 2022, pronunciandosi in materia di poteri del CTU, hanno ribadito, quale principio cardine dell'ordinamento, quello

²⁵ Cfr. ANTONIO ANNIBALI, ALESSANDRO ANNIBALI, C. BARRACCHINI, F. OLIVIERI, *Ammortamento in capitalizzazione semplice di mutui "alla francese": analisi e confronto dei modelli proposti o in uso*, in www.attuariale.it, secondo cui «la scindibilità delle leggi finanziarie del regime della capitalizzazione composta comporta l'indipendenza dei calcoli dall'epoca di equivalenza finanziaria: l'uguaglianza tra il montante del debito iniziale e il montante delle rate comporta l'uguaglianza tra il debito iniziale e il valore attuale delle rate e viceversa».

dell'effettività della tutela giurisdizionale²⁶, statuendo che *“il processo si chiuda con «una pronuncia sul merito della contesa per quanto più è possibile giusta», cioè - innanzitutto - fondata sulla verità”*.

4.1 La prova della capitalizzazione.

Nella prassi si è soliti provare l'effetto del regime della capitalizzazione composta dei mutui paragonando la capitalizzazione del mutuo di volta in volta in esame a quella che si avrebbe se le stesse condizioni contrattuali che regolano il rimborso del mutuo fossero applicate alla restituzione rateale di un prestito regolato in conto corrente.

Riprendendo gli stessi dati numerici degli esempi sopra riportati, avremmo che un prestito in conto corrente di € 100.000 ripianato in 5 anni al tasso annuo del 10%, senza ulteriori movimentazioni da parte del correntista, si svilupperebbe secondo lo schema riportato nella seguente Tabella 10.

Tabella 10 – Piano di rimborso di un prestito in conto corrente

<i>Data</i>	<i>Descrizione</i>	<i>Entrate</i>	<i>Uscite</i>	<i>Saldo</i>	<i>Int. 10% anno</i>
31/12/2021	Concessione finanziamento		€ 100.000,00	-€ 100.000,00	
31/12/2022	pagamento rata	€ 26.379,75		-€ 73.620,25	
31/12/2022	addebito interessi		€ 10.000,00	-€ 83.620,25	€ 10.000,00
31/12/2023	pagamento rata	€ 26.379,75		-€ 57.240,50	
31/12/2023	addebito interessi		€ 8.362,03	-€ 65.602,53	€ 8.362,03
31/12/2024	pagamento rata	€ 26.379,75		-€ 39.222,78	
31/12/2024	addebito interessi		€ 6.560,25	-€ 45.783,03	€ 6.560,25
31/12/2025	pagamento rata	€ 26.379,75		-€ 19.403,28	
31/12/2025	addebito interessi		€ 4.578,30	-€ 23.981,58	€ 4.578,30
31/12/2026	pagamento rata	€ 26.379,75		€ 2.398,17	
31/12/2026	addebito interessi		€ 2.398,16	€ 0,01	€ 2.398,16

L'esempio è senza dubbio suggestivo e consente di individuare gli effetti della capitalizzazione, ma non sfugge all'obiezione secondo cui la natura giuridica del mutuo e quella del conto corrente sono ben diverse, atteso che il mutuo è un contratto traslativo

²⁶ Il c.d. “*principio di effettività*” postula una rilevazione effettiva e a posteriori del tasso effettivamente applicato dall'intermediario finanziario per valutare, ad esempio, l'eventuale superamento del tasso soglia. Secondo tale impostazione, se sulla base della previsione contrattuale sia previsto che gli interessi di mora si calcolino su tutti i costi dovuti e, quindi, si applichino anche sulla rata intera, comprensiva cioè della quota-capitale e della quota-interessi, in tali casi il tasso da rilevare ai fini del superamento del tasso soglia d'usura è quello effettivamente applicato, ovvero sia il tasso congiunto di interessi moratori e corrispettivi (Cfr. Cass. civ., sez. III, 28 giugno 2019, n. 17447).

e reale (Cfr. art. 1813 e ss. c.c.), mentre il conto corrente è un contratto ad affetti obbligatori con il quale le parti si impegnano ad annotare in un conto i crediti derivanti da reciproche rimesse, considerandoli inesigibili ed indisponibili fino alla chiusura del conto (Cfr. art. 1823 e ss. c.c.).

Inoltre, nel rimborso del mutuo le rate vengono pagate, cioè incassate dalla Banca, mentre nel ripianamento di un debito in conto corrente si assiste a mere rimesse sul conto che, come visto, hanno una diversa natura giuridica, ancorché con taluni accorgimenti si possa pervenire ai medesimi risultati pratici. Soprattutto, come si è dimostrato, la capitalizzazione degli interessi propria del regime della “capitalizzazione composta” determina nei mutui un “costo occulto” che si annida negli interessi che vengano man mano pagati con le singole rate, incide sull’entità delle rate, sulla maggiorazione del “monte complessivo” degli interessi e, infine, si riflette nella determinazione del debito residuo.

4.2 Capitalizzazione, imputazione e anatocismo: tre fenomeni distinti.

Non vanno dunque confusi i concetti di capitalizzazione degli interessi, imputazione delle rate (a saldo della quota-capitale e della quota-interessi) e di anatocismo.

Molto spesso, infatti, la giurisprudenza di merito tende a minimizzare la rilevanza del piano di ammortamento, che al contrario ha un rilievo negoziale (Cfr. Cass. Civ., Sez. 1, 15 novembre 2010, n. 23972),²⁷ affermando che lo stesso, a prescindere dalle modalità di calcolo sulla cui base è stato strutturato, avrebbe lo scopo esclusivo di consentire, a norma dell’art. 1194 c.c., l’imputazione delle rate a saldo della quota-capitale e della quota-interessi di cui si compongono²⁸.

In realtà, il fenomeno prettamente giuridico dell’imputazione viene cronologicamente e logicamente dopo quello della capitalizzazione. Infatti, con il termine “capitalizzazione” si indica quel fenomeno in virtù del quale gli interessi, con una certa periodicità, vengono spostati dalla voce “interessi” alla voce “capitale”, mentre invece con il termine “imputazione” degli interessi si indica quel fenomeno in base al quale la “rata” formata - com’è noto - di una “quota-interessi” e di una “quota-capitale”, viene imputata, appunto, in parte a “quota-interessi” e in parte a “quota-capitale” sulla base del piano di ammortamento.

È ovvio, quindi, che la rata, proprio per poter essere scomposta ed imputata in parte a “quota-interessi” e in parte a “quota-capitale”, deve essere previamente calcolata e,

²⁷ Secondo la citata sentenza della Corte di Cassazione “*il Piano di Ammortamento ha natura di clausola negoziale*”, e “*...rappresenta l’elemento contrattuale al quale occorre far riferimento in via esclusiva ai fini del calcolo delle somme riscosse dal mutuante imputabili alla restituzione del capitale ovvero al pagamento degli interessi*” (Cfr. Cass. Civ., Sez. 1, 25 novembre 2010, n. 23972).

²⁸ Cfr. Trib. Parma, sez. 2, 21 febbraio 2019, n. 305: “*in materia di controversie bancarie, la previsione di un piano di rimborso con rata fissa costante (ammortamento alla francese) non comporta nessuna violazione dell’art. 1283 c.c. poiché gli interessi di periodo vengono calcolati sul solo capitale residuo e alla scadenza della rata gli interessi maturati non vengono capitalizzati, ma sono pagati come quota interessi della rata di rimborso*”, nonché Trib. Livorno, 3 gennaio 2019, n. 5: “*In caso di piano di ammortamento alla francese non opera la formula della c.d. capitalizzazione composta degli interessi e non si verifica alcun fenomeno di anatocismo nascosto degli interessi, che vengono sì infrannualmente imputati a capitale da un punto di vista di matematica finanziaria, ma che, comunque, non vanno a produrre a loro volta nel corso dell’anno interessi passivi, che, invece, continuano ad essere calcolati sul solo capitale*”.

dunque, bisogna tener conto innanzitutto delle modalità di calcolo della rata stessa, cioè del regime di capitalizzazione adottato che, come visto, può essere il “regime composto” di capitalizzazione degli interessi o il “regime semplice”.

Lo stesso discorso vale per l’anatocismo. Infatti, anche capitalizzazione ed anatocismo sono due fenomeni distinti: la “capitalizzazione”, come detto, «significa che gli interessi scaduti vengono, con una certa periodicità, spostati dalla voce “interessi” alla voce “capitale”». Invece, “l’anatocismo” interviene solo nel successivo periodo di calcolo allorché «gli interessi vengono calcolati anche su interessi (che nel frattempo sono divenuti capitale)»²⁹.

Alla luce di quanto si è visto al paragrafo che precede, risulta evidente che le singole rate calcolate in capitalizzazione composta sono infarcite di interessi calcolati su interessi maturati o scaduti proprio in virtù dell’algoritmo tipico di tale regime di capitalizzazione.

Come si è visto, gli interessi prodotti dalle singole quote-capitale, calcolati in capitalizzazione composta (cioè, gli interessi contenuti nelle singole rate) sono infarciti da interessi su interessi già maturati (o scaduti), dal *Tempo 2* in poi e, in particolare, tali interessi sono quelli individuati dal *Livello 2* in poi.

Non bisogna farsi trarre in inganno dal fatto che al momento del calcolo in capitalizzazione composta, cioè al momento della redazione del piano di ammortamento, tali interessi non risultano ancora maturati o scaduti, perché gli stessi, proprio perché contenuti in ogni singola rata in cui si articola il piano di ammortamento, diventano attuali e, quindi, maturano (o scadono) unitamente ad ogni singola rata. È una caratteristica specifica del sistema di calcolo della capitalizzazione composta, cioè dell’algoritmo di tale regime di capitalizzazione, quella di calcolare anche gli interessi sugli interessi già maturati (o scaduti) in virtù del “fattore esponenziale” che caratterizza l’algoritmo in questione e che, invece, non è presente nell’algoritmo della “capitalizzazione semplice”.

5. L’anatocismo bancario.

A questo punto è gioco forza occuparsi, sia pur brevemente, dell’anatocismo bancario. L’argomento richiederebbe una trattazione più ampia, soprattutto alla luce della recente Ordinanza *ex art. 702-ter c.p.c.* del Tribunale di Torre Annunziata del 10 ottobre 2022³⁰, che - da un lato - accoglie la domanda del mutuatario riconoscendogli il diritto ad ottenere la ripetizione dell’indebitato, costituito - appunto - dall’aggravio “dell’impegno finanziario” da questi sostenuto per effetto dell’applicazione non concordata del regime della capitalizzazione composta “rispetto al regime di interesse semplice per il pagamento delle rate in capo al mutuatario”³¹; dall’altro, ritiene che per i “...iii) contratti di mutuo fondiario

²⁹ Cfr. SANGIOVANNI, *Tasso fisso e tasso variabile nei piani di ammortamento alla francese*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 345 ss. Nello stesso senso, Prof. V. FARINA, *Finanziamento con restituzione rateale a mezzo di piano di ammortamento alla francese. Profili di disciplina*, in *www.ilcaso.it*, 9 giugno 2022.

³⁰ Cfr. Trib. Torre Annunziata, Ordinanza *ex art. 702-ter c.p.c.* del 10 ottobre 2022, in *www.bancheepoteri.it*.

³¹ Si legge nell’Ordinanza del Tribunale di Torre Annunziata del 10 ottobre 2022 cit. quanto segue: “il CTU, sebbene il contratto di mutuo non abbia esplicitato il metodo finanziario di calcolo della rata, ha riscontrato come il piano di ammortamento adottato nel caso in esame si sia fondato sul regime degli interessi composti atteso che il capitale via via rimborsato è produttivo di un interesse che incorpora anche interessi non ancora esigibili perché non giunti a scadenza ovvero in corso di maturazione (generando, dunque, un effetto anatocistico vietato – cfr. pag. 18), come arguito dalla comparazione tra le diverse formule di costruzione della rata in regime di capitalizzazione composta (formula adoperata dall’ente mutuante) rispetto all’alternativa semplice (cfr. pagg. 18 e 19), con un

stipulati dal 22 aprile 2000 (...), le clausole anatocistiche sono legittime nel senso che, il mutuo fondiario si configura come una speciale ipotesi di anatocismo legale che si sottrae al divieto generale di cui all'art. 1283 cc sicché gli interessi corrispettivi compresi nella rata di mutuo scaduta possono essere capitalizzati purché il contratto lo preveda (Trib. Torino 3 novembre 2006) ...”.

La statuizione del Tribunale di Torre Annunziata sopra citata non è condivisibile, perché confonde l'anatocismo degli interessi corrispettivi che è vietato, con l'anatocismo degli interessi di mora che, con i dovuti distinguo³², allo stato è da ritenersi ammissibile, ai sensi dell'art. 120, 2° comma lett. b)³³ nell'attuale formulazione.

Il divieto di anatocismo bancario (sia degli interessi corrispettivi, sia dei moratori) è stato reintrodotta dall'entrata in vigore del Testo Unico Bancario (i.e. D.Lgs. 1/09/1993 n. 385) che con l'art. 161 ha abrogato la L. n. 175 del 1991, che ammetteva l'anatocismo bancario, consentendo tuttavia l'operatività delle norme antecedenti per *“i contratti già conclusi ed i procedimenti esecutivi in corso alla data di entrata in vigore”* del TUB³⁴.

Ciò significa che con l'entrata in vigore del T.U.B., in conseguenza dell'abrogazione della citata Legge n. 175/1991 da questo operata, si è creato un “vuoto derogativo”, con piena cogenza del disposto dell'art. 1283 c.c. La “cronaca” registra un tentativo “maldestro” di reintrodurre l'anatocismo, perpetrato con l'introduzione del comma 3°, dell'art. 25 D. Lgs. n. 342/1999 che, tuttavia, ebbe vita breve, in quanto fu dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla nota sentenza della Corte costituzionale, 9 ottobre 2000, n. 425.

Pertanto, dal 1° gennaio 1994 fino al 22 aprile 2000, cioè fino all'entrata in vigore della Delibera C.I.C.R. del 9 febbraio 2000, vi fu piena coincidenza del divieto di anatocismo, sia avuto riguardo agli interessi di mora, sia rispetto agli interessi corrispettivi e, quindi, anche gli interessi di mora potevano essere legittimamente applicati solo sulla quota capitale delle rate insolte³⁵.

Con l'entrata in vigore a far data dal 22/04/2000 della citata Delibera C.I.C.R. del 9 febbraio 2000 è stata reintrodotta la deroga al precetto codicistico ma solo con riferimento agli interessi moratori³⁶ e a condizione che tale pratica sia pattuita ed

aggravio dell'impegno finanziario rispetto al regime di interesse semplice per il pagamento delle rate in capo al mutuatario stimato in € 24.765,60, pari alla differenza tra il totale degli interessi passivi, calcolati secondo l'originario piano di ammortamento, redatto in regime di interesse composto, ed il totale degli interessi passivi dovuti secondo il piano di ammortamento redatto in regime di interesse semplice e tale importo costituisce oggetto di ripetizione in favore del ricorrente”.

³² Per un'approfondita disamina delle problematiche dell'anatocismo bancario Cfr. V. CANCRINI e S. CHIODI in *L'anatocismo nei piani di ammortamento*, p. 593/633 in *Il Contratto di Leasing*, Giuffrè, 2020.

³³ Si legge nell'art. 120, 2° comma, lett. b) TUB quanto segue: “(...) 2. Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che:

a) (Omissis)

b) *gli interessi debitori maturati, ivi compresi quelli relativi a finanziamenti a valere su carte di credito, non possono produrre interessi ulteriori, salvo quelli di mora, e sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale; ...”*

³⁴ Dispone l'art. 161, comma 6° Tub che *“i contratti già conclusi ed i procedimenti esecutivi in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo restano regolati dalle norme anteriori”*.

³⁵ Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 4 gennaio 2022, n. 96 in *www.bancheepoteri.it*.

³⁶ Dispone l'art. 3 della Delibera CICR del 9/02/2000: *“Nelle operazioni di finanziamento per le quali è previsto che il rimborso del prestito avvenga mediante il pagamento di rate con scadenze temporali predefinite, in caso di inadempimento del debitore l'importo complessivamente dovuto alla scadenza di ciascuna rata può, se*

espressamente approvata per iscritto, con la limitazione che sugli interessi di mora non è ammessa ulteriore capitalizzazione.

Infine, nel suddetto quadro di uniformazione dei mutui, si è innestata, dapprima la legge di stabilità 2014 (Legge 27 dicembre 2013, n. 147) - che con il comma 629 dell'art. 1 ha modificato il 2° comma dell'art. 120 T.U.B. e così facendo ha definitivamente abolito il c.d. anatocismo bancario, prevedendo nello specifico, che «*gli interessi periodicamente capitalizzati non possano produrre interessi ulteriori che, nelle successive operazioni di capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale*» - e, successivamente, il 2° comma dell'art. 120 T.U.B. è stato nuovamente modificato a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 17-bis del D.L. 14 febbraio 2016, n. 18, convertito nella Legge 8 aprile 2016, n. 49. Pertanto, allo stato, l'art. 120, 2° comma, lett. b) TUB dispone che «*gli interessi debitori maturati, ivi compresi quelli relativi a finanziamenti a valere su carte di credito, non possono produrre interessi ulteriori, salvo quelli di mora, e sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale...*»³⁷.

Ne consegue, che l'anatocismo bancario non risulta affatto lecito, al contrario di quanto sostiene il Tribunale di Torre Annunziata con la citata pronuncia.

Ricostruendo in modo molto sintetico l'istituto dell'anatocismo bancario, bisogna partire senza dubbio dall'art. 1283 c.c.³⁸, da coordinarsi con gli artt. 821, 1282, 1284 e 1815 c.c., con la Delibera CICR del 9 febbraio 2000 e, infine, con l'art. 120, comma 2, lettera b) del T.U.B.

Generalmente, si parla di anatocismo, in senso tecnico-giuridico, come di «*produzione di interessi da parte di interessi*». Tuttavia, non mancano opinioni che interpretano restrittivamente l'art. 1283 c.c., come riferito ai soli «*interessi scaduti*»³⁹ finendo così per dubitare dell'applicabilità della norma agli interessi corrispettivi.

contrattualmente stabilito, produrre interessi a decorrere dalla data di scadenza e sino al momento del pagamento. Su questi interessi non è consentita la capitalizzazione».

³⁷ In attuazione delle dette modifiche normative è intervenuta la Delibera C.I.C.R. del 03/08/2016 dalla non agevole interpretazione a causa di una non felicissima formulazione. L'art. 3, comma primo, riproduce la prima parte dell'art. 120, comma 2, lett. b) del T.U.B. con l'effetto che, per tutte le operazioni di raccolta di risparmio e di esercizio del credito, disciplinate dal titolo VI, «*gli interessi debitori maturati non possono produrre interessi, salvo quelli di mora*». Per il coordinato disposto con la norma di rango superiore, il T.U.B., si deve intendere, tuttavia, che gli interessi debitori, «*salvo quelli di mora*» «*siano calcolati esclusivamente sulla sorte capitale*», con l'ovvia conseguenza che - allo stato - solo gli interessi moratori devono ritenersi conteggiabili sulle singole rate scadute e che su tali interessi moratori non è ammessa alcuna capitalizzazione. A conferma di questa interpretazione sovviene il richiamo del secondo comma dell'art. 3 della detta Delibera, secondo cui «*agli interessi moratori si applicano le disposizioni del Codice Civile*»: orbene, non pare dubbio che l'unico anatocismo concesso dall'art. 1283 c.c. sia a seguito di domanda giudiziale o per convenzione posteriore alla scadenza. D'altro canto, non si vedrebbe la logica dell'aver omesso, rispetto alla Delibera del 2000, la previsione della deroga in forma scritta e la deroga «inedita» introdotta per i prestiti vitalizi ipotecari per i quali è prevista la capitalizzazione annuale degli interessi e delle spese.

³⁸ L'art. 1283 c.c., rubricato «Anatocismo», dispone: «*In mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi*».

³⁹ Cfr. Si legge nella sentenza del Trib. Torino, 30 maggio 2019, (Est. dr. Astuni) che «*nel mutuo con ammortamento francese, o a rata costante, mancano entrambe le caratteristiche determinanti del divieto di anatocismo - rischio di crescita indefinita e incalcolabile ex ante del debito d'interessi dal lato del debitore; esigibilità immediata del pagamento degli interessi primari dal lato del creditore - anche a considerare la circostanza che il calcolo della rata utilizza l'interesse composto*». In realtà, la sentenza in questione non tiene conto della previsione di cui all'art. 120 2° co. lett. b) TUB e del fatto che, come provato, gli interessi anatocistici

In realtà, il problema dell'anatocismo da riferirsi ai soli "interessi scaduti" è un falso problema, come dottrina e, soprattutto, la giurisprudenza dominante ha fino ad oggi affermato. Infatti, con riferimento all'effetto anatocistico vietato dall'art. 1283 c.c., dottrina e giurisprudenza prevalente ritengono che il divieto di pattuizione implicito nell'art. 1283 c.c. sia esteso ad ogni tipologia di interessi pecuniari e che il requisito di interessi scaduti, esigibili e dovuti per almeno sei mesi costituisca la sola condizione, *sine qua non*, di producibilità degli interessi su interessi⁴⁰.

L'anatocismo sui ritardi di pagamento delle rate, nel credito fondiario, non è stato "intaccato" dall'avvento dell'art. 1283 del Codice civile del 1942, ma è stato abrogato dall'introduzione del T.U.B. che, tuttavia, all'art. 6 esplicitamente riconosceva che "i contratti già conclusi ed i procedimenti esecutivi in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo restano regolati dalle norme anteriori".

Significativa in tal senso è la sentenza della Corte di Cassazione Civ., Sez. I, 22 maggio 2014, n. 11400 laddove spiega che l'abrogazione dell'anatocismo bancario è avvenuta ad opera del TUB per la diffusione nel frattempo intervenuta di mutui fondiari erogati da banche di diritto privato, sicché sono stati fatti rientrare nella previsione dell'art. 38 T.U.B. che qualifica il mutuo fondiario genericamente come "finanziamento a medio e lungo termine garantito da ipoteca di primo grado su immobili", motivando che "deve dunque concludersi che, con l'entrata in vigore del T.U.B., la struttura del credito fondiario ha perso quelle peculiarità nelle quali risiedevano le ragioni della sua sottrazione al divieto di cui all'art. 1283 c.c."

Con riferimento ai mutui e più in generale ai contratti di finanziamento con rimborso graduale nel tempo, tra i quali può annoverarsi anche il leasing, il divieto di anatocismo risulta ribadito da diverse e svariate pronunce⁴¹, tra le quali va senz'altro menzionata la sentenza della Corte di Cassazione Civ., Sez. 3, 20 febbraio 2003, n. 2593, ove si legge

nascosti in ogni singola rata del mutuo vengono calcolati sugli interessi primari contenuti nella singola rata, ancorché vengano pagati contestualmente alla rata stessa.

⁴⁰ Cfr. R. RAZZANTE, *La Cassazione ha tumolato l'anatocismo*, in *www.filodiritto.it*, 13 febbraio 2016; anche C. COLOMBO, *L'anatocismo*, Giuffrè, 2007, p. 79, dove sul punto si richiama altresì Cass. n. 3500/86, Cass. n. 3805/04; Cass. n. 17813/02; Cass. n. 11097/04 e in dottrina, A. NIGRO, *L'anatocismo nei rapporti bancari: una storia infinita?*, in *Diritto Bancario*, 2001; D. SINESIO, *Il recente dibattito sull'anatocismo nel conto corrente bancario: profili problematici*, in *Dir. E giur.* 2000.

⁴¹ Cass. Civ., Sez. I, 22 maggio 2014, n. 11400 (rv. 631434) "Con l'entrata in vigore del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (cosiddetto t.u.b.), secondo il quale qualsiasi ente bancario può esercitare operazioni di credito fondiario la cui provvista non è più fornita attraverso il sistema delle cartelle fondiarie, la struttura di tale forma di finanziamento ha perso quelle peculiarità nelle quali risiedevano le ragioni della sottrazione al divieto di anatocismo di cui all'art. 1283 cod. civ., rinvenibili nel carattere pubblicistico dell'attività svolta dai soggetti finanziatori (essenzialmente istituti di diritto pubblico) e nella stretta connessione tra operazioni di impiego e operazioni di provvista, atteso che gli interessi corrisposti dai terzi mutuatari non costituivano il godimento di un capitale fornito dalla banca, ma il mezzo per consentire alla stessa di far fronte all'eguale importo di interessi passivi dovuto ai portatori delle cartelle fondiarie (i quali, acquistandole, andavano a costituire la provvista per l'erogazione dei mutui). Ne consegue che l'avvenuta trasformazione del credito fondiario in un contratto di finanziamento a medio e lungo termine garantito da ipoteca di primo grado su immobili, comporta l'applicazione delle limitazioni di cui al citato art. 1283 cod. civ. e che il mancato pagamento di una rata di mutuo non determina più l'obbligo (prima normativamente previsto) di corrispondere gli interessi di mora sull'intera rata, inclusa la parte rappresentata dagli interessi corrispettivi, dovendosi altresì escludere la vigenza di un uso normativo contrario. (Rigetta, App. Firenze, 16/05/2006)" in *CED Cassazione*, 2014; in senso conforme Cass. Civ., Sez. I, Ord., (ud. 08-11-2016) 31 gennaio 2017, n. 2484);

«in ipotesi di mutuo per il quale sia previsto un piano di restituzione differito nel tempo, mediante il pagamento di rate costanti comprensive di parte del capitale e degli interessi, questi ultimi conservano la loro natura e non si trasformano invece in capitale da restituire al mutuante, cosicché la convenzione, contestuale alla stipulazione del mutuo, la quale stabilisca che sulle rate scadute decorrono gli interessi sulla intera somma integra un fenomeno anatocistico, vietato dall'art. 1283 c.c.»⁴². Ciò significa, in estrema sintesi, che anche avuto riguardo ai mutui, ai leasing e ai finanziamenti in genere, è da ritenersi vietato l'anatocismo degli interessi corrispettivi e, con le eccezioni sopra indicate, degli interessi moratori.

In tal senso non può quindi condividersi l'assunto espresso dalla recente sentenza del Trib. Lecce, 2 novembre 2022, n. 3054, secondo cui l'adozione del metodo di ammortamento alla francese in capitalizzazione composta fa sì che “il capitale rimborsato risulti produttivo di un interesse che incorpora anche interessi non ancora esigibili, poiché non giunti a scadenza; tale notazione esclude il ricorrere di un'applicazione vietata dell'interesse composto, atteso che il profilo di nullità ex art. 1283 c.c. cui si riferisce il cristallizzato orientamento della Corte nomofilattica, risulta attuale solo in presenza di interessi occulti computati su interessi già scaduti...”⁴³. Come ampiamente esposto ai paragrafi 2, 3 e 4 che precedono, in un piano di ammortamento “alla francese” in capitalizzazione composta, il calcolo degli interessi di ogni singola quota di capitale rimborsato contiene interessi su interessi già maturati. Erra, dunque, il Tribunale di Lecce ad affermare di non essere “in presenza di interessi occulti computati su interessi già scaduti”, perché al contrario è proprio tale tipologia di interessi calcolata su interessi già scaduti che ricorre nel caso di specie.

6. L'indeterminatezza del tasso contrattuale o la carenza di accordo tra le parti.

Generalmente nei mutui, in nessuna clausola contrattuale viene specificato il regime di capitalizzazione applicato al piano di rimborso, se cioè lo stesso sia stato calcolato in regime di “capitalizzazione composta” oppure in regime di “capitalizzazione semplice”. Come visto, costituisce principio acclarato della matematica finanziaria quello secondo cui nei prestiti rateali di durata superiore all'anno l'utilizzo della capitalizzazione composta (caratterizzata dal c.d. “fattore esponenziale”) comporta un **costo maggiore**

⁴² La sentenza in questione dopo aver richiamato importanti precedenti giurisprudenziali che, sempre in tema di mutuo, avevano espressamente riconosciuto la natura di norma imperativa di legge dell'art. 1283 c.c., nonché la distinzione ontologica tra l'obbligazione concernente la restituzione del capitale di cui all'art. 1813 c.c. e quella di restituzione degli interessi di cui all'art. 1815 c.c., nonostante la previsione di un piano di rimborso con ammortamento, che prevedesse la corresponsione di rate comprensive di capitale ed interessi, escludeva espressamente l'esistenza di usi normativi in deroga all'art. 1283 c.c. in materia di mutui e, per l'effetto, cassava la sentenza impugnata proprio in relazione al punto in cui aveva affermato la legittimità di interessi moratori “da conteggiarsi alla scadenza non solo sull'originario importo della somma versata ma sugli interessi da questa prodotti e ciò anche a prescindere dai requisiti richiesti dall'art. 1283 c.c.”.

⁴³ Cfr. Trib. di Lecce, 2 novembre 2022, n. 3054 in www.bancheepoteri.it. Prosegue la sentenza citata affermando che “con la scelta dell'ammortamento alla francese, al contrario, il contraente opta per un piano di pagamento a rata costante, laddove all'interno di ciascuna rata la quota di capitale e la quota di interessi non sono identiche: gli interessi da corrispondersi sono maggiori nelle prime rate e scendono progressivamente man mano che si procede verso l'ultima rata; il maggior costo del finanziamento rispetto ai metodi in cui le rate sono difformi è, pertanto, ancorato alla presenza della rata costante, sicché non è riconducibile ad un anatocismo vietato”, con ciò confondendo il concetto di imputazione con quello di capitalizzazione, proprio del metodo di calcolo degli interessi in capitalizzazione composta, con la tipologia del “francese”, come ampiamente esposto.

del “monte interessi”, rispetto a quello che si sarebbe ottenuto applicando il metodo della capitalizzazione semplice, che invece è un metodo c.d. “lineare” di calcolo.

Sul punto, sono rilevanti le due recenti sentenze del Tribunale di Vicenza del 3 febbraio 2022 n. 170 e del Tribunale di Cremona del 12 gennaio 2022 n. 8, quest’ultima anche per le dotte citazioni storiche sulla capitalizzazione semplice e su quella composta che si rinvergono.

Si legge nella prima delle dette sentenze che, com’è noto, in *“un contratto di finanziamento, il tasso di interesse, essendo uno degli elementi essenziali del contratto, deve essere, ex art. 1346 c.c., “determinato o determinabile”*.

La previsione contrattuale, però, relativa al solo tasso di interesse in ragione d’anno (c.d. TAN) è un’indicazione parziale ed insufficiente a determinare il monte interessi in quanto concorrono a determinare il tasso effettivo annuo (c.d. TAE) anche i tempi di riscossione degli interessi e il regime finanziario adottato” (Cfr. Trib. Vicenza, 3 febbraio 2022, n. 170 cit.).

Ebbene, spesso nei mutui manca completamente l’indicazione del TAE ed è bene controllare che vi sia coerenza tra il piano di ammortamento eventualmente allegato al contratto e le clausole contrattuali, perché nella prassi è ben possibile che tale coerenza manchi. È capitato di esaminare mutui che, a fronte di clausole contrattuali che, ad esempio prevedano il *“capitale crescente ogni tre mesi”*, nel piano di ammortamento allegato al medesimo contratto dispongano, invece, una scalettatura del capitale per così dire *“truccata”*, da rate *“decrementanti”*, inserite tra le altre rate *“crescenti”*.

C’è da chiedersi, quindi, quale sia il valore del piano di ammortamento allegato al contratto.

6. 1 Il valore del piano di ammortamento allegato al contratto.

Taluna giurisprudenza, che di recente ha affrontato la questione, ha ritenuto che il piano di ammortamento allegato al contratto abbia valore di clausola negoziale e che l’aver accettato il pagamento di una rata costante per un certo periodo di tempo significa aver assunto un particolare impegno o obbligo contrattuale, a prescindere dalla tipologia di ammortamento in capitalizzazione composta o semplice utilizzato dalla banca.⁴⁴

Alla luce di quanto sopra esposto e, segnatamente, avendo provato che - a prescindere dalla tipologia utilizzata (*“francese”*, *“italiano”*, *“tedesco”*, *“americano”* o di altro tipo) - il piano di ammortamento in *“capitalizzazione composta”* dà luogo alla creazione di un *“costo occulto”* e che tale costo occulto è altresì un costo anatocistico, invisibile ad occhio nudo (ma individuabile solo a seguito di complessi calcoli matematici con l’utilizzo di sofisticati sistemi di calcolo informatici), non si ritiene che l’impegno del mutuatario a

⁴⁴ Cfr. Trib. Roma, 9 marzo 2022, n. 3767 (Est. Basile) secondo cui *“una volta conosciuto ed approvato, da parte del mutuatario, il piano di ammortamento alla francese allegato al contratto, non sia necessaria, ai fini della corretta pattuizione del tasso netto degli interessi corrispettivi, la specifica approvazione, da parte dello stesso, del regime finanziario composto, in luogo di quello semplice. Deve infatti ritenersi che, ove il contratto di mutuo contenesse una tale puntualizzazione sul metodo di matematica finanziaria utilizzato per la predisposizione del piano di ammortamento, senza l’allegazione piano medesimo, il mutuatario riceverebbe un’informazione nettamente meno esauriente sul reale importo delle rate da pagare e dell’ammontare complessivo della somma da restituire al mutuante. Tali informazioni sono invece chiaramente ricavabili dal piano di ammortamento predisposto con la formula della capitalizzazione composta, per cui deve ritenersi che attraverso il piano di ammortamento si abbia un’implicita accettazione del regime di capitalizzazione composta”*.

pagare una determinata rata, per un determinato periodo di tempo, sulla base di uno specifico piano di ammortamento, esoneri la Banca dall'approvazione scritta e specifica del metodo di calcolo del piano "in composto". Soprattutto, l'obiettivo esistente del menzionato "costo occulto", per giunta anatocistico, esclude rilievo a qualsiasi espressa o implicita approvazione scritta da parte del mutuatario dell'obbligazione restitutoria complessivamente desumibile dal contratto.

Ammissibile e non concesso che possa ritenersi formato l'accordo sul piano di ammortamento e sull'ammontare complessivo del debito del mutuatario desumibile dalla rata costante approvata (oltre che dalla durata del prestito, dal TAN contrattualizzato e dalla periodicità delle rate), la mera esistenza del più volte menzionato "costo occulto", per giunta anatocistico, insito proprio nella rata costante, genera indeterminatezza/indeterminabilità delle condizioni contrattuali. Tale "costo occulto", infatti, non risulta determinato e/o determinabile sulla base delle mere previsioni contrattuali e, in mancanza della specifica approvazione scritta del metodo di calcolo del piano "in composto", anche sulla base del piano di ammortamento sottoscritto ed allegato al contratto. In breve, il menzionato "costo occulto" è il frutto dell'applicazione del regime di calcolo in composto, contrattualmente non pattuito.

In siffatti casi sussiste la nullità delle clausole che regolano le condizioni economiche e la necessità che il finanziamento sia ricalcolato in applicazione dei criteri indicati nell'art. 117_7° co. TUB o, in ipotesi, al tasso legale, ai sensi dell'art. 1284_3° co. c.c.

L'applicazione surrettizia del metodo di calcolo della "capitalizzazione composta" in luogo di quella "semplice" incide, innanzitutto, sull'entità della rata costante, che calcolata in "capitalizzazione semplice" sarà più bassa di quella calcolata in "capitalizzazione composta". Inoltre, avuto riguardo all'entità della "rata costante" contrattualizzata, si osserva che la stessa non corrisponde al tasso di interessi del pari contrattualizzato, atteso che quest'ultimo, se calcolato in "capitalizzazione semplice", sarà più alto di quello contrattualizzato, con l'ovvia indeterminatezza/indeterminabilità delle condizioni economiche contrattuali che regolano il finanziamento. Com'è noto, infatti, dall'entità della rata è possibile risalire al tasso di interessi applicato (TAN), che sarà maggiore se calcolato in capitalizzazione semplice e minore se calcolato in capitalizzazione composta.

Allo stesso modo, nel caso del piano di ammortamento in contrasto insanabile con le clausole contrattuali, come nell'esempio sopra riportato (ove contrattualmente era previsto il rimborso del capitale "*in quote crescenti con periodicità trimestrale*", ma nel piano di ammortamento allegato al contratto erano nascoste talune quote-capitali decrescenti), deve ritenersi che, se il contrasto non è risolvibile in applicazione delle regole di interpretazione del contratto, sussiste la nullità del contratto per indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto contrattuale *ex* artt. 1346, 1418 c.c. o, almeno, la nullità parziale *ex* art. 1419 c.c. delle clausole concernenti le condizioni economiche tra loro in contrasto. Se nel primo caso può ipotizzarsi la restituzione del capitale mutuato al tasso legale, nel secondo caso, ove la nullità parziale riguardi il tasso di interesse, perché con l'adozione del piano di ammortamento "truccato" (come nell'esempio di cui sopra) si è surrettiziamente incrementato il tasso di interesse contrattualizzato (i.e. il TAN), lo strumento rimediale applicabile è senza dubbio quello disciplinato dall'art. 117, 7° co. TUB, nonché dall'art. 1339 c.c.

6.2 L'ipotesi del piano di ammortamento non allegato al contratto.

Ma cosa succede se il piano di ammortamento non è allegato al contratto, come spesso accade nei mutui a tasso variabile, o ne è allegato un mero esempio da ricalcolare periodicamente ad ogni variazione di rata o, ancora, sono previste in contratto clausole generiche che non consentono di stabilire le modalità di calcolo del piano di rimborso, perché ad esempio manca fin anche l'indicazione della rata costante?

Come visto, esistono almeno due regimi finanziari alternativi, applicabili a qualunque tipo di ammortamento prescelto (che sia a rata costante, altrimenti detto "alla francese", ovvero a quota capitale costante, c.d. "all'italiana" o di altro tipo): il regime finanziario della "capitalizzazione composta" e quello della "capitalizzazione semplice".

Il primo prevede una maturazione degli interessi ad un ritmo "esponenziale" (per così dire "geometrico"), e quindi più oneroso, il secondo limita la maturazione degli interessi ad un ritmo lineare e "proporzionale al tempo". Ne consegue che a parità di importo finanziato, di TAN contrattuale, di durata del piano di rimborso e di numero di rate, **due prestiti, a seconda del regime di capitalizzazione adottato, produrranno un costo del tutto diverso**, che risulterà ovviamente più alto in regime di capitalizzazione composta (Cfr. Trib. Vicenza, 3 febbraio 2022, n. 170 cit.).

Pertanto, mentre in un regime di capitalizzazione semplice il TAN può rappresentare una corretta misura del costo del finanziamento, esso perde questa caratteristica in un regime di capitalizzazione composta (dal momento che la relazione tra tempo e interesse non è lineare); anzi, in tali circostanze il TAN fornisce una misura sottodimensionata del prezzo del costo dell'operazione (Cfr. Trib. Vicenza, 3 febbraio 2022, n. 170 cit.). Soprattutto, tenendo ferma l'entità della rata, la durata del prestito e la frequenza delle rate è possibile stabilire un TAN in capitalizzazione composta e un TAN in capitalizzazione semplice, che saranno ovviamente diversi.

Per tale motivo, l'art. 6 della Delibera CICR del 2000 dispone che nei "contratti relativi alle operazioni di raccolta del risparmio e di esercizio del credito stipulati dopo l'entrata in vigore della presente delibera" è necessario indicare "la **periodicità di capitalizzazione degli interessi e il tasso di interesse applicato**. Nei casi in cui è prevista una capitalizzazione infrannuale viene inoltre indicato il **valore del tasso, rapportato su base annua, tenendo conto degli effetti della capitalizzazione**. Le clausole relative alla capitalizzazione degli interessi non hanno effetto se non sono specificamente approvate per iscritto".

Ma non bisogna confondere la disciplina della trasparenza bancaria con i requisiti strutturali del contratto.

Come si è visto, il "costo occulto" generato dalla capitalizzazione composta è costituito da "interessi su interessi" calcolati e pagati su ogni singola rata dei mutui o dei finanziamenti in genere. Ciò significa che la mancata indicazione del regime finanziario prescelto per il rimborso del prestito genera un *deficit* informativo incolumabile, a maggior ragione nel caso di omessa allegazione del piano di ammortamento, ma comunque anche negli altri casi. Infatti, il mutuatario, sia nell'ipotesi in cui abbia sottoscritto il piano di ammortamento allegato al contratto, sia nel caso in cui non l'abbia sottoscritto (perché non era stato allegato), sia nell'ipotesi in cui si sia impegnato a pagare una rata costante per tutta la durata del prestito ad un determinato tasso di interesse e con certe scadenze, non era a conoscenza (e non poteva obiettivamente esserlo!) delle peculiarità di calcolo generate dall'applicazione dell'algoritmo in capitalizzazione composta del piano di ammortamento. Soprattutto, non era a conoscenza che l'applicazione della capitalizzazione semplice alle stesse condizioni contrattuali gli avrebbe consentito un considerevole risparmio di spesa.

Siamo di fronte ad un vero e proprio “costo occulto”, per giunta anatocistico, come dimostrato, che in quanto tale non può essere individuato e/o conosciuto dall’operatore *retail* al momento della sottoscrizione del prestito. Tale “costo occulto” non risulta esplicitato dal TAN, dal numero delle rate e dal monte interessi, cioè dagli elementi più o meno ricavabili dai dati contrattuali, proprio perché è un effetto delle modalità di calcolo del prestito.

In breve, siamo di fronte ad una vera e propria genericità delle condizioni economiche del contratto finalizzata a “coprire” l’esistenza del suddetto “costo occulto”.

7. La mancata indicazione del regime di capitalizzazione.

La mancata indicazione del regime di capitalizzazione consente che il tasso contrattuale sia conteggiato, come si è visto, sia nel regime della capitalizzazione composta, sia nel regime della capitalizzazione semplice, con l’ovvia determinazione di due diversi “monti complessivi di interessi”, di due diverse “rate costanti” e, ovviamente, di due diversi tassi (TAN) contrattualizzati⁴⁵.

In realtà, anche nella matematica finanziaria, l’indicazione di un tasso “*senza l’enfasi sulla formula porta ad un’ambiguità ineliminabile perché per precisare una legge finanziaria non basta dire quanto vale il tasso, ma bisogna anche indicare qual è la formula in cui il tasso va messo, quali sono cioè i calcoli da fare*”⁴⁶.

Ciò significa, in sintesi, che sia in punto di diritto, sia sulla base delle leggi della matematica finanziaria, la mancata indicazione del regime di capitalizzazione, determina “*un’ambiguità ineliminabile*” nei calcoli da eseguire, atteso che il “*monte complessivo interessi*” e l’entità della “*rata*” variano a seconda che il rimborso del prestito sia calcolato in “capitalizzazione semplice”, piuttosto che in “capitalizzazione composta”, come dimostrato.

Peraltro, la giurisprudenza di legittimità è costante nell’affermare che il criterio in base al quale va stabilito un tasso di interesse deve essere oggettivo, predeterminato e verificabile: “*In tema di contratti di mutuo, affinché una convenzione relativa agli interessi sia validamente stipulata ai sensi dell’art. 1284, terzo comma, cod. civ., che è norma imperativa, deve avere forma scritta ed un contenuto assolutamente univoco in ordine alla puntuale specificazione del tasso di interesse*” (Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 19 maggio 2010, n. 12276, in senso conforme Cass. Civ., 29 gennaio 2013, n. 2072; Cass. Civ., Sez. 3, 27 novembre 2014, n. 25205, Cass. Civ., Sez. VI, 30 marzo 2018, n. 8028, Cass. Civ., Sez. I, 26 giugno 2019, n. 17110), il quale può essere anche individuato *per relationem*, purché, mediante rinvio a dati che siano conoscibili a priori e siano dettati per eseguire un calcolo matematico il cui criterio risulti con esattezza dallo stesso contratto (cfr. Cass. Civ., Sez. III, 11 novembre 2005, n. 22898; Cass. Civ., Sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2317; Cass. Civ., Sez. I, 29 luglio 2009, n. 17679).

⁴⁵ Si legge nella citata sentenza del Trib. Vicenza, 3 febbraio 2022, n. 170 “*la mancata esplicitazione nel contratto del regime di capitalizzazione adottato incide sul monte interessi e quindi sulla determinatezza del tasso*”. Secondo il Tribunale di Vicenza, l’importanza del criterio di calcolo degli interessi trova autorevole conferma anche nella giurisprudenza della Suprema Corte, secondo cui “*la mera indicazione di un “riferimento numerico” per il tasso di interessi può non risultare sufficiente ai fini del riscontro di determinatezza del relativo patto ex art. 1346 c.c., laddove valga ad indicare unicamente il tasso che viene applicato (non al rapporto in quanto tale, ma) solo in relazione a “un dato momento storico” dello stesso*” (Cfr. Cass. n. 3855/2018).

⁴⁶ Cfr. M. D’AMICO, E. LUCIANO, L. PECCATI *Calcolo finanziario. Temi base e temi moderni*, Egea, 2018.

Sul punto, è proprio la Suprema Corte di Cassazione che, di recente, ha enunciato un principio, per così dire, basilare sulla determinatezza delle clausole inserite nei contratti bancari: ***“Le clausole dei contratti bancari che disciplinano le condizioni economiche sono nulle, se non contengono l’indicazione di un criterio che consenta di determinare ex ante in maniera univoca ad entrambi i contraenti l’oggetto della prestazione, irrilevante essendo che gli scostamenti dei risultati dei calcoli consentiti da una clausola che non contiene un criterio univoco siano minimi”*** (Cass. Civ., Sez. III, 25 giugno 2019, n. 16907)⁴⁷.

Ebbene, nella generalità dei casi analizzati, la detta univocità di criterio, manca. L’omessa indicazione del regime di calcolo degli interessi consente l’elaborazione del piano di rimborso sia in regime di capitalizzazione semplice, sia in regime di capitalizzazione composta, con l’ovvia determinazione di un “monte complessivo interessi” e dell’entità delle rate differenti a seconda che si utilizzi il primo o il secondo regime di capitalizzazione: inferiore, nel primo caso; superiore, nel secondo con evidenti ripercussioni anche nel rimborso della quota-capitale.

Ad ulteriore conferma dei già menzionati assunti, c’è anche il recente arresto delle Sezioni Unite, con la nota **sentenza n. 8770/2020**⁴⁸, emessa in materia di contratti derivati finanziari, ma la cui *ratio decidendi* risulta certamente estensibile alle convenzioni del mercato del credito, proprio avuto riguardo ai “costi occulti” quali causa di nullità

⁴⁷ Si legge nella sentenza n. 16907/2019 “come ritenuto da questa Corte in diverse occasioni, ciò che importa, onde ritenere sussistente il requisito della determinabilità dell’oggetto del contratto di cui all’art. 1346 c.c. è che il tasso d’interesse sia desumibile dal contratto, senza alcun margine di incertezza o di discrezionalità in capo all’istituto mutuante, anche quando individuato per relationem: in quest’ultimo caso, mediante rinvio a dati che siano conoscibili a priori e siano dettati per eseguire un calcolo matematico il cui criterio risulti con esattezza dallo stesso contratto. I dati ed il criterio di calcolo devono perciò essere facilmente individuabili in base a quanto previsto dalla clausola contrattuale, mentre non rilevano la difficoltà del calcolo che va fatto per pervenire al risultato finale né la perizia richiesta per la sua esecuzione (cfr. Cass. 8028/2018; Cass. 25205/2014; Cass. n. 2765/1992 e n. 7547/92; Cass. 22898/2005, Cass. n. 2317/2007, Cass. n. 17679/2009)”.

⁴⁸ I principi espressi dalla prefata sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione sono stati poi ribaditi dalla stessa Suprema Corte nella recente Ordinanza Cass. Civ., Sez. I, 10 agosto 2022, n. 24654 in *CED Cassazione*, secondo cui “in tema di “interest rate swap”, occorre accertare, ai fini della validità del contratto, se si sia in presenza di un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell’alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi; tale accordo non si può limitare al “mark to market”, ossia al costo, pari al valore effettivo del derivato ad una certa data, al quale una parte può anticipatamente chiudere tale contratto od un terzo estraneo all’operazione è disposto a subentrarvi, ma deve investire, altresì, gli scenari probabilistici e concernere la misura qualitativa e quantitativa della menzionata alea e dei costi, pur se impliciti, assumendo rilievo i parametri di calcolo delle obbligazioni pecuniarie nascenti dall’intesa, che sono determinati in funzione delle variazioni dei tassi di interesse nel tempo. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza d’appello, che aveva escluso che, nelle operazioni di derivati, l’occultamento nel contratto di costi occulti a svantaggio del cliente si ripercuotesse sulla validità del contratto). (Cassa con rinvio, CORTE D’APPELLO ROMA, 4 settembre 2017)” La Cassazione, dunque, ha ritenuto condivisibile il richiamato principio di diritto, il quale pone sul piano della nullità del contratto la tutela dell’investitore in ragione di un’operazione in derivati connotata da costi occulti. In senso conforme, Cfr. Corte di Appello Torino, Sez. I, 16 giugno 2021, n. 686 in *www.ilcaso.it*, secondo cui “Perché il contratto sia meritevole di tutela giuridica e non si risolva in una scommessa, l’alea deve essere “consapevole” e condivisa da entrambe le parti. Conseguenza è che la carenza dell’indicazione degli “scenari probabilistici”, del valore del derivato stesso (espresso dal mark to market ad una determinata data) e degli eventuali costi occulti, integra motivo di nullità del contratto per difetto di causa: il cliente potrà pertanto ottenere la restituzione di tutti i differenziali negativi pagati, al netto di quelli positivi ricevuti, con la precisazione che la nullità potrà essere fatta valere solo dal cliente, trattandosi di nullità di protezione”.

contrattuale per indeterminatezza dell'oggetto e/o carenza di causa in concreto (Cfr. Trib. Vicenza, 3 febbraio 2022, n. 170 cit.).

Il Supremo Collegio, infatti, ribadisce l'esigenza, ai fini di **“una precisa misurabilità/determinazione dell'oggetto del contratto”**, di tenere conto anche dei c.d. **“costi occulti”**. Ebbene costituisce innegabilmente un “costo occulto” il cd. **“differenziale di costo”** o **“l'onere implicito”** derivante dall'impiego della capitalizzazione composta in luogo di quella semplice, in difetto di esplicitazione in forma scritta del regime finanziario adottato per il calcolo degli interessi nei rapporti di finanziamento.

Più precisamente, insegnano **le Sezioni Unite della Corte di Cassazione**, in materia di *swap*, che per aversi determinazione e/o determinabilità dell'oggetto contrattuale è necessario essere in presenza di una **“precisa misurabilità/determinazione dell'oggetto contrattuale, comprensiva sia del criterio del mark to market sia degli scenari probabilistici, sia dei cd. costi occulti”** (Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 12 maggio 2020, n. 8770).

Se la mera presenza dei detti costi occulti genera l'indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto contrattuale nei contratti derivati o di swap, che sono dei contratti aleatori, a maggior ragione genera la medesima indeterminatezza/indeterminabilità ove si riscontri la presenza di **“costi occulti”** nei mutui o nei finanziamenti in genere, stante l'*eadem ratio* tra le due fattispecie.

In conclusione, la mera presenza del suddetto “costo occulto” o “onere implicito” o “differenziale di regime”, non individuato e/o non individuabile a priori dall'operatore *retail* genera indeterminatezza/indeterminabilità delle condizioni contrattuali, con conseguente nullità delle relative clausole economiche e necessità che il finanziamento sia ricalcolato in applicazione dei criteri indicati nell'art. 117_7° co. TUB o, in ipotesi, al tasso legale, ai sensi dell'art. 1284_3° co. c.c.

8. Conclusioni.

Sulla base di quanto sopra esposto, risulta evidente che nei mutui e nei contratti di finanziamento in genere se non risulta esplicitato il regime di capitalizzazione, cioè il regime di calcolo degli interessi adottato dall'Istituto finanziatore, siamo di fronte ad un contratto con oggetto indeterminato e/o indeterminabile. E ciò, sia nell'ipotesi di piano di ammortamento allegato al contratto, sia in caso di piano di ammortamento non allegato al contratto.

Infatti, proprio la presenza dei già menzionati “costi occulti” dimostra, se ancora ve ne fosse bisogno, **l'assoluta indeterminatezza/indeterminabilità dell'obbligazione restitutoria** a carico della parte mutuataria.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, come visto, è unanime e conforme nell'affermare che nei contratti di finanziamento **“le clausole che disciplinano le condizioni economiche”** devono contenere **“l'indicazione di un criterio che consenta di determinare ex ante in maniera univoca ad entrambi i contraenti l'oggetto della prestazione”**, altrimenti sono nulle. Ciò significa che il tasso di interesse e il criterio di calcolo del medesimo devono essere indicati con precisione, perché in difetto dell'uno e/o dell'altro elemento sussiste la nullità della relativa pattuizione, non rilevando che le eventuali difformità siano di scarsa rilevanza (Cfr. *ex plurimis* Cass. Civ., Sez. III, 25 giugno 2019, n. 16907 cit.).

Nei mutui e nei contratti di finanziamento, al contrario, manca generalmente l'esplicitazione dei criteri di calcolo del tasso di interessi, con l'ovvia genericità delle condizioni economiche contrattuali e la conseguente nullità delle relative pattuizioni e,

più in generale dell'oggetto contrattuale, perché l'obbligazione restitutoria non è affatto univocamente quantificabile, per le ragioni sopra esposte.

Come statuisce il Tribunale di Vicenza con la citata sentenza n. 170 del 3 febbraio 2022, ove *“in nessuna pattuizione scritta, né nel contratto di finanziamento, né nella documentazione allegata, risulta esplicitato il regime di capitalizzazione adottato dall'Istituto finanziatore”*, bisognerà tener conto anche del **“costo occulto”** derivante dal differenziale di regime, *“tale dovendosi innegabilmente considerare, in difetto di esplicitazione in forma scritta del regime finanziario adottato per il calcolo degli interessi nei rapporti di finanziamento, il cd. “differenziale di costo” derivante dall'impiego della capitalizzazione composta in luogo di quella semplice* (Cfr. Trib. Vicenza, 3 febbraio 2022, n. 170 cit.).

In conclusione, l'oggettiva indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto contrattuale e, in particolare, delle clausole che regolano le condizioni economiche dei mutui e dei finanziamenti in genere ricorre ogni qualvolta dal contenuto del contratto emerge un “costo occulto” non previamente quantificato e/o quantificabile in modo obiettivo da parte di entrambi i contraenti. E ciò, come visto, a prescindere dall'effettiva accettazione del piano di ammortamento, della rata costante o del costo complessivo del finanziamento.

Nei casi in cui manchi l'espressa enunciazione e la conseguente accettazione del metodo di calcolo del piano di rimborso in capitalizzazione composta, è palese l'indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto contrattuale, avuto riguardo alle condizioni economiche del prestito, ai sensi degli artt. 1346, 1418, 2° co., 1419 c.c., 1284, 3° co. c.c., 117 4° co. Tub.

Tuttavia, alla luce delle considerazioni che precedono, anche ove sia stata esplicitata e conseguentemente accettata la modalità di calcolo del piano di rimborso in capitalizzazione composta, bisognerà ritenere che le condizioni economiche siano indeterminate e/o indeterminabili, perché l'espressa accettazione di tale tipologia di calcolo non consente di superare il divieto normativo di anatocismo degli interessi corrispettivi, di cui agli artt. 1283 c.c. e 120 2° comma lett. b) del D.lgs. n. 385 del 01/09/1993 (c.d. Testo Unico Bancario).

In siffatti casi, sarà opportuno discernere tra la nullità integrale del contratto di finanziamento, ai sensi degli artt. 1346, 1418 2° co. c.c., e la nullità delle clausole che regolano le condizioni economiche del contratto medesimo, per violazione degli artt. 1283, 1284 3° co. c.c., 117 4° e/o 6° comma, 120, comma 2° lett. b) TUB, con conseguente necessità che il contratto di finanziamento venga ricalcolato al saggio legale *ex art. 1284 c.c.* o ai tassi minimi BOT *ex art. 117_7° co. TUB*.

*I Golden Powers dalla stagione delle privatizzazioni alle congiunture emergenziali: l'eterno ritorno dello Stato nell'economia **

di Mario MANNA**

This paper analyzes in a comparative way the genesis of the so-called golden powers in the Anglo-Saxon, French and Italian legal systems and the reaction of the EU institutions regarding the compatibility of this institution with the law of the Treaties. The article then focuses on the Euro-unit and Italian legislation that has intervened in recent years, both to protect the key sectors of the economy from foreign direct investments and to cope with the risks for businesses related to the tragic situation linked to the Covid-19 pandemic and the war in Ukraine. The analysis of the legislation aims to demonstrate how, over the years, golden powers have changed their function, passing from an instrument used to accompany the privatization of public companies to a permanent mechanism for intervention in the economy by the State to protect strategic sectors.

Dicembre 2022

* Contributo approvato dai *referee*.

** Dottorando di Ricerca in Diritto e Impresa presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma.

Abstract

This article analyzes in a comparative way the genesis of the so-called golden powers in the Anglo-Saxon, French and Italian legal systems and the reaction of the EU institutions regarding the compatibility of this institution with the law of the Treaties. The article then focuses on the Euro-unit and Italian legislation that has intervened in recent years, both to protect the key sectors of the economy from foreign direct investments and to cope with the risks for businesses related to the tragic situation linked to the Covid-19 pandemic and the war in Ukraine. The analysis of the legislation aims to demonstrate how, over the years, golden powers have changed their function, passing from an instrument used to accompany the privatization of public companies to a permanent mechanism for intervention in the economy by the State to protect strategic sectors.

Il presente articolo analizza in chiave comparata la genesi dei c.d. golden powers negli ordinamenti anglosassone, francese e italiano nonché la reazione delle istituzioni comunitarie circa la compatibilità di tale istituto con il diritto dei Trattati. L'articolo si focalizza, in seguito, sulla legislazione eurounitaria ed italiana intervenuta negli ultimi anni, sia per proteggere i settori chiave dell'economia dagli investimenti esteri diretti sia per far fronte ai rischi per le imprese riconnessi alla tragica congiuntura legata alla pandemia da Covid-19 e alla guerra in Ucraina. L'analisi della normativa mira a dimostrare come, nel corso degli anni, i golden powers abbiano mutato la loro funzione, passando da strumento adoperato per accompagnare le privatizzazioni delle imprese pubbliche a meccanismo - di fatto permanente - di intervento nell'economia da parte dello Stato a tutela dei settori strategici.

I Golden Powers dalla stagione delle privatizzazioni alle congiunture emergenziali: l'eterno ritorno dello Stato nell'economia.

Sommario: 1. La “costante” attualità dei *Golden Powers*. – 2. La *Golden Share* nel Regno Unito. – 3. L'*Action Spécifique* e i *Noyaux Durs* in Francia. – 4. L'introduzione della *Golden Share* in Italia: la Legge 30 luglio 1994, n. 474. – 5. I *Golden Powers*, il diritto comunitario e la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. – 6. L'evoluzione normativa della disciplina italiana: da *Golden Share* a *Golden Powers*. – 7. Il Regolamento UE 2019/452 sul controllo degli investimenti diretti. – 8. I *Golden Powers* nel D.L. 8 aprile 2020, n. 23 c.d. D.L. Liquidità e i D.P.C.M. 18 dicembre 2020 n. 179 e 23 dicembre n. 180. – 9. Il D.L. 21 Marzo 2022, n. 21 “Misure urgenti per contrastare gli effetti economici e umanitari della crisi ucraina” e il d.p.c.m. 1° agosto 2022, n. 133. – 10. Considerazioni finali: i *Golden Powers*, le congiunture emergenziali e l'eterno ritorno dello Stato nell'economia.

1. La “costante” attualità dei *Golden Powers*.

Il tema del ruolo che i c.d. poteri pubblici dovrebbero assumere all'interno dei sistemi economici ha radici lontane nel tempo, pur essendo tornato attuale nell'ambito dei negoziati che hanno interessato le istituzioni dell'Unione Europea e gli Stati membri, con riguardo alla necessità di fare fronte comune e schermare gli effetti negativi sull'economia comunitaria derivanti dalla c.d. della “guerra dei dazi”, fra Stati Uniti e Repubblica popolare cinese, nonché, più recentemente, dalla pandemia da Covid-19¹.

Nonostante il profondo radicamento, specie in ambito comunitario, della tesi che nega qualunque tipologia di beneficio derivante dall'intervento dello Stato nell'economia, la storia – anche la più recente – testimonia come la principale sfida di molti ordinamenti occidentali sia stata la ricerca di una sintesi virtuosa tra i benefici derivanti dal modello di economia capitalista e privatizzata e il mantenimento di alcune forme di controllo pubblico necessarie per correggere gli eventuali fallimenti del mercato.

In questo contesto, il presente contributo analizza lo sviluppo dei *golden powers*² a partire dalle privatizzazioni intervenute negli anni 80' e 90' in tre dei principali ordinamenti europei: Regno Unito, Francia e Italia.

Più nello specifico, l'analisi verte sugli strumenti di controllo che i rispettivi governi hanno inteso mantenere all'interno delle imprese privatizzate, segnatamente: la *golden*

¹ Per una sistematica trattazione dell'argomento si vedano *ex multis*: G. SCARCHILLO, *Privatizzazione e settori strategici. L'equilibrio tra interessi statali e investimenti stranieri nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2018; C.A. GIUSTI, *La corporate governance delle società a partecipazione pubblica. Profili civilistici e di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2018; G. GRIEGER, *Foreign Direct Investment screening. A debate in light of China-EU FDI flows*, EPRS, European Parliament, in [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603941/EPRS_BRI\(2017\)603941_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603941/EPRS_BRI(2017)603941_EN.pdf), Maggio 2017; ss.; R. GAROFOLI, *Golden share e authorities nella transizione dalla gestione pubblica alla regolamentazione dei servizi pubblici*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Fasc. 1/1998, 159 ss.

² I *golden powers*, meglio le *golden shares*, sono state definite nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Dàmaso Ruiz-Jarabo Colomer presentate il 6 novembre 2008, nella Causa C- 326/07 (Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana) come “qualsiasi struttura giuridica applicabile alle singole imprese, che conserva o contribuisce a mantenere l'influenza dell'autorità pubblica su tali società”; in <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=67893&-doclang=IT>, 6 Novembre 2008.

share nell'ordinamento britannico, l'*action spécifique* nell'ordinamento francese e la versione italiana della *golden share*.

I contrasti tra i citati istituti ed i principi del diritto societario, declinato secondo i crismi eurounitari, sono stati sin da subito evidenziati dalle istituzioni europee levatesi a difesa del mercato unico. Tuttavia, gli strumenti in questione sono stati ampiamente considerati utili a regolare i processi di privatizzazione e perciò sono stati progressivamente introdotti anche in altri ordinamenti.

In linea con la dialettica intercorsa tra i singoli Stati e le istituzioni eurounitarie verrà, seppur brevemente, analizzata la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) in materia di *golden powers*.

La CGUE ha mantenuto – tranne in un unico caso³ – un approccio estremamente rigido sul tema⁴. Pur non avendo mai obliterato del tutto la possibilità per gli Stati membri di derogare alle norme di diritto comune a tutela degli interessi essenziali dello Stato, la CGUE ha sempre affermato la necessità di evitare il configurarsi di possibili violazioni dei principi fondamentali di libera circolazione dei capitali, di libero stabilimento e di libera prestazione dei servizi.

Tuttavia, il tracciato approccio nei confronti delle discipline dei singoli Stati membri in materia di poteri speciali e di controllo degli investimenti esteri diretti ha subito, negli anni più recenti, un parziale ma marcato mutamento. Le istituzioni eurounitarie ed anche i singoli Stati membri hanno, infatti, preso coscienza dei rischi potenziali per la sicurezza e per l'ordine pubblico derivanti dalla sempre più evidente intenzione del Governo della Repubblica popolare cinese di appropriarsi dei *know how* delle imprese comunitarie, al fine di conseguire l'obiettivo del primato tecnologico⁵.

Una situazione di questo tipo ha reso possibile, al termine di una fase negoziale di rara speditezza, l'adozione del Regolamento europeo n. 2019/452⁶, il quale fornisce alcune linee guida comuni per le normative nazionali e istituisce l'obbligo di una consultazione preventiva con gli altri Stati membri e con la Commissione quale condizione per l'esercizio dei poteri speciali da parte dei Governi nazionali.

In questo solco si colloca la parte finale del presente contributo, che ha ad oggetto l'analisi del Regolamento europeo n. 2019/452 sugli investimenti esteri diretti e l'evoluzione della normativa italiana in materia di *golden powers*. Vengono analizzate le

³ Cfr. Corte Giust. CE, causa C-509/99, Commissione c. Belgio, sent. 4 giugno 2002, ECLI:EU:C:2001:559, punto 43, ove la Corte ha ammesso come talune «preoccupazioni possano giustificare il fatto che gli Stati membri conservino una certa influenza su imprese inizialmente pubbliche e successivamente privatizzate, qualora tali imprese operino nei settori dei servizi di interesse economico generale o strategico».

⁴ Cfr. Corte Giust. CE, causa C-483/99, Commissione c. Francia, sent. 4 giugno 2002, ECLI:EU:C:2002:327; ID., causa C-463/00, Commissione c. Regno di Spagna, sent. 13 maggio 2003, ECLI:EU:C:2003:272; ID., causa C-98/01, Commissione c. Regno Unito, sent. 13 maggio 2003, ECLI:EU:C:2003:273; ID., cause riunite C-282/04 e C-283/04, Commissione c. Regno dei Paesi Bassi, sent. 28 settembre 2006, ECLI:EU:C:2006:608; ID., causa C-112/05, Commissione c. Repubblica Federale di Germania, sent. 23 ottobre 2007, ECLI:EU:C:2007:623.

⁵ In tal senso il Consiglio europeo, nel vertice del 22 e 23 marzo 2019, ha concentrato la propria attenzione sull'economia e sul summit con la Cina del successivo 9 aprile; Il documento finale è reperibile su http://documenti.camera.it/leg18/dossier/pdf/AS010.pdf?_1554069209429. Per un report diffuso dall'istituzione, cfr. <https://www.consilium.europa.eu/it/meetings/european-council/2019/03/21-22/>.

⁶ Regolamento (Ue) 2019/452 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 marzo 2019 che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, pubblicato in G.U. dell'Unione Europea il 21 marzo 2019.

modifiche introdotte dal decreto legge 8 aprile 2020, n. 23, noto come “*Decreto liquidità*”, mediante il quale, al fine di fronteggiare i rischi derivanti dalla crisi economica riconnessa alla pandemia per contagio da Covid-19, è stato esteso il perimetro di applicazione dei *golden powers*, sottoponendo al vaglio del Governo anche gli eventuali investitori esteri provenienti dai Paesi UE, attraverso una disciplina originariamente transitoria e limitata nel tempo. Disciplina transitoria cui ha fatto seguito l’emanazione dei D.P.C.M. 18 dicembre 2020, n. 179 e 23 dicembre 2020 n. 180, rispettivamente afferenti all’individuazione dei beni e dei rapporti di interessi nazionale nei settori di applicazione dei *golden powers* e all’individuazione degli attivi di rilevanza strategica nei settori dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni. Da ultimo, vengono analizzate le novità introdotte con il Decreto Legge 21 marzo 2022, n. 21, convertito con modificazioni dalla Legge 20 maggio 2022, n. 51 recante “*Misure urgenti per contrastare gli effetti economici e umanitari della crisi ucraina*”.

A valle della tracciata analisi, verrà evidenziato come la congiuntura economica riconnessa alla pandemia abbia dimostrato che in periodi di crisi i meccanismi protezionistici messi in atto dagli Stati tendano a rafforzarsi e che, di conseguenza, anche i *golden powers* – tornati, per l’appunto, di stringente attualità – possano essere adoperati quale strumento strategico a disposizione dei governi per scongiurare l’ipotesi di scalate ostili contro le principali imprese nazionali.

2. La *Golden Share* nel Regno Unito.

- Il Regno Unito, prima nazione europea ad intraprendere un’ampia politica di privatizzazione delle imprese pubbliche⁷, è stata parimenti la prima ad introdurre la c.d. *golden share*,⁸ istituto giuridico, concepito dall’esecutivo Thatcher⁹, avente la finalità di consentire al governo di prevenire acquisizioni indesiderate e cambiamenti nel controllo delle società privatizzande.
- Elemento caratterizzante della *golden share* britannica era l’assenza di una disciplina legislativa organica ed unitaria volta a regolamentare l’esercizio dei poteri speciali riconosciuti all’azionista pubblico. I poteri riconnessi alla *golden share* avevano, quindi, fonte contrattuale; nello specifico, essi traevano origine

⁷ Nel periodo compreso fra il 1979 e il 1994 la Gran Bretagna ha privatizzato circa il 70% del settore pubblico industriale, lasciando fuori dal programma di privatizzazione solo il settore del carbone, delle ferrovie, delle poste e dell’energia nucleare. La maggioranza delle privatizzazioni britanniche (circa il 95% in termini di ricavi lordi) è stata realizzata mediante la vendita delle azioni delle imprese pubbliche, all’uopo trasformate in *companies*, presso il mercato di borsa; per una disamina delle privatizzazioni britanniche v. *ex multis*: C. GRAHAM, T. PROSSER, *Privatising Nationalised Industries: Constitutional Issues and New Legal Techniques*, in *Modern Law Review*, Vol.50/1987, 16 ss.; G.K. FRY, *Il cammino della privatizzazione delle imprese pubbliche in Gran Bretagna: un’analisi in termini di politiche pubbliche*, in *Problemi di amministrazione pubblica*, Fasc.1/1996, 3 ss.; D.J. HARRIS, *Il programma di privatizzazione realizzato nel Regno Unito*, in *Economia e Politica industriale*, 55/1987, 97 ss.; P.M. JACKSON, *La privatizzazione del settore pubblico nel Regno Unito: valutazione di un’innovazione di politica economica*, in *Rivista di politica economica*, Fasc.11/1995, 77 ss.; J. KAY, *La Privatizzazione nel Regno Unito*, in *Economia Pubblica*, N.19/1989, 87 ss.

⁸ Si tratta di un’azione speciale che consente di subordinare alla volontà del possessore tutte le decisioni che possono modificare la maggioranza azionaria.

⁹ La paternità dell’istituto può essere attribuita a Lord Nigel Lawson, cancelliere dello scacchiere dal 1983 al 1989 durante i governi di Ms. Thatcher, come lui stesso ha rivendicato nella relazione al seminario su “*Le Privatizzazioni gli aspetti tecnici più rilevanti*”, tenuto il 21 giugno 1994 al Senato della Repubblica.

dagli statuti societari, variando dunque da società a società a seconda dell'approccio adottato in sede di introduzione della *golden share* nello statuto dell'impresa privatizzata¹⁰.

- Grazie alla titolarità della *golden share* l'azionista pubblico poteva esercitare i diritti di voto c.d. dormienti, nominare uno o più amministratori all'interno della società e ricevere notifica delle partecipazioni eccedenti il 5% del capitale sociale.
- Gran parte delle *golden shares* inserite negli statuti degli enti privatizzati aveva un periodo di operatività limitato pari a cinque anni¹¹. Lo schema maggiormente adoperato – c.d. *relevant person* – prevedeva che qualora un soggetto avesse avuto la titolarità di un pacchetto azionario superiore al 15% del capitale della società, gli amministratori della società sarebbero stati tenuti a notificare a costui una comunicazione intimandogli la cessione di tutte le azioni eccedenti il limite del 15%. A seguito della notifica della comunicazione con cui veniva intimata la vendita delle azioni eccedenti il limite indicato, il titolare delle azioni perdeva il diritto di partecipare e votare in assemblea. In caso di mancata vendita delle azioni da parte dell'intimato, la società era tenuta a disporre delle azioni al miglior prezzo ragionevolmente ottenibile¹².
- Oltre al tracciato meccanismo c.d. *relevant person* è possibile individuare un ulteriore modello di *golden share* adoperata dal governo britannico: il c.d. *Built in majority*, mediante il quale veniva riconosciuto al Governo un diritto di voto in più rispetto alla totalità degli azionisti privati, con la conseguente possibilità di poter disporre sempre la convocazione dell'assemblea straordinaria al fine di far approvare qualsiasi decisione ritenuta utile per la compagine sociale¹³.

¹⁰ V. G. SCARCHILLO, op. cit., 13, 14 il quale fa notare come: “*La natura meramente contrattuale dell'azione d'oro sollevò non pochi problemi sin dalla sua introduzione. Parte della giurisprudenza dell'epoca, infatti, valutò la natura statutaria della golden share alla stregua di una condizione ostativa in relazione alla sua legittimità ed alle sue modalità di esercizio, sia alla possibilità di un eventuale controllo giudiziale dello strumento societario. Secondo tali orientamenti critici i poteri speciali derivanti dal possesso della golden share, non trovando appunto fondamento in uno statuto o in una specifica legge, non potevano essere sottoposti ad alcun controllo nel merito da parte delle corti inglesi, e ciò avrebbe comportato un serio problema dovuto all'impossibilità di poter sanzionare eventuali abusi perpetrati tramite lo strumento medesimo. Quest'orientamento, tuttavia, fu ritenuto infondato e formalistico: la dottrina maggioritaria e la prevalente giurisprudenza anglosassone, infatti, non misero mai in dubbio la natura pubblica di tali poteri (a prescindere da un inserimento ed utilizzo della golden share attraverso strumenti di natura privatistica) essendo questi espressione d'interessi squisitamente statali. Non fu, dunque, mai messa in discussione la possibilità di un controllo di natura giudiziale sull'utilizzo dell'azione dorata*”; v. parimenti F. RIGANTI, *I Golden Powers Italiani tra vecchie privatizzazioni e nuova disciplina emergenziale*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, Fasc.4/2020, 873, il quale, ben sintetizzando i caratteri della *golden share* britannica, ha rilevato che: “*Il Regno Unito, in altri termini, non ha optato per la previsione di una disciplina astratta e generale in relazione al processo di dismissione di partecipazioni pubbliche e ha di contro incentivato la configurazione di un sistema (i) connotato da un'apposita disciplina dei singoli settori privatizzati, in cui (ii) l'azionista pubblico «superstite» è trattato alla stregua di «azionista privilegiato» o «special shareholder», in quanto dotato di specifici poteri di intervento, delineati contrattualmente a seconda delle esigenze del caso concreto*”.

¹¹ Tuttavia, in ragione del marcato valore strategico di alcune società oggetto di privatizzazione, in taluni casi è stata inserita una *golden share* dalla durata pressoché illimitata. A titolo esemplificativo si vedano i casi di Rolls Royce, Jaguar, British Telecom e British Aerospace.

¹² Cfr. C. GRAHAM, T. PROSSER, Op. cit., 36.

¹³ Come rilevato dalla dottrina, si tratta di uno strumento che concedeva allo Stato un profondo potere di intervento nelle vicende delle società privatizzate; v. C.A. GIUSTI, *La golden share nelle società a partecipazione pubblica: modelli europei a confronto*, in

L'utilizzo della *golden share* nelle privatizzazioni britanniche è stato estremamente diffuso¹⁴, tuttavia tale prassi operativa ha destato non pochi dubbi sia sul piano della politica economica sia sul piano squisitamente giuridico.

La *golden share*, infatti, una volta inserita all'interno di uno statuto societario inibiva l'operatività delle leggi di mercato, nello specifico impedendo la scalabilità della società. La dottrina più accorta non ha potuto far a meno di notare come un tale uso della *golden share* non fosse conforme all'ideologia neoliberaista fatta propria dal governo Thatcher, sintetizzata nell'espressione "*rolling back the frontiers of the State*", laddove l'assenza di scalabilità delle società privatizzate minava uno dei fondamenti del libero mercato¹⁵.

La *golden share* appariva parimenti contraria ai principi del diritto societario inglese, in forza dei quali nulla può impedire di modificare in qualsiasi momento la ripartizione del capitale sociale e, di conseguenza, la composizione degli organi di governo dell'impresa¹⁶. D'altro canto l'azione d'oro era stata concepita proprio per "aggirare" tale principio, al fine di concedere allo Stato la facoltà di impedire l'ingresso e la scalata di soggetti indesiderati¹⁷.

3. L'Action Spécifique e i Noyaux Durs in Francia.

Anche nell'ordinamento francese alcune previsioni, in questo caso di rango costituzionale, sembravano ostare al processo di privatizzazione¹⁸. Nello specifico al

https://www.comparazionedirittocivile.it/data/uploads/colonna%20sinistra/8.%20impresa%20societ%C3%A0%20e%20mercati%20finanziari/giusti_goldenshare2017.pdf, 5, 2017.

¹⁴ Basti pensare che in tutte le società privatizzate tra la fine degli anni settanta e gli anni novanta tramite il procedimento dell'offerta pubblica di vendita è sempre stata inserita una *golden share*, con l'eccezione della *Associated British Ports* e della prima tranche di *British Petroleum*; in tal senso v. J. DUNSIRE, *Il dibattito pubblico/privato: l'esempio della Gran Bretagna*, in *Quaderni di "Problemi di amministrazione pubblica"*, 1992, 425.

¹⁵ A.P. RUTABANZIBWA, *What is golden in the golden share? Company law implications of privatization*, in *The Company Lawyer*, Fasc.2/1996, 42.

¹⁶ G. SCARCHILLO, Op. cit., 17.

¹⁷ Un fondamento giuridico allo strumento della *golden share*, tuttavia, è stato rintracciato nella decisione *Bushell v. Faith* (1969). In *Bushell v. Faith* il capitale azionario emesso da Bush Court (Southgate) Limited era diviso in 300 azioni. Il convenuto, un amministratore della società, deteneva 100 di queste azioni. Veniva convocata un'assemblea dei soci in cui i detentori delle altre 200 azioni votavano a favore di una delibera di rimozione del convenuto dalla carica di amministratore. Naturalmente il convenuto esprimeva voto contrario. La legittimità della rimozione dell'amministratore in questione dipendeva dalla validità di una previsione statutaria che attribuiva, nell'ipotesi in cui fosse stata proposta una risoluzione per rimuovere uno degli amministratori in carica, tre voti per ogni azione posseduta dallo stesso amministratore, rendendo dunque particolarmente onerosa la possibilità di sostituire gli amministratori. La Corte d'appello ha ritenuto valida tale previsione, non ritenendo sussistente alcun contrasto con l'invocato art.184 del *Companies Act* del 1948, affermando che la finalità della citata disposizione non era quella di "*restrict the powers of a company by its articles to attach to different shares or classes of shares different voting rights, either generally or in particular types of resolution, including the particular type now in question*". Sul presupposto enunciato dalla citata decisione, è stata dunque riconosciuta la legittimità di azioni dotate di voto plurimo, anche qualora tale voto plurimo fosse circoscritto ad alcune specifiche deliberazioni. Tuttavia, come rilevato dalla più attenta dottrina, il caso *Bushell v. Faith* fa riferimento ad una piccola società in cui la previsione di meccanismi atti ad evitare dei contrasti tra i soci che possano inficiare il buon andamento della società può essere ragionevole; non vale lo stesso per le c.d. *Public companies* ove l'azionariato è particolarmente frammentato e vige di regola il principio della libera scalabilità.

¹⁸ Seguendo l'esempio britannico, anche in Francia - nazione celebre per la sua tradizione dirigista, da Colbert a De Gaulle sino ai governi socialisti della V Repubblica - tra il 1986 ed il 1987 veniva ideato e realizzato un primo grande piano di privatizzazioni. Dopo una pausa dal 1988 al 1993 sotto la dottrina

punto 9 del preambolo della Costituzione del 27 ottobre 1946 era previsto che: “Ogni bene, ogni impresa, la cui utilizzazione ha o acquista i caratteri di un servizio pubblico nazionale o di un monopolio di fatto deve diventare proprietà della collettività”. Tuttavia, il processo di privatizzazione veniva attuato tramite l’introduzione degli istituti giuridici dell’*action spécifique*¹⁹ e dei *noyaux durs*²⁰, introdotti con la legge n. 86 – 912 del 6 agosto 1986²¹.

Mediante il ricorso ai c.d. *noyaux durs* il governo francese ha tentato di costruire un sistema di partecipazioni incrociate volto a preservare le società privatizzate da scalate ostili. Nello specifico, seppur senza una puntuale ed esaustiva disciplina, ai sensi dell’art. 4, II co. della legge n. 86 – 912 del 6 agosto 1986²² era riconosciuta al Ministro dell’Economia la facoltà di vendere le azioni dell’impresa privatizzanda, per una quota variabile a seconda delle operazioni, a vantaggio di acquirenti (di regola scelti tra i più grandi gruppi industriali, bancari e assicurativi del Paese) appositamente selezionati dal governo²³. La creazione dei *noyaux durs* avveniva, dunque, mediante la cessione di azioni fuori mercato nei confronti di acquirenti selezionati – c.d. *de gré a gré* (“amichevole” o “consensuale”) – ad un prezzo fisso, e per un ammontare rappresentativo del capitale che variava a seconda della singola operazione in oggetto²⁴. In questo procedimento il

socialista del «*ni nò*»: «*niente più privatizzazioni, niente più nazionalizzazioni*», le privatizzazioni riprendevano nel triennio 1993 – 1995 durante il governo Balladur con una seconda fase di portata ancora più ampia; v. H. DUMEZ, A. JEUNEMAITRE, *Le privatizzazioni in Francia*, in *Stato e Mercato*, N.47/1996, 1.

¹⁹ Si tratta di un’azione speciale che consente di subordinare alla volontà del possessore tutte le decisioni che possono modificare la maggioranza azionaria.

²⁰ Si tratta di un modello di vendita che consente di restituire le grandi società alle regole del mercato, stabilizzandone però l’assetto proprietario, onde prevenire il rischio che centri strategici dell’economia nazionale siano minacciati da scalate ostili ovvero speculazioni borsistiche; v. D. CALDIROLA, *Vicende giuridico politiche delle privatizzazioni in Francia*, in *il Diritto della Regione*, 1994, 549 ss.

²¹ Come nota F. RIGANTI, Op.cit., 875, “*In particolare, la Francia – che, nella materia de qua, dell’Italia appare essere primo «modello» – si è dotata di leggi generali sulle privatizzazioni, completate da regolamentazioni di rango secondario (i.e. decreti governativi, istitutivi delle azioni specifiche in commento), con un elevato grado di formalizzazione e proceduralizzazione (si pensi solo all’istituzione dell’apposita Commission des participations et des transferts) e conseguente natura essenzialmente pubblicistica dei poteri in questione*”.

²² “*Les cessions ou échanges de titres, les ventes de droits préférentiels ou les renonciations à de tels droits sont réalisés suivant les procédures du marché financier.*

Toutefois, le ministre chargé de l’économie peut décider de faire appel à des acquéreurs hors marché. Le choix du ou des acquéreurs et les conditions de cession sont arrêtés par le ministre chargé de l’économie, sur avis conforme de la commission de la privatisation. Un décret en Conseil d’Etat fixe notamment les règles de publicité auxquelles sont subordonnées ces décisions et les cas dans lesquels il est recouru à un appel d’offres”.

²³ L’artefice di tale strumento, l’allora Ministro dell’Finanze Edouard Balladur, al fine di giustificare la prassi inaugurata con i *noyaux durs* ha affermato: “*se vendessimo tutte le azioni al grande pubblico, il risultato sarebbe di polverizzare il capitale di queste imprese in una miriade di piccoli e medi azionisti, e le società si troverebbero esposte a qualsiasi tentativo di scalata senza potersi difendere. Perciò bisognava dare a queste aziende un noyau stable di azionisti decisi a difenderne l’assetto proprietario*” v. E. BALLADUR, *I noccioli Duri*, in un’intervista rilasciata a *Il Sole 24 ore*, 8 settembre 1987.

²⁴ Nello specifico, su parere della Commissione per la privatizzazione – un’autorità amministrativa istituita dall’art. 2 della L. n. 86 – 912 del 6 agosto 1986, deputata a fissare le regole per la valutazione delle imprese privatizzande – il Ministro dell’economia avviava la vendita parziale o totale dell’impresa. In caso di vendita parziale, il Ministro dell’economia fissava una percentuale del capitale riservato alla vendita *de gré a gré*. Tale percentuale rappresentava la quota massima, suscettibile di modificazione in sede di esame delle offerte. Per ciascuna cessione le condizioni finanziarie dell’operazione erano indicate nel *cahier des charges*, un documento che ciascun aspirante acquirente doveva ritirare presso il Ministero del Tesoro.

Ministro dell'Economia giocava un ruolo fondamentale, essendogli riconosciuto un ampio potere discrezionale²⁵.

Pertanto i nuovi azionisti, entrando a far parte del *noyau dur*, stipulavano con il Governo un vero e proprio contratto di diritto privato, con il quale, a fronte dell'acquisizione del controllo della società, si impegnavano a non rivendere i titoli per un periodo di due anni, e, in caso di vendita intervenuta nei tre anni successivi, erano tenuti ad ottenere l'autorizzazione del consiglio di amministrazione al fine di perfezionare l'alienazione della partecipazione²⁶.

L'istituto dei *noyaux durs*, così come brevemente descritto, è stato tuttavia oggetto di forti critiche.

Ciò che è stato maggiormente stigmatizzato è stato l'eccesso di potere riconosciuto in capo al Ministro dell'Economia, soprattutto con riferimento alla facoltà di scelta dei componenti del *noyau stable*, che secondo alcuni avrebbe consentito la strutturazione di un sistema finalizzato a concentrare le azioni nelle mani di pochi, ovviamente graditi al governo²⁷, garantendo al Ministro un pervasivo controllo dell'intera politica industriale. Oltre alle censure circa la marcata politicizzazione dell'istituto in commento, è stato parimenti rilevato come la finalità di stabilizzazione dell'azionariato perseguita tramite i *noyaux durs* valesse per un tempo estremamente limitato – ossia cinque anni – lasciando la società al termine di tale periodo esposta al pericolo di scalate ostili²⁸.

In ragione delle forti critiche espresse in merito ai *noyaux durs* ed alla sostanziale mancanza di trasparenza ed efficacia ascritta a tale istituto, il Governo socialista di Michel Rocard con la Legge n. 89-465 ha dato luogo al c.d. fenomeno del *denoyautage*, affermando il principio della libera trasferibilità delle azioni ed eliminando il vincolo di inalienabilità temporanea delle azioni detenute dai membri dei *noyaux durs*.

D'altra parte, con riferimento all'istituto dell'*action spécifique* anch'esso introdotto con la Legge n. 86 – 912 del 6 agosto 1986 – seppur adoperato principalmente a far data dal 1993 – si rileva come la stessa avesse delle grandi affinità con la *golden share* di matrice anglosassone, dal momento che riconosceva al Governo un potere di veto in caso di acquisti superiori al 10% del capitale azionario. Così come per la *golden share* britannica anche per l'*action spécifique* era prevista una durata limitata, nello specifico di 5 anni, trascorsi i quali l'azione diveniva un'azione ordinaria. Nel 1993, tuttavia, il legislatore

²⁵ Segnatamente il Ministro determinava:

- la tecnica di vendita, scegliendo tra le alternative del ricorso al mercato o della cessione *de gré a gré*;
- la quota di capitale che doveva essere ceduta;
- gli acquirenti;
- il prezzo di vendita o di scambio, fermo il dovere di rispettare il prezzo base determinato di concerto con la Commissione;
- le condizioni di vendita, imponendo il rispetto del contenuto del *cahier des charges*.

²⁶ In considerazione dell'acquisizione di un sostanziale potere di controllo sull'impresa privatizzanda, i neo-azionisti del *noyau dur* pagavano per i titoli un prezzo maggiorato rispetto al prezzo di mercato. Le maggiorazioni si attestavano di media tra il 2% ed il 10% del prezzo dell'offerta pubblica di vendita.

²⁷ In questi termini: F. RAMPINI, *Privatizzazioni in Francia*, Queste istituzioni, n.77/78/1989, 42 ss.

²⁸ G. SCARCHILLO, Op. cit., 90. È stata parimenti sottolineata l'eccessiva atomizzazione dei *noyaux durs*, dovuta al numero di azionisti eccessivamente elevato, che secondo alcuni avrebbe comportato: “la possibilità di facilitare le scalate dall'esterno qualora i nuclei duri fossero [stati] composti da troppi azionisti non in grado di organizzare un efficace difesa”; in questi termini P. BALZARINI, *Privatizzazione delle imprese pubbliche francesi: primo bilancio e modifiche normative*, in *Rivista delle Società*, Fasc.1/1990, 325, nt. 19.

francese ha abrogato il limite temporale, riconoscendo la possibilità in capo al Ministro di trasformare l'*action spécifique* in azione ordinaria²⁹.

Con l'istituzione di un'*action spécifique* potevano essere riconosciuti in capo al Governo alcuni ulteriori poteri, segnatamente:

- il Ministro dell'Economia poteva esprimere un consenso preventivo sul superamento da parte di uno o più azionisti di specifiche soglie di possesso azionario;
- la nomina all'interno del consiglio di amministrazione di una società privatizzanda di due o più rappresentanti dello Stato senza alcun potere deliberativo;
- la facoltà di opporsi ad eventuali cessioni di attivo disposte da parte della società privatizzata, che potessero recare pregiudizio agli interessi nazionali³⁰.

Una fondamentale distinzione con il modello dell'azione d'oro britannica, come rilevato di matrice contrattuale, era rappresentata dalla differente fonte dell'istituto francese. Nella specie, ogni volta che il governo voleva istituire un'*action spécifique* era necessaria l'emanazione di un apposito decreto, dunque di un atto avente valore normativo³¹.

4. L'introduzione della Golden Share in Italia: la Legge 30 luglio 1994, n. 474.

In Italia la stagione delle privatizzazioni ha avuto luogo soltanto all'inizio degli anni 90³². Sul piano legislativo³³ il fondamento della disciplina sulle privatizzazioni era

²⁹ C.A. GIUSTI, Op. cit., p. 8.

³⁰ Cfr. Camera dei deputati – XVI Legislatura – Dossier di documentazione, *La disciplina della golden share in Francia e Germania*, N.34/ – 28 marzo 2012, A.C. 5052.

³¹ Tale decreto istitutivo determinava parimenti i poteri riconosciuti in capo al Governo.

³² **In Italia** l'avvio delle privatizzazioni è stato dettato dal deterioramento dei conti delle aziende a partecipazione statale, specie l'IRI e l'EFIM, in una fase in cui anche i conti dello Stato vertevano in una situazione non più sostenibile, a seguito di una stagione di elevati disavanzi che avevano fatto crescere il debito pubblico oltre il 120% del PIL. Sul processo di privatizzazione italiano hanno influito parimenti la crisi di cambio del settembre 1992, che ha causato la fuoriuscita della lira dallo SME minando la credibilità finanziaria dell'Italia a livello globale e i processi di Tangentopoli, che hanno gettato luce sulla dilapidazione di risorse pubbliche e di corruzione nelle aziende di proprietà dello Stato; v. S.MICOSSI, *Le privatizzazioni in Italia qualche utile lezione, ItalianiEuropei*, <https://www.italianieuropei.it/it/la-rivista/archivio-della-rivista/item/202-le-privatizzazioni-in-italiaqualche-utilelezione.html?tmpl=component&print=1>, 29 febbraio 2008.

³³ Rispettivamente con le leggi 218/90 e 359/92 veniva disposta la trasformazione in società per azioni delle banche e delle altre imprese pubbliche. Con la L. 432/93 veniva istituito il Fondo per l'ammortamento del debito pubblico, in cui sarebbero confluiti i proventi delle privatizzazioni, ad

rappresentato dal D.L. 31 maggio 1994 n. 332³⁴, convertito dalla Legge 30 luglio 1994, n. 474³⁵.

Anche nel nostro Paese lo strumento adoperato per la dismissione delle partecipazioni è stato identificato nell'offerta pubblica di azioni e, seguendo l'esempio francese e britannico, sono stati istituiti dei poteri speciali in favore dello Stato.

L'art. 2 del D.L. 332/1994 prevedeva, in caso di trasferimento al mercato del controllo azionario, l'inserimento di determinate clausole negli statuti di società privatizzande operanti nei settori di:

- Difesa;
- Trasporti;
- Telecomunicazioni;
- Fonti di Energia;
- altri pubblici servizi.

Tali clausole statutarie avrebbero dovuto attribuire al Ministro del Tesoro, d'intesa con quello del Bilancio e dell'Industria, uno o più specifici poteri in forza dei quali il soggetto pubblico poteva riservarsi:

esclusione di ogni utilizzo per il ripiano dei disavanzi correnti. Veniva parimenti abolito il ministero delle partecipazioni statali, trasferendo al tesoro la proprietà delle partecipazioni pubbliche. Nel giugno 1993 presso il ministero del tesoro (oggi dell'economia e delle finanze, o MEF) si formava un Comitato per le privatizzazioni, con l'incarico di fare proposte sui tempi delle operazioni, i metodi di collocamento e la scelta dei consulenti e dei sottoscrittori.

³⁴ Un'antecedente della *golden share* in Italia è stata identificata negli artt. 2458 c.c. e ss. previgenti alla riforma societaria del 2003. Segnatamente: l'art. 2458 c.c. prevedeva la possibilità che l'atto costitutivo riconoscesse in capo allo Stato o agli enti pubblici proprietari di azioni in una società la facoltà di nominarne uno o più amministratori o sindaci. L'art. 2460 c.c. disponeva che la scelta del presidente del collegio sindacale avvenisse tra i sindaci nominati dallo Stato e, da ultimo, l'art. 2461 c.c. confermava l'estensione delle norme in tema di società per azioni anche a quelle, tra queste, ritenute d'interesse nazionale, sebbene nei limiti di compatibilità con le disposizioni delle leggi speciali che stabilivano per tali società una particolare disciplina – e, quindi, una deroga alle disposizioni comuni – circa la gestione sociale, la trasferibilità delle azioni, il diritto di voto e la nomina degli amministratori, dei sindaci e dei dirigenti; in questo senso v. F. RIGANTI, op. cit., 877, 878.

³⁵ Per un'ampia disamina del processo di privatizzazioni in Italia v. *ex multis*: G. OPPO, *Diritto privato ed interessi pubblici*, in *Rivista di diritto civile*, 1994, 25 ss.; P.G. MARCHETTI, *Le privatizzazioni in Italia: leggi e documenti*, in *Rivista delle Società*, Fasc.1/1994, 194 ss.; R. COSTI, *Privatizzazione e diritto delle società per azioni*, in *Giurisprudenza Commerciale*, Fasc.1/1995, 77 ss.; S. CASSESE, *Le Privatizzazioni in Italia*, Stato e Mercato, Fasc.2/1996, 323 ss.; M. CLARICH, voce *Privatizzazioni*, in *Digesto Pubblico*, Utet, Torino, 1996, 570 ss.; S. AMOROSINO, *Le privatizzazioni in Italia: mito e realtà*, in *Foro amministrativo*, Fasc.6/1999, 1637 ss.; F. BONELLI, M. ROLI, voce *Privatizzazioni*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 2000, agg., 994 ss.; F. CAPRIGLIONE, *Le fondazioni bancarie e la legge sulle privatizzazioni*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, Fasc.2/1995, 80 ss.; M. CLAUSI, *Profili giuridici delle privatizzazioni*, in *Giurisprudenza di merito*, Fasc.1/1999, 435 ss.; F. CUCCU, *Partecipazioni pubbliche e Governo societario*, Giappichelli, Torino, 2019; P. FERRO, LUZZI, *La «trasformazione» degli enti pubblici in s.p.a. e la speciale «riserva»*, in *Giurisprudenza commerciale*, Fasc.1/1995, 507 ss.; N. IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico giuridico)*, in *Rivista delle società*, Fasc.3/1993, 465 ss.; P.G. JAEGER, *Privatizzazioni; «Public Companies»; problemi societari*, in *Giurisprudenza Commerciale*, Fasc.1/1995, 5 ss.; B. LIBONATI, *La faticosa «accelerazione» delle privatizzazioni*, in *Giurisprudenza Commerciale*, Fasc.1/1995, 20 ss.; A. MAZZONI, *Privatizzazioni e diritto antitrust: il caso italiano*, in *Rivista delle società*, Fasc.1/1996, p. 34 e ss.; R. PARDOLESI, R. PERNA, *Fra il dire e il fare: la legislazione italiana sulle privatizzazioni delle imprese pubbliche*, in *Rivista critica del diritto privato*, Fasc.1/1994, 568 ss.; P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Giuffrè, Milano, 2007, 299 ss.;

- 1) il gradimento all'assunzione di partecipazioni rilevanti³⁶ ed alla costituzione di patti di sindacato³⁷ (lett. a) e b) dell'art. 2 della L. 474/1994);
- 2) il diritto di veto all'assunzione di delibere di scioglimento della società, trasferimento dell'azienda, fusione, scissione, trasferimento all'estero della sede sociale, cambiamento dell'oggetto sociale, di modifica dello statuto che sopprimano o modifichino gli stessi poteri attribuiti al Ministro del Tesoro (lett.c) dell'art. 2 della L. 474/1994³⁸);
- 3) nomina di un sindaco o di un amministratore o di un numero di membri dell'organo gestorio non superiore ad un quarto dei membri del consiglio di amministrazione (lett. d) dell'art. 2 della L. 474/1994)³⁹.

Si tratta, come identificato dalla dottrina, di un *numerus clausus* di poteri⁴⁰ che in ragione delle relative caratteristiche di eccezionalità sono stati definiti dal legislatore come “*poteri speciali*”.

Le critiche rivolte al modello italiano dei c.d. poteri speciali o *golden share* sono state molteplici⁴¹. Il potere di gradimento di cui alla lett. a) dell'art. 2 della L. 474/1994 non

³⁶ Era considerata partecipazione rilevante quella rappresentata dalla ventesima parte del capitale sociale o anche di altra percentuale minore fissata con decreto del Ministro del Tesoro. Prima del gradimento il socio non avrebbe potuto esercitare il diritto di voto, essendo altrimenti obbligato a cedere le azioni entro l'anno.

Nello specifico, entro 60 giorni dalla richiesta di iscrizione nel libro dei soci da parte del soggetto acquirente, il Ministro del Tesoro doveva manifestare o meno il suo gradimento all'operazione. L'eventuale silenzio del Ministro doveva essere interpretato nel senso di un rigetto della richiesta e a quel punto, pur non annullandosi gli effetti del trasferimento, il socio aveva un anno di tempo per cedere le partecipazioni, alla scadenza del quale avrebbe provveduto il tribunale. Fino a quando il gradimento non fosse stato espresso, inoltre, i diritti di voto ed i diritti diversi da quelli aventi contenuto patrimoniale erano da considerarsi sospesi.

³⁷ Era considerato vigente un patto di sindacato qualora avessero stipulato l'accordo soci rappresentanti la ventesima parte del capitale sociale o anche altra percentuale più bassa determinata con decreto dal Ministro del Tesoro. Nello specifico, il gradimento doveva essere manifestato entro 60 giorni dalla comunicazione della Consob riguardo all'esistenza di tali accordi; anche in tale ipotesi, scaduto il termine, il silenzio doveva intendersi come rifiuto.

³⁸ La *ratio* di tali previsioni è stata identificata nel tentativo di tutelare e controllare imprese che in ragione delle loro caratteristiche oggettive e in virtù della relativa operatività nell'ambito delle *public utilities* rappresentavano un patrimonio pubblico meritevole di particolare tutela; in questo senso G. SCARCHILLO, op. cit., 167. Diversa è invece la *ratio* afferente al veto sulle delibere inerenti al trasferimento all'estero della sede sociale, laddove il legislatore ha inteso evitare che, assoggettandosi ad un diritto differente da quello italiano, la società avrebbe potuto, con una semplice delibera a maggioranza, espungere dallo statuto i poteri speciali riconosciuti al Ministro del Tesoro.

³⁹ È d'uopo rilevare che, seppure l'attenzione dei commentatori si sia sempre focalizzata sul citato art. 2 del d.l. n.332/94, non è priva di rilievo nemmeno la previsione di cui all' art. 1. Nello specifico i commi 3 e 4 dell'art. 1 ricalcando il modello francese dei *noyaux durs* prevedevano una modalità di trasferimento «diretta» del pacchetto azionario già in capo allo Stato in favore di investitori privati selezionati, costituenti un nucleo ritenuto stabile in quanto «blindato», tra gli altri, da un duplice sindacato (di voto e di blocco), da un divieto di alienazione delle partecipazioni acquistate, dalla previsione di specifiche penali in caso di inadempimento agli obblighi contrattuali assunti in occasione del trasferimento e, nel caso in cui del nucleo fosse stato parte anche il Ministro del tesoro, da una prelazione a favore di quest'ultimo in caso di una cessione da parte di uno degli altri partecipanti; v. in questo senso F. RIGANTI, op. cit., 879, 880.

⁴⁰ Così: B. LIBONATI, op.cit., 41.

⁴¹ In sede di conversione in legge del D.L. 332/1994, nell'assemblea del senato un osservatore attento e scrupoloso della vita politica, economica e giuridica nazionale quale fu Bruno Visentini, delineò in maniera netta – anche grazie alle sue duplici doti di politico e di accademico – i limiti delle privatizzazioni

era finalizzato, come negli altri ordinamenti in esame, ad impedire l'ingresso di azionisti stranieri in società strategiche per l'economia italiana, bensì si risolveva in un "mero gradimento" esercitabile anche nei confronti di potenziali azionisti italiani⁴².

Vieppiù che l'attribuzione di tale potere di gradimento, e più in generale di tutti i c.d. poteri speciali, era riconosciuta ad un soggetto estraneo alla compagine sociale, i.e. il Ministro del Tesoro. Nell'ambito di una privatizzazione sostanziale infatti, a differenza di quanto previsto per i già citati modelli stranieri, il Ministero del Tesoro veniva privato di ogni partecipazione al capitale della società dismessa, anche meramente simbolica.

Tuttavia, parte della dottrina ha sottolineato come il reale difetto di tale impostazione non fosse tanto l'attribuzione di un potere di tal guisa ad un soggetto terzo rispetto alla compagine societaria, quanto la non modificabilità di tali poteri senza il consenso del medesimo Ministro del Tesoro, così come previsto alla lett. c) dell'art. 2 della L. 474/1994⁴³.

Seppur il divieto di modifica della clausola attributiva dei poteri speciali fosse un elemento presente anche nel modello britannico di *golden share*, in Italia, a differenza del Regno Unito, i poteri speciali non erano legati ad alcuna particolare categoria di titoli azionari. Se dunque la fonte dei poteri speciali riconosciuti all'azionista pubblico britannico risiedeva nella titolarità di particolari azioni – il che rendeva il divieto di modifica di tali diritti senza il consenso del rispettivo titolare pienamente in linea con le previsioni del diritto societario britannico – in Italia è stato necessario prevedere un

"all'italiana" e del modello nazionale di *golden share*. Tale intervento fu contestualmente pubblicato, con il titolo: *Ancora sui limiti della disciplina privatistica delle società per azioni*, in *Rivista delle Società*, Fasc.4/1994, 729 ss. Si riportano di seguito gli stralci maggiormente significativi: "Uno dei punti centrali considerati è l'errore di avere voluto imporre per legge e con modificazioni statutarie (disposte per le due banche privatizzate prima delle privatizzazioni) limitazioni ai possessi azionari: limitazioni contrarie al sistema. In sede di privatizzazioni, poteva essere legittimo prevedere, senza alcuna necessità di norme legislative o statutarie, che gli acquisti fossero percentualmente limitati. Mentre l'introduzione di norme legislative e statutarie intese a limitare i possessi azionari contrasta con i principi fondamentali del sistema e determina situazioni di privilegio e di inamovibilità a favore dei consigli di amministrazione, delle dirigenze aziendali e degli azionisti minoritari che si sono collocati in una posizione di controllo (...) Nel provvedimento in esame sono ravvisabili due errori di impostazione: uno all'articolo 2, in riferimento agli immensi poteri che lo Stato conserva nelle società che privatizza, annullando praticamente la privatizzazione stessa; l'altro in ordine all'ideologia ridicola – che non esiste più in alcun paese moderno – secondo cui le grandi società per azioni potrebbero essere condotte dall'azionariato risparmiatore, laddove è scomparso l'azionariato imprenditore. L'azionariato risparmiatore è qualitativamente diverso, non conduce l'impresa e laddove è scomparso l'azionariato imprenditore si impongono controlli di tipo pubblicistico perché non è possibile sostituire gli imprenditori con i risparmiatori dato che un'impresa non può essere gestita da centinaia di migliaia di azionisti risparmiatori che hanno altri interessi. (...) La norma relativa al limite del possesso azionario serve ad impedire le scalate, vale a dire l'elemento essenziale nella disciplina delle società per azioni che corrisponde al principio secondo il quale a una maggioranza si deve poter sostituire un'altra maggioranza. Invece in questo modo si cristallizzano le situazioni a favore delle situazioni a favore dei dirigenti e degli amministratori che occupano determinate poltrone."

⁴² V. C. DI CHIO, *Società a Partecipazione Pubblica*, in *Digesto Civile*, Utet, Torino, 1997, 158 ss..

⁴³ V. J. SODI, *Poteri speciali, golden shares e false privatizzazioni*, in *Rivista delle società*, Fasc.2/1996, 386 ss., laddove si afferma che "lo strappo con la disciplina comune è quindi piuttosto forte, in quanto se anche è per taluno ammissibile affidare a terzi l'esercizio del gradimento, di certo non è ammissibile che i soci, una volta delegato tale potere, non possano, in quanto deleganti, riappropriarsene". Altra parte della dottrina ha inteso considerare tale potere di veto come un potere di derivazione extra-societaria, da considerare nell'alveo dei rapporti tra autorità amministrativa ed autonomia statutaria; v. L. ARDIZZONE, M.L. VITALI, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in *Giurisprudenza Commerciale*, Fasc.6/2013, 919 ss.

apposito e speciale potere di veto che impedisse la modifica dei poteri riconosciuti al Ministro del Tesoro.

Inoltre, il potere di veto di cui alla lett. c) dell'art. 2 della L. 474/1994 entrava in conflitto con il principio maggioritario che informa le decisioni dell'assemblea delle società per azioni, anche con riferimento alle deliberazioni dell'assemblea straordinaria per cui sono richiesti dei *quorum* maggiorati ma che non lambiscono mai l'unanimità.

Parimenti, appariva manifesto il conflitto del potere di veto con il principio di uguaglianza delle azioni, previsto implicitamente nel nostro ordinamento dal I co. dell'art. 2348 c.c. ed a livello comunitario dalla seconda Direttiva CEE, e, ancor prima, dall'art. 54 n. 3, lett. g) del Trattato di Roma (oggi art. 61 TFUE)⁴⁴.

In ragione della rilevata pervasività che lo Stato aveva inteso riservarsi all'interno delle imprese privatizzate, illustre dottrina aveva tentato di correggere le storture derivanti dalle previsioni del D.L. 332/1994, già prima della relativa conversione in legge indicando quali possibili correttivi:

- il collegamento dell'esercizio dei poteri speciali ad una particolare categoria di azioni;
- la limitazione nel tempo dell'esercizio dei poteri;
- l'obbligo in capo allo Stato di rendere, a pena di nullità, piena motivazione delle decisioni assunte;
- un maggior rispetto dei valori del mercato e della concorrenza, con il solo limite della salvaguardia di interessi nazionali palesemente dichiarati e giustificati⁴⁵.

Tuttavia in sede di conversione, tali suggerimenti sono rimasti inascoltati.

5. I Golden Powers, il diritto comunitario e la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Il processo di privatizzazione che ha avuto luogo in Gran Bretagna, Francia e Italia tra gli anni 80' e 90', è stato profondamente influenzato dall'appartenenza di tali Paesi alla Comunità Europea. L'odierna UE ha infatti agito da propulsore verso il tracciato processo di "denazionalizzazione"⁴⁶ delle imprese, in linea con il suo cardinale obiettivo di creazione di un libero mercato concorrenziale. Nel monitorare ed indirizzare il processo di dismissione delle partecipazioni pubbliche, le istituzioni comunitarie hanno incentrato il proprio controllo sugli strumenti utilizzati dai Governi per continuare ad esercitare una forma di influenza sulle imprese operanti in settori strategici o comunque rilevanti per gli interessi dello Stato, i.e. la *golden share* in UK, l'*action spécifique* in Francia e i poteri speciali in Italia.

Con la Comunicazione 97/C 220/06 del 19 luglio 1997⁴⁷ resa in materia di investimenti intracomunitari, la Commissione Europea ha tracciato delle vere e proprie *guidelines* per l'introduzione dei c.d. *golden powers*, dal momento che gli stessi avrebbero potuto rappresentare degli ostacoli agli investimenti intra ed extra comunitari. Il rischio delineato da parte della Commissione afferiva principalmente alla violazione dei principi

⁴⁴ V. G. SCARCHILLO, op. cit., 173 – 174.

⁴⁵ G. ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, in *Rivista delle Società*, Fasc.3/1994, 385 ss.

⁴⁶ L'espressione è di S. GRUNDMANN, F. MÖSLEIN, *Golden Shares – State Control in Privatised Companies: Comparative Law, European Law and Policy Aspects*, in *European Banking & Financial Law Journal* (EUREDIA), Vol.1/2004, p. 623.

⁴⁷

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y0719%2803%29:IT:HTML>.

di cui agli artt. 43 del TCE (oggi art. 49 TFUE)⁴⁸ e 56 del TCE (oggi art. 63 TFUE)⁴⁹, rispettivamente libertà di stabilimento e libertà di circolazione dei capitali, laddove gli strumenti di controllo che gli Stati avocavano a sé mediante i c.d. *golden powers* rischiavano di “scoraggiare” un soggetto ad investire in una determinata società o a stabilirsi in un determinato Paese in maniera durevole.

Nello specifico la Commissione, analizzate le discipline dei diversi Stati Membri in materia di *golden powers*, aveva tracciato due categorie di disposizioni:

– le previsioni di natura discriminatoria, ossia applicabili esclusivamente a cittadini di un altro Stato Membro;

– le previsioni aventi natura non discriminatoria, riferite ai cittadini di tutti gli Stati.

In relazione alla prima tipologia di disposizioni, queste venivano considerate valide solo e soltanto qualora fossero state adottate, in ossequio al principio di proporzionalità, per la salvaguardia dell’ordine pubblico, della sicurezza nazionale, della sanità pubblica e della difesa.

Con riferimento invece alle previsioni aventi natura non discriminatoria, la Commissione riconosceva la legittimità sia dell’inserimento di procedure di autorizzazione preventiva da parte del governo relativamente ad una determinata operazione, sia della possibilità di porre il veto su determinate decisioni e di nominare componenti degli organi gestori. L’esercizio di tali facoltà tuttavia doveva essere effettuato:

– in maniera non discriminatoria;

– per motivi imperativi di interesse generale;

– in maniera idonea a garantire il conseguimento dell’obiettivo perseguito;

– in ossequio al principio di proporzionalità.

Tuttavia la Commissione, la quale non aveva gradito sin dal principio l’inserimento dei c.d. *golden powers*, stanti i rilevati ostacoli che questi strumenti ponevano al corretto funzionamento del mercato interno, ha avviato nel tempo una lunga serie di procedure di infrazione nei confronti di tutti gli Stati membri che avevano mantenuto dei diritti speciali in società privatizzate. In base alle premesse poste dalla Commissione Europea, fin dall’inizio degli anni 2000’ la Corte di Giustizia dell’UE si è pronunciata in numerose questioni afferenti ai *golden powers*⁵⁰.

⁴⁸ “Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all’apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l’accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell’articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali”.

⁴⁹ “Nell’ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi. Nell’ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni sui pagamenti tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi”.

⁵⁰ La Corte di Giustizia non ha mantenuto nel tempo un approccio costante, tracciando delle aperture interpretative così da consentire al ricorrere di determinate condizioni la regolamentazione interna dei c.d. poteri speciali a tutela degli interessi fondamentali degli Stati, in linea con le libertà fondamentali sancite dal trattato. Per una più ampia analisi della giurisprudenza comunitaria in materia di golden powers v. *ex multis*: T. BALLARINO, L. BELLODI, *La golden share nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della Corte comunitaria*, in *Rivista delle Società*, Fasc.1/2004, 2 ss.; S. DE VIDO, *La recente giurisprudenza comunitaria in materia di golden shares: violazione delle norme sulla libera circolazione dei capitali o sul diritto di stabilimento?*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, Fasc.4/2007, 861 ss.; F. SANTONASTASO,

A seguito di oltre un ventennio di controversie⁵¹, sembrerebbe potersi affermare che i *golden powers* costituiscano effettivamente una restrizione alla libertà di movimento dei capitali, in ragione del loro effetto dissuasivo sugli investimenti.

Gli Stati membri hanno costantemente espresso il proprio dissenso rispetto all'indirizzo giurisprudenziale della Corte di Giustizia Europea, rilevando come l'interpretazione dei giudici comunitari privasse gli Stati della facoltà scegliere il regime di *corporate governance* maggiormente aderente alla propria struttura economica e alle peculiari necessità di politica industriale⁵².

Di particolare rilievo, tuttavia, è il caso *Commission v. Belgium*, C- 503/99, l'unico in cui i giudici comunitari si sono pronunciati a favore della legittimità dei *golden powers*. Il caso verteva sui poteri speciali del Governo Belga nella "*Société Nationale de Transport par Canalisation – SNTC*" e nella "*Société de Distribution du Gaz Sa – Distrigaz*". Nello specifico, lo Stato aveva avocato a sé il potere di nominare due membri del consiglio di amministrazione ed aveva inserito nello statuto l'obbligo per la società di comunicare al Ministro dell'Energia ogni trasferimento avente ad oggetto gli *assets* strategici delle società. Inoltre, i membri nominati dal Ministro avevano il potere di riferire a costui, entro quattro giorni, il contenuto delle delibere dell'organo amministrativo. Il Ministro avrebbe così potuto disporre l'annullamento "nei casi in cui la stessa fosse ritenuta in contrasto con l'interesse nazionale".

La Corte, respingendo le censure della Commissione, ha ritenuto soddisfatto il requisito del "*superiore interesse nazionale*" trattandosi di società operanti in settori di rilievo nazionale; inoltre, ed è questa la peculiarità della decisione, i giudici hanno ritenuto provati anche i requisiti della proporzionalità e della certezza del diritto. Ciò poiché:

La "saga" della "golden share" tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento, in *Giurisprudenza Commerciale*, Fasc.3/2007, 302 ss.; L. SCIPIONE, La «golden share» nella giurisprudenza comunitaria: criticità e contraddizioni di una roccaforte inespugnabile, in *Società*, Fasc.1/2010, 856 ss.

⁵¹ Tra i casi maggiormente significativi si vedano: C- 58/99, *Commission v. Italy*, 2000 ECR I-03811; C-367/98, *Commission v. Portugal*, 2002, ECR I-04731, C-483/99, *Commission v. France*, 2002, ECR I-04781; C-503/99, *Commission v. Belgium*, 2002, ECR I-04809; C-463/00, *Commission v. UK*, 2000; C-463/00 *Commission v. Spain*, 2003 ECR I -04581; C-98/01, *Commission v. UK*, 2003, ECR I-04641; C-174/04, *Commission v. Italy*, 2005, ECR I-04933 *joined cases C-282/04 EC-283/04*; *Commission v. The Netherlands*, 2006, ECR I - 09141; C. 112/05, *Commission v. Germany*, 2007. ECR I-089995; Casi riuniti C-463/04 and C-464/04 *Federconsumatori e altri e associazione azionariato diffuso della AEM spa e altri v. Comune di Milano*, 2007, ECR I-11419; C-274/06, *Commission v. Spain*, 2008, ECR I-00026; C-207/07, *Commission v. Spain*, 2008, ECR I-00111; Case C-326/07, *Commission v. Italy* 2009, ECR I-02291; C-171/08, *Commission v. Portugal*, ECR I-06817; C-543/08, *Commission v. Portugal*, 2010, ECR I-11241; C-212/09, *Commission v. Portugal*, 2011, ECR I-10889; C-244/11, *Commission v. Greece*, 2012, *published in the electronic reports of cases*; C-95/12, *Commission v. Germany*, 2013.

⁵²La linea tenuta dalla Corte di Giustizia Europea, protesa ad obliterare sistematicamente le modalità di applicazione dei *golden powers*, è stata oggetto di valutazioni contrastanti. Da un lato, la rigidità espressa dalla Corte è stata apprezzata in ragione delle vistose alterazioni che l'inserimento dei *golden powers* comportava rispetto al funzionamento del mercato interno e più in generale delle dinamiche societarie. D'altro canto, secondo alcuni, sarebbe stata auspicabile una maggiore elasticità da parte dei Giudici Comunitari, alla luce dell'oggettiva meritevolezza dell'obiettivo perseguito dagli Stati Membri, ossia la salvaguardia delle imprese operanti in settori strategici; in questo senso cfr. C.A. GIUSTI, op.cit., 20. Secondo parte della dottrina, infatti, troppo spesso la Corte ha ritenuto le partecipazioni d'oro detenute dagli Stati come una violazione del principio di libera circolazione dei capitali, anche laddove non vi fosse un reale impatto negativo circa la scalabilità delle società da parte di investitori stranieri; in questo senso v. G. SCARCHILLO, op. cit., 205.

- erano assenti previsioni afferenti ad eventuali autorizzazioni preventive;
- solo il Governo poteva stabilire quali fossero i trasferimenti azionari in grado di alterare la stabilità della fornitura energetica;
- il potere di annullamento delle delibere dell'organo amministrativo riconosciuto al Ministro era esercitabile unicamente in caso di serio rischio per il raggiungimento degli obiettivi della politica energetica nazionale.

Nel caso *Commission v. Belgium* C- 503/99 la legittimità del diritto di veto riconosciuto al Governo belga posava, dunque, sulla compatibilità di tale potere con le citate condizioni tracciate dalla Commissione nel caso in cui misure interne abbiano a che fare con libertà fondamentali.⁵³

È d'uopo rilevare che la Corte non ha mai escluso la legittimità dei *golden powers*, intendendo tuttavia porre dei criteri particolarmente rigidi per il loro utilizzo, i.e.:

- il divieto di adoperare i *golden powers* a guisa di sussidi economici per le imprese privatizzate;
- il rispetto della certezza del diritto e del principio di proporzionalità;
- l'utilizzo solo in caso di tutela di interessi generali⁵⁴.

6. L'evoluzione normativa della disciplina italiana: da *Golden Share* a *Golden Powers*.

L'attuale disciplina italiana in materia di *golden powers* si compone di plurimi interventi sia di carattere primario che secondario⁵⁵. In primo luogo, si pone in rilievo il D.L. 15 marzo 2012, n. 21, convertito con modifiche in Legge 11 maggio 2012, n. 56, rubricata "Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni"⁵⁶.

Tale Legge ha sostituito il D.L. 31 maggio 1994, n. 332 convertito in L. 30 luglio 1994, n. 474.

Le ragioni del passaggio dalla previgente disciplina della *golden share* a quella dei *golden powers* sono da ascrivere alle necessità di adeguamento alle condizioni imposte all'Italia dall'Unione Europea. Nello specifico, nel febbraio 2011 la Commissione rilevava che la

⁵³ V. *Supra* p. 19.

⁵⁴ Sulla base della pronuncia *Commission v. Belgium* C- 503/99 anche la dottrina ha individuato i criteri per l'istituzione di poteri speciali "virtuosi":

1) l'esistenza di un preciso testo normativo che definisca e qualifichi il potere speciale (*statutory precision*);
 2) la sussistenza di un controllo statale successivo e non di un'autorizzazione preventiva (*opposition ex post facto*);

3) la fissazione di termini di tempo precisi per proporre l'opposizione;

4) la previsione di uno specifico obbligo di motivazione all'atto dell'utilizzo del potere speciale;

5) la presenza di un controllo giurisdizionale effettivo sull'operato del Governo tramite tale strumento; in questo senso: H. FLEISCHER, *Judgment of the full Court of 4 June 2002*, in *Common Law Market Review*, 2003, vol. 40, n. 2, 497.

⁵⁵ Per una disamina esaustiva delle variazioni normative in materia di Golden Powers si veda V. DONATIVI, *Golden Powers - Profili di diritto societario*, Giappichelli, Torino, 2019, 1-7.

⁵⁶ Sul D.L. 21/2012 si vedano *ex multis*: L. ARDIZZONE E M.L. VITALI, op. cit., 919 ss.; F. BASSAN, *Dalla golden share al golden power: il cambio di paradigma europeo nell'intervento dello Stato sull'economia*, in *Studi sull'integrazione europea*, Fasc.1/2014, 57 ss.; A. COMINO, *Golden powers per dimenticare la golden share: le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, e delle comunicazioni*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Fasc.5/2014, 1019 ss.

disciplina italiana sui *golden powers* (ante D.L. 21/2012) attribuiva all'autorità nazionale una posizione dissuasiva per gli investimenti esteri, in evidente violazione del TFUE⁵⁷. La Legge 11 maggio 2012, n. 56 è stata a sua volta soggetta a modifiche, apportate segnatamente con l'art. 14, D.L. 16 ottobre 2017, n. 148, convertito con modifiche dalla Legge 4 dicembre 2017, n. 172.

Dopo la riforma del 2017, il legislatore, sia nazionale che eurounitario, è ripetutamente intervenuto nel corso del 2019 per contrastare i rischi riconnessi al marcato aumento di investimenti esteri diretti da parte di investitori privati o di fondi sovrani di Paesi reputati inidonei a garantire in maniera sufficiente la salvaguardia di interessi nazionali di carattere fondamentale, o comunque privi di apertura agli investimenti esteri, potenzialmente forieri di rapporti non bilanciati e non improntati a piena reciprocità.

In tal senso nel 2019 sono stati approvati il Regolamento UE sugli IDE, nonché, a livello nazionale, ben tre decreti legge:

- il D.L. 25 marzo 2019, n. 22, dedicato ai poteri speciali esercitabili nel campo dei servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G;
- il D.L. 11 luglio 2019, n. 64, poi non convertito in legge;
- il D.L. 21 settembre 2019, n. 105 sulla “sicurezza nazionale cibernetica”, che ha previsto un rafforzamento del baluardo difensivo sulle società di gestione dei mercati regolamentati e delle altre “infrastrutture finanziarie” nell'ambito applicativo dei poteri speciali⁵⁸.

Rispetto alla previgente disciplina in materia di *golden share* di cui al D.L. 31 maggio 1994, n. 332 convertito in L. 30 luglio 1994, n. 474, il D.L. 15 marzo 2012, n. 21, convertito con modifiche in Legge 11 maggio 2012, n. 56 concernente i *golden powers* ha inciso su:

- a) i settori nei quali il Governo può esercitare i poteri speciali;
- b) l'individuazione dei possibili destinatari dei poteri speciali;
- c) l'individuazione della tipologia di poteri speciali esercitabili da parte del Governo;
- d) la fonte dei poteri speciali;
- e) la natura dei poteri speciali.

Sub a) Per quanto riguarda i settori, a differenza della previgente disciplina in cui questi venivano genericamente indicati mediante il riferimento agli “*altri pubblici servizi*”⁵⁹, la “nuova” disciplina dei *golden powers* individua in maniera tassativa gli ambiti in cui possono essere riconosciuti i poteri speciali, segnatamente:

- difesa;
- sicurezza nazionale;
- servizi di comunicazione a banda larga basati sulla tecnologia 5G;
- energia;
- trasporti;

⁵⁷ Si veda sul punto: A. SACCO GINEVRI, *I “Golden powers” dello Stato nei settori strategici dell'economia*, in *Federalismi.it*, 2016, 5 e 6.

⁵⁸ V. DONATIVI, *I Golden Power nel “D.L. Liquidità”*, in <https://blog.ilcaso.it/libreriaFile/1213.pdf>, 23 aprile 2020.

⁵⁹ Così l'art. 2, co. I, del previgente D.L.332/94, il quale menzionava nello specifico i settori “*della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia, e degli altri pubblici servizi*”.

- telecomunicazioni;
- settori ad alta intensità tecnologica.

L'approccio adottato dal legislatore del 2012 è mutato anche in ordine alla modalità di esercizio dei poteri speciali a seconda dei diversi settori, a differenza della previgente disciplina ove i presupposti di esercizio dei poteri speciali erano sempre uniformi. Nello specifico, nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, trattandosi di settori di rilevanza capitale per lo Stato, sono stati previsti presupposti di esercizio dei poteri speciali molto meno restrittivi rispetto a quelli indicati per gli altri settori.

Sempre in relazione ai settori, un'ulteriore modifica è stata effettuata per quanto attiene all'area di applicazione dei poteri speciali. Nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, difatti, il parametro è costituito dall'attività svolta dalla società, segnatamente dal fatto che si tratti di "*attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, ivi incluse le attività strategiche chiave*", come individuate con appositi decreti del P.d.C.M. Di contro, con riferimento ai settori dei servizi di comunicazione a banda larga basati sulla tecnologia 5G, dell'energia, dei trasporti, delle telecomunicazioni e dei settori ad alta intensità tecnologica il parametro è rappresentato dagli attivi detenuti dalla società⁶⁰.

Sub b) Per quanto attiene ai soggetti destinatari dell'esercizio dei poteri speciali, è d'uopo rilevare come il novero non sia più limitato soltanto alle c.d. "*società privatizzate*", i.e. le cui partecipazioni originariamente in mano pubblica sono state dismesse. Ai sensi della disciplina vigente, infatti, i *golden powers* possono essere esercitati in tutte le società operanti nei settori strategici di cui all'art. 1 della Legge 11 maggio 2012, n. 56 o che detengono gli attivi strategici di cui all'art. 2 della Legge 11 maggio 2012, n. 56 o, a seconda dei singoli poteri speciali, ai soggetti che acquistano o acquisiscono partecipazioni in quelle società.

Sub c) Con riferimento ai poteri esercitabili, a differenza della disciplina previgente, non sono più contemplati né il potere di nominare un amministratore né quello di opporsi alla conclusione di patti parasociali.

Sub d) Quanto alla fonte, ai sensi della disciplina introdotta nel 2012, i poteri speciali possono essere soltanto istituiti dalla legge, non più mediante l'inserimento di specifiche clausole nello statuto della società privatizzanda.

Sub e) Con riferimento alla "natura" dei poteri, la succitata riserva di legge afferente ai *golden powers* ha inciso in maniera dirimente su di essa. La fonte unicamente legislativa ha infatti eliso i collegamenti che i poteri speciali avevano con la matrice societaria, conferendogli una "natura" definitivamente pubblicistica⁶¹.

⁶⁰ Segnatamente: per i settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, gli attivi sono: "*le reti e gli impianti, ivi compresi quelli necessari ad assicurare l'approvvigionamento minimo e l'operatività dei servizi pubblici essenziali, i beni e i rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale nei settori dell'energia dei trasporti e delle comunicazioni*", come individuati con appositi regolamenti, adottati ai sensi dell'art. 17, co. 1, L. 23 agosto 1988, n. 400, con le modalità di cui al primo comma dell'art. 2; e per i settori ad alta intensità tecnologica: "*a) le infrastrutture critiche o sensibili, tra cui immagazzinamento e gestione dati, infrastrutture finanziarie; b) tecnologie critiche, compresa l'intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, le tecnologie con potenziali applicazioni a doppio uso, la sicurezza in rete, la tecnologia spaziale o nucleare; c) sicurezza dell'approvvigionamento di input critici; d) accesso a informazioni sensibili o capacità di controllare le informazioni sensibili*", individuati con appositi regolamenti da adottare ai sensi dell'art.17, co.1, L. n. 400/88, con le modalità di cui al comma 1-ter dell'art. 2.

⁶¹ V. DONATIVI, Op. cit., 12,13.

7. Il Regolamento UE 2019/452 sul controllo degli investimenti diretti.

Il 19 marzo 2019, il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno emanato il Regolamento 2019/452 che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti stranieri diretti⁶² nell'Unione Europea, in particolar modo di quelli cc.dd. *state-backed*⁶³.

Ai sensi del primo *considerando* del regolamento in esame: “*Gli investimenti esteri diretti contribuiscono alla crescita dell’Unione rafforzandone la competitività, creando posti di lavoro ed economie di scala, apportando capitali, tecnologie, innovazione e competenze e aprendo nuovi mercati per le esportazioni dell’Unione. Essi sostengono gli obiettivi del piano di investimenti per l’Europa e contribuiscono ad altri progetti e programmi dell’Unione*”. Già dal tenore di tale previsione si evince il *favor* del legislatore europeo nei confronti degli investimenti esteri diretti considerati come fondamentale fonte di crescita e sviluppo. Tuttavia, il Regolamento in esame appare precipuamente proteso a tutelare gli interessi essenziali degli Stati membri e dell’Unione dai rischi riconnessi agli investimenti stranieri.

Ciò è testimoniato al *considerando* n. 35 ove è previsto che: “*L’attuazione del presente regolamento da parte dell’Unione e degli Stati membri dovrebbe conformarsi alle pertinenti prescrizioni per l’imposizione di misure restrittive per motivi di sicurezza e di ordine pubblico di cui agli accordi OMC, compresi in particolare l’articolo XIV, lettera a), e l’articolo XIV bis dell’accordo generale sugli scambi di servizi (...)*”. In forza delle norme richiamate dalla

⁶² Ai sensi dell’art.2 n.1 del Regolamento per investimento estero diretto si intende: “*un investimento di qualsiasi tipo da parte di un investitore estero inteso a stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra l’investitore estero e l’imprenditore o l’impresa cui è messo a disposizione il capitale al fine di esercitare un’attività economica in uno Stato membro, compresi gli investimenti che consentono una partecipazione effettiva alla gestione o al controllo di una società che esercita un’attività economica*”. Si tratta di una definizione volutamente ampia e generica che non classifica la tipologia degli investimenti rilevanti, indicando quale elemento dirimente per la sussunzione dell’investimento nell’ambito applicativo della norma la possibilità che tramite l’investimento si instauri una *partecipazione effettiva* all’impresa. Per l’applicabilità della norma non è necessaria l’acquisizione del controllo da parte dell’investitore estero, ma è sufficiente che vi sia un mutamento nella gestione dell’impresa o la sopravvenuta rilevanza degli *assets* della stessa per la sicurezza e l’ordine pubblico; in questo senso v. S. BARIATTI, *Current trends in foreing direct investments: open issues on national screening systems*, in *Il controllo sugli investimenti diretti*, a cura di G.Napolitano, il Mulino, Bologna, 2020, 41; sulla previgente disciplina comunitaria in materia di investimenti esteri diretti, per tutti, v. N. DE LUCA, *The EU and Member States: FDI, portfolio investments, golden powers and SWFs*, in *Research Handbook on Sovereign Wealth Fund and International Investment Law*, a cura di F. Bassan, Edward Elgar, Cheltenham, 2015, 178 ss.

⁶³ V. A. SACCO GINEVRI, *L’espansione dei golden powers fra sovranismo e globalizzazione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell’Economia*, Fasc.1/2019, 151 ss. L’emanazione del Regolamento 2019/452 si iscrive in quadro globale in cui tutti i principali attori “geopolitici”, tra cui Cina e Stati Uniti, hanno introdotto nuove regole sul controllo degli investimenti esteri. Nonostante la consolidata propensione dell’UE verso gli investimenti da parte di Paesi extracomunitari, le ragioni di questa nuova disciplina di monitoraggio sono state identificate: 1) nella maggior necessità di proteggere gli interessi unionali a seguito delle gravose conseguenze della crisi finanziaria del 2008; 2) nell’emersione di nuovi *players* internazionali, quali la Russia, la Cina, l’India ed i Paesi del Golfo, con la loro crescente propensione verso investimenti esteri spesso veicolati mediante società ed enti controllati dallo stato, su tutti i c.d. Fondi Sovrani; 3) la progressiva espansione delle aree di attività considerate sensibili per l’interesse degli stati, su tutte la tecnologia e le telecomunicazioni come testimoniato dal caso Huawei; in questo senso v. M. RESCIGNO, *Il nuovo Regolamento UE 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti: integrazione dei mercati, sistemi nazionali e ruolo dell’Europa*, in *Giurisprudenza Commerciale*, Fasc.5/2020, 847 ss.

summenzionata previsione, gli Stati possono imporre misure restrittive al commercio internazionale per ragioni di ordine pubblico o di sicurezza nazionale⁶⁴.

Il Regolamento 2019/452, più che sugli aspetti di natura materiale – di esclusivo appannaggio degli Stati – si preoccupa di imporre a questi ultimi l’obbligo di dotarsi di una regolamentazione sul controllo di investimenti stranieri che possano potenzialmente compromettere la loro sicurezza nazionale e l’ordine pubblico.

È d’uopo rilevare come gli ambiti d’azione del Regolamento UE sul controllo degli investimenti esteri siano principalmente tre:

- 1) la procedimentalizzazione dello scrutinio degli investimenti esteri;
- 2) l’individuazione di criteri oggettivi da osservare in caso di esclusione di una data operazione compiuta da un investitore straniero, anche quando ciò dipenda da qualifiche personali dell’investitore stesso;
- 3) l’istituzionalizzazione di un meccanismo di cooperazione tra gli Stati Membri e tra essi e l’Unione⁶⁵.

Sub 1) Al fine di analizzare la procedimentalizzazione disposta dal Regolamento è necessario partire dalla nozione di “*meccanismo di controllo*”, così come prevista al n. 4 dell’art. 2, secondo cui si tratta di: “*uno strumento di applicazione generale, come una legge o un regolamento, accompagnato dalle relative prescrizioni amministrative o norme di attuazione o dai relativi orientamenti, che definisce i termini, le condizioni e le procedure per valutare, esaminare, autorizzare, sottoporre a condizioni, vietare o liquidare investimenti esteri diretti per motivi di sicurezza o di ordine pubblico*”.

Nel voler predisporre un meccanismo di controllo chiaro ed uniforme il legislatore europeo mira a perseguire un obiettivo di “*certezza del diritto*”⁶⁶ nell’interesse degli investitori stranieri più che a tutela degli Stati membri. Ciò poiché gli investitori hanno interesse a comprendere quale sia il raggio d’azione degli Stati in relazione agli investimenti stranieri afferenti agli interessi strategici dello stato stesso⁶⁷.

Ciò è confermato dal tenore del primo comma dell’art. 3 del Regolamento secondo cui: “*Conformemente al presente regolamento, gli Stati membri possono mantenere, modificare o*

⁶⁴ La ratio del Regolamento è stata ben chiarificata dall’allora presidente della Commissione Europea Claude Juncker che all’approvazione del Regolamento ha affermato: “questo nuovo quadro aiuterà l’Europa a difendere i suoi interessi strategici. Dobbiamo vigilare attentamente sulle acquisizioni di attività strategiche europee da parte di società estere. Voglio che l’Europa resti aperta alle imprese ma, come ho già dichiarato in diverse occasioni, il nostro sostegno al libero scambio è tutt’altro che ingenuo. La proposta della Commissione è stata adottata ed è entrata in vigore in tempi quasi record, a dimostrazione che facciamo sul serio e che, quando si tratta di difendere gli interessi dell’Europa, passeremo sempre delle parole ai fatti”; disponibile in inglese su https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1052.

⁶⁵ V. G. SCARCHILLO, *Golden Powers e settori strategici nella prospettiva europea: il caso Huarwei. Un primo commento al Regolamento UE 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, Fasc.2/2020, 594.

⁶⁶ Si veda in questo senso il considerando n. 7 del Regolamento in forza del quale: “È importante garantire la certezza del diritto per quanto riguarda i meccanismi di controllo degli Stati membri per motivi di sicurezza e di ordine pubblico, nonché assicurare il coordinamento e la cooperazione a livello di Unione in merito al controllo degli investimenti esteri diretti che possono incidere sulla sicurezza o sull’ordine pubblico. Tale quadro comune non pregiudica la responsabilità esclusiva degli Stati membri per quanto riguarda la tutela della loro sicurezza nazionale, in conformità dell’articolo 4, paragrafo 2, TUE, così come non pregiudica la tutela degli interessi essenziali della sicurezza degli Stati membri conformemente all’articolo 346 TFUE”.

⁶⁷ G. SCARCHILLO, op.cit., 596.

adottare meccanismi per controllare gli investimenti esteri diretti nel loro territorio per motivi di sicurezza o di ordine pubblico". Se dunque sono gli Stati membri a poter decidere se attivare o meno i meccanismi di controllo, qualora essi decidano di attivarli gli stessi dovranno essere conformi agli *standards* tracciati dal Regolamento. A tal fine, sempre l'art.3 detta le caratteristiche che devono presentare i meccanismi di controllo, ossia:

- le norme e le procedure adottate dagli Stati membri devono essere redatte secondo un principio di trasparenza, e devono necessariamente indicare in maniera chiara le circostanze che danno luogo al controllo, i motivi dello stesso e le regole procedurali applicabili;
- devono essere previsti termini temporali per i procedimenti. Non è sufficiente che gli Stati si limitino a predisporre un quadro di *screening* preventivo, dovendo parimenti disporre le misure necessarie per garantire l'*enforcement* delle decisioni prese al termine delle procedure di controllo;
- vanno predisposti degli strumenti che consentano agli investitori stranieri di presentare ricorso avverso le decisioni delle autorità di controllo dinanzi alle autorità nazionali.

Sub 2) L'art.4 del Regolamento rubricato "*Fattori che possono essere presi in considerazione dagli Stati membri e dalla Commissione*", perseguendo l'obiettivo di oggettivazione del controllo degli investimenti esteri diretti, elenca in via non tassativa una serie di elementi e settori che gli Stati membri devono tenere in considerazione nella valutazione degli investimenti.

La norma individua cinque gruppi di materie, segnatamente:

- I. le cc.dd. "infrastrutture critiche", tanto fisiche quanto virtuali, quali l'energia, i trasporti, l'acqua, la salute, le comunicazioni, i media, il trattamento o l'archiviazione di dati, le infrastrutture aerospaziali, di difesa, elettorali o finanziarie, e le strutture sensibili, nonché gli investimenti in terreni e immobili fondamentali per l'utilizzo di tali infrastrutture⁶⁸;
- II. le cc.dd. "tecnologie critiche" e i prodotti a duplice uso, quali l'intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, la *cybersecurity*, le tecnologie aerospaziali, di difesa, di stoccaggio dell'energia, quantistica e nucleare, nonché le nanotecnologie e le biotecnologie.
- III. l'approvvigionamento dei fattori produttivi critici, tra cui l'energia e le materie prime, nonché la sicurezza alimentare;
- IV. l'accesso a informazioni sensibili, compresi i dati personali, o la capacità di controllare tali informazioni;
- V. la libertà ed il pluralismo dei media.

La norma in commento riconosce agli Stati la possibilità di dotarsi di regole e meccanismi di controllo nei settori indicati. Al contempo, essa indica agli Stati Membri

⁶⁸ Sull'inclusione delle infrastrutture finanziarie nei settori c.d. strategici v. S. ALVARO, M. LAMANDINI – A. POLICE, I. TAROLA, *La nuova via della seta e gli investimenti esteri diretti in settori ad alta intensità tecnologica. Il golden power dello Stato italiano e le infrastrutture finanziarie*, in Quaderni Giuridici Consob, <https://www.consob.it/documents/46180/46181/qg20.pdf/05a6ed5f-7c38-43be-a44a-39c36180710f>, 20 febbraio 2019.

privi dei relativi sistemi di controllo l'opportunità – se non proprio il dovere – di approntarli⁶⁹.

Oltre ai potenziali effetti sui fattori appena indicati, gli Stati devono parimenti tenere in considerazione la sussistenza o meno di alcune caratteristiche dell'investitore estero⁷⁰. Nello specifico il co. II dell'art. 4 del Regolamento individua una serie di requisiti soggettivi dell'investitore, segnatamente:

- a) il controllo diretto o indiretto dell'investitore estero da parte dell'amministrazione pubblica, inclusi organismi statali o forze armate, di un Paese terzo, anche attraverso l'assetto proprietario o finanziamenti consistenti;
- b) il precedente coinvolgimento dell'investitore estero in attività che incidono sulla sicurezza o sull'ordine pubblico in uno Stato membro;
- c) la sussistenza di un grave rischio che l'investitore intraprenda attività illegali o criminali.

Ciascuno dei tre elementi menzionati risponde alla tutela di beni diversi:

- Il requisito *sub a*) è previsto al fine di scongiurare investimenti *state-backed*;
- Il requisito *sub b*) parrebbe diretto alla tutela di una nozione di ordine pubblico da intendersi in senso allargato;
- Il requisito *sub c*) è volto alla prevenzione delle attività criminali⁷¹.

Sub 3) In fine, la terza direttrice tracciata dal Regolamento UE è quella dell'istituzionalizzazione del controllo.

Su tale tema si concentrano gli artt. 6, 7 e 8 del Regolamento, al fine di strutturare una cooperazione tra gli stati membri e la Commissione⁷² afferente agli investimenti diretti

⁶⁹V. G. NAPOLITANO, *I golden powers italiani alla prova del Regolamento Europeo*, in op.cit., 136 ss.

⁷⁰ Ai sensi dell'art. 2 n.2 del Regolamento in esame per investitore estero si intende: "una persona fisica di un paese terzo o un'impresa di un paese terzo che intende realizzare o ha realizzato un investimento estero diretto".

⁷¹V. G. SCARCHILLO, op.cit., 599; sul punto v. parimenti M. RESCIGNO, op.cit., 854, secondo cui: "Il riferimento al fatto che l'investitore sia controllato da uno stato estero quale fattore rilevante per attivare il meccanismo di controllo e i poteri speciali evoca, ancora forte nei nostri tempi, il timore che lo stato estero possa usare lo strumento economico per incidere sull'ordine pubblico e alla sicurezza di un paese. Si può aggiungere che avrebbe potuto trovare posto nel Regolamento anche il riferimento alle big data company o al ristretto e potente club delle imprese che capitalizzano oltre mille miliardi di dollari che — in alcuni dei settori che il Regolamento individua — rappresentano un potere (se non un pericolo) maggiore di quello che possono avere gran parte degli stati sovrani. Si apprezza, peraltro, il riferimento che il Regolamento fa al grave rischio che l'investitore estero intraprenda attività illegali e criminali e che dunque l'autorità pubblica possa in modo tempestivo contrastare la grave incidenza sulla sicurezza e ordine pubblico di tali attività. È evidente, p.es., che il meccanismo di controllo e l'esercizio dei poteri speciali ben potrebbero rappresentare — pur nei brevi termini della verifica e della decisione sull'esercizio dei poteri speciali — uno strumento di contrasto, p.es., al riciclaggio di proventi frutto di illecito in ambito sovranazionale".

⁷² Nei suddetti meccanismi di cooperazione un ruolo centrale per la tutela degli interessi dell'Unione è riconosciuto alla Commissione. Se la Commissione ritiene di voler avviare questa forma di cooperazione verticale, qualora ritenga sussistente la potenzialità lesiva degli investimenti stranieri, può adottare un parere — ai sensi dell'art. 288 TFUE —, indirizzandolo allo Stato o agli Stati dove l'investimento è stato effettuato o dovrà effettuarsi. L'ambito di applicazione della cooperazione verticale è delimitato dall'indicazione — contenuta nell'allegato al Regolamento — di una gamma eterogenea di progetti strategici dell'Unione: tratta dei Programmi europei Galileo ed Egnos, in materia di sistemi europei di radionavigazione via satellite; Copernicus ed Horizon 2020 relativi a ricerca e sviluppo, inclusi i programmi relativi all'intelligenza artificiale, alla robotica ai semiconduttori e alla cybersecurity; le Reti transeuropee dei trasporti (TEN-T); le Reti transeuropee dell'energia (TEN-E); le Reti transeuropee delle

oggetto di un controllo in corso, a quelli per cui non sia ancora stato iniziato un procedimento di controllo e, da ultimo, a quelli idonei ad incidere su progetti o programmi di rilievo per l'UE.

Nel primo caso, ai sensi dell'art. 6 del Regolamento, gli altri Stati membri e la Commissione devono essere destinatari di una notifica da parte dello stato controllante. Stati membri e Commissione possono proporre osservazioni e commenti per segnalare se tale investimento possa incidere sulla propria sicurezza o ordine pubblico. Inoltre, la Commissione, di sua sponte o su richiesta di uno o più stati membri, può esprimere un parere, di cui lo stato membro, ferma la sua esclusiva competenza in ordine alla decisione finale, deve tener conto. Nel secondo caso lo Stato membro che ritenga che un investimento estero diretto in altro Stato membro, già effettuato o non soggetto a controllo, possa incidere sulla sicurezza e ordine pubblico, o se dispone di informazioni pertinenti, può proporre osservazioni a tale Stato membro e alla Commissione.

Anche la Commissione può di sua iniziativa proporre osservazioni e può (o deve, se richiesto da un terzo degli Stati membri) emettere un parere. Inoltre sussiste, anche in assenza di controllo in corso in uno Stato membro, il diritto di avere le informazioni indicate all'art. 9 del Regolamento al fine di proporre osservazioni e pareri.

Appare dunque possibile affermare che il Regolamento in commento non si limita soltanto a delineare un meccanismo di cooperazione fra gli stati UE nel momento in cui esercitano la loro potestà di controllo sugli investimenti esteri diretti⁷³. Esso manifesta la preoccupazione che gli Stati membri, al fine di trarre profitti, evitino di dotarsi dei necessari meccanismi di controllo sugli investimenti esteri diretti potenzialmente lesivi della sicurezza e dell'ordine pubblico degli altri strati e dell'Unione nel suo complesso⁷⁴.

8. I *Golden Powers* nel D.L. 8 aprile 2020, n. 23 c.d. D.L. Liquidità e i D.P.C.M. 18 dicembre 2020 n. 179 e 23 dicembre n. 180.

In Italia, all'iter di riforma dei *golden powers* si sono aggiunte le disposizioni contenute nel D.L. 8 aprile 2020, n. 23, c.d. D.L. Liquidità. Intervenuto nel pieno della congiuntura di vulnerabilità del sistema economico italiano riconnessa al blocco delle attività economiche in ragione dell'epidemia da Covid – 19, il D.L. Liquidità ha impresso un marcato rafforzamento ai poteri speciali riconosciuti al Governo.

Al fine di analizzare le novità introdotte dal D.L. Liquidità è necessario dare atto di alcuni elementi peculiari della legislazione previgente. Nello specifico, con riferimento ai settori dei servizi di comunicazione a banda larga basati sulla tecnologia 5G, dell'energia, dei trasporti, delle telecomunicazioni e dei settori ad alta intensità tecnologica, l'esercizio dei poteri speciali era condizionato all'emanazione di appositi D.P.C.M. (emanati soltanto il 30 dicembre 2020). Al fine di evitare eventuali effetti negativi riconnessi all'assenza della relativa disciplina secondaria, con la legge di

telecomunicazioni; il 77 Allegato al Reg. (UE) 2019/452. Programma europeo di sviluppo del settore industriale e della difesa; la Cooperazione strutturata permanente (PESCO).

⁷³ L'Italia è tra gli Stati membri che hanno fatto un largo uso dei meccanismi di cooperazione previsti dalla disciplina euro-unitaria (96 notifiche, per circa un terzo delle quali la Commissione e/o gli Stati membri hanno chiesto informazioni e adottato pareri e osservazioni); in questo senso A. SANDULLI, *La Febbre del Golden Power*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3/2022, 751.

⁷⁴V. M. RESCIGNO, *Il nuovo Regolamento UE 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti: integrazione dei mercati, sistemi nazionali e ruolo dell'Europa*, in op. cit., 858.

conversione del D.L. 105/19 è stato introdotto un regime transitorio, per il quale, nell'attesa dell'emanazione del primo D.P.C.M., sono state sottoposte ad obbligo di notifica e al conseguente possibile esercizio dei poteri speciali le acquisizioni di partecipazioni societarie anche in settori ulteriori rispetto a quelli già coperti dalla normativa primaria e secondaria vigente, a condizione che si trattasse di acquisizioni di partecipazioni:

- I. nei settori delle infrastrutture critiche e delle tecnologie critiche;
- II. da parte di soggetti esterni all'Unione Europea;
- III. di rilevanza tale da determinare l'insediamento stabile dell'acquirente in ragione dell'assunzione del controllo della società;
- IV. ad esclusione di operazioni di trasferimento degli *assets* o di cambiamento della loro destinazione, per i quali non era dettata analoga previsione transitoria.

In relazione ai menzionati profili è intervenuto il D.L. Liquidità, completando la disciplina transitoria con il fine di rafforzare l'efficacia dei poteri speciali in ragione delle esigenze poste dall'emergenza sanitaria ed economica che ha afflitto il nostro Paese.

Sub I) Con riferimento ai settori interessati dalla disciplina transitoria, il D.L. Liquidità ha inserito in tale novero tutti quelli contemplati dal Reg. UE sugli IDE, aggiungendo parimenti la più articolata ed ampia declinazione del settore finanziario, comprensivo anche del *settore creditizio e di quello assicurativo*⁷⁵. Ciò al fine di evitare che le più rilevanti imprese italiane del settore creditizio e di quello assicurativo divenissero oggetto di scalate ostili, anche in ragione del crollo delle rispettive quotazioni azionarie e dalla marcata frammentazione dell'azionariato⁷⁶.

Sub II) Il D.L. Liquidità ha ampliato il novero dei soggetti destinatari degli obblighi di notifica nonché la possibilità di esercizio dei poteri speciali anche in acquisizioni di partecipazioni da parte di soggetti esteri appartenenti all'Unione europea (anche con

⁷⁵ Sul tema v. A. SACCO GINEVRI, *Golden powers, banche e assicurazioni: le ragioni di un difficile incontro*, in <http://www.dirittobancario.it/editoriali/andrea-sacco-ginevri/golden-powers-banche-e-assicurazioni-le-ragioni-di-un-difficile-incontro>, 18 novembre 2020.

⁷⁶V. V. DONATIVI, op. cit., 7. Sull'ampliamento dell'ambito di operatività dei Golden Powers al settore bancario e assicurativo, v. parimenti A. SACCO GINEVRI, *Golden Powers e infrastrutture finanziarie dopo il Decreto Liquidità*, in <https://www.dirittobancario.it/editoriali/andrea-sacco-ginevri/golden-powers-e-infrastrutture-finanziarie-dopo-il-decreto-liquidita>, 9 aprile 2020, secondo cui: "i golden powers mirano a tutelare interessi pubblici non perfettamente coincidenti con quelli protetti, in ambito settoriale, dalla regolamentazione bancaria e assicurativa, tanto che i poteri governativi consentono allo Stato di prescrivere l'adozione di condizioni e comportamenti ad ampio spettro. I due plessi disciplinari in parola possono comunque convivere (Garofoli, 1998), come ad esempio avviene ogni qual volta che un'operazione di concentrazione sia al contempo oggetto di scrutinio da parte dell'autorità di vigilanza in ambito finanziario e dell'autorità antitrust (Alvaro, 2019). Tutto ciò con l'opportuna precisazione che i golden powers si applicano nella misura in cui la tutela degli interessi essenziali dello Stato non sia adeguatamente garantita dalla sussistenza di una specifica regolamentazione di settore (conetto, quest'ultimo, già esplicitato nel D.P.R. n.85/2014 e ribadito nell'art.15 del d.l. 23/2020). Vista la complessità organizzativa che connota gli assetti degli operatori bancari e assicurativi, ci si attende l'implementazione di procedure interne – ad applicazione temporanea – volte a mappare gli attivi strategici detenuti e poi a delineare e allocare le competenze decisionali, le responsabilità, i flussi endosocietari e gli oneri di istruttoria e notifica al Governo, con modalità efficaci e coerenti con le restanti disposizioni applicabili. Inoltre, preme sottolineare che la norma da ultimo emanata sembra riesumare, nell'ottica della protezione di interessi pubblici essenziali, l'accostamento fra settori strategici tradizionali (energia, trasporto, comunicazioni, ecc.) e settori bancario e assicurativo, come accadeva in passato con gli artt. 3 e 4 della l.474/1994 sulle privatizzazioni, che consentivano a tutti gli operatori in parola di aprire il proprio azionariato al pubblico preservando l'indirizzo dello Stato (Marchetti, 1994)".

riferimento ai soggetti controllati da un'amministrazione pubblica di uno Stato membro dell'Unione europea), qualora si tratti di acquisizioni di rilevanza tale da determinare l'insediamento stabile dell'acquirente in ragione dell'assunzione del controllo della società. Tale previsione, travalicando il disposto del Regolamento IDE, ha creato di fatto delle barriere intracomunitarie che si giustificano ancora una volta in ragione della vulnerabilità delle imprese italiane nella congiuntura pandemica.

Sub III) Il D.L. Liquidità è intervenuto sulle soglie di partecipazione azionaria cui sono riconnessi gli obblighi di notifica e sulla possibilità di esercizio dei poteri speciali, in caso di acquisizioni di partecipazioni da parte di soggetti esterni all'Unione europea. Nello specifico: gli obblighi di notifica e l'esercizio dei poteri speciali sono stati estesi anche alle ipotesi in cui non si tratti di acquisizioni di rilevanza tale da determinare l'insediamento stabile dell'acquirente in ragione dell'assunzione del controllo della società, ma alla condizione che l'investitore, anche tenuto conto delle partecipazioni già possedute direttamente o indirettamente, acquisisca una quota di almeno il 10 per cento del capitale o dei diritti di voto e il valore complessivo dell'investimento sia almeno pari a 1 milione di euro, con obbligo di notifica esteso anche alle acquisizioni che determinano il superamento delle soglie del 15, 20, 25 e 50 per cento.

Sub IV) Il D.L. Liquidità ha esteso gli obblighi di notifica e la possibilità di esercizio dei poteri speciali anche alle operazioni di trasferimento degli *assets* o di cambiamento della loro destinazione (anche in questo caso a tutti i settori di cui al Reg. UE sugli IDE e con esplicita inclusione, nel contesto del settore finanziario, anche di quelli creditizio e assicurativo).

Al fine di evitare censure sul piano comunitario, le previsioni sub II, III e IV sono state configurate come straordinarie, i.e. *“al fine di contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID -19 e contenerne gli effetti negativi”* ed *“a termine”*, ossia operative sino al 31 dicembre 2020.

Un'ulteriore novità di rilievo è rappresentata dalla previsione in forza della quale, in caso di violazione degli obblighi di notifica, i poteri speciali possono essere esercitati anche *“d'ufficio”*. Secondo la previgente normativa, d'altro canto, in caso di violazione dell'obbligo di notifica erano previste delle sanzioni unitamente alla nullità degli atti posti in essere in violazione dell'obbligo medesimo, senza che fosse prevista la possibilità di esercitare i poteri speciali *“d'ufficio”*⁷⁷.

In data 30 dicembre 2020 sono stati pubblicati in Gazzetta Ufficiale due Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri:

- il primo decreto, [n. 179 del 18 dicembre 2020](#), è il *“regolamento per l'individuazione dei beni e dei rapporti di interesse nazionale”*.

⁷⁷ Al fine di efficientare l'esercizio *“d'ufficio”* dei poteri speciali poi, sono stati approntati meccanismi di raccolta di dati e informazioni utili, con la possibilità, per il gruppo di coordinamento istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, di chiedere a pubbliche amministrazioni, enti pubblici e privati, imprese o altri soggetti terzi di fornire informazioni o esibire documenti, nonché la facoltà in capo alla Presidenza medesima di stipulare convenzioni e protocolli d'intesa con istituti o enti di ricerca. Nella relazione illustrativa che accompagna il D.L. si spiega come si tratti di forme di collaborazione stabile volte a rafforzare gli strumenti di *“intelligence”* a disposizione del Governo per l'efficace applicazione della disciplina sui poteri speciali; v. V. DONATIVI, op. cit., 9 -10.

- il secondo decreto, [n. 180 del 23 dicembre 2020](#), riguarda invece “*l’individuazione degli attivi di rilevanza strategica nei settori dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni*”.

Il D.P.C.M. 179 del 18 dicembre 2020, nello specifico agli artt. da 3 a 13, individua i beni e rapporti di interesse nazionale rientranti nell’ambito di applicazione dei *golden powers*⁷⁸. D’altro canto, il D.P.C.M. n. 180 del 23 dicembre 2020 individua gli attivi di rilevanza strategica relativi ai settori:

- 1) energetico⁷⁹
- 2) trasporti⁸⁰
- 3) comunicazioni⁸¹.

Con l’emanazione di tali atti è stato completato l’*iter* di identificazione dei beni e rapporti di interesse nazionale e degli attivi strategici nella cui attesa, come già rilevato, era stato applicato il regime transitorio previsto dal D.L. Liquidità.

9) Il D.L. 21 Marzo 2022, n. 21 “*Misure urgenti per contrastare gli effetti economici e umanitari della crisi ucraina*” e il D.P.C.M. 1° agosto 2022, n. 133.

Con il [decreto legge 21 marzo 2022, n. 21](#) recante “*Misure urgenti per contrastare gli effetti economici e umanitari della crisi ucraina*”, convertito con modificazioni dalla [legge 20 maggio 2022, n. 51](#) (c.d. Decreto Ucraina), il legislatore italiano è intervenuto nuovamente in tema di *golden powers*. L’intervento del legislatore italiano si colloca in un contesto in cui la stessa Unione Europea con la comunicazione della Commissione

⁷⁸ Relativi ai settori di energia; acqua; salute; archiviazione, accesso e controllo di dati e informazioni sensibili; infrastrutture elettorali; settore finanziario, compreso quello creditizio e assicurativo e infrastrutture dei mercati finanziari; intelligenza artificiale, robotica, semiconduttori, cybersicurezza, nanotecnologie e biotecnologie; infrastrutture e tecnologie aerospaziali non militari; approvvigionamento di fattori produttivi critici in ambito siderurgico e del settore agroalimentare; prodotti a duplice uso (civile e militare). libertà e pluralismo dei media.

⁷⁹ Con riferimento al settore energetico, di cui all’art. 1 del D.P.C.M., sono inclusi negli attivi rilevanti: la rete nazionale di trasporto del gas naturale e relative stazioni di compressione e centri di dispacciamento, come individuata ai sensi dell’articolo 9 del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, nonché gli impianti di stoccaggio del gas; infrastrutture di approvvigionamento di energia elettrica e gas da altri Stati, compresi gli impianti di rigassificazione di GNL *onshore* e *offshore*; rete nazionale di trasmissione dell’energia elettrica e relativi impianti di controllo e dispacciamento; attività di gestione e immobili fondamentali connessi all’utilizzo delle reti e infrastrutture indicate.

⁸⁰ Con riferimento al settore dei trasporti, di cui all’art.2 del D.P.C.M., sono inclusi: porti di interesse nazionale; aeroporti di interesse nazionale; spaziorporti nazionali; rete ferroviaria nazionale di rilevanza per le reti trans-europee; gli interporti di rilievo nazionale; reti stradali e autostradali di interesse nazionale.

⁸¹ Con riferimento al settore delle comunicazioni, di cui all’art.3 del D.P.C.M., sono inclusi: le reti dedicate e nella rete di accesso pubblica agli utenti finali in connessione con le reti metropolitane; i *router* di servizio e le reti a lunga distanza, nonché negli impianti utilizzati per la fornitura dell’accesso agli utenti finali dei servizi rientranti negli obblighi del servizio universale e dei servizi a banda larga e ultra larga, e nei relativi rapporti convenzionali; gli elementi dedicati, anche laddove l’uso non sia esclusivo, per la connettività (fonia, dati e video), la sicurezza, il controllo e la gestione relativi a reti di accesso di telecomunicazioni in postazione fissa.

del 6 aprile 2022⁸² ha invitato gli Stati membri a esercitare con decisione i poteri speciali nel caso di investimenti operati da soggetti che possano essere fatti risalire alla sfera d'influenza russa o bielorusa e che possano avere riflessi sull'ordine pubblico e la sicurezza.

Le principali modifiche apportate dagli [artt. 24-28 del D.L. 21/2022](#) afferiscono:

- I. all'ambito di applicazione della normativa;
- II. al settore della comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia di quinta generazione (5G) e *cloud*;
- III. al coinvolgimento delle società le cui partecipazioni sono oggetto di acquisizione nel procedimento relativo all'eventuale esercizio dei *golden powers*;
- IV. all'introduzione di un sistema di pre-notifica⁸³.

Sub I) Quanto alla ridefinizione dell'ambito di applicazione dei *golden powers*, si rileva che in materia di difesa e sicurezza nazionale il potere di veto può essere esercitato *ex art.1, co.1, D.L.21/2012* in relazione all'adozione di delibere, atti od operazioni che abbiano per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi strategici. Tale previsione risulta così corrispondente alla speculare previsione in materia di energia, trasporti e comunicazioni ([art. 2, comma 2-bis, D.L. 21/2012](#)). Inoltre, sempre in relazione al settore della difesa e della sicurezza nazionale, in sede di conversione sono stati estesi gli obblighi di notifica finalizzati all'esercizio dei *golden powers* anche alla costituzione di imprese di rilevanza strategica.

Con riferimento ai settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni di cui all'[art. 2, D.L. 21/2012](#) il legislatore ha inteso rendere permanente il regime temporaneo introdotto in fase emergenziale. Segnatamente, con riferimento ai settori delle comunicazioni, dell'energia, dei trasporti, della salute, agroalimentare e finanziario, ivi incluso quello creditizio e assicurativo, è stato inserito l'obbligo di notifica degli acquisti di partecipazioni sociali che comportano l'insediamento stabile dell'acquirente in forza dell'assunzione del controllo societario, compiuti da soggetti appartenenti all'Unione europea, inclusi i soggetti residenti in Italia⁸⁴.

In secondo luogo, si stabilisce che, in ipotesi di acquisti di partecipazioni in società che detengono attivi individuati come strategici effettuati da soggetti esterni all'Unione Europea, l'obbligo di notifica trova applicazione anche al superamento di determinate soglie di partecipazione (ossia in ragione del possesso di una quota di diritti di voto o del capitale almeno pari al 10%, ove il valore dell'investimento sia pari o superiore a un milione di euro, nonché al superamento delle soglie del 15%, 20%, 25% del capitale). Le modifiche appena esaminate, in continuità con la legislazione emergenziale, tracciano il superamento del sistema di notifica degli acquisti di partecipazioni sociali delineato dall'[art. 2, D.L. 21/2012](#) e una manifesto ampliamento dello spettro applicativo, oggettivo e soggettivo, dei *golden powers*.

Sub II) Quanto alla riformulazione della disciplina dei *golden powers* in materia di comunicazione elettronica a banda larga basata sulla tecnologia di quinta generazione

⁸² Comunicazione 2022/C151I/01, recante Orientamenti ad uso degli Stati membri riguardanti gli investimenti esteri diretti dalla Russia e dalla Bielorussia in considerazione dell'aggressione militare contro l'Ucraina e delle misure restrittive stabilite in recenti regolamenti del Consiglio sulle sanzioni.

⁸³ F. PRENESTINI, *Golden power: una tela di Penelope*, in *Rivista delle Società*, Fasc.2/2022, 667.

⁸⁴ La previsione è destinata a entrare in vigore al venir meno della disciplina provvisoria introdotta in risposta alla crisi pandemica, dunque a decorrere dal 1° gennaio 2023.

(5G) e *cloud*, il legislatore con l'art. 28, comma 1, D.L. 21/2022 ha modificato in maniera rilevante la previgente disciplina; segnatamente dalla notifica del singolo contratto ha inserito quella della programmazione annuale degli acquisti⁸⁵.

Sono altresì inserite previsioni concernenti la composizione del gruppo di coordinamento per l'esercizio dei *golden powers* relativi al settore comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia di quinta generazione (5G) e *cloud*, nonché l'istituzione del comitato

responsabile delle attività di monitoraggio.

Sub III) Quanto al coinvolgimento della società le cui partecipazioni sono oggetto di acquisizione nel procedimento volto all'esercizio dei *golden powers*, all'[art. 1, comma 5, D.L. 21/2012](#), è introdotta la previsione secondo cui la notifica dell'acquisizione di partecipazioni in imprese che svolgono attività di rilevanza strategica, cui è tenuto l'acquirente, sia effettuata congiuntamente alla società le cui partecipazioni sono oggetto dell'acquisto. Qualora non si verifichi la notifica congiunta, alla società notificante incombe l'onere di trasmettere alla società *target*, contestualmente alla notifica, un'informativa contenente gli elementi essenziali dell'operazione e della stessa notifica, al fine di consentirne la partecipazione al procedimento. In effetti, entro il termine di quindici giorni dalla notifica, alla società acquisita è data espressa facoltà di produrre memorie e documenti.

Sub IV) Da ultimo, l'introduzione di un sistema di pre-notifica, le cui modalità di presentazione sono individuate con D.P.C.M., è volta a permettere un esame delle operazioni rilevanti in una fase anteriore alla formale notifica, sì da compiere una

⁸⁵ Nello specifico, alle imprese che intendono acquisire beni o servizi relativi alla progettazione, alla realizzazione, alla manutenzione e alla gestione delle suddette attività oppure componenti ad alta intensità tecnologica funzionali alla realizzazione delle stesse, è imposto l'obbligo di notificare, in via preventiva, un piano annuale alla Presidenza del Consiglio dei Ministri (fatta salva la possibilità di aggiornamenti trimestrali). Il contenuto del piano annuale deve prevedere: il programma degli acquisti; la descrizione dei beni, servizi, componenti ad alta intensità tecnologica funzionali alla progettazione, alla realizzazione, alla manutenzione e alla gestione delle attività rilevanti; un'informativa completa sui contratti in corso e sulle prospettive di sviluppo della rete 5G o degli ulteriori sistemi o attivi rilevanti; informazioni circa le modalità di sviluppo dei sistemi di digitalizzazione del notificante. Entro trenta giorni dalla notifica, salvo limitate proroghe, con d.p.c.m. adottato su conforme delibera del Consiglio dei ministri, il piano annuale è approvato (eventualmente con imposizione di prescrizioni o condizioni) oppure ne è negata l'approvazione con l'esercizio del potere di veto. Ove il soggetto notificante dia inizio all'esecuzione di contratti o accordi inclusi nella notifica prima della decorrenza del termine per l'approvazione del piano, il Governo può ingiungere il ripristino della situazione preesistente. In ipotesi di inosservanza degli obblighi di notifica — ferma restando la possibilità di avvio d'ufficio del relativo procedimento — è prevista l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie, salvo che il fatto non costituisca reato. Analoghe sanzioni sono previste in caso di violazione delle prescrizioni o condizioni contenute nel provvedimento di esercizio dei *golden powers*, unitamente alla nullità dei contratti stipulati. Dunque, come di recente rilevato da A. SANDULLI, *La Febbre del Golden Power*, in op.cit., 750 -751: "(...) lo Stato diviene co-gestore delle attività imprenditoriali in tema di 5G. Dunque, si codifica un ruolo attivo, non soltanto di *deus ex machina*, dello Stato in economia. Ma, in tal modo, si possono creare anche consistenti disagi alle imprese che operano nel settore. Il controllo *ex ante* del governo sul piano annuale degli acquisti finisce per cristallizzare tale piano e renderne più difficile l'adeguamento ai mutamenti del mercato, in particolare in un settore caratterizzato dalle continue innovazioni tecnologiche. Sicché, il vincolo pubblicistico rischia di rendere meno flessibile ed elastica l'iniziativa economica privata, con conseguente indebolimento dell'operatore economico sul mercato di riferimento."

valutazione preliminare sull'applicabilità della disciplina dei *golden powers* e sulla possibile autorizzazione dell'operazione⁸⁶.

Infine, con il D.P.C.M. 1° agosto 2022, n. 133 è stato emanato il regolamento che disciplina l'attività di coordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri per lo svolgimento delle attività propedeutiche all'esercizio dei *golden powers* e individua misure di semplificazione dei procedimenti e di pre-notifica⁸⁷.

10. Considerazioni finali: i *Golden Powers* le congiunture emergenziali e l'eterno ritorno dello Stato nell'economia.

L'emergenza riconnessa al contagio da Covid -19 ha spinto numerosi Stati europei a implementare maggiormente i rispettivi poteri speciali con il precipuo fine di tutelare gli interessi nazionali. La disciplina emergenziale ha modificato nei fatti la struttura e la percezione dei *golden powers*. Infatti, seppur tale strumento sia stato ampiamente stigmatizzato, specie dalla giurisprudenza comunitaria, i *golden powers* si sono rivelati un argine quanto mai necessario al fine di impedire scalate ostili nei confronti dei diversi "campioni nazionali" operanti nei settori "strategici" dell'economia. Sul punto, è d'uopo rilevare come la disciplina emergenziale abbia prodotto un ampliamento delle prerogative riconosciute allo Stato rispetto al passato. Dalla tradizionale concezione dello "Stato guardiano notturno" si è virato verso la figura dello Stato erogatore dei servizi pubblici a carattere sociale, con il conseguente ingresso del diritto alla salute tra le prerogative statali. Nella sfera di competenza statale sono rientrati settori quali la filiera agroalimentare e la salute, divenendo oggetto di tutela in quanto considerati necessari per vita dello Stato e dei suoi cittadini⁸⁸. Tale rafforzamento dei *golden powers* ha nei fatti rappresentato un vero e proprio "ritorno dello Stato"⁸⁹e, in particolare,

⁸⁶ F. PRENESTINI, *Golden power: una tela di Penelope*, op. cit., 667 ss.

⁸⁷ Tale d.p.c.m. conferma il ruolo del dipartimento per il coordinamento amministrativo della Presidenza del Consiglio dei ministri, cui è affidato il compito di assicurare lo svolgimento delle attività interministeriali, dell'attività istruttoria e la raccolta, la custodia e la diffusione delle informazioni per l'esercizio dei poteri speciali. Innovativa, invece, è la disciplina della prenotifica, che consente all'impresa interessata di presentare un'informativa sull'operazione e di conoscere, nel termine di trenta giorni, se l'operazione oggetto di prenotifica rientri o meno nell'ambito di applicazione del regime del golden power ovvero se, pur rientrandovi, siano manifestamente insussistenti i presupposti per l'esercizio dei poteri speciali. Il d.p.c.m. in commento introduce, inoltre, una semplificazione delle procedure in caso di non esercizio dei *Golden Powers*, prevedendo che sulla relativa proposta deliberi il gruppo di coordinamento, a meno che le parti del procedimento o le amministrazioni componenti il gruppo di coordinamento non richiedano di sottoporre la questione al consiglio dei ministri. Rimane ferma, infine, la procedura semplificata applicabile in caso di operazioni infragruppo, in assenza di minaccia agli interessi tutelati dalla normativa sul golden power.

⁸⁸ V. A. SANDULLI, in *Il Golden Power al tempo dell'emergenza Covid-19. Uno strumento camaleontico a protezione del tessuto economico*, in <https://open.luiss.it/2020/07/21/il-golden-power-al-tempo-dellemergenza-covid-19-uno-strumento-camaleontico-a-protezione-del-tessuto-economico/>, 21 luglio 2020. Nello stesso senso v. anche G. NAPOLITANO, *L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, Fasc.5/2019, 549 ss.

⁸⁹ In questo senso v. A. SANDULLI, *Il Golden Power al tempo dell'emergenza Covid-19. Uno strumento camaleontico a protezione del tessuto economico*, in op.cit. Come precisa A. SACCO GINEVRI, *L'espansione dei golden powers fra sovranismo e globalizzazione*, 171, il ritorno dello Stato si esprime su un terreno pubblicistico e non più sul campo dei rapporti societari. Secondo l'A. "Ciò segna il compimento di una ventennale transizione dal periodo dello Stato imprenditore – in cui alcuni istituti peculiari del fenomeno societario subivano distorsioni fisionomiche e funzionali a servizio di obiettivi e interessi extrasociali – a un nuovo periodo in

una modificazione delle sue modalità di intervento nell'economia, con una marcata attenzione ai settori dell'innovazione tecnologica. Si è dunque assistito a “*un progressivo abbandono della funzione di congegno propedeutico alla privatizzazione sostanziale delle imprese un tempo pubbliche, per divenire, ad oggi, strumenti di vigilanza esterna in grado di influenzare potenzialmente gli assetti proprietari e l'operatività di tutte le imprese operanti nei settori strategici ogni qual volta gli interessi pubblici essenziali siano messi a repentaglio*”⁹⁰.

Di fatto i *golden powers* nella loro configurazione attuale potrebbero essere considerati come: “*una sorta di longa manus dell'art. 41, terzo comma, Cost., nel senso che funge, in un certo senso, assieme ad altri strumenti di intervento pubblico nell'economia, da riattivatore della funzione di programmazione e controllo dell'attività economica privata, «indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali» (come recita la citata disposizione costituzionale nella formulazione recentemente integrata)*”⁹¹.

Invero, un cambio di prospettiva era già stato tracciato dal Regolamento 2019/452, il quale sembrerebbe indicare un rafforzamento degli Stati membri nel modo di concepire la propria sovranità e la difesa dei propri interessi essenziali⁹².

Come brevemente illustrato, la legislazione riconnessa alla congiuntura emergenziale per il contagio da Covid-19 ha inciso in maniera significativa anche sull'ambito di applicazione soggettivo dei *golden powers*. Mediante il decreto Liquidità è stato approntato un temporaneo scudo virale anche nei riguardi delle imprese di Stati membri UE, con il precipuo fine di impedire, alle imprese di altri paesi, anche europei, complice il repentino abbassamento di valore dei titoli in borsa, di compiere scalate a prezzi estremamente vantaggiosi⁹³. Il consolidamento tramite il D.L. Ucraina delle misure adottate nel corso dell'emergenza pandemica si è tradotto in un definitivo rafforzamento del sistema dei *golden powers*.

La “*Febbre del Golden Power*”, come recentemente affermato da autorevole dottrina⁹⁴ è evidente anche nei numeri. Nel 2014, sono state effettuate otto notifiche per operazioni da autorizzare nell'ambito dei poteri speciali del governo di cui al D.L. n. 21/2012; nel 2015, diciotto notifiche; nel 2016, quattordici notifiche. Nel 2017, le notifiche sono salite a trenta; nel 2018, sono arrivate a quarantasei; nel 2019, sono raddoppiate a ottantatré. Nel 2020, nel corso della pandemia, con il Decreto Liquidità 342 notifiche, con

cui l'impresa che opera in settori strategici rimane pur sempre affare fra soci, che tuttavia cede sovranità decisionale ad uno Stato “supervisore” ogni qual volta l'evoluzione dell'attività e degli assetti possa pregiudicare interessi di rango superiore”.

⁹⁰ Così A. SACCO GINEVRI, *L'espansione dei golden powers fra sovranismo e globalizzazione*, op. cit., 170 – 171.

⁹¹ A. SANDULLI, *La Febbre del Golden Power*, in op.cit., 752.

⁹² Nello stesso senso v. G. SCARCHILLO, op. cit., 602.

⁹³ Attenta dottrina ha avuto modo di sottolineare come tali disposizioni vadano oltre la congiuntura emergenziale tracciando un cambio decisivo rispetto all'approccio maturato in seno all'UE. Nello specifico A. SANDULLI, *Il Golden Power al tempo dell'emergenza Covid-19. Uno strumento camaleontico a protezione del tessuto economico*, op.cit., ha affermato che: “*Al di là della contingenza emergenziale, è evidente che tale disposizione implichi un mutato modo di rapportarsi con l'Unione Europea e con i temi della concorrenza: vi è chi ha parlato, al proposito, di recessività dell'interesse **all'apertura dei mercati** nell'attuale assetto geopolitico e chi ha segnalato il rischio che l'esercizio dei golden powers possa dar luogo a forme di mascherato protezionismo. È l'ennesimo accadimento che fa tornare alla mente un'Europa dei confini che pareva retaggio del passato*”.

⁹⁴ A. SANDULLI, *La Febbre del Golden Power*, in op. cit., 743 ss.

quarantadue casi di esercizio dei poteri speciali. Un ulteriore incremento di un terzo si è avuto nel 2021, con quattrocentonovantasei notifiche⁹⁵.

Tuttavia, restano soltanto otto sinora casi di esercizio del potere di veto da parte del governo. Tra di essi, tre sono stati i casi di maggior rilievo: il potere è stato esercitato nel 2017, nei riguardi di un'azienda francese, in relazione al caso Altran-Next Ast, nel settore della difesa e dell'aerospazio, operando la società Next Ast nell'area dell'embedded software; nel 2021, nei riguardi di un'azienda cinese, nel caso LPE, che opera nel settore dei microprocessori; sempre nel 2021, in relazione all'acquisizione di società di una holding operante nel settore agroalimentare e del machine learning da parte di un'azienda cinese, nel caso Syngenta-Verisem. Se da un lato, il veto è stato imposto solo in otto occasioni, le condizioni sono state imposte molte volte⁹⁶.

Inoltre l'ampliamento dell'ambito di applicazione dei *golden powers* è stato accompagnato da una semplificazione dei profili procedimentali, che compensa, almeno in parte, l'impatto dei *golden powers* sui meccanismi societari e sull'operatività delle società interessate dal procedimento finalizzato all'esercizio dei poteri speciali⁹⁷.

Stante la mutata funzione dei *golden powers* divenuti meccanismo, di fatto permanente, di intervento nell'economia da parte dello Stato a tutela dei settori strategici, appare di cruciale importanza continuare ad adoperare tale strumento in maniera equilibrata, soprattutto nei settori più delicati sotto il profilo della sicurezza nazionale, come quelli della gestione dei dati a seguito dell'innovazione tecnologica, investendo maggiormente sulla semplificazione e sulla riduzione dei tempi del relativo procedimento, sì da poter trovare un equilibrio tra la necessità dell'accertamento imposto dalla salvaguardia degli interessi nazionali con la tutela degli interessi delle imprese coinvolte.

⁹⁵ A. SANDULLI, *La Febbre del Golden Power*, in op.cit., 746 – 747.

⁹⁶ Come rilevato da A. SANDULLI, *La Febbre del Golden Power*, in op.cit., 747: “*Imporre condizioni significa che il potere pubblico vigila e controlla in modo durevole nel tempo l'impresa in questione, perché la sua attività è considerata strategica per l'interesse nazionale e la sua iniziativa economica non è più libera, ma è condizionabile e assoggettabile a prescrizioni. Si assiste, pertanto, all'apposizione di una sorta di pellicola pubblicitaria, di strato pubblicitario attorno all'attività di impresa privatistica. L'interesse pubblico investe il mercato e resta allo stato latente, potendo attivarsi alla bisogna*”.

⁹⁷ F. PRENESTINI, *Golden power: una tela di Penelope*, op. cit., 671.

Approfondimenti

Report Consob DNF 2022: una lettura critica delle principali evidenze¹

Approfondimento a cura Fosca LAMBERTI.**

Nel mese di luglio 2022, la Consob ha pubblicato il proprio studio sullo stato della rendicontazione non finanziaria delle società quotate in Italia. Occorre premettere che l'obbligo di redigere la Dichiarazione non finanziaria (DNF) deriva dal D.Lgs 254/2016 di recepimento della Direttiva 2014/95/EU, con la quale gli enti di interesse pubblico (Eipr), ossia società italiane emittenti valori mobiliari quotati in un mercato regolamentato italiano - banche, imprese di assicurazione e imprese di riassicurazione - che abbiano avuto, in media, durante l'esercizio finanziario più di 500 dipendenti e il superamento di determinati limiti dimensionali (SP 20mln, ricavi netti 40 mln), sono obbligati a riferire specifiche informazioni non finanziarie.

Le informazioni contenute nella DNF sono relative ai temi ESG (Environmental, Social and Governance) nella definizione di modelli di business, strategie aziendali e modelli di corporate governance. L'art. 7 del citato decreto prevede, poi, che anche soggetti diversi dagli Eipr possano, in via volontaria, pubblicare una dichiarazione di carattere non finanziario, apponendo sulla dichiarazione la "dicitura di conformità" della medesima, qualora la stessa sia redatta attenendosi alle disposizioni del Decreto.

Inoltre, vale la pena sottolineare l'applicazione del criterio di rilevanza o "materialità" relativo ai contenuti da includere nella redazione della DNF, definito dall'art. 3, primo comma, del Decreto, nel quale si dispone che la Dichiarazione di carattere non finanziario deve coprire i temi ambientali, sociali, attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani, alla lotta contro la corruzione attiva e passiva, che sono rilevanti tenuto conto delle attività e delle caratteristiche dell'impresa "nella misura necessaria ad assicurare la comprensione dell'attività di impresa, del suo andamento, dei suoi risultati e dell'impatto dalla stessa prodotto". Date queste premesse, dal Report della Consob emerge che, nel corso del 2021, le società con azioni ordinarie quotate sul principale mercato azionario italiano che hanno pubblicato una DNF sono 151, rappresentative del 69% del listino e del 97% circa della capitalizzazione di mercato a fine 2020; dato che comprende anche due società che hanno redatto il documento ai sensi del d.lgs. 254/2016 su base volontaria.

Il documento Consob ha distinto l'analisi in tre parti: La prima parte del Rapporto analizza i documenti pubblicati dalle società come dichiarazione non finanziaria (DNF), concentrandosi sulle informazioni concernenti l'analisi di materialità e i

¹ Contributo approvato dai *referee*.

** Avvocato e Dottoranda di ricerca in diritto comparato presso l'Università degli Studi di Salerno.

piani strategici presentati agli investitori; la seconda parte del Rapporto si concentra sul coinvolgimento degli organi di amministrazione nelle tematiche di sostenibilità e sulle competenze in materia di sostenibilità degli amministratori delle imprese medio-grandi; la terza parte del Rapporto approfondisce l'integrazione dei fattori non finanziari nelle politiche di remunerazione degli amministratori delegati.

L'analisi condotta si muove su tre profili che individua quali elementi *trigger*, per la trasformazione culturale del processo decisionale aziendale: consapevolezza, capacità e coinvolgimento.

Per quanto concerne il primo profilo, la consapevolezza riguarda il riconoscimento dell'importanza dei valori ESG e il ruolo che ricoprono nel processo trasformativo, in particolare facendo riferimento alle infrastrutture organizzative di supporto alla redazione della rendicontazione non finanziaria e al coinvolgimento degli organi amministrativi. Sotto questo primo profilo, dal Rapporto emerge che alcuni comportamenti hanno registrato una maggiore diffusione rispetto all'anno precedente. In particolare, come già anticipato, su 218 società 151 hanno redatto la DNF, di cui due volontariamente, ciò che rileva è che tra queste sono diminuite quelle che hanno redatto la sola DNF, anche sotto forma di Rapporto di Sostenibilità (da 137 a 134), ma sono aumentate quelle che hanno integrato le informazioni non finanziarie con quelle finanziarie (passando da 11 a 15); tuttavia, la maggior parte degli emittenti non ha incluso la DNF nella relazione sulla gestione. Per quanto concerne l'analisi di materialità è stata svolta da tutte le 151 imprese che hanno redatto la DNF e il coinvolgimento del CdA nell'analisi è aumentato da 39 società, nel 2020, a 51 nel 2021. Infatti, si rileva che l'analisi di materialità è stata aggiornata rispetto al 2020 per 120 società e che il coinvolgimento degli organi interni e del top management nella valutazione della stessa è accresciuto passando nel primo caso a 116 da 114 e, nel secondo, da 74 a 83. Ulteriore aspetto di rilievo è l'aumento delle società nelle quali vengono organizzate sessioni formative di *induction* su temi di sostenibilità del board che sono passate a 117 nel 2021 a fronte di 107 nel 2020. Inoltre, si rileva anche una crescita per quanto riguarda la creazione del comitato di sostenibilità, il quale è presente in 89 casi, con un incremento rilevante rispetto ai 73 dell'anno precedente.

Il secondo profilo *trigger* è la capacità, che viene colto con riferimento all'analisi di materialità e all'integrazione dei fattori ESG a livello di funzionamento dell'organo di amministrazione. In particolare, si è assistito ad un aumento del coinvolgimento nell'analisi di materialità dei manager dell'azienda che è passato da 74 nel 2020 ad 83 nel 2021, anche se il coinvolgimento degli stakeholders esterni è, invece, diminuito passando da 83 ad 81. A livello di CdA si è assistito ad un aumento delle società che hanno integrato i valori ESG nelle linee guida per i rinnovi del board e nelle autovalutazioni, che rispettivamente sono passate da 19 società su 50 nel 2020 a 25 società su 49 e da 37 emittenti nel 2020 a 45. Infine, si segnala che anche nelle politiche di remunerazione degli amministratori delegati si è assistita ad una crescita dell'integrazione dei temi ESG, che sono passate da 63 nel 2020 a 106 nel 2021.

Infine, ultimo fattore considerato è il coinvolgimento che viene colto attraverso gli abstracts dei piani strategici presentati agli investitori o pubblicati sui siti delle società nella parte dedicata agli investitori, al fine di verificare come le società

descrivono una strategia di integrazione e collegamento delle questioni finanziarie e non finanziarie. Da questo punto di vista si è assistito ad una crescita generale nel 2021 che comprende l'aumento delle società che hanno pubblicato le sintesi dei Piani strategici dell'azienda nelle quali viene fatta menzione dei temi ESG nel lungo periodo. Nel 2021, le sintesi sono state pubblicate da 63 imprese, di cui 30 hanno menzionato alcune considerazioni di business a lungo termine, 16 hanno collegato la strategia agli obiettivi di Sviluppo Sostenibile delle Nazioni Unite, e 8 hanno integrato pienamente nella comunicazione della propria strategia tematiche che generano valore nel breve e nel lungo termine, descrivendo le connessioni tra questioni finanziarie e non finanziarie.

Volontà e consenso nella trattativa automatizzata¹

Approfondimento a cura di Fernando GRECO.**

Mi sia consentito, in apertura, un sincero ringraziamento al Collega e Amico, Prof. Carlo Pilia, che, anche quest'anno, mi ha voluto nel parterre di autorevoli relatori di questo prestigioso evento convegnistico internazionale, che segna, formalmente, l'apertura dei corsi universitari.

Lo sviluppo sostenibile, la sostenibilità, rappresenta, ormai un fattore "sindemico": ne è permeato quasi tutto l'orizzonte ordinamentale, trattandosi, di per sé, di un concetto quasi polisemico, idoneo ad adattarsi a contesti diversificati, multiformi, variabili. Del pari, le codificazioni rappresentano un blocco monolitico del diritto civile, al netto dell'inferenza delle riforme, dei cambiamenti, dei costumi sociali e delle dinamiche economiche. Codice e sviluppo sostenibile sembrerebbero quasi una sinestesia, l'associazione e l'accoppiamento, ben riusciti, di due parole, di due concettualità afferenti a sfere diverse. A un'osservazione più attenta e meticolosa, in realtà, non è così. Invero, la codificazione è necessariamente un'attività che deve confrontarsi, più o meno collaborativamente, con il progredire dei tempi, dei concetti e degli istituti, anche di quelli fondativi.

Ecco, dunque, il perché della mia scelta, per questo mio breve intervento: volontà e consenso rappresentano due capisaldi di tutte le dottrine privatistiche e civilistiche, che, più di altri, hanno "subito" il lavorio del nuovo, anzi, dei nuovi modi di fare diritto.

Sul proscenio, bisogna ormai considerare la presenza di un nuovo attore, che da mera comparsa è divenuto sempre più protagonista: l'intelligenza artificiale. A tal riguardo, mi sembra opportuno un primo chiarimento sistematico. L'intelligenza artificiale deve essere scientemente intesa come l'impiego di strumenti tecnologici, che affiancano e/o sostituiscono la mente umana, all'interno del percorso decisionale, che conduce alla stipulazione dell'accordo.

Il dato non può essere sottaciuto. La parte contraente è sempre meno sola e autonoma nella propria decisione, quanto nella fase preliminare e prodromica all'assunzione della propria decisione. La quotidianità si spreca nella casistica esemplificativa, dalla disintermediazione finanziaria, alla gestione digitalizzata dei sinistri assicurativi, dall'esecuzione dei contratti tramite *blockchain* agli *smart contract*.

¹ Il presente approfondimento rappresenta una riproposizione della relazione tenuta nell'ambito del Convegno Internazionale "Le codificazioni e l'Agenda 2030: per lo sviluppo sostenibile", organizzato dall'Università di Cagliari e dall'Università di Siviglia, nell'ambito della "Settimana internazionale di avvio dei corsi universitari", svoltosi il 27 settembre 2022.

** Tutte le osservazioni svolte sono da considerarsi a titolo personale ed esulano dalla funzione di Componente della Commissione tecnica del Fondo Indennizzo Investitori (FIR)..

La questione si gioca sul filo del precario equilibrio tra le esigenze di certezza, affidabilità, prevedibilità e, soprattutto, contingentamento dei tempi (di realizzazione e di esecuzione) e le potenzialità, in parte ignote, della digitalizzazione e informatizzazione, con sacche di opacità, dettate dalla incompatibilità tra impostazioni tradizionali e dinamismo innovativo. Al diritto il compito di trovare e preservare il punto di equilibrio.

Per analizzare la nuova volontà e la nuova formazione del consenso, campo d'indagine preferenziale deve essere la fase pre-esecutiva. Negli ultimi tempi, siamo stati spettatori della progressiva delocalizzazione del processo decisionale e di formazione del consenso dalla mente umana, che, in passato, ne era sede privilegiata, se non addirittura unica. L'incontro di volontà, lo scambio di proposta e accettazione, la decisione consapevole di addivenire alla formalizzazione dell'accordo e, quindi, alla stipulazione del contratto transitano per lo strumento tecnologico e informativo, con la coadiuvazione di quello che viene definito l'agente software.

La situazione è ulteriormente complicata dall'autoapprendimento dell'agente software, che, in base all'elaborazione delle pregresse esperienze e dell'interazione con altri agenti, pone (o, perlomeno, può porre) in essere scelte autonome, così come accomodare, verso l'esito finale, quelle dell'utente. In altri termini, si delinea un nuovo e diverso margine di imprevedibilità degli esiti, dettato dall'azione autonoma dell'agente *software*. Si badi: l'intervento umano è, allo stato attuale, ancora necessario, ma sempre più circoscritto nella sua estensione operativa, finendo, il più delle volte, col coincidere con la sola fase programmatica.

Destinata a una, più o meno marcata, rivisitazione è anche la stessa concettualità di "contratto", perlomeno nel suo fenotipo più tradizionale. Invero, il concetto classico di trattativa designa l'insieme delle attività preparatorie che precedono e preparano la stipulazione del contratto; la nuova aggettivazione "robotica" introduce, sul proscenio, un nuovo attore: l'agente *software*, che concorre a determinare gli elementi dell'operazione contrattuale, tanto dal punto di vista soggettivo, quanto da quello più strettamente oggettivo, oltre che ad avere (perlomeno in astratto) la facoltà di porre in essere scelte negative, di interruzione delle trattative.

Questa analisi deve, consequenzialmente, procedere lungo due linee guida: da un lato, il nuovo concetto di "accordo" (e, conseguentemente, la rideterminazione del principio di autodeterminazione dell'individuo); dall'altro, l'imputazione della responsabilità precontrattuale.

Con riferimento alla prima e, per certi aspetti, prioritaria questione, il principio dell'accordo, di matrice codicistica, non è caratterizzato da assolutezza: basti pensare alla predisposizione unilaterale del contenuto del contratto da parte di un solo contraente (e con la mera adesione dell'altro) o, alternativamente, alle regole sulla rappresentanza degli amministratori nelle società di capitali. Trattasi, in ambedue i casi, di una sostanziale deroga al principio dell'accordo, funzionale allo sviluppo delle contrattazioni, nonché alle esigenze del mercato. Il contratto, anche al netto della automatizzazione, può sussistere anche ove non vi sia una piena consapevolezza (relativamente alla definizione dei contenuti dell'accordo) in capo a uno dei contraenti.

In altri termini, può essere presente una divaricazione tra contenuto effettivo dell'assetto di interessi e posizione individuale della singola parte contraente.

Siffatta forbice è destinata ad aumentare con l'intervento dell'agente software, che integra la volontà negoziale del singolo. Il raggiungimento di un livello di sofisticazione e autonomia particolarmente rilevante deve necessariamente indurre un *revirement* circa l'ascrivibilità, in capo al contraente, del *quantum* di consapevolezza circa l'operazione contrattuale effettivamente posta in essere.

L'agente *software* è indubbiamente avvantaggiato dalla possibilità di gestire efficacemente una mole incommensurabilmente più vasta rispetto a quella gestibile da una mente umana, con una velocità esecutiva evidentemente superiore. A ciò deve aggiungersi la summenzionata capacità di autoapprendimento.

Il combinato disposto può scientemente ingenerare, nella fase precontrattuale, esiti potenzialmente inaspettati e imprevedibili per il contraente/utilizzatore. Al netto della decisione filosofica se debba essere il diritto a inseguire l'intelligenza artificiale o se, per converso, debba essere la seconda ad accomodarsi al primo, bisogna interrogarsi sulla nozione di accordo: se anticiparla al momento della scelta di utilizzare l'agente *software* e, quindi, al momento in cui vengono indicati gli obiettivi che si intendono raggiungere; se, per contro, valorizzare l'attività del *software* al punto da assumere una sorta di causalità concorrente a quella dello stesso contraente, che potrebbe trovarsi esposto a conseguenze del tutto estranee alla sua sfera di controllo, in ragione dell'autonomia decisionale dell'agente software. Il discrimine è, in buona sostanza, rinvenibile nella scelta di imputare (o meno) all'agente *software* gli esiti giuridici del proprio operato, rendendolo un centro autonomo.

Certo è che l'agente *software* non è un mero esecutore, ma, piuttosto, un integratore dell'operazione contrattuale, che interviene sull'*an* della stipulazione del contratto. Un punto di conflittualità può essere rinvenuto nella dubbia compatibilità con le clausole generali (su tutte, la correttezza nelle trattative).

In considerazione di quanto sinora osservato e, soprattutto, del margine di autonomia decisionale (per quanto accessoria) ascrivibile in capo all'agente *software*, due eventualità sono meritevoli di evidenziazione:

- la possibile interruzione delle trattative, anche avviate in modo promettente;
- la stipulazione di un contratto a condizioni sensibilmente differenti da quelle ragionevolmente attese.

Entrambe le ipotetiche circostanze hanno un'origine comune, che può essere facilmente rinvenuta nella correttezza, o meglio nella sua difficile traducibilità, come valore, in algoritmo o in contenuto comunque intellegibile da un algoritmo, che è ontologicamente e strutturalmente incapace di temperare la discrezionalità valutativa della specifica fattispecie e della sua evoluzione.

La robotica, l'automatizzazione è destinata a rappresentare parte integrante dell'oggetto del consenso e, consequenzialmente, del contratto, al netto della circoscrizione del suo ruolo, più o meno esteso, più o meno determinante. Sono, chiaramente, ipotizzabili dei meccanismi correttivi, idonei a colmare il *deficit* (potenziale) di consapevolezza nell'assunzione delle singole decisioni, da parte del soggetto contraente (per il tramite, per esempio, di meccanismi analoghi all'approvazione specifica di alcune tipologie di clausole contrattuali o condizioni generali).

In ambedue le ipotesi è rinvenibile una “responsabilità” dell’agente *software*, che, secondo l’approccio più tradizionale e conservativo, deve essere, a sua volta, tradotta in capo alla parte che abbia scelto di avvalersene nell’intermediazione precontrattuale (con conseguente ascrivibilità dell’eventuale obbligazione risarcitoria); del tutto simmetricamente, l’approccio innovativo, stante l’autonomia del software nell’adozione (ed esecuzione) di scelte rilevanti per l’*an* e il *quomodo* del contratto stipulando, amplia l’ambito soggettivo dell’imputazione della responsabilità, esentando la parte contraente dalle conseguenze dell’operato.

Lungi da ogni pretesa di esaurire un dibattito che, sicuramente, occuperà per lungo tempo l’attenzione della dottrina (e pure della giurisprudenza), pare evidente come questa seconda soluzione implichi la necessità di una individuazione certa e puntuale di tutti i soggetti coinvolti, nonché di una qualificazione della relazionalità tra utente/utilizzatore ed agente *software*, magari alla stregua del rapporto di *agency*, come accade già in alcuni sistemi ordinamentali.

Da ultimo, occorre valutare la tradizionale sussumibilità della responsabilità precontrattuale nel novero della contrattuale, quanto, al contrario, di quella aquiliana/extracontrattuale. La prima opzione aggraverebbe la posizione del contraente, con una maggiore difficoltà di traslare le conseguenze delle trattative su soggetti terzi; la seconda, che ha raccolto adesioni nei consessi giurisprudenziali sovranazionali, sembra più permissiva rispetto alla trasposizione. Ulteriore profilo da indagare sarà la compatibilità (o meno) con la disciplina della capacità di agire, con la prospettiva extracontrattuale che appare più coerente con il principio di affidamento nell’impiego del programma informatico.

In ambedue gli scenari, è, comunque, individuabile un sostanziale punto di convergenza: la necessità di soppesare la validità della formazione del consenso, in capo ai contraenti. Un esito che sembrerebbe quasi paradossale e in controtendenza con l’istanza di semplificazione perorata dalla digitalizzazione. O, più probabilmente, un retaggio della nostra tradizione codicistica più classica e risalente, che, ancora, sconta una certa insofferenza verso queste nuove forme di contrattazione sempre più dematerializzata (*latu sensu*).

Bibliografia essenziale

Nervi A., La trattativa robotica, in Giordano R.-Panzarola A.-Police A.-Preziosi S.-Proto M. (a cura di), *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Giuffr  Francis Lefebvre, 2022.

De Stefano F., Robotica negoziale. Spunti di riflessione sulla decisione robotica negoziale, in *Giustizia Insieme*, 6 marzo 2019.

Toffoletto S., IoT e intelligenza artificiale: le nuove frontiere della responsabilit  civile (e del risarcimento), in *Giustizia Insieme*, 13 giugno 2018.

La rilevanza giuridica del fido di fatto nelle azioni di accertamento negativo del credito¹

di Dario NARDONE e Fabrizio CAPPELLUTI**

Sommario: 1. Chi è protetto dalla nullità di protezione? – 2. La prova dell'affidamento nel periodo antecedente l'introduzione dell'obbligo di forma scritta *ad substantiam*. – 3. Forma scritta, piena ed attenuata, dell'affidamento in conto corrente. – 4. Inesistenza del contratto di apertura di credito in conto corrente (o assenza di regolamentazione contrattuale *aliunde*). – 5. L'idoneità della prova quale discrimine tra protezione offerta dalla nullità e "mera tolleranza". – 6. Lo spartiacque dell'affidamento tra rimesse ripristinatorie e solutorie: il limite del fido e l'onere di provarlo.

1. Chi è protetto dalla nullità di protezione?

Nelle azioni di accertamento negativo del credito in conto corrente, è ormai obiettivo arduo, presso diversi Magistrati (per lo più concentrati in alcuni Fori ben noti), vedersi riconosciuta la rilevanza giuridica di un affidamento "di fatto", ovvero di una apertura di credito in conto corrente per un periodo di tempo (solitamente risalente) per il quale non esiste il relativo contratto redatto per iscritto.

È una situazione piuttosto ricorrente, nella quale il correntista attore allega e dimostra tutti gli elementi sintomatici del fido (durata, stabilità e non occasionalità dell'esposizione a debito, per mezzo di visure della Centrali Rischi di Banca d'Italia, evidenziazioni documentali di tassi intra fido, extra fido, commissioni per l'utilizzo di fido e/o per lo sforamento, etc.), ma le parti non hanno redatto il relativo contratto per iscritto.

Situazione, va immediatamente soggiunto, nella quale si dà che la difesa dell'attore abbia espressamente eccepito la inosservanza della forma scritta *ad substantiam* (ed in tale perimetro trova dispiego il presente scritto), non volendoci qui occupare della casistica, ben più perniciosa per il correntista attore, di quei contratti bancari che, pur essendosi riconosciuti come redatti *illo tempore* in forma scritta, non siano poi stati prodotti in giudizio per disparati motivi.

In buona sostanza, la cornice (e la "migliore" impostazione strategica del correntista attore, ad avviso di chi scrive) è questa: il correntista eccepisce la inesistenza della scheda contrattuale e la nullità ex art. 117 T.U.B. del contratto d'affidamento di cui, a titolo evidentemente precauzionale, ne abbia opportunamente chiesto copia alla banca ex artt. 117 e 119 T.U.B. (possibilmente prima del giudizio) nonché ai sensi degli artt. 1713, 1175 e 1375 c.c.²; la banca non

¹ Contributo approvato dal Comitato editoriale.

** Dario Nardone è Avvocato del Foro di Pescara. Fabrizio Cappelluti è Dottore Commercialista dell'ODCEC di Pescara.

² Già per **Cass. 9 marzo 1991, n. 2503**, in Foro it., 1991, I, c. 2077, "in tema di esecuzione del contratto la buona fede si atteggia come impegno o obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali, senza rappresentare un apprezzabile

consegna la scheda contrattuale, non superando l'eccezione dell'inesistenza; tuttavia, è inconfutabile che il conto sia stato affidato, come dimostrato dalle evidenze documentali; l'attore agisce per accertamento negativo del credito, ma non può assolvere l'onere di produrre il contratto scritto per fatto, ovviamente, imputabile alla banca, la quale non ha all'epoca adempiuto l'obbligo di redigerlo per iscritto e/o comunque non glielo ha mai consegnato, né al momento della sottoscrizione, né al momento della richiesta formale; né, tanto meno, lo produce in giudizio.

Quid iuris in tale casistica? La banca, reclamando l'*ei incumbit probatio qui dicit*, grottescamente (ma sempre, per quanto ci consta!) eccepisce in capo all'attore correntista l'inadempimento dell'onere probatorio per non aver prodotto, appunto, il contratto di affidamento.

La risposta, come si sa, è di importanza dirimente nella misura in cui occorre dare una qualificazione alle rimesse (se ripristinatorie o solutorie³) intervenute all'epoca del fido di fatto; e ciò ai fini della prescrizione.

Se l'esistenza del contratto scritto è considerata irrinunciabile, allora l'attore ha poche speranze: le rimesse avranno tutte natura solutoria e saranno prescrivibili in dieci anni decorrenti dalla rispettiva data storica del loro movimento, perché il conto dovrà essere considerato non affidato pur se di fatto era affidato (fido di fatto giuridicamente irrilevante).

Se, invece, l'esistenza della scheda contrattuale scritta non sarà necessaria perché si riterrà sufficiente - *recte*, giuridicamente rilevante - il solo fatto che sia stato concesso un fido o verbalmente o *per facta concludentia*, le rimesse dovranno intendersi ripristinatorie; il confronto tra difese, allora, si sposterà sulla esistenza e valorizzazione del limite dell'affidamento di fatto, che farà da spartiacque tra rimesse ripristinatorie e solutorie.

Limite - qui si anticipa - che, essendo posto nell'esclusivo interesse della banca, dovrà dalla stessa essere dimostrato come *illo tempore* esistente in una misura oggettivamente certa e ben specificata: se la prova in tal senso non verrà offerta, il fido dovrà essere necessariamente ritenuto senza limite o (il che, sotto il profilo pratico, è lo stesso) con limite coincidente nella massima esposizione debitoria verificatasi durante il periodo di affidamento non contrattualizzato (v. *postea* cap. 6).

sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte"; ancora, "anche se riferita al momento esecutivo, la buona fede conserva la sua funzione di integrazione del rapporto, quale regola obiettiva che concorre a determinare il comportamento dovuto ... In altre parole, la buona fede si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale e generale del *neminem laedere*" (Rv. 471213). Appare evidente che l'obbligo di consegnare la scheda contrattuale al cliente sia il *minimum* di tale dovere di cooperazione. Nel caso specifico, poi, l'art 3 della L. 17 febbraio 1992, n. 154, (Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari) ha espressamente introdotto la forma scritta *ad substantiam* nei contratti bancari e l'obbligo di consegna alla clientela delle relative schede contrattuali; obbligo, poi, trasfuso nel T.U.B., il cui art. 117, comma I, recita: "I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti".

³ La distinzione tra le rimesse, con le conseguenze in ordine alla prescrizione, qui si dà per conosciuta. Si rinvia alla notissima Cass.Sez.Un. n.24418 del 02.12.2010, Rel. Rordorf.

Ad avviso degli scriventi, si dirà subito che la retta via non può che essere la seconda, per una constatazione tanto banale quanto inconfutabile: l'art. 127, comma 2, T.U.B. prevede che “*Le nullità previste dal presente titolo [cioè il Titolo VI, ndr] operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice*”; la nullità per mancanza di forma *ad substantiam* (art. 117 T.U.B.) è nullità di protezione del cliente (per tutte cfr. **SS.UU. nn. 26242 e 26243 del 2014, SS.UU. n. 898 del 2018**), della quale la banca non può giovarsene pretendendo, appunto, di ritenere - e far dichiarare dal Giudice - solutorie tutte le rimesse nel periodo dell'affidamento non documentato da contratto scritto.

Come infine affermato dalle note SS.UU. n. 28314 del 2019, l'intermediario non può avvalersi degli effetti diretti della nullità di protezione, atteso che la stessa risponde ad un'esigenza dogmatica di “*reintegrazione di una preesistente condizione di squilibrio strutturale che permea le fattispecie contrattuali*”; essa, dunque, tende ad un “*riequilibrio contrattuale*” ed ad “*evitare che l'esercizio dell'azione in sede giurisdizionale possa produrre effetti distorsivi ed estranei alla ratio riequilibratrice in funzione della quale lo strumento di tutela è stato introdotto*”⁴.

E allora, far derivare dalla nullità (di protezione) per inesistenza della scheda contrattuale scritta la natura solutoria e l'immediata decorrenza della prescrizione delle rimesse intervenute in costanza di fido di fatto, significa, paradossalmente, trarne proprio la produzione di quegli effetti distorsivi in sede giurisdizionale scongiurati dalle Sezioni Unite; significa, cioè, applicare una norma di protezione all'inverso, proteggendo, anziché il soggetto debole del rapporto, quello forte sul quale incombeva l'obbligo di forma da egli medesimo violato.

Dispiace vedere ancora oggi quanto una tanto elementare osservazione logica d'esegetica chiarezza sia invero mistificata presso le aule di Giustizia; soprattutto dispiace che si tenti di trarre principi mai affermati dalla Suprema Corte (perché contrari alla *ratio legis* di tutelare il soggetto debole del rapporto bancario), traendo interpretazioni “schizofreniche” dagli arresti, invero coerenti, della Suprema Corte (in particolare della Prima Sezione Civile) le quali, in verità, sono solo nella penna di chi ha il fazioso interesse a mortificare la nullità di protezione, traendone vantaggi a favore della parte forte ed ai danni di quella debole.

2. La prova dell'affidamento nel periodo antecedente l'introduzione dell'obbligo di forma scritta *ad substantiam*.

Va anzitutto premesso, come ulteriore delimitazione del perimetro della presente dissertazione, che non ha neanche senso discorrere di “fido di fatto” nel periodo precedente l'obbligo di forma scritta dei contratti bancari.

Obbligo (poi trasfuso nel T.U.B., art. 117, comma 1), come sopra anticipato, introdotto *ab ovo* dall'art 3 della L. 17 febbraio 1992, n. 154 (pubblicata sulla G.U. del 24 febbraio 1992), che ha acquistato efficacia 120 giorni dopo l'entrata in vigore della legge e, dunque, in data 9 luglio 1992.

⁴ In tal senso cfr. *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività «a vantaggio»*. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019, di **Aldo Angelo Dolmetta**, in Rivista di Diritto Bancario, gennaio/marzo 2020.

Prima di tali obbligo e data, il contratto di apertura di credito, come tutti i contratti bancari, era soggetto al principio di libertà delle forme codificato dall'art. 1325 e corroborato dall'art. 1350 c.c., per i quali le parti possono scegliere la forma che prediligono per concludere il contratto, se la legge non ne impone una particolare. In altre parole, nel periodo precedente l'introduzione della forma solenne, il contratto bancario (e quindi di conto corrente e di affidamento) era validamente stipulato per accordo verbale, rilevando solo la necessaria pattuizione scritta dei tassi ultralegali ex art. 1284, comma 3, c.c., per il quale "*Gli interessi superiori alla misura legale devono essere determinati per iscritto; altrimenti sono dovuti nella misura legale*".

Come acutamente affermato da **Corte d'Appello di Bari, sentenza n. 81 del 14 gennaio 2022, Pres. Labellarte, Rel. Romano**, il conto corrente affidato costituito nel regime normativo anteriore all'entrata in vigore dell'art. 3 della legge 17 febbraio 1992 n. 154 è un contratto a forma libera, del quale era consentita la conclusione "*per facta concludentia*", ovvero alla luce del comportamento rilevante della banca (**Cass. 17090/08; 14470/05**); non essendo richiesta la forma scritta né *ad substantiam* né *ad probationem*, la prova dell'affidamento può essere offerta attraverso tutti gli elementi sintomatici quali: assenze di revoca, recesso, intimazioni di rientro, diffide, segnalazione a sofferenza, oltre che dall'applicazione di CMS, tassi di interessi intra e extra fido rilevata negli estratti conto.

Non solo: l'art.161, comma 6, T.U.B., in conformità con il principio generale di irretroattività della legge, ha espressamente che "*I contratti già conclusi e i procedimenti esecutivi in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo restano regolati dalle norme anteriori*".

Va segnalata comunque una scuola di pensiero per la quale, i contratti lecitamente perfezionati verbalmente, potranno continuare ad essere validi solo se formalizzati per iscritto una volta entrata in vigore la forma solenne, ovvero a partire dalla Legge sulla trasparenza n. 154/1992⁵.

⁵ Cfr. **ABF Collegio di Palermo, Decisione N. 26295 del 13 dicembre 2019**, per il quale "*i contratti bancari stipulati anteriormente all'entrata in vigore senza la forma scritta, che hanno dato vita a rapporti proseguiti successivamente a tale momento debbono ritenersi validi; per gli stessi può porsi soltanto la questione della loro perdurante efficacia a seguito della entrata in vigore della legge che ha imposto la forma scritta per i contratti bancari. La disciplina dettata dalla citata legge è poi confluita nel D.lgs. 1/09/1993 n.385 (T.U.B.) entrato in vigore l'01/01/1994; in particolare, l'art. 117, T.U.B., comma 3, stabilisce la nullità dei contratti "in caso di inosservanza della forma prescritta", con la specificazione contenuta nel successivo art. 127 T.U.B. secondo cui "le nullità previste dal presente titolo operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio". Alla luce di quanto sopra, l'originario contratto di conto corrente n.***256 del 1992, confluito poi in altri conti correnti, con la relativa apertura di credito, avrebbe dovuto rivestire la forma scritta, a partire dall'01/01/1994, pena l'inefficacia delle disposizioni ivi contenute". Per **Tribunale di Roma, sentenza n. 3172 del 28 febbraio 2022, Est. Goggi**, atteso che l'art. 117, commi 1 e 3, T.U.B. – e, prima della sua entrata in vigore, la L. n. 154/1992 – stabilisce che i contratti sono redatti per iscritto ed un esemplare è consegnato al cliente e che, nel caso di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo e che il successivo art. 127 precisa che le nullità previste dal presente titolo operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice, nel caso di valida pattuizione di un contratto in forma non scritta in quanto stipulato in data precedente all'entrata in vigore della normativa sulla trasparenza bancaria – fatta salva l'applicazione, per il periodo precedente al 09/07/1992 (entrata in vigore L. 154/92), del tasso di interesse legale, qualora quello pattuito verbalmente sia superiore alla misura legale e,*

Da tanto, possiamo trarre alcune conseguenze sillogistiche.

In primis, che, nel detto contesto di libertà di forme, non ha senso, come detto, discorrere di “fido di fatto”, atteso che tale semantica racchiude già in sé la patologica assenza della necessaria forma scritta; dovremmo, dunque, dissertare di “fido validamente perfezionato verbalmente o per *facta concludentia*”.

In secundis, che giammai potrebbe pretendersi la prova di siffatto rapporto a mezzo di documento scritto, non essendone richiesta la forma scritta neanche ad *probationem tantum*.

In terzis, riprendendo la menzionata Corte d’Appello di Bari n.81/2021, in tale contesto, devono ritenersi tutte ripristinatorie e non prescrittibili (se non dalla chiusura del conto medesimo) le rimesse se non risulti esser stato fissato contrattualmente un limite dell’affidamento⁶ (cfr. Cass. 20933/17, in motivazione).

quindi, in violazione dell’art. 1284 c.c., – per il periodo successivo non potranno che applicarsi i tassi sostitutivi di cui all’art. 117 commi 4 e 7 T.U.B.. In tale contesto, secondo l’Estensore va ricostruita l’intera movimentazione del conto e ricalcolato il saldo finale espungendo tutti gli addebiti e tutti gli accrediti effettuati a titolo di interessi, spese, commissioni, capitalizzazione e calcolando sulle somme a debito i soli interessi al tasso legale dalla data di inizio del rapporto sino al 09/07/1992, quindi, i tassi sostitutivi di cui all’art. 117 T.U.B. per il periodo successivo. In punto di interessi, ad avviso di chi scrive, deve essere distinto il caso in cui vi sia un contratto per iscritto ma manchi o sia indeterminata la clausola di pattuizione degli interessi ultralegali (che legittima l’eterointegrazione del contratto ai sensi dell’art. 117 T.U.B.) dal caso in cui il contratto sia perché non redatto per iscritto (che impedisce l’applicazione di qualsiasi interesse, anche debitore). In tal senso cfr. **Tribunale di Cuneo, sentenza del 26 ottobre 2020, Est. Gianluca Biasci**, per il quale, appunto, la mancata pattuizione degli interessi importa la necessità di operare un ricalcolo applicando gli interessi di legge, la mancata produzione *tout court* del contratto importa, secondo la più recente giurisprudenza della Cassazione, l’obbligo della Banca di restituire al correntista tutte le somme addebitate a titolo di interessi, essendo il contratto insanabilmente nullo. Dalla nullità assoluta del contratto deriva l’inapplicabilità al rapporto di qualsivoglia interesse passivo, nemmeno moratorio, nonché delle spese e commissioni di massimo scoperto. Consacra tale impostazione **Cass. civ. Sez. III, Sent., 07-03-2017, n. 5609, Pres. Vivaldi, Rel. D’Arrigo**, per la quale “... la mancanza di forma scritta per il contratto di apertura del conto corrente n. *OMISSIS*) dovrebbe comportare la nullità dell’intero rapporto ai sensi dell’art. 117, commi 1 e 3, T.U.B. con conseguenti obblighi restitutori di tutti gli interessi percepiti. Pertanto, la soluzione praticata dal c.t.u. – che si è limitato a sostituire al tasso convenzionale quello legale si rivela comunque più favorevole per la società creditrice”.

⁶ Così testualmente **Corte d’Appello di Bari n.81/2021**: “Ora, escluso che possa ipotizzarsi il decorso del termine di prescrizione del diritto alla ripetizione prima che intervenga un atto giuridico definibile come pagamento, che l’attore pretende essere indebito, se il correntista, nel corso del rapporto, ha effettuato non solo prelevamenti ma anche versamenti, in tanto questi ultimi potranno essere considerati alla stregua di pagamenti, tali da formare oggetto di ripetizione (ove indebiti), in quanto abbiano avuto lo scopo e l’effetto di uno spostamento patrimoniale a favore della banca (sono le rimesse cd. solutorie). Non può, invece, parlarsi di “pagamento” in presenza di un’apertura di credito, perché in tal caso i versamenti fungono unicamente da atti ripristinatori della provvista della quale il correntista può ancora continuare a godere (sono le rimesse cd. ripristinatorie), salvo che la banca allegghi, e provi, l’esistenza di un limite contrattualmente fissato all’affidamento ed il superamento dello stesso da parte del cliente (cfr. T. Milano, 11.1.17; T. Torino, 11.3.15, che cita App. Torino, 3.5.13; T. Napoli, 2.1.14), ricadendosi nuovamente nell’ipotesi delle rimesse solutorie. In buona sostanza, come efficacemente evidenziato dalla S.C., il contratto di apertura di credito è “idoneo ad escludere che la prescrizione del diritto alla ripetizione della somma oggetto della rimessa decorra dal momento dell’attuato versamento” (Cass. 31927/19), sicché, acquisita la prova dell’affidamento, spetta poi alla banca dimostrare se e quale limite di importo avesse l’accreditamento e che i versamenti fossero destinati a coprire un passivo eccedente quel limite. Tornando al caso di specie, del tutto correttamente il

Come vedremo (*postea*, cap. 6), però, la prova del tetto d'affidamento è centrale e dirimente anche per il c.d. fido di fatto.

3. Forma scritta, piena ed attenuata, dell'affidamento in conto corrente.

Secondo i principi generali in materia di onere della prova, l'attore correntista in accertamento negativo del credito è onerato alla produzione del contratto di conto corrente e relativi estratti conto (*ex multis* cfr. **Cass. Civ. Ordinanza n°33321 del 21.12.2018**).

Nella pratica bancaria, piuttosto raramente accade di riscontrare che il contratto di affidamento sia formalizzato in una scheda contrattuale ontologicamente distinta da quella consacrante la convenzione di conto corrente sul quale il primo s'appoggia.

Tuttavia, ciò non deve indurre in errore (nel senso che difetti la forma scritta), in quanto, ordinariamente, la disciplina della - eventuale futura - apertura di credito è già contenuta nel contratto di conto corrente che nasca non affidato.

Infatti, il contratto di apertura di credito rientra, a determinate condizioni, tra i contratti per i quali la Banca d'Italia⁷ aveva consentito una deroga alla forma scritta.

Sul punto **Cassazione Civile - Sezione I , sentenza 22 novembre 2017, n. 27836**, ha sancito che *"è bensì vero che questa Corte ha affermato il principio di diritto secondo cui, "in materia di disciplina della forma dei contratti bancari, l'art. 3, comma 3, della legge n. 154 del 1992 e, successivamente, l'art. 117, comma 2, del t.u.l.b., nella parte in cui dispongono che il C.I.C.R. può prevedere che particolari contratti, per motivate ragioni tecniche, possono essere stipulati in forma diversa da quella scritta, attribuiscono a detto Comitato interministeriale il potere -da questo conferito alla Banca d'Italia - di emanare disposizioni che integrano la legge e, nei limiti dalla stessa consentiti, possono derogarvi e che, perciò, costituiscono norme di rango secondario, la cui legittimità non è esclusa dalla mancata indicazione delle motivate ragioni tecniche della deroga, dovendo l'onere della motivazione ritenersi adempiuto mediante l'indicazione del tipo di contratto e la precisazione che esso deve riferirsi ad operazioni e servizi già individuati e disciplinati in contratti stipulati per iscritto. Nella specie, la S.C. ha ritenuto legittime le disposizioni (...) in forza delle quali il contratto di apertura di credito, qualora risulti già previsto e disciplinato da un contratto di conto corrente stipulato per iscritto, non deve, a sua volta, essere stipulato per iscritto, a pena di nullità)" (Cass. Sez. 1 -, Sentenza n. 14470 del 2005). È però altrettanto vero che tale principio deve essere correttamente inteso perché, com'è stato precisato, anche successivamente da questa stessa sezione, "l'intento di agevolare*

Tribunale ha ritenuto che, provata l'apertura di credito, le rimesse dovessero considerarsi ripristinatorie, non risultando fissato contrattualmente un limite dell'affidamento (cfr. Cass. 20933/17, in motiv.).

⁷ Con il Provvedimento 24 maggio 1992 in G.U. n.126 del 30.5.1992 Serie Generale, dapprima, e con le Istruzioni di Vigilanza per le banche - Circolare n.229 del 21 aprile 1999 in G.U. Serie Generale n.119 (supplemento straordinario) del 24.5.1999 successivamente, in virtù del potere conferitogli dapprima dall'art. 3, comma 3, della l. n. 154 del 17 febbraio 1992 e successivamente dall'art. 117, comma 2, del t.u.b., che consentiva al CICR, ed alla Banca d'Italia in forza del potere attribuito ad essa da detto Comitato, di emanare disposizioni, integrative della legge e, ove da questa consentito, derogatoria della legge stessa, per cui particolari contratti, per motivate ragioni tecniche, possono essere stipulati in forma diversa da quella scritta.

"particolari modalità della contrattazione" non (può) comportare - in una equilibrata visione degli interessi in campo (...) - una "radicale" soppressione della forma scritta, ma solo una relativa attenuazione della stessa che, in particolare, salvaguardi (...) la necessaria indicazione delle condizioni economiche del contratto ospitato" (Cass. Sez. 1, sent. n. 9068 del 2017; e si veda altresì Cass. Sez. 1 -, Sentenza n. 7763 del 2017 che ha respinto il ricorso incidentale formulato da una banca, avendo il giudice di merito rilevato la carenza sia di una stretta connessione funzionale ed operativa tra il contratto di apertura di credito e quello di conto corrente, sia di una sostanziale regolamentazione del contratto accessorio desumibile da quello formato per iscritto). Nella specie, infatti, la Banca ricorrente richiama ed allega un testo contrattuale inter partes (riportato a p. 13 del ricorso) dalla lettura del quale non emerge alcun regolamento economico dell'ipotetico contratto di apertura di credito, ivi previsto solo come possibile, se non l'indicazione di condizioni quadro, generali ed astratte, che la Banca s'impegnava a seguire (ed il cliente a osservare) in caso di stipula di un'apertura di credito successiva con lo stesso sottoscrittore del conto corrente bancario. In sostanza, ed in tal senso, va integrata la motivazione reiettiva contenuta nella sentenza impugnata, ove risulta solo una generica indicazione delle condizioni normative senza alcuna specificazione del regolamento economico, cosicché il richiamo appare del tutto lontano dall'interpretazione corretta del principio, enunciato da questa stessa sezione con il richiamato precedente del 2005 (e aggiornato dai più recenti arresti del 2017), sicché il ricorso deve essere respinto con le conseguenze di legge". L'idoneità di ridetta forma scritta "attenuata", soddisfatta, cioè, con rinvio per relationem alla pregressa disciplina già contenuta nel contratto di conto corrente d'appoggio, deve essere tenuta massimamente presente presso quei Giudici o Fori che ritengono sempre e comunque necessario, in capo al correntista, fornire la prova della sussistenza del fido solo a mezzo della scheda contrattuale.

4. Inesistenza del contratto di apertura di credito in conto corrente (o assenza di regolamentazione contrattuale aliunde).

Come il paziente Lettore potrà notare, progressivamente stiamo pervenendo al fulcro della problematica che intende affrontare il presente lavoro: quello in cui l'attore correntista non abbia dalla banca mai ricevuto, neanche su formale richiesta, il contratto di affidamento e difetti la regolamentazione del fido anche nel contratto di conto corrente (o, come più spesso accade, siano inesistenti entrambe le schede contrattuali, di conto corrente e di apertura di credito).

È proprio in tale situazione che viene a verificarsi (fortunatamente solo in alcuni Fori) il paradossale travisamento della generale nullità di protezione legiferata dall'art. 127, comma 2, T.U.B., applicata, nello specifico, alla nullità totale del contratto sancita dall'art. 117 T.U.B., comma 1 e 3.

Ebbene, taluna giurisprudenza ritiene che il correntista attore possa dare la prova dell'intervenuto affidamento in conto corrente solo ed esclusivamente a mezzo di contratto scritto: diversamente, pur se siano state offerte tutte le evidenze sintomatiche circa la certa esistenza di un'apertura di credito in conto corrente, il fido va ritenuto inesistente e/o irrilevante, con la conseguenza che tutte le rimesse nel periodo intercorso debbano essere considerate solutorie e prescritte, decorso il decennio dal loro movimento come documentato negli estratti conto.

In definitiva, questa impostazione determina che la prescrizione di tutte le rimesse in conto corrente intervenga come una ghigliottina per il periodo anteriore al

decennio computato a ritroso dalla data notifica della citazione (litispendenza) ad opera del correntista, che di tal guisa patisce una enorme perdita economica in termini restitutori.

Fra tutte si cita **Corte di Appello di Torino n. 184 del 15 febbraio 2021**, la quale, testualmente, così si esprime:

“L’esistenza del contratto di apertura di credito deve essere provata con la forma scritta e non può essere fondata su altri elementi come prove indirette, quali gli estratti conto, i riassunti scalari, i report della centrale rischi, la stabilità dell’esposizione, l’entità del saldo debitore, la previsione di una commissione di massimo scoperto, oppure voci quali “spese gestione fido” e “revisione fido”. Ai fini della individuazione delle rimesse solutorie e/o ripristinatorie – in mancanza di contratto scritto – il limite dell’affidamento non si può individuare nello stesso massimo scoperto consentito di fatto (Cass. civ., sez. 1, 30/10/2018 n. 27705)”.

Recentemente il “principio”, se così si può definire, è stato ribadito dalla **Corte di appello di Venezia, n. 192 del 13 settembre 2022**, per la quale, di nuovo attraverso il richiamo di Cass. n. 27705/2018, la prova del fido può essere fornita soltanto tramite il documento costitutivo e non anche mediante prove indirette o per *facta concludentia*.

Accanto alle citate Corti territoriali, altri arresti pretenderebbero dal correntista la prova dell’esistenza solo a mezzo della produzione del documento contrattuale scritto, richiamando espressamente non solo Cassazione n. 27705/18, ma anche Cassazione n. 27704/18.

Invero, come attentamente osservato,⁸ giammai la Suprema Corte ha pronunciato la massima torinese appena sopra riportata, o comunque giammai ha sostenuto la necessità che la prova degli affidamenti sia data a mezzo di contratti redatti per iscritto.

Nello specifico, in nessuno dei due citati arresti nomofilattici si legge o si evince che il fido di fatto sia irrilevante, né sono presenti assunti del tipo *“ove la banca eccepisca la prescrizione, incombe sul correntista l’onere di provare la natura ripristinatoria dei pagamenti e la relativa prova dovrà essere fornita unicamente allegando il documento contrattuale, non rilevando all’uopo – per come si evince nelle pieghe della sentenza – le c.d. “prove indirette” (ossia le evidenze degli estratti conto, i riassunti scalari, i report della centrale rischi, la stabilità dell’esposizione che ne evidenzia il carattere non occasionale, l’entità del saldo debitore, la previsione di una commissione di massimo scoperto)”*, come alcune difese o commenti manipolativi pro banca vorrebbero imputare alle citate Cassazioni gemelle del 2018.

Continua persuasivamente il citato Commentatore, che la Suprema Corte, semplicemente, aveva rilevato come in sede di legittimità non sarebbe stato possibile fornire ulteriori o nuove prove (ovvero chiedere un nuovo esame) rispetto al merito già esposto presso le corti territoriali.

⁸ Ci si riferisce ai contributi di **Gianluca Perna**, *Ancora su Cass. 27704 e 27705/2018: le bugie hanno davvero le gambe corte?* e, ancor prima, *Cassazione n. 27704/18 e n. 27705/18: due facce della stessa medaglia*, editi in AssoCTU, dai quali nel presente paragrafo si attinge per ripetizioni integrali o per parafrasi.

Infatti: a pagina 4 paragrafo 2.1 di **Cass. 27705/18** si può leggere: “*Come palesa lo svolgimento del medesimo, ove ripetutamente assume in modo apodittico la natura solutoria delle rimesse, il ricorso mira a sottoporre alla Corte un nuovo giudizio sul fatto, precluso in sede di legittimità. In sostanza, il ricorrente insiste nella ritenuta disponibilità relativa ad un preteso affidamento di fatto: ma la Corte del merito ne ha risolutivamente escluso la prova*”.

Sulla stessa falsariga in **Cass. 27704/18**, a pagina 2 si apprende che “*La Corte [di appello ndr], per quanto ancora rileva, ha ritenuto, con l'ausilio di ctu, la natura solutoria delle rimesse effettuate, in quanto non è stata provata l'esistenza di un'apertura di credito o di affidamenti nel periodo considerato, con conseguente operatività della prescrizione decennale dai singoli versamenti*”, concludendo, a pagina 3 al paragrafo 2, in tal modo: “*Come palesa lo svolgimento del medesimo, ove ripetutamente assuma la natura solutoria delle rimesse, il ricorso mira a sottoporre alla Corte un nuovo giudizio sul fatto precluso in sede di legittimità. [...] In sostanza, il ricorrente insiste nella ritenuta disponibilità relativa ad un preteso affidamento di fatto: ma la Corte del merito ne ha risolutivamente escluso la prova*”.

Ciò che dunque appare evidente, è come in entrambe le vicende sulle quali la Cassazione si è pronunciata, le Corti di merito non avevano reputato che il correntista avesse provato di essere stato affidato e che un nuovo giudizio sul fatto sarebbe stato ormai stato precluso, in sede di legittimità.

In termini appare eloquente **Tribunale di Livorno, sentenza n. 40 del 12 gennaio 2021, Est. Fodra**: “*Parte convenuta ha sostenuto che, secondo Cass. (27704 e 27705/2018), il correntista che intende agire in ripetizione a fronte della eccezione di prescrizione sollevata dalla debitrice, avrebbe l'onere di provare la sussistenza dell'affidamento producendo un contratto scritto, attesa la necessaria forma scritta dei contratti bancari. Tale eccezione non coglie nel segno. [...] Dalla lettura per esteso della parte motiva delle due sentenze si evince che, la Corte ha sicuramente ribadito il fatto che grava sull'attore che agisce in ripetizione l'onere di provare il contratto di affidamento, ma non ha sancito alcun onere di prova scritta. Ed infatti, nell'ambito della azione di ripetizione, quello che risulta da provare per il correntista è che un accordo con la banca sull'affidamento vi è stato e che detto accordo ha avuto attuazione, anche mediante regolamentazione del medesimo in c/c; assolto detto onere probatorio, anche mediante l'analisi degli estratti conto e delle comunicazioni banca cliente [...] da parte della CTU [...] appare irrilevante, ai fini della prescrizione, il fatto che il contratto scritto non sia stato versato in atti*”.

Se una tale elementare “esegesi” non dovesse essere per taluno condivisibile, si richiamano i seguenti arresti di legittimità in linea (e non *contra*) la *ratio* della nullità di protezione, nello specifico per mancato rispetto della forma solenne nel negozio di affidamento.

Per **Cass. Civ. Sez. I nr. 31927/19 del 06/12/2019**: “*La prova dell'apertura di credito che sia stata tempestivamente acquisita al processo è tuttavia utilizzabile dal giudice, ai fini dell'accertamento della prescrizione, ove pure sia mancata una precisa allegazione, da parte del correntista, circa l'intervenuta conclusione del contratto in questione*”; e conclude affermando che: “*Il motivo va allora respinto in applicazione del principio per cui, a fronte dell'eccezione di prescrizione sollevata con riferimento alla domanda di ripetizione di indebito del correntista, è quest'ultimo ad essere onerato della prova dell'esistenza del contratto di apertura di credito, incidente sulla natura delle rimesse*”.

poste in essere oltre il decennio, fermo restando che il giudice del merito è tenuto a valorizzare la prova ritualmente acquisita al riguardo, indipendentemente da una specifica allegazione del correntista circa la stipula del contratto in questione”.

Insomma, il Giudice del merito, dall’esame delle prove portate in giudizio, potrebbe d’ufficio ritenere la sussistenza di un affidamento, pur senza specifica allegazione in tal senso dal correntista: appare chiaro che ha senso parlare di una tale rilevabilità d’ufficio laddove in atti non sia presente la prova principe data dal contratto scritto d’affidamento.

Ribadisce il concetto **Cass. civ. III sez. 25158 del 10/11/2020**: “... come insegna questa Corte, i versamenti eseguiti sul conto corrente in costanza di rapporto hanno normalmente funzione ripristinatoria della provvista e non determinano uno spostamento patrimoniale dal solvens all'accipiens (Cass. n. 4518/2014; Cass. n. 20933 del 2017; Cass. n. 12977 del 2018). 3.5. Dunque, a fronte dell'eccezione di prescrizione del credito a decorrere dalle singole rimesse, sollevata dalla banca avverso la domanda di ripetizione dell'indebita proposta dal correntista, il giudice è comunque tenuto a valorizzare la prova della stipula di un contratto di apertura di credito purché ritualmente acquisita, indipendentemente da una specifica allegazione del correntista, perché la deduzione circa l'esistenza di un impedimento al decorso della prescrizione determinato da una apertura di credito, costituisce un'eccezione in senso lato e non in senso stretto (Sez. 1 -, Ordinanza n. 31927 del 06/12/2019). In tale caso, difatti, le poste hanno normalmente funzione ripristinatoria e non solutoria. 3.6. In altri termini, è piuttosto la banca tenuta a provare che, a livello contrattuale, non si ricade in una ipotesi di affidamento che, nella tecnica bancaria, esclude la presenza di operazioni allo scoperto, e ciò a supporto della eccezione di prescrizione sollevata in relazione a pagamenti di poste solutorie del conto corrente”.

Infine, per dare un taglio netto alla questione, è intervenuta **Cass. Civ., Sez. I, 5 gennaio 2022, n. 188**, la quale, quantunque argomentando a contrariis, ha nondimeno esplicitamente affermato che il correntista attore sia ammesso a provare l’esistenza del fido per *facta concludentia*: “Vero è che nella specie la Corte d'appello ha affermato l'esistenza di un "fido di fatto", indicandone il limite nello stesso "massimo scoperto consentito"; tale affermazione, tuttavia, consiste in una mera petizione di principio, avulsa com'è dalla indicazione di qualsiasi prova della stipulazione, ancorché per fatti concludenti, di un vero e proprio contratto di apertura di credito in conto corrente”.

D'altra parte, tale possibilità era stata già espressamente ammessa da **Cass. civ. Sez. I, 29/01/2019, n. 2463**, per la quale “... già in precedenza, ma sempre con riferimento al regime successivo all'entrata in vigore della L. 17 febbraio 1992, n. 154, art. 3, questa Corte aveva espressamente ammesso la dimostrazione del contratto di apertura di credito "anche per *facta concludentia*", nel caso in cui risulti applicabile la deroga al requisito della forma scritta, prevista nelle disposizioni adottate dal C.I.C.R. e dalla Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 117 del t.u.l.b. (e, anteriormente, della L. n. 154 del 1992, ex art. 3), per essere stato tale contratto già previsto e disciplinato da un contratto di conto corrente stipulato per iscritto” (**Cass. Sez. 1, 15 settembre 2006, n. 19941 e 9 luglio 2005, n. 14470**).

Da quanto sopra argomentato si desume che:

(i) è una vera e propria mistificazione di taluna giurisprudenza, che arriva sgraziatamente a citare in aiuto finanche inesistenti principi nomofilattici, quella di ritenere provabile, per il correntista attore, l’esistenza dell’affidamento esclusivamente a mezzo di contratto scritto; la parallela distorsione che

fattualmente produce con il doversi ritenere, erroneamente, solutorie (e prescritte post decennio) le rimesse effettuate in costanza di fido di fatto, produce quella sopra accennata perversa *inversio rationis* per la quale la nullità di protezione, alla fine, nell'applicazione giudiziaria, protegge la banca che ha violato l'obbligo della forma scritta: in estrema sintesi, la banca viene premiata dalla violazione che ha commesso;

(ii) esattamente al contrario, il correntista attore, parte debole nell'iperbolico squilibrio contrattuale caratterizzante i rapporti bancari e perciò protetto dal Legislatore, è ammesso a provare l'esistenza del fido a mezzo di (serie) evidenze documentali e per *facta concludentia*;

(iii) laddove la banca eccepisca la prescrizione, la natura ripristinatoria delle rimesse è presunta ed il Giudice può finanche d'ufficio valorizzare le prove attestanti l'intercorso affidamento, anche prescindendo da una specifica allegazione in tal senso da parte del correntista, perché la deduzione circa l'esistenza di un impedimento al decorso della prescrizione determinato da una apertura di credito, costituisce un'eccezione in senso lato e non in senso stretto; in tal caso, sarà la banca eccepiente onerata alla dimostrazione che le rimesse non vennero eseguite in costanza di un affidamento⁹.

⁹ Degna di menzione sul punto è **Corte di Appello di Milano nr. 1330/2019**: «*Si duole la banca appellante che sia stata rigettata la propria eccezione di prescrizione, avente ad oggetto la domanda di ripetizione degli addebiti seguiti da rimesse solutorie anteriori al 2005, ossia al decennio anteriore all'azione della [correntista], atteso che, prima di quel momento, non risulta dimostrata l'esistenza di aperture di credito in conto corrente (essendo il primo contratto formalizzato nel 2009). Il Giudice di prime cure ha ritenuto che Carige non avesse adempiuto all'onere probatorio gravante su di lei [...] Parte appellante lamenta, quindi, l'errore del primo Giudice, nell'aver ommesso di rilevare che l'onere della prova dell'esistenza dell'affidamento gravava sulla correntista, non potendo invocarsi alcuna «presunzione di ripristinatorietà» delle rimesse in conto corrente. Infatti, con il contratto di conto corrente, la banca si impegna unicamente ad offrire al cliente un servizio di cassa nell'utilizzo della provvista propria del cliente, pagina 7 di 9 ovvero a provvedere per conto del medesimo a pagamenti e riscossioni, non a mettere a disposizione denaro in favore del correntista. Se il conto corrente è a debito e non è assistito da apertura di credito, la natura ripristinatoria della provvista deve quindi essere esclusa, salvo prova contraria. La sentenza impugnata appare, tuttavia, aver rispettato i soprarichiamati criteri di individuazione delle rimesse ripristinatorie, e non solutorie, affluite sul conto in questione, alla luce della conseguita prova della natura affidata dello stesso. Nei propri atti difensivi, è la stessa banca che deduce l'affidamento del conto corrente, al fine di giustificare, sotto il profilo causale, l'applicazione delle Commissioni di Massimo Scoperto [...] Ne deriva che, se la banca si è difesa affermando la legittimità della CMS, poiché avente funzione di remunerare lo sforzo organizzativo della concessione di un'apertura di credito, non appare per nulla coerente che poi la stessa deduca, in appello, l'assenza. Come appare evidente dagli estratti conto depositati in atti e, parimenti, rilevati nell'elaborato depositato dal CTU contabile, [...], la CMS è stata sempre applicata al conto corrente oggetto di causa: ne discende, pertanto, la natura affidata del conto, così come considerata dal CTU, con analisi specifica corretta e ben motivata (p. 13), che la Corte intende fare propria. Tale conclusione non è nemmeno stata oggetto di osservazioni critiche da parte del CTP di parte convenuta. In difetto della produzione del contratto di apertura di credito, peraltro, secondo il principio di prossimità della prova, sarebbe stato onere della banca offrire elementi che rendessero ragionevole la propria prospettazione difensiva. Ne deriva che, anche a prescindere dalle risultanze della CTU, il dato fattuale della concessione di un affidamento deve ritenersi provato ai sensi dell'art. 115 c.p.c.: tale norma impone, infatti, di prescindere da eventuali indagini sulla forma richiesta dal contratto di affidamento bancario (in conformità a precedenti di questa Corte: sentenza n. 3257/2018), atteso che il Giudice "deve astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato acquisito al materiale processuale, ritenendolo sussistente, in quanto l'atteggiamento difensivo delle*

Ricondotto, dunque, nel corretto alveo la problematica del c.d. fido di fatto (e salvo il tema della prova di cui al successivo capitolo), il Lettore non potrà che apprezzare le “vibrazioni simpatiche” delle pronunzie di merito che armonizzano con i principi – quelli corretti – della disciplina giuridica *in subiecta materia*¹⁰.

parti espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti” (Cass. civ. Sez. III, 17/06/2016, n. 12517)”. Può, pertanto, ritenersi raggiunta prova certa della natura affidata del conto, con conseguente natura ripristinatoria delle rimesse su di esso effettuate dal correntista, senza che il passaggio in attivo del conto, nella ricostruzione, possa comportare il pagamento delle poste indebitamente addebitate precedentemente”.

¹⁰ Per tutte vedasi **Tribunale di Ascoli Piceno, sentenza n. 35 del 21 gennaio 2021, Est. Enza Foti**: “In disparte la considerazione per cui l’eventuale nullità del contratto di affidamento ex art. 117 T.U.B. per assenza di forma scritta è una nullità di protezione, a favore del correntista (che, dunque, per sua natura, non potrebbe essere né eccepita dalla banca né sollevata d’ufficio dal giudice né, infine, avere dei riverberi sfavorevoli per il correntista), qualora il correntista dia prove dell’esistenza del fido attraverso elementi presuntivi e prove indirette (quali la stabilità e non occasionalità dell’esposizione a debito pluriennale; l’assenza di solleciti da parte della banca al rientro dallo scoperto; report di Centrale Rischi, ecc.) è onere della banca – al fine di paralizzare la contro-eccezione del correntista all’eccezione di intervenuta prescrizione – dimostrare che gli affidamenti erano stati concessi sino a un determinato importo e che, pertanto, quando al di sopra di esso, le rimesse hanno assunto portata solutoria, con conseguente decorso, dalle stesse, del termine di prescrizione; in assenza di tale prova, tutte le rimesse in costanza del fido di fatto devono essere considerate ripristinatorie”; **Corte di Appello di Bologna nella sentenza nr. 2920/2018**: “Deve infine osservarsi, che provata l’esistenza di un affidamento, fornita anche solo mediante le comunicazioni periodiche inviate ai correntisti dalla Banca, è precluso a quest’ultima eccepire la nullità del contratto per difetto di forma scritta, atteso che la norma è posta a tutela del solo cliente e non a favore della Banca e se gli accordi tra le parti prevedevano degli interessi convenzionali maggiori di quelli legali, la Banca avrebbe dovuto provarlo mediante la produzione della relativa pattuizione in forma scritta e non dolersi perché il contratto non era stato prodotto dall’appellata”; **Tribunale di Torino, 11 marzo 2015, Est. Astuni**: “Ai fini della prova indiretta della concessione di fatto dell’affidamento in c/c valgono le seguenti circostanze: a) la stabilità, non occasionalità, dell’esposizione a debito; b) l’entità del saldo debitore; c) l’assenza di tracce sensibili di un rientro del cliente; d) l’espresso riconoscimento negli e/c e negli scalari di uno “scoperto nei limiti del fido” e di una “APC fiduciaria”; e) l’applicazione al c/c delle condizioni economiche previste negli e/c per lo “scoperto nei limiti del fido” e l’apertura di credito. La circostanza che la banca abbia continuato a dare esecuzione agli ordini della correntista è indice che essa era autorizzata ad andare a debito, ossia che la banca ha trattato il c/c come “passivo” e non meramente “scoperto”. Tutte le rimesse devono intendersi *prima facie* eseguite a riduzione dell’utilizzato e contenute nei limiti del fido, *ergo* ripristinatorie, salvo prova specifica di un predeterminato limite di fido”; cfr. anche **Tribunale Padova, sentenza del 09.11.2018, Est. Bertola**: “Laddove l’istituto di credito abbia costantemente consentito lo sfioramento a negativo del saldo o lo sfioramento del fido concesso, deve individuarsi la concessione di un fido di fatto, a prescindere dalla produzione di un contratto scritto, e questo anche al fine del rigetto della eccepita prescrizione delle rimesse solutorie sollevata dall’istituto di credito su cui grava l’onere della relativa prova”; **Tribunale di Cremona, sentenza n. 585 del 22.10.2018, Est. Corini**: “La durata, la stabilità e l’importanza dell’utilizzo da parte del correntista di somme della banca consentono di escludere che si sia trattato di meri atti di tolleranza, ma configurano il riconoscimento dell’esistenza di un fido di fatto, avente come limite estremo lo stesso massimo scoperto di fatto consentito dalla banca; La mancata contrattualizzazione del contratto di apertura di credito nonché la mancata pattuizione dei relativi tassi di interesse configura la violazione dell’art. 117 comma 4 T.U.B. con conseguente applicazione del tasso sostitutivo di cui al successivo comma 7”; **Tribunale Taranto, sentenza n. 980 del 11.04.2018, Est. Calabrese**: “Ove vi sia un affidamento di fatto da parte della banca che impedisce di individuare una soglia dell’affidamento stesso, non è possibile qualificare le rimesse come solutorie. Deve ritenersi l’esistenza di un affidamento di fatto concesso dalla banca per facta

Sotto il profilo squisitamente strategico, risulta regola irrinunciabile per il correntista attore allegare l'inesistenza di un contratto scritto sempre e comunque laddove, ovviamente, si sia previamente ma vanamente attivato per farsi consegnare la scheda contrattuale dalla banca¹¹: ciò, in una previsione di corretta

concludentia tenuto conto: a) della stabilità e non occasionalità dell'esposizione a debito; b) dell'assenza di richiesta di rientro o di iniziative di revoca; c) dell'applicazione di una commissione di massimo scoperto; d) dell'applicazione di distinti tassi debitori; e) della mancanza di una segnalazione a sofferenza alla centrale rischi"; **Tribunale di Reggio Emilia, ordinanza del 17.09.2016, Est. C. Ferrari**: "L'affidamento del conto corrente, sebbene non oggetto di specifico scritto di apertura di credito, è attestato dagli estratti di conto corrente prodotti, dai quali risulta la costante esposizione debitoria della correntista nei confronti della banca, per importi assai elevati nel corso di oltre quindici anni, situazione questa univocamente riferibile a scoperture attuate con il consenso dell'istituto che mai, stando alla documentazione disponibile, risulta avere chiesto alla cliente di rientrare dal debito, né adottato iniziative di revoca, recesso, diffida, segnalazione a sofferenza presso la Centrale Rischi (come, in assenza di fido, avrebbe certamente dovuto fare)". **Tribunale di Bergamo, 3 agosto 2016**: "nonostante la formale revoca dei fidi, la banca ha consentito che il conto operasse costantemente per ulteriori quattro anni con saldo passivo senza, tuttavia, fornire adeguata prova di aver intimato al correntista il rientro, o assunto altre iniziative di revoca, recesso, diffida, segnalazione a sofferenza presso la Centrale Rischi (come, in assenza di fido, avrebbe certamente dovuto fare)... è dato ... riscontrare un contesto nel quale la banca non ha semplicemente tollerato la costante scopertura di saldo, ma ha mostrato di voler considerare il conto in questione non già propriamente scoperto, ma semplicemente passivo, non spiegandosi altrimenti l'applicazione della commissione di massimo scoperto in epoca successiva alla revoca degli affidamenti... considerato che la commissione di massimo scoperto rappresenta la remunerazione per la messa a disposizione di una determinata somma di denaro, va da sé che la sua applicazione è indice ulteriore e sicura prova della avvenuta concessione di credito a favore del correntista, il quale non avrebbe di certo dovuto corrispondere questo onere se il conto corrente non fosse stato affidato". Cfr. anche **Corte di Appello di Torino 3.5.2013 n. 902**. In dottrina v. **ALDO ANGELO DOLMETTA, FIDO DI FATTO «STABILE» E PRESCRIZIONE DELLA RIPETIZIONE DI INDEBITI VERSAMENTI IN CONTO CORRENTE**, 10 ottobre 2016, su il Caso al link <http://blog.ilcaso.it/libreriaFile/909.pdf>, il quale, approvando le menzionate decisioni dei Fori bergamasco ed emiliano, concorda nel ritenere che, nel fido di fatto, le rimesse si intendono tutte ripristinatorie della provvista con decorrenza della prescrizione dalla chiusura del conto come sancito da **Cass. SS.UU., 2 dicembre 2010, n. 24418**.

¹¹ **Tribunale di Firenze n.1160 del 21.04.2022, Est. Castagnini**: "Quando sia il cliente ad agire in giudizio per la ripetizione delle somme indebitamente versate o per far accertare un diverso saldo rispetto a quello risultante dal conto corrente spetta al cliente l'onere di provare l'inesistenza della causa giustificativa dei pagamenti effettuati mediante la produzione del contratto che contiene siffatte clausole, salvo che alleggi la conclusione del contratto 'verbis tantum', la quale, se pacifica, impone al giudice di rilevare la nullità del negozio e quindi la mancata valida pattuizione di interessi ultralegali e commissione di massimo scoperto, mentre, ove contestata, esime il correntista dall'onere di fornire la prova negativa dell'accordo, che spetta semmai alla banca documentare (Cass. 6480/2021). Si deve quindi distinguere l'ipotesi in cui il correntista abbia excepto la nullità di alcune clausole contrattuali inserite in un documento che non sia tuttavia prodotto in giudizio dal caso in cui il correntista assuma che alcun contratto, in forma scritta, sia stato concluso. Nella prima ipotesi, la Banca non può ritenersi onerata della produzione del contratto neppure invocando il cd. principio di vicinanza della prova in quanto tale principio non opera quando 'ciascuna delle parti, almeno di regola, acquisisce la disponibilità del documento al momento della sua sottoscrizione' (Cass. 19566/2021; Cass. 33009/2019). E' infatti il correntista onerato alla produzione del contratto al fine di dimostrare la natura indebita delle somme contestate. Tale principio, di carattere generale, sempre operante ove si faccia questione di un contratto pacificamente concluso per iscritto, si presta invece ad essere diversamente modulato nella seconda ipotesi, ovvero quando l'attore abbia allegato che nessun contratto in forma scritta è stato sottoscritto. In sostanza, quando la domanda basata sul mancato perfezionamento del contratto nella forma

amministrazione del riparto probatorio ad opera del Giudice, dovrebbe indurre la banca a depositare il contratto per evitare *contra se* ripercussioni pregiudizievoli.

Cass., Civ. Sez. I, ordinanza del 26 settembre 2019, n.24051, ha difatti sancito che *“quanto alle singole clausole, che, se è vero che anche nelle azioni di accertamento negativo l'onere della prova incombe sull'attore, tuttavia quanto ai fatti negativi (nella specie, inesistenza di convenzione scritta di interessi ultralegali e di previsione contrattuale sufficientemente specifica di commissioni di massimo scoperto) trova applicazione il principio di vicinanza o inerenza della prova, che ribalta l'onere sul convenuto (principio teorizzato frequentemente nella giurisprudenza di legittimità e applicato anche dalle Sezioni Unite, nella sentenza n. 13533 del 30/10/2001 sulla prova dell'inadempimento)”*.

In buone parole, se la banca (non deposita la scheda contrattuale e) non vince l'eccezione di inesistenza, scatterà la nullità di protezione (in favore del correntista) per il fido di cui si sia stata dimostrata la concessione di fatto (nullità di tutte le condizioni economiche sulle quali la banca ha lucrato).

Va da sé che l'idoneità della prova del fido, da un lato, e del limite accordato, dall'altro, giocheranno un ruolo fondamentale nella partita delle azioni restitutorie intentate dal correntista attore, come vedremo nei prossimi capitoli.

5. L'idoneità della prova quale discrimine tra protezione offerta dalla nullità e “mera tolleranza”.

Una volta approdati al porto sicuro della possibilità di dimostrare, per evidenze documentali ed elementi sintomatici, la sussistenza di un affidamento di fatto - che renderebbe ripristinatorie, dunque non prescrivibili tempo per tempo, le rimesse effettuate (ammesso che siano state effettuate entro il limite, se dimostrato: v. prossimo capitolo) - viene da chiedersi come sia possibile opinare nel senso di una mera tolleranza degli sconfini anziché nella direzione di un fido sussistente di fatto, ma non contrattualizzato.

Chiariamo subito: non v'è alcuna distonia o incongruenza.

Tutto dipende dalla idoneità della prova offerta dai professionisti nel dimostrare la ricorrenza di quell'insieme di elementi dal quale si tragga l'evidenza inconfutabile circa la sussistenza di un rapporto di fido, voluto dalle parti, ma non consacrato in forma scritta.

Come si vede e come altrimenti non potrebbe essere, l'indagine deve vertere sulla volontà delle parti che, a sua volta, deve dedursi dalla documentazione che ha accompagnato il rapporto.

Ebbene, non appare superfluo rammentare che, ai sensi dell'art. 1842 c.c., *“L'apertura di credito bancario è il contratto col quale la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di danaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato”*: la funzione che tale tipologia di contratto persegue è quella, da una parte, di attribuire ad un soggetto (*correntista*) il diritto di disporre, a sua

scritta sia contrastata dalla banca (che quindi sostenga la valida conclusione, del negozio) non può gravarsi il correntista, attore in giudizio, della prova negativa della documentazione dell'accordo, che assume inesistente, incombendo semmai alla banca convenuta di darne positivo riscontro”.

discrezione, di una somma di denaro (fido o affidamento) e, dall'altra di impegnare la controparte (*banca*) a consentire tale utilizzo, dietro remunerazione.

Un'utile indicazione ad individuare un criterio distintivo dell'esistenza di un'apertura di credito ce la fornisce **Cass.Civ. Sez. 1, n. 2226, 30 gennaio 2017, Pres. Giancola, Rel. Mercolino.**

L'apertura di credito è normalmente regolata su un preesistente rapporto di conto corrente che *costituisce "un negozio giuridico atipico dominato dalle regole del mandato, in quanto la banca assume l'incarico di compiere, nei limiti della sua organizzazione, pagamenti o riscossioni di somme per conto del cliente e secondo le sue istruzioni. La disponibilità del conto può essere costituita con versamenti di somme o con accrediti sul conto, o anche con intervento da parte della banca, la quale può dar corso ad ordini di pagamento, anche, volendo, con fondi propri. Quest'ultima modalità di esecuzione dell'incarico può costituire, a sua volta, oggetto tanto di un obbligo preventivamente assunto dalla banca, la quale si sia impegnata a concedere credito al cliente fino a concorrenza di un determinato importo, per un certo periodo o a tempo indeterminato, quanto di una mera facoltà, il cui esercizio dà luogo, nella complessità del rapporto, ad una prestazione accessoria rispetto a quella principale di mandato assunta dalla banca: nel primo caso l'accordo intervenuto tra le parti è configurabile come un contratto di apertura di credito, collegato a quello di conto corrente e produttivo di una specifica obbligazione a carico della banca, ma solo entro i limiti d'importo e di durata preventivamente concordati, mentre nel secondo caso si tratta di una concessione temporanea di credito, dalla quale non può farsi discendere l'obbligo della banca di provvedere per il futuro ad ulteriori anticipazioni (cfr. Cass., Sez. 1, 5 dicembre 2011, n. 25943; 10 febbraio 1982, n. 815; 15 dicembre 1970, n. 2685)"*

Pertanto, allorquando la banca esegue ordini di pagamento utilizzando non fondi del cliente, bensì fondi propri (generando uno scoperto di conto corrente) tale atto:

- a) o è frutto di una mera facoltà ("mera tolleranza") della banca di voler concedere solo temporaneamente un credito acconsentendo ad uno "scoperto di conto", attraverso una prestazione che, rispetto a quella principale di mandato, si connota come accessoria; per cui dalla stessa non può farsi discendere un obbligo per la banca di provvedere nel futuro ad altre erogazioni o anticipazioni, anche se reiterata nel tempo (cfr. **Cass., Sez. 1, 5 dicembre 2011, n. 25943; 10 febbraio 1982, n. 815; 15 dicembre 1970, n. 2685**: inesistenza di un contratto, finanche verbale, di apertura di credito);
- b) o è posta in essere in esecuzione di un obbligo precedentemente assunto dalla banca, a mezzo di un accordo, sia esso verbale, per *facta concludentia* o scritto, in virtù del quale quest'ultima si sia impegnata a tenere a disposizione del cliente una somma, per un certo periodo o a tempo indeterminato e il cliente faccia affidamento su tale disponibilità e sul fatto che le rimesse da lui operate sul conto corrente costituiscano un ripristino della stessa (esistenza di un accordo, sebbene non scritto, di apertura di credito).

È possibile, quindi, sostenere che elemento fondamentale per apprendere se siamo in presenza di un'apertura di credito o meno, non è tanto l'esistenza di un contratto scritto ma l'esistenza di un precedente accordo, non necessariamente per iscritto, produttivo di reciproche obbligazioni tra le parti, che ha per oggetto la messa a

disposizione del correntista, per un periodo limitato o indeterminato, di una somma di denaro, contro pagamento delle remunerazioni (interessi) e commissioni alla banca.

Con tali premesse, se, a fini probatori, in mancanza del documento contrattuale, si allegasse in giudizio soltanto l'evidenza di sconfinamenti, ancorché ripetuti e prolungati nel tempo, con tutta probabilità si rischierebbe esser collocati nella casistica sub a), con alto rischio per il correntista di vedersi valutare gli sconfinamenti autorizzati quali atti di "mera tolleranza" e di sentirsi pronunciata l'inesistenza di un contratto, seppur verbale, di affidamento¹².

¹² Ne son prova: **Cass.Civ. n.19844 del 20.06.2022**: "Occorre pertanto chiarire che l'accertamento di un fido di fatto non è sufficiente ai fini della qualificazione delle rimesse come ripristinatorie o solutorie, ma occorre invece accertare la stipula, sia pure per facta concludentia, di un vero e proprio contratto di apertura di credito, non essendo sufficienti gli sconfinamenti avvenuti per mera tolleranza. A ciò va anche aggiunto che l'accertamento della sussistenza dell'apertura di credito comporta anche la definizione del limite della stessa, oltre il quale la rimessa ha comunque carattere solutorio, statuizione invece mancante nella sentenza impugnata, come correttamente rilevato dalla banca ricorrente.";

Cass.Civ. n.10776 del 04.04.2022: "l'inerzia della banca di fronte ai ripetuti sconfinamenti non può essere intesa come implicita autorizzazione all'innalzamento del limite dell'apertura di credito, costituendo piuttosto un atteggiamento di mera tolleranza, in attesa del corretto adempimento da parte del correntista dell'obbligo di rientrare dall'esposizione non autorizzata (vedi Cass. n. 29317/2020);"

Cass.Civ. n.6478 del 09.03.2021: "L'esistenza di un contratto di apertura di credito bancario non può essere però ricavata, per facta concludentia, dalla mera tolleranza di una situazione di scoperto (sul punto: Cass. 28 luglio 1999, n. 8160; il principio è pertinente alla fattispecie, in quanto nella presente sede si controverte di contratti che sarebbero stati conclusi prima dell'entrata in vigore della L. n. 154 del 1992, e del D.Lgs. n. 385 del 1993)."; Ora, la Corte di merito ha ritenuto che la prova della conclusione del contratto di apertura di credito (da cui desumere la natura ripristinatoria delle rimesse interessate all'eccezione di prescrizione) non fosse stata fornita: lo ha fatto muovendo dai principi sopra esposti, e cioè riversando sulla correntista l'onere probatorio circa la conclusione del contratto e reputando non decisiva, a tal fine, l'esistenza di sconfinamenti del conto. Il giudizio di fatto della Corte di Brescia – che come tale sfugge al sindacato di legittimità – poggia, dunque, su corrette basi giuridiche.";

Cass.Civ. n.29317 del 22.12.2020: "Né, in tal caso, la condotta omissiva della banca può essere intesa come autorizzazione ad un innalzamento del limite dell'apertura di credito, dovendo essere invece ricondotta ad un atteggiamento di mera tolleranza, in attesa del corretto adempimento da parte del correntista dell'obbligo di rientrare dall'esposizione debitoria non autorizzata."

Cass.Civ. n.16278 del 30.07.2020: "è bene tener presente che il contratto di apertura di credito, o fido, in conto corrente, comunemente anche detto «scoperto di conto», comporta l'assunzione da parte della Banca dell'obbligazione di mettere a disposizione del cliente sul conto corrente una somma fino un importo massimo prestabilito, per un tempo determinato o indeterminato, e ha quindi un contenuto ben diverso dalla mera tolleranza di fatto degli sconfinamenti a debito da parte del cliente; a fronte di tale precisa affermazione della sentenza impugnata la ricorrente, non ha indicato come e quando abbia dedotto, tempestivamente, nel giudizio di merito la rilevanza probatoria degli elementi di fatto posti a sostegno della diversa valutazione richiesta, che non sono stati trascritti, né sintetizzati, ma semplicemente qualificati e commentati;"

Cass.Civ. n.19751 del 09.08.2017: "Va peraltro rilevato che, secondo l'orientamento di questa Corte, come ritenuto nella pronuncia del 20/6/2011, n. 13445, l'estratto autentico del libro fidi proverebbe la delibera della Banca diretta alla concessione dell'affidamento, non anche la conclusione tra le parti di tale contratto, la cui concreta sussistenza peraltro non potrebbe trarsi dalla condotta tenuta di fatto dalla banca nel tollerare le scoperture del conto corrente in questione (c.d. fido di fatto)."

Cass.Civ. n.8160 del 28.07.1999: "l'esistenza di un contratto di apertura di credito bancario, che, solo, può giustificare la non immediata esigibilità, da parte della banca, del saldo passivo di un conto corrente, non può essere ricavata, per facta concludentia, dalla mera tolleranza di una situazione di scoperto, come i

Appare allora palese come la sussunzione degli sconfini nella “mera tolleranza” o sia la risposta corretta ed adeguata in caso di esposizioni debitorie occasionali, sporadiche o anche protratte per brevi periodi, seppur non accompagnate a richieste immediate di rientro, oppure, al di fuori di tali casi, sconti un insufficiente quadro probatorio offerto a sostegno della tesi dell’esistenza di un’apertura di credito.

Difatti, il concetto della mera tolleranza inizia a vacillare quando si allegghi e dimostri la ricorrenza di esposizioni debitorie prolungate nel tempo, anche per decenni e anche per importi rilevanti, le quali non possono che ingenerare nel correntista la convinzione di poter disporre di una disponibilità di somme concesse dalla banca, anche senza formalizzazione scritta; crolla, infine, inesorabilmente tale concetto, laddove si allegghi e dimostri la presenza di plurime aliquote di tassi debitori e CMS o disponibilità fondi: in assenza di un accordo di concessione di apertura di credito, non avrebbe senso la previsione di aliquote differenziate di tassi debitori e di CMS¹³ in un contratto di conto corrente non affidato - nel quale, tipicamente, non si prevede la possibilità di concedere aperture di credito e con il quale la banca si impegna ad offrire al cliente unicamente un servizio di cassa con utilizzo della provvista propria del cliente); ancora, deve escludersi perentoriamente la mera tolleranza ed affermarsi la certa presenza di un affidamento, quando questo risulti provato - con efficacia confessoria - documentalmente a mezzo visure CR riportanti importi di “accordato”.

Riassumendo, ciò che il Giudicante deve valutare è la correttezza e sufficienza delle allegazioni offerte dal cliente circa l’esistenza dell’affidamento, anche in assenza del contratto scritto.

Ciò che è fondamentale provare è che al momento della rimessa, ai fini della sua qualificazione come ripristinatoria o solutoria, esisteva un accordo tra le parti in virtù del quale il correntista considerava quella rimessa riduttiva della sua situazione debitoria, come un ripristino della sua disponibilità di disporre del denaro messo a disposizione dalla banca.

La prova di tale accordo ci consente di passare dalla casistica sub a) a quella sub b) cioè di uscire dalla ipotesi di una semplice tolleranza per provare una situazione di esistenza di un’apertura di credito, anche se non veicolata in un documento contrattuale in forma scritta.

Così ragionando, la volontà della banca di concedere un affidamento (che poi, per lo più, nega in giudizio), pur in mancanza del documento contrattuale di concessione, è desumibile dal comportamento (concludente) tenuto dalla medesima.

A comprova di tale volontà, frutto di un accordo verbale, è necessario, si ripete, allegare e dare prova, accanto ad una concessione, anche in maniera continuativa e duratura, di esposizioni debitorie, della concomitante presenza di altri elementi indiziari, quali possono essere, a titolo indicativo e non esaustivo, l’esposizione

precedenti assegni, che sono da considerare, in via di principio, alla stregua di concessioni discrezionalmente accordate caso per caso”

¹³ e, a ben pensarci, neanche di singolo tasso debitore e CMS

negli estratti di diverse aliquote di tassi debitori (una per importi entro fido, una per importi extra fido e una per importi allo scoperto), addebiti a titolo di CMS (anche con aliquote diversificate), la presenza di addebiti per “gestione fido” o descrizioni similari, la presenza della voce “accordato” nella visura della Centrale Rischi di emanazione Banca d’Italia in corrispondenza dei periodi per i quali interessa fornire la prova, la mancanza di solleciti al correntista ad un immediato rientro dallo scoperto, la mancanza di comunicazioni di risoluzione del contratto o di segnalazioni della posizione a sofferenza.

Va infine osservato che, per quanto possa amarsi la tesi della “mera tolleranza”, non la si può sostenere ad oltranza nel caso concreto in cui l’evidenza documentale la sconfessa: altrimenti, si dovrebbe concludere che l’apertura di credito in conto corrente sia immune, come fosse un contratto “Highlander”, dalla nullità che colpisce i contratti bancari conclusi in violazione della forma scritta *ad substantiam*. Come acutamente osservato, “*Se al cliente è accordata la possibilità di chiedere l’esecuzione del contratto privo della forma scritta ad substantiam, conseguentemente non può essergli preclusa ex art. 2725 c.c. la possibilità di provare l’esistenza del contratto; prova che può essere fornita anche presuntivamente, evidenziando indici sintomatici gravi, precisi e concordanti idonei a dimostrare in modo univoco l’esistenza dell’affidamento*”; “*la questione dell’ammissibilità del cd. fido di fatto non va pertanto posta sotto il profilo della forma, stante le considerazioni già dette sulla nullità di protezione, ma sotto il profilo probatorio.*” (Tribunale di Firenze, sentenza n. 1160 del 21 aprile 2022, Est. Castagnini).

6. Lo spartiacque dell’affidamento tra rimesse ripristinatorie e solutorie: il limite del fido e l’onere di provarlo.

In tema di prescrizione estintiva, Cass. SS.UU. n.15895 del 13.06.2019, ha affermato il principio di diritto per il quale l’onere di allegazione gravante sull’istituto di credito che, convenuto in giudizio, voglia opporre l’eccezione di prescrizione al correntista che abbia esperito l’azione di ripetizione di somme indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da apertura di credito, è soddisfatto con l’affermazione dell’inerzia del titolare del diritto, unita alla dichiarazione di volerne profittare, senza che sia necessaria l’indicazione delle specifiche rimesse solutorie ritenute prescritte.

Ha però anche statuito che l’onere di allegazione è concettualmente distinto dall’onere della prova, attenendo il primo alla delimitazione del *thema decidendum* (che investe unicamente il piano della formulazione dell’eccezione di prescrizione) mentre il secondo, attenendo alla verifica della fondatezza della domanda o dell’eccezione (che impone invece di fornire la dimostrazione, appunto, dell’esistenza o meno di rimesse solutorie/ripristinatorie), costituisce per il Giudice regola di definizione del processo; l’aver assolto all’onere di allegazione non significa avere proposto una domanda o un’eccezione fondata, in quanto l’allegazione deve, poi, esser provata dalla parte cui, per legge, incombe il relativo onere, e le risultanze probatorie devono, infine, esser valutate, in fatto e in diritto, dal Giudice.

Perciò, il fatto che la Suprema Corte abbia sollevato la banca dall’onere dell’allegazione delle specifiche rimesse solutorie, non ha eliminato l’onere di

provare la ricorrenza di rimesse solutorie allorché il correntista abbia provato l'esistenza di un affidamento.

Di tale avviso è anche **Cass. Civ. Sezione Prima, Sentenza 28 febbraio 2020, n. 5610**: *“il problema della specifica indicazione delle rimesse solutorie non viene eliminato, ma semplicemente si sposta dal piano delle allegazioni a quello della prova, sicché il Giudice deve valutare la fondatezza delle contrapposte tesi al lume del riparto dell'onere probatorio.”* e ancora: *“Tanto premesso, non era la Banca a dover provare il fatto negativo della inesistenza di apertura di credito, o la natura solutoria delle rimesse, che invece scaturiva automaticamente dall'assenza di prova di un rapporto di affidamento in conto corrente; per converso le era sufficiente eccepire il decorso del tempo e far valere la prescrizione dall'annotazione delle singole rimesse.”*

Tale ultimo passaggio conferma il fatto che, viceversa, qualora venga data prova dell'apertura di credito, è onere della banca contrastare e ribaltare la presunzione della natura ripristinatorie delle rimesse o provando (i) l'inesistenza dell'affidamento¹⁴ o (ii) l'esistenza di un suo limite con la contestuale prova del suo superamento.

D'altra parte, data per provata l'esistenza di un fido di fatto, appare subito evidente come il limite del fido sia elemento di indagine essenziale ed indefettibile nel procedimento di qualificazione delle rimesse, se ripristinatorie o solutorie, con le note (importanti) conseguenze che ne derivano sulla prescrizione e sul *quantum* delle azioni restitutorie.

Così come, essendo l'esistenza del limite del fido (al fine di dimostrare la natura solutoria delle rimesse che lo hanno valicato) un elemento di fatto che giova alla banca eccipiente la prescrizione (eccezione in senso proprio e stretto, legata alla natura solutoria delle rimesse), appare altrettanto evidente, come già rilevato dagli Ermellini, che sia solo e soltanto la banca il soggetto onerato alla allegazione e dimostrazione di siffatta esistenza entro i rigorosi rispettivi termini prescrizionali allegatori e probatori, senza che possano efficacemente intervenire, a suo vantaggio, rilevazioni esterne (ad esempio, la rilevazione del limite ad opera del CTU).

Tuttavia, quanto sopra ritenuto dagli scriventi non è affatto pacifico ed è controverso se la predeterminazione del limite massimo costituisca un “elemento essenziale” della causa di contratto di apertura credito in conto corrente.

In senso negativo si sono pronunciati **Cass. n. 26133/2013**, **Cass. n. 3842/1996**, **Trib. di Prato 18.02.2016**; **Trib. di Torino 11.03.2015**, **Trib. di Livorno, n. 176/2017**, **Corte d'Appello di Trieste n.104/2017**, per i quali è sufficiente la

¹⁴ Per **Cass.Civ. Sezione III n. 25158 del 10.11.2020**, cit., “3.4. Tuttavia è utile precisare che, nel caso specifico, sarebbe spettato alla banca, e non al correntista, provare che il contratto bancario rientra in quelle ipotesi in cui si pone una questione di distinzione tra poste ripristinatorie e solutorie, come nel contratto di conto corrente ove sono ammesse operazioni allo scoperto. Difatti, come insegna questa Corte, i versamenti eseguiti sul conto corrente in costanza di rapporto hanno normalmente funzione ripristinatoria della provvista e non determinano uno spostamento patrimoniale dal solvens all'accipiens (**Cass. n. 4518/2014**; **Cass. n. 20933 del 2017**; **Cass. n. 12977 del 2018**)”; “3.6. In altri termini, è piuttosto la banca tenuta a provare che, a livello contrattuale, non si ricade in una ipotesi di affidamento che, nella tecnica bancaria, esclude la presenza di operazioni allo scoperto, e ciò a supporto della eccezione di prescrizione sollevata in relazione a pagamenti di poste solutorie del conto corrente”.

pattuizione di un obbligo della banca di eseguire operazioni di credito bancario passive: tali decisioni propendono a identificare il limite massimo con l'importo del massimo scoperto consentito dalla banca esposto negli estratti conto, dandosi per ammessa, in buona sostanza, la possibilità che esistano aperture di credito senza un predeterminato limite di importo.

Di senso opposto **Corte di Appello di Firenze, n. 551/2021; n. 1651/2021; n. 161/2022, Trib. Firenze, sentenza n.1160 del 21.04.2022**, per le quali il limite è elemento essenziale del contratto di fido, sia perché non potrebbero determinarsi diversamente i limiti dell'obbligazione in capo alla Banca, sia perché la prova del limite dell'affidamento appare necessaria a distinguere le rimesse intra da quelle extra fido, e sia, infine, perché tale limite non potrebbe essere identificato con la più elevata esposizione debitoria raggiunta, dal momento che ciò determinerebbe un'indebita inversione dell'onere della prova.

V'è anche un recente – isolato – arresto di legittimità che sembra comunque richiedere dal correntista la misura dell'affidamento (**Cass. n. 188/2022**).

Tanto premesso si parta, anzitutto, dall'esegesi normativa dell'art. 184² c.c.: *“L'apertura di credito bancario è il contratto col quale la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di danaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato”*.

Come può evincersi, non è previsto che le parti debbano necessariamente stabilire un limite alla disponibilità concessa, ma solo che la banca si obblighi a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di danaro: non v'è alcun accenno normativo né al limite né, tanto meno, alla sua essenzialità; *ergo*, il mancato rinvenimento di siffatto limite in una espressa pattuizione o in indicazioni riportate negli estratti conto o altra documentazione extracontrattuale in atti, semplicemente, fa presumere (legittimamente, non ostandovi la normativa) un affidamento di valore “illimitato” o “limitato a quanto effettivamente autorizzato” e quindi concesso dalla banca” (fido di fatto).

Tale legittima presunzione, peraltro, trova perfetto riscontro nella operatività bancaria ove accade spessissimo che la domanda di ulteriore credito in costanza di fido di fatto sia valutata volta per volta: se accettata, comparirà il relativo movimento nell'estratto conto, se rifiutata, ovviamente, non comparirà nulla.

Quanto appena detto, in aggiunta, era la regola nel periodo *ante forma ad substantiam*, in cui non erano - per lo più - formalizzati per iscritto né i contratti né i limiti di fido, ma era comunque già vigente la definizione normativa di apertura di credito ex art 184²: se si accettasse incondizionatamente la seconda tesi sopra riportata, dovremmo concludere che tutti i contratti di apertura di credito stipulati prima della L. 154/1992 dovrebbero essere nulli per difetto dell'elemento essenziale del limite di fido; cosa, naturalmente, inaccettabile in un regime di libertà delle forme ed essendo la fissazione contrattuale di tale elemento ben evincibile per *facta concludentia* dal corredo documentale del rapporto di conto corrente.

Se, dunque, non è normativamente vietato concedere un importo di affidamento illimitato, una volta che sia stato compiutamente provata l'esistenza di un affidamento anche senza la scheda contrattuale, non può negarsi che le rimesse debbano necessariamente avere natura ripristinatoria: sostenere il contrario, equivarrebbe a negare l'esistenza di un affidamento di fatti già accertata.

Detto in altre parole, una volta provata l'esistenza della concessione di un affidamento, in assenza di elementi che attestino la massima somma disponibile, il limite può assumere, numericamente, soltanto due valori: o valore "zero" o valore "illimitato"; ora, però, data per certa l'esistenza di un affidamento, tale valore non può mai assumere valore "zero" perché ciò andrebbe a negare il fatto stesso – oggettivamente provato – della concessione dell'affidamento e quindi, necessariamente l'importo non può che assumersi come "illimitato".

A quel punto, sarà onere di chi ne ha interesse (la banca) provare che esista un limite massimo consentito dalla banca a tale affidamento: diversamente, il limite massimo del fido di fatto non potrà che coincidere con la massima esposizione debitoria assunta in concreto per come documentata dagli estratti conto, con necessario riconoscimento della natura ripristinatoria di tutte le rimesse intercorse nel periodo.

A sostegno di quella, che, francamente, pare essere la soluzione più logica e rispondente tanto al diritto sostanziale quanto alle regole dell'*onus probandi*, si cita la seguente giurisprudenza.

Tribunale di Milano sentenza n. 247 del 11.01.2017: *“la parte che solleva una eccezione, infatti, è tenuta a fornire la prova dei fatti su cui l'eccezione si fonda (art. 2697 c.c.) e, quindi, nel caso della prescrizione, la prova degli elementi costitutivi della vicenda estintiva del diritto, rappresentati dalla decorrenza del termine e dall'allegazione dell'inattività del titolare del diritto di cui si discute; sarà, poi, onere della controparte [l'attore correntista ndr], in termini di contro-eccezione, provare che in realtà il conto corrente era affidato e che, quindi, le rimesse annotate non erano solutorie, bensì ripristinatorie, tali cioè da non far decorrere il termine prescrizione; una volta acquisita la prova degli affidamenti (o attraverso la produzione dei relativi contratti o in quanto desunta dalle annotazioni negli estratti conto, piuttosto che aliunde, come ad esempio da quanto riportato in estratti della Centrale Rischio), sarà una contro-contro-eccezione della banca dimostrare che gli affidamenti erano stati concessi sino a un determinato importo e che, pertanto, al di sopra di esso le rimesse assumono portata solutoria e fanno decorrere il termine prescrizione, per cui, in difetto di prova del plafond dell'affidamento, tutte le rimesse devono essere considerate come ripristinatorie. Se così è, quindi, deve rilevarsi come nel caso di specie da un lato la stessa difesa della convenuta abbia sostenuto l'esistenza di apertura di credito, giustificando proprio in ragione di tali affidamenti la legittimità degli addebiti di commissioni di massimo scoperto (peraltro da scomputarsi, come si è detto, in quanto non pattuite); parimenti l'esistenza di tali affidamenti risulta ulteriormente desumibile dagli estratti conto, ovviamente non in considerazione degli importi a debito ivi registrati (i quali, di per sé, non implicano l'esistenza di aperture di credito, non essendo in linea di massima condivisibile una generalizzata teoria dei "fidi di fatto"), quanto, viceversa, dall'esplicito riferimento a un tasso di interesse applicato differente se intra fido o ultra fido; dall'altro lato, a fronte di tali risultanze, sempre la difesa della convenuta anche nell'ambito delle operazioni peritali ha ipotizzato un importo affidato pari a lire 300.000.000, senza tuttavia che di tale limite risulti essere stata fornita prova alcuna, nonostante la contestazione sul punto sollevata dalla difesa attorea. Per effetto di tali considerazioni, quindi, non può che essere accolta la difesa dell'attrice, diretta a far considerare tutte le rimesse come ripristinatorie sull'assunto della mancanza di prova in ordine al plafond degli affidamenti e, conseguentemente, a ritenere non decorso il termine*

prescrizionale con riferimento a tutti gli addebiti illegittimi operati in corso di rapporto, oggetto dell'odierna azione di ripetizione".

Dello stesso corretto avviso è **Tribunale di Ascoli Piceno, sentenza n. 35 del 21 gennaio 2021, Est. Enza Foti**, per il quale, in disparte la considerazione per cui l'eventuale nullità del contratto di affidamento ex art. 117 T.U.B. per assenza di forma scritta è una nullità di protezione, a favore del correntista (che, dunque, per sua natura, non potrebbe essere né eccepita dalla banca né sollevata d'ufficio dal giudice né, infine, avere dei riverberi sfavorevoli per il correntista), qualora il correntista dia prove dell'esistenza del fido attraverso elementi presuntivi e prove indirette (quali la stabilità e non occasionalità dell'esposizione a debito pluriennale; l'assenza di solleciti da parte della banca al rientro dallo scoperto; report di Centrale Rischi, ecc.) è onere della banca – al fine di paralizzare la contro-eccezione del correntista all'eccezione di intervenuta prescrizione – dimostrare che gli affidamenti erano stati concessi sino a un determinato importo e che, pertanto, quando al di sopra di esso, le rimesse hanno assunto portata solutoria, con conseguente decorso, dalle stesse, del termine di prescrizione; in assenza di tale prova, tutte le rimesse in costanza del fido di fatto devono essere considerate ripristinatorie.

Ancora, per **Tribunale di Padova del 31.08.2018** “[...] sarà onere della banca che sollevi l'eccezione di prescrizione indicare per quale somma detto affidamento sia stato accordato, perché solo con riferimento a detta somma potranno essere distinti contabilmente i versamenti solutori da quelli ripristinatori. Nel momento in cui nulla sia dedotto in giudizio e tanto meno dimostrato con riferimento alla soglia di affidamento, non potrà che concludersi con il rigetto dell'eccezione di prescrizione, non essendo stato possibile svolgere alcun accertamento al riguardo. Non è conferente il richiamo della banca al precedente Cass. n. 4372/2018, che ha affermato che chi solleva l'eccezione di prescrizione non è onerato anche dell'individuazione analitica delle “rimesse” solutorie, distinguendole dalle ripristinatorie. È invero del tutto condivisibile la tesi sostenuta, per cui la banca NON ha l'onere di indicare puntualmente i versamenti solutori, perché questi potranno essere ricostruiti con ctu contabile. [La banca ndr] Ha l'onere però di sollevare l'eccezione di prescrizione in modo corretto e coerente con il corredo istruttorio disponibile in giudizio (ovvero corredata dai relativi presupposti in fatto), giacché, solo se l'eccezione è formulata in modo corretto, sulla base della stessa sarà costruito il quesito peritale; quindi – in sintesi – la banca non ha l'onere di individuare analiticamente i versamenti, ma ha l'onere di indicare (correttamente) il criterio sulla cui base individuarli tramite ctu contabile: il che significa, ad esempio, che, se si debba valutare l'eccezione di prescrizione con riferimento ai versamenti effettuati su di un conto affidato, la distinzione tra versamenti con natura solutoria e versamenti con natura ripristinatoria presuppone che sia nota la misura dell'affidamento, giacché solo i versamenti intervenuti a fronte di un saldo passivo superiore a detto importo assumono natura solutoria. In conclusione, sul punto, nel momento in cui si ritiene dimostrata l'esistenza di un affidamento, non è in assoluto impossibile discutere di eccezione di prescrizione e di versamenti solutori e ripristinatori: di tali concetti però – si ribadisce – si può discutere solo se sia nota una soglia numerica,

oltre la quale i versamenti diventano solutori e cessano di essere meramente ripristinatori”¹⁵.

In conclusione, si vuol richiamare l’attenzione al riparto degli oneri probatori: (a) la banca eccipisce la prescrizione secondo le modalità indicate da Cass. SS.UU. n.15895 del 13.06.2019, (b) il correntista prova che il conto era affidato (non necessariamente con il contratto scritto), (c) la banca deve (i) contrastare quella prova oppure (ii) dimostrare quale fosse il limite del fido, di modo che il CTU possa poi individuare negli utilizzi in debordo, rispetto ad esso, pagamenti solutori in favore della banca dai quali far decorrere l’eccepita prescrizione: in difetto di tale ultima prova, le rimesse non potranno che essere tutte ritenute ripristinatorie.

Solo in via incidentale va opportunamente menzionata una recente e condivisibile scuola di pensiero, inaugurata dal **Tribunale di Milano, sentenza n. 5472 del 24 giugno 2021**¹⁶, **Est. Ferrari** (confermata dallo stesso Estensore dalla sentenza n.

¹⁵ Ulteriori conferme in tal senso: “**Corte di Appello di Milano, n. 3257 del 04.07.18**: “*In punto prescrizione, in caso di conto corrente pacificamente affidato, le rimesse dovranno considerarsi tutte di natura ripristinatoria, ove non sia dimostrato il limite dell’affidamento stesso*”.

Tribunale di Cremona, n. 585 del 22.10.2018, Est. Corini: “*La durata, la stabilità e l’importanza dell’utilizzo da parte del correntista di somme della banca consentono di escludere che si sia trattato di meri atti di tolleranza, ma configurano il riconoscimento dell’esistenza di un fido di fatto, avente come limite estremo lo stesso massimo scoperto di fatto consentito dalla banca*”.

Tribunale Taranto, n. 980 del 11.04.2018, Est. Calabrese: “*Ove vi sia un affidamento di fatto da parte della banca che impedisce di individuare una soglia dell’affidamento stesso, non è possibile qualificare le rimesse come solutorie*”.

Tribunale di Teramo, 08.02.2017: «*Ciò posto, la banca convenuta, sulla quale, come detto, gravava l’onere di allegare e provare i fatti posti a fondamento della propria eccezione, ha allegato la natura solutoria di tutti i versamenti effettuati dalla controparte... Sulla base dei suddetti elementi, contraddistinti dai caratteri della gravità, precisione e concordanza ai sensi dell’art. 2729 c.c. ... deve ritenersi accertato, ancorché presuntivamente, che sul conto corrente in esame fosse regolato un affidamento. A fronte di ciò, poiché la banca convenuta, sulla quale, per quanto sopra detto, gravava l’onere di allegare e provare il fondamento giustificativo della propria eccezione, e dunque la natura solutoria (perché, in tesi, extra-fido) dei versamenti effettuati dal correntista, ha del tutto omesso di allegare il limite del fido, si deve ritenere che le rimesse effettuate nel corso del rapporto dall’odierna attrice siano state interamente effettuate nell’ambito della provvista concessa dall’istituto di credito e, dunque, con funzione ripristinatoria della provvista stessa*”.

Trib. Torino 11.03.2015: «*Ai fini dell’individuazione delle rimesse solutorie (intervenute extrafido) è necessario individuare il fido. La prova del fido può essere fornita non soltanto tramite il documento costitutivo (contratto), ma anche per il tramite di prove indirette che implicano, in modo univoco, riconoscimento da parte della banca dell’avvenuta concessione del fido. A tal fine costituiscono indizi utili a provare esistenza e entità del fido: 1. le evidenze degli estratti conto (tassi differenziati per scaglioni, etc.); 2. la stabilità dell’esposizione debitoria, che ne evidenzia il carattere non occasionale (seppur non formalizzato o “di fatto”); 3. la mancata segnalazione negli anni in Centrale Rischi per sconfino o sofferenza. L’onere di provare l’entità (limite) del fido ricade sulla banca: in assenza di ciò, se è provata l’esistenza del fido, si può assumere come suo importo l’importo massimo concesso tempo per tempo dalla banca (fido di fatto, cfr. **Corte Appello Torino 902/13**). Tale orientamento è coerente con la pronuncia della Cassazione 4518/14 secondo cui le rimesse in conto hanno normalmente natura ripristinatoria*”.

¹⁶ Così testualmente: “*Il presupposto dell’esigibilità del credito relativo al capitale utilizzato ultrafido e dei relativi interessi, necessario per giustificare la stessa distinzione tra rimesse solutorie e ripristinatorie, collide insanabilmente con l’art. 1852 c.c. il quale, derogando per il conto corrente bancario al disposto di cui all’art. 1823 c.c. per il conto corrente in generale, esclude l’esigibilità del saldo creditorio per l’istituto di*

8992 del **2 novembre 2021** e del **13 luglio 2022**), per il quale, ai sensi dell'art. 1852 c.c., in costanza di rapporto non è mai configurabile una rimessa solutoria idonea a far decorrere la prescrizione dalla data di annotazione; prescrizione che decorre sempre e comunque, anche per le somme pretese ultrafido, solo dalla chiusura del rapporto: ciò che risolverebbe a monte l'intera problematica attesa alla distinzione tra rimesse solutorie e ripristinatorie e, a braccetto, del limite dell'affidamento, sia contrattualizzato che di fatto.

Aderisce a tale tesi **Tribunale di Forlì, sentenza del 22.03.2022, Est. Branca**, che, richiamando ampi passi della sentenza Trib. di Milano n. 5472 del 24.06.2021, aggiunge *“Per completezza peraltro si sottolinea che detto approdo pare conforme al principio, sul quale viceversa non residuano margini di incertezza, per il quale prima della chiusura del rapporto non vi è interesse ad agire in ripetizione. È infatti difficile coniugare detto principio con quello che impone al correntista di agire nel termine di dieci anni dal pagamento a fronte di una rimessa solutoria. Conclusivamente dunque l'eccezione di prescrizione sollevata dalla difesa di parte convenuta è infondata e non merita accoglimento”*.

Va da ultimo ricordato che la Suprema Corte ha escluso la decorrenza di qualsiasi termine prescrizione rispetto alle azioni dei correntisti che si limitino alla sola rettifica del saldo.

Precisamente, **Cass. Civ., con sentenza n.3858 del 15 febbraio 2021**, ha affermato, che *“non esiste un diritto alla rettifica del conto autonomo rispetto al diritto di far valere la nullità, annullamento o risoluzione del titolo a base dell'annotazione del conto stesso”*: ciò in quanto, spiega l'ordinanza, *“L'annotazione nel conto altro non è che la rappresentazione contabile di un diritto, non un diritto a sé; allorché il titolo (generalmente negoziale) alla base di quel diritto viene dichiarato nullo oppure viene annullato, rescisso o risolto, viene meno il diritto stesso, e conseguentemente la nuova realtà giuridica trova una nuova rappresentazione contabile”*.

Ergo, l'operazione di rettifica sul conto non può considerarsi soggetta a un termine predefinito, dal momento che essa è strettamente connessa e subordinata all'esito dell'azione di nullità, imprescrittibile ex art. 1422 c.c.: la rettifica, dunque, sarà sempre ammessa, senza limiti di tempo.

Tale principio è stato condiviso da **Tribunale Milano sentenza n. 9213 dell'11 novembre 2021, Est. Stefani**: *“Tuttavia va ricordato che, ai sensi dell'art. 1422 c.c., l'azione di nullità è imprescrittibile e l'inefficacia degli addebiti generati dai contratti nulli non è altro che il riflesso contabile di quel vizio e quindi si sottrae alla prescrizione (v. in questo senso Cass. n. 3858 1/2021)”*; nonché da **Corte d'Appello di Brescia, sentenza n. 292 del 10 marzo 2021, Rel. Trezza**: *“Manifestamente infondata è,*

credito sino alla chiusura del rapporto di conto corrente. Ne discende che in costanza di rapporto di conto corrente, non potendo configurarsi un credito esigibile per la banca neppure con riferimento al capitale e agli interessi ultra-fido, non possa mai riscontrarsi una rimessa solutoria, idonea a far decorrere il termine prescrizione dalla data della sua annotazione. Per tali ragioni, quindi, deve ritenersi che i principi affermati dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 24418/2010, quanto meno sino al 14.4.2016 con riferimento agli interessi anatocistici (ossia dall'entrata in vigore della versione attuale del secondo comma dell'articolo 120 T.U.B.), non possono operare e che, pertanto, la prescrizione del diritto di ripetizione di indebito relativamente agli addebiti illegittimi in conto corrente decorra sempre e comunque dalla data di chiusura del rapporto”.

altresì, l'eccezione di prescrizione. Ai sensi dell'art.1422 c.c. l'azione di accertamento della nullità delle clausole dei detti contratti di conto corrente non soggiace a prescrizione. Il diritto alla ricostruzione dell'esatto dare/avere non è autonomo rispetto al diritto a far valere dette nullità. L'annotazione nel conto non è, invero, altro che la rappresentazione contabile di un diritto, non un diritto a sé; pertanto, allorché il contratto alla base di quel diritto venga dichiarato nullo, viene meno il diritto stesso e, per l'effetto, la nuova realtà giuridica trova una diversa corrispondente rappresentazione contabile" e "la condanna 'ad accreditare' statuita dal Tribunale altro non è che accertare il corretto saldo del c.c. L'azione proposta dalla società appellata non incorre, pertanto, in alcuna prescrizione".

Finanziamenti da società in house e garanzie di confidi: fattibilità e cautele¹

di Enrico OLIVIERI e Felice IORIO

Sommario: 1. Premessa. – 2. La società (finanziaria) in house. – 3. I confidi e la garanzia collettiva dei fidi. – 4. Conclusioni.

1. Premessa.

1.

Il settore del credito alle imprese sta subendo progressivi cambiamenti, molti di questi generati da due macrofenomeni che, in un certo qual modo, si legano tra loro: da un lato, una lunga crisi economico-finanziaria, recentemente acuita dagli effetti della pandemia Covid-19; dall'altro lato, le sempre più dettagliate regolamentazioni di vigilanza prudenziale, destinate agli istituti di credito, che riducono gli spazi all'interno dei quali identificare i requisiti del merito del credito, con la conseguenza di rendere più stringente di un tempo la concessione e l'erogazione di prestiti. Tutto questo si sintetizza nel termine inglese di *credit crunch*.

Il mercato, supportato dal legislatore, ha reagito mettendosi alla ricerca di canali di finanziamento alternativi a quello tradizionale, anche non convenzionali; si pensi alle piattaforme di *crowdfunding* o ai c.d. *mini-bond*. Un altro dei modi per ovviare alle conseguenze delle due suindicate cause è stato quello di provare ad ampliare il novero dei potenziali soggetti genericamente autorizzati a concedere credito alle imprese, attività tradizionalmente riservata al mercato regolamentato [2] ed i cui *players* sono identificati nelle banche e negli altri intermediari autorizzati ad operare nel settore finanziario, di cui al titolo V del Testo Unico Bancario [3]. Senza pretesa di esaustività si possono citare le norme che autorizzano la concessione di finanziamenti ad opera di imprese di assicurazione

¹ Contributo approvato dal Comitato editoriale.

** Enrico Olivieri è giurista d'impresa con pluridecennale esperienza in società operanti in mercati regolamentati. Felice Iorio è Vice Direttore Generale e Responsabile Ufficio Legale di Garanzia Fidi s.c.p.a.

[2] D. Lgs. 1° settembre 1993 n. 385, Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, TUB.

[3] Questi ultimi sostanzialmente coincidono con le categorie di: intermediari finanziari *ex art.* 106 TUB (*leasing, factoring, credito al consumo, ecc.*), confidi autorizzati, imprese di investimento, soggetti che esercitano il microcredito.

[⁴], degli OICR [⁵], di società cessionarie di crediti cartolarizzati [⁶] e, due volte, di confidi [⁷].

Va precisato, tuttavia, che le autorizzazioni in parola sono soggette a limiti di contenuto e percorsi procedurali delegati a terzi e che, specie a causa di questi percorsi (regolamentazione di secondo livello), si è forse vanificata o, di sicuro, ingessata l'apertura concessa dal legislatore.

Oltre a questi ampliamenti, resta inalterata nel sistema la presenza di risorse pubbliche, sempre più frequentemente veicolate attraverso società *in house*, piuttosto che erogate in via diretta dalla P.A. o in convenzione con una banca.

2. La società (finanziaria) in house.

2.

La società *in house* [⁸] è una società di diritto privato costituita nella forma di società di capitali, che agisce quale braccio operativo di un ente pubblico, sia nel suo interesse, che sotto il suo controllo. Si tratta di particolari enti, la cui natura giuridica è tuttora dibattuta e non verrà indagata in questa sede [⁹], attraverso i

[⁴] Art. 22, comma 3, d.l. 24 giugno 2014 n. 91, convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014, n. 116, mediante il quale si va ad integrare l'art. 114 TUB, a cui si deve però associare anche il provvedimento IVASS 21 ottobre 2014, n. 22, pubblicato in G.U. 11/11/2014, S.G. n. 262. Vedi S.E. CIRIELLI, *Finanziamenti da parte di imprese assicurative e istituti di credito a seguito del Provvedimento IVASS n. 22/2014* in www.diritto bancario.it.

[⁵] Art. 22, comma 5, d.l. 24 giugno 2014 n. 91, convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014, n. 116, andando ad integrare il D. Lgs. 24 febbraio 1998 n. 58.

[⁶] Art. 22, comma 6, d.l. 24 giugno 2014 n. 91, convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014, n. 116, con l'ovvio arricchimento della L. 30 aprile 1999 n. 130.

[⁷] Una prima possibilità risale all'art. 1, commi 256-258, L. 30 dicembre 2020, n. 178 che concede l'autorizzazione limitatamente ai fondi di prevenzione del fenomeno dell'usura, che i confidi detengono e che non risultano impiegati per la loro destinazione caratteristica prevista dalla L. 7 marzo 1996, n. 108, autorizzazione poi completata dall'attuazione mediante circolare del MEF n. 1 del 4 marzo 2021 e decreto non regolamentare del MEF 20 agosto 2021. Una seconda possibilità è stata realizzata con l'art. 10-*bis* del d.l. 27 gennaio 2022, n. 4, convertito con modificazioni dalla L. 28 marzo 2022, n. 25, in cui l'autorizzazione si riferisce ai fondi *ex art. 1, co. 54*, della L. 147/2013 (c.d. legge di stabilità 2014) sempre detenuti dai confidi, anche se –al momento in cui si scrive– è nota la notizia che il decreto non regolamentare attuativo della norma sia in dirittura d'arrivo (ne dà notizia *Il Sole 24 Ore* del 15 dicembre 2022), ma non risulta ancora pubblicato in *Gazzetta Ufficiale*. Una precisazione è comunque dovuta: mentre i confidi iscritti all'Albo *ex art. 106 TUB*, in ragione del regime di vigilanza cui sono soggetti, erano e sono genericamente autorizzati ad esercitare attività più ampie, che includono l'erogazione di finanziamenti, seppur entro precisi limiti di volume, tali attività erano e sono invece precluse ai confidi *ex art. 112 TUB*. Le due norme citate, viceversa, seppur si riferiscano ad un genere di fondi pubblici ben identificati, concedono facoltà di erogazione di finanziamenti ad entrambe le tipologie di confidi e quindi anche ai c.d. confidi minori.

[⁸] D. Lgs. 19 agosto 2016 n. 175 e, in particolare, art. 2, co. 1, lett. o) ed art. 16.

[⁹] Cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 25 febbraio 2020, n. 1385 in cui, curiosamente, al fine di giudicare la correttezza di domande e risposte poste nell'ambito di un concorso pubblico dall'esito impugnato, la Corte ricostruisce il dibattito giurisprudenziale sulle società *in house*. Si veda anche, per contiguità di argomento, Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2003, ord. n. 19667 in esito ad un regolamento di giurisdizione in tema di processo di "privatizzazione" della pubblica amministrazione, ma anche sui poteri della Corte dei conti dopo l'entrata in vigore dell'art. 1, L. 14 gennaio 1994 n. 20.

quali la pubblica amministrazione dovrebbe riuscire ad operare in modo più incisivo e più tempestivo, potendo evitare di far ricorso al mercato concorrenziale [10].

La crisi economica degli ultimi tempi e l'indebolimento del rapporto banca-impresa [11], fenomeni di cui si diceva in esordio, hanno fatto emergere con ancor più forza la necessità di una riflessione sul ruolo che gli Stati dovrebbero svolgere per la salvaguardia del sistema economico, con crescente rilevanza della finanza pubblica posta al servizio dello sviluppo. Basti pensare agli investimenti ed alle riforme sollecitate di recente dall'Unione Europea [12] per velocizzare la transizione ecologica e digitale, conseguire una maggiore equità di genere, territoriale e generazionale, programmi che – per la verità – sono sempre esistiti, ma che vengono oggi alla ribalta in considerazione della significativa quantità di risorse messe a disposizione.

In questo scenario assumono rilevanza le iniziative attivate ed attivande dalle regioni mediante le c.d. finanziarie regionali [13], soggetti partecipati e controllati, attraverso i quali, si concedono, erogano e gestiscono fondi pubblici in sostituzione del canale tradizionale del credito.

Nel quadro dell'identificazione di politiche generali, unionali e domestiche, l'interesse per queste società scaturisce dalla necessità di declinare le iniziative di sviluppo socio-economico nel territorio locale e rappresenta lo strumento di

[10] D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recante il codice dei contratti pubblici e, in particolare, art. 5 e art. 192 che, per ragioni di trasparenza, prevede che l'ANAC istituisca e aggiorni un elenco di tutti i soggetti, sia amministrazioni aggiudicatrici che enti aggiudicatari. L'art. 192, co. 2, indica inoltre le condizioni che l'amministrazione deve soddisfare per poter procedere con un affidamento *in house*; sul tema D. ANSELMINI, F. SMERCHINIC, C. DE MARTINO, *Società in house - L'affidamento nella pratica*, Rimini, 2022. Gli elementi da motivare di cui al detto art. 192, sono stati recentemente ampliati con l'art. 10, co. 3, d.l. 31 maggio 2021 n. 77 sulla governance del PNRR, convertito con modificazioni dalla L. 29 luglio 2021 n. 108, mediante il quale, per giustificare l'*in house providing* in luogo del ricorso al mercato, gli enti pubblici possono dar conto anche dei vantaggi di tempo e di risorse economiche.

[11] Cfr. *Confidi imprese e territorio: un rapporto in evoluzione*, dell'Associazione studi e ricerche per il mezzogiorno, Direttore della ricerca F. S. Coppola, Napoli, 2009. L'indebolimento è dovuto soprattutto ad una crescente selettività dell'offerta di credito. Il sistema creditizio tradizionale è indirizzato sempre più verso una strutturazione omogenea e standardizzata della valutazione del merito del credito, che si basa principalmente su schemi di *credit scoring*.

[12] *Next Generation EU* (NGEU), il maxi-piano da 750 miliardi di euro per rilanciare l'economia dell'Unione, messa in seria difficoltà dalla crisi pandemica da Covid-19. Al riguardo, pare utile segnalare la sintesi de *Il Sole 24 Ore* del 4 marzo 2021: https://www.ilsole24ore.com/art/next-generation-eu-cos-e-e-perche-l-europa-deve-correre-fondi-la-ripresa-covid-ADIKpzMB?refresh_ce=1.

[13] L'art. 26 del D. Lgs. 175/2016 esonera una serie di società, poi elencate in Allegato A, dal rispetto dei limiti stabiliti dall'art. 4. Intuitivamente, l'elenco identifica una serie di società a dimensione regionale a cui sono affidate attività di carattere finanziario, non necessariamente iscritte nell'Albo degli intermediari di cui all'odierno art. 106 TUB. Queste finanziarie, che esercitano la loro attività con particolari vincoli e sottraendosi alla concorrenza, si collocano nel novero delle società strumentali alle pubbliche amministrazioni e, quindi, sottoposte anche al controllo della Corte dei conti, trattandosi pur sempre di regime di controllo su attività di gestione di fondi pubblici di cui è titolare l'amministrazione.

attuazione, con metodo alternativo al credito ordinario [14] e sostitutivo del mercato della concorrenza.

Del resto, si segnala che una pluralità di espressioni presenti nel TUB (esercizio del credito, operazioni di prestito, operazioni di credito, concessione di finanziamenti, impieghi, fido), identificherebbero fenomeni appartenenti ad uno stesso *genus* e si tratta cioè di una sostanziale sinonimia. Esse indicano, infatti, pur con diverse caratterizzazioni, attività o atti che realizzano una medesima operazione economica, l'immissione di denaro in un circuito negoziale [15], al termine del quale si realizza un rapporto di credito-debito tra il concedente ed il beneficiario della sovvenzione. Il fatto però che espressioni ricorrenti siano collocate nel TUB non conferisce loro un carattere di esclusività e non necessariamente ne preclude l'utilizzo in altro contesto [16].

Il contesto a cui si intende fare riferimento è quello delle agevolazioni di Stato, disciplinate da una normativa quadro che risale al 1998 [17], dunque successiva al TUB, e che contiene ben otto volte il termine "finanziamento".

3. Il confidi e la garanzia collettiva dei fidi.

[14] L'affidamento *in house* avviene nel momento in cui l'ente pubblico provvede in maniera autonoma, ossia senza transitare attraverso una gara, ad incaricare direttamente una propria controllata di diritto privato, che però esercita l'attività a fini pubblici, di svolgere un certo servizio.

[15] Sul tema, si veda R. CIPPITANI, *La sovvenzione come rapporto giuridico*, in *Monografie di diritto e processo a cura di A. Palazzo*, Collana dell'Università degli Studi di Perugia, Istituto per gli Studi Economici e Giuridici Gioacchino Scaduto, Roma, 2013.

[16] *Manuale di diritto bancario e finanziario*, a cura di F. Capriglione, Milano, 2015, pag. 248 e ss. In nota 17 si specifica che l'utilizzo del termine "credito" si riferirebbe alle banche, mentre, più in generale, il termine "finanziamento" corrisponderebbe all'esercizio di una forma di credito anche priva della connotazione soggettiva bancaria.

[17] D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 123 contenente le Disposizioni per la razionalizzazione degli interventi di sostegno pubblico alle imprese. È decisamente corposa la giurisprudenza di legittimità diretta ad interpretare le norme di questo decreto legislativo. *Ex pluribus*, Cass., Sez. I, 16 settembre 2022, n. 27303 in cui, richiamando propri precedenti, si ribadisce che «[...] Posto, però, che la [SpA] risulta pacificamente essere soggetto che utilizza capitali pubblici, e che il d.lgs. n. 123 del 1998 si rivela essere normativa avente portata generale, idonea a trovare applicazione trasversale a tutte le ipotesi di sostegno pubblico per lo sviluppo delle attività produttive concesso da amministrazioni pubbliche, anche tramite soggetti terzi, ne consegue che ciò su cui il tribunale avrebbe dovuto interrogarsi era la riconoscibilità, o meno, del richiesto privilegio nella specifica fattispecie contrattuale di finanziamento dedotta, indipendentemente dall'eventuale richiamo, tra le clausole del medesimo, della citata normativa. In altri termini, il giudice a quo avrebbe dovuto stabilire se quel contratto di finanziamento fosse, o meno inquadrabile, in ragione del suo concreto oggetto e della sua finalità, proprio tra le forme di intervento di cui al gida richiamato art. 7 del d.lgs. n. 123 del 1998.»

Dopo un periodo di iniziale marginalizzazione [18], i confidi sono entrati relativamente da poco tempo tra i destinatari del TUB [19] e, come detto in nota 6, anch'essi di recente autorizzati a concedere finanziamenti per cassa, seppur in maniera limitata.

Loro compito istituzionale è agevolare l'accesso al credito per le micro, piccole e medie imprese [20] e l'attività di garanzia collettiva dei fidi è descritta in maniera ampia al comma 1 della *legge confidi* come «*l'utilizzazione di risorse provenienti in tutto o in parte dalle imprese consorziate o socie per la prestazione mutualistica e imprenditoriale di garanzie volte a favorirne il finanziamento da parte delle banche e degli altri soggetti operanti nel settore finanziario*» [21]. Si tenga tuttavia conto che si sta parlando di enti privi dello scopo di lucro (*legge confidi*, comma 18).

La prestazione va svolta in maniera mutualistica, fornendo un servizio a condizioni più vantaggiose di quelle che si otterrebbero dal mercato, ma va altresì utilizzato un approccio imprenditoriale che evoca organizzazione, economicità e professionalità. All'uopo, l'unione di mutualità e imprenditorialità appare elemento imprescindibile della fattispecie.

Ebbene, partendo dal dato normativo e seguendone l'ordine, sembra opportuno declinare i requisiti della garanzia collettiva fidi – i quali dovrebbero tutti contemporaneamente sussistere – al fine di stabilire quando si ricada nella fattispecie *de qua* ovvero quando si stia esercitando un'attività di diversa natura [22].

In primis, si può certamente affermare che è attività che va esercitata in favore di imprenditori, individuali o collettivi, che siano già soci o consorziati al confidi o stiano per assumerne la qualifica, eventualmente, condizionatamente all'emissione della garanzia. Il fatto che la prestazione sia concessa nell'interesse di un non-socio

[18] Pur citati nella versione iniziale ed ormai abrogata dell'art. 155 TUB, i consorzi di garanzia collettiva dei fidi, erano di fatto dei soggetti estranei al mercato dell'intermediazione finanziaria, anche perché sprovvisti di una disciplina organica. Questa disciplina si realizza grazie all'art. 13 del d.l. 30 settembre 2003 n. 269, convertito con modificazioni dalla L. 24 novembre 2003, n. 326, un articolo inizialmente composto di 61 commi –nel tempo modificati più volte– che induce gli operatori a parlare di legge confidi e che pone le basi di un loro più ufficiale e concreto riconoscimento, prevedendo che alcuni di essi dovessero evolvere ed acquisire lo status di intermediari finanziari vigilati (comma 32).

[19] Il disegno tratteggiato dalla legge confidi del 2003 iniziò a vedere attuazione con il D.M. 17 febbraio 2009 n. 29, ma si arenò quasi subito in ragione di una più ampia riforma del TUB, avviata dal D. Lgs. 13 agosto 2010 n. 141 che, nonostante l'introduzione dei (nuovi) artt. 106 e 112 TUB, si può dire completata solo con i successivi decreti regolamentari D.M. 2 aprile 2015 n. 53 (per i confidi intermediari finanziari) e D.M. 23 dicembre 2015 n. 228 (per i confidi non intermediari), benché poi la concreta istituzione del previsto organismo www.organismocm.it sia avvenuta solo nel luglio 2019.

[20] Raccomandazione 2003/361/CE della Commissione Europea del 6 maggio 2003 relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese.

[21] Per completezza, va dato sinteticamente conto che la distinzione operata dal TUB tra confidi iscritti nell'Albo degli intermediari (art. 106 TUB) e confidi c.d. minori iscritti nell'Elenco dei confidi (art. 112 TUB) implica una distinzione tra le attività esercitabili dai primi, più ampie, rispetto ai secondi, molto limitate.

[22] *Amplius* L. GAI e P. ARZARELLO, *Le attività esercitabili dai Confidi*, in *Dirigenza Bancaria*, novembre-dicembre 2017, n. 188.

o di una persona fisica è sufficiente ad escludere che si rientri nella tipologia di attività in parola.

In secondo luogo, per poter fruire della garanzia, occorre che l'imprenditore socio corrisponda al confidi risorse di tipo economico, sostanzialmente a titolo di quote associative o azioni. Invero, il versamento di un corrispettivo sociale risponde al più ampio fine solidaristico, perseguito dal confidi, di costituire un patrimonio e rendere un servizio a beneficio dell'intera compagine delle imprese ad esso aderenti. In aggiunta, sussiste il corrispettivo per la garanzia concessa, vale a dire la remunerazione per l'assunzione del rischio di credito. Quanto precede fa intuire che anche una totale gratuità della garanzia parrebbe costituire motivo di impedimento.

In terzo luogo, c'è la fondamentale correlazione con le banche e gli altri soggetti operanti nel settore finanziario o, in altri termini, la correlazione con il credito alle imprese. Quest'ultima locuzione apre a due osservazioni. La prima riguarda i soggetti creditori e beneficiari della garanzia: se sull'utilizzo del termine "banche" c'è veramente poco da aggiungere, non si può dire la stessa cosa per gli "altri soggetti operanti nel settore finanziario", definizione che formalmente rimanda ai soggetti indicati dal titolo V del TUB [23], ma che sostanzialmente necessita di contenuti che nulla vieta di proiettare oltre il TUB stesso [24]. Tali contenuti possono essere identificabili ed andare a coincidere con tutti i soggetti in qualche modo autorizzati dalla legge (quindi escludendo le persone fisiche) che siano in grado di veicolare iniziative economiche utili a finanziare le PMI e che i confidi siano in grado di agevolare attraverso la loro garanzia. La seconda osservazione è che non si è in presenza di garanzia collettiva fidi nel caso di operatività completamente disgiunta da un finanziamento (es.: garanzie a copertura del pagamento di canoni locativi), con l'avvertenza che un recente intervento delle Sezioni Unite sembra aver messo in crisi quest'ultimo caposaldo, quanto meno con riferimento ai confidi minori [25]: se però si sancisce la "non nullità" di una

[23] Soggetti che coincidono con le categorie di: intermediari finanziari *ex art.* 106 TUB, imprese di investimento (SIM, SGR, SICAF e SICAV), istituti di pagamento e istituti per l'emissione di moneta elettronica *ex artt.* 114-*bis* e 114-*sexies* TUB. Gli istituti di moneta elettronica e quelli di pagamento, per la precisione, sono disciplinati nei successivi titoli "V *bis*" e "V *ter*" del TUB e non nel "V" rubricato, per l'appunto, «*soggetti operanti nel settore finanziario*», tuttavia, non v'è dubbio che appartengano a tale *genus*, che nel tempo ha subito gli ampliamenti legati all'evoluzione del contesto economico-finanziario.

[24] Del resto, ancorché l'attività di concessione di finanziamenti sia attività riservata a specifici soggetti, che non si debba rimanere ancorati al TUB è abbastanza intuitivo. Il testo unico bancario risale al 1993, mentre la *legge confidi* è di 10 anni successiva e, se quest'ultima avesse voluto confinare l'attività di garanzia collettiva dei fidi solo a beneficio di una limitata platea di soggetti, avrebbe certamente utilizzato il termine di "altri intermediari finanziari" o, ancor più direttamente, "soggetti autorizzati ai sensi del D. Lgs. 385/1993" o comunque inequivoche locuzioni similari.

[25] Si è detto in nota 6 che l'attività dei confidi iscritti all'Albo *ex art.* 106 TUB è o può essere più ampia della sola attività di garanzia collettiva fidi. Al contrario, la norma generale e quelle speciali si esprimono ben tre volte nel senso che i confidi minori esercitano quest'ultima, rispettivamente, «*esclusivamente*» (*legge confidi*, co. 2), «*in via esclusiva*» (art. 112, co. 1, TUB) e «*in via esclusiva*» (art. 5, co. 1, D.M. 53/2015) e, al di là delle recenti e limitate estensioni del 2020 e del 2022, null'altro è previsto.

fideiussione rilasciata *extra-ordinem*, sorge il legittimo sospetto che l'attività non sia più limitata a quella caratteristica, ma sia più ampia ^[26].

In estrema sintesi, a parte quest'ultima cautela, la garanzia collettiva – così detta in quanto collettivamente creata e gestita ^[27] – ha come precipuo compito istituzionale quello di facilitare un'operazione di finanziamento, che altrimenti non verrebbe concessa o che verrebbe accordata, ma a costi o con vincoli superiori ^[28].

4. Conclusione.

L'evoluzione del contesto economico si riflette inevitabilmente sul contesto giuridico ed è, dunque, astrattamente concepibile che anche l'eventuale (mancata) restituzione di risorse economiche pubbliche sia garantibile mediante i consueti strumenti di garanzia del credito. A tanto si deve giungere, in forza di una lettura del d. lgs. 123/1998 e della *legge confidi* che sia al passo con i tempi e che tenga conto di tutte le altre aperture via via concesse dal legislatore al di là del testo unico bancario.

A questo proposito, tuttavia, non si può tacere che l'attività di concessione di garanzie è essa stessa un'attività regolamentata dal TUB ^[29] e che, dunque, il suo svolgimento non si esaurisce o non si esaurirebbe solo ed esclusivamente nell'ambito dei confidi, ma presenta una pluralità di possibili attori (v. anche nota 33).

Di conseguenza, con riferimento al finanziatore, che è contestualmente anche il beneficiario della garanzia, è indubbio che la società *in house* ^[30] che utilizzi

^[26] Cass., Sez. Un., 15 marzo 2022, n. 8472 ha confermato validità ed efficacia di una fideiussione a garanzia di un contratto estimatorio rilasciata da un confidi minore, soggetto escluso dalle possibilità che l'art. 112 TUB ed il D.M. 53/2015 consentono ai soli confidi vigilati. La sentenza è stata annotata da A. PALMIERI, in *Foro It.*, 2022, I, 1657 e commentata da S. PAGLIANTINI, *La fideiussione al pubblico di un confidi minore: perché non una nullità virtuale di protezione?*, *ibidem*, 1659, con una serie di rilievi intrinseci al percorso ragionato dalla Corte. Diversamente E. OLIVIERI, *Il fulmine al ciel sereno: confidi minori, attività oltre i limiti di legge e validità delle fideiussioni. In esito a Cass. Civ., Sez. Un., 15 marzo 2022, n. 8472*, in *Diritto del Risparmio*, 2022, 2, più interessato alle conseguenze, che non all'iter motivo della decisione. Da ultimo, M. DE POLI, *Garanzia emessa da confidi e nullità del contratto*, in *Le Società*, 2022, 11, 1271.

^[27] G. D. MOSCO, *Consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati, Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di Giorgio De Nova, *Libro quinto: Lavoro art. 2602-2620*, Bologna, 2017, pag. 68 e ss. Il termine è alternativo a quello di *garanzia mutualistica*, mentre risulta ormai obsoleto quello di *garanzia consortile*, derivante da una prima e molto sommaria disciplina di questi enti, risalente al 1991.

^[28] Seppur possa risultare riduttivo, l'effetto finale dovrebbe essere il seguente: «costo del finanziamento + costo della garanzia < costo finanziamento in assenza di garanzia»; c'è tuttavia da considerare anche l'aspetto del soggetto “non finanziabile” a fronte della possibilità che quel soggetto diventi “finanziabile, ma solo con garanzia di un confidi”.

^[29] Si veda anche il D.M. 2 aprile 2015 n. 53 per il rispetto di ulteriori dettagli necessari, diretti agli operatori non bancari, inclusi i confidi, ed in particolare l'art. 2 dedicato all'«Attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma».

^[30] La circostanza prescinde totalmente dalla sua iscrizione o non iscrizione nell'albo ex art. 106 del TUB, essendo in tal caso il soggetto passivo dell'attività di garanzia (riceve la garanzia) e non quello attivo (la concede).

provvista pubblica per concedere finanziamenti a tasso zero o altro genere di agevolazioni ad imprese aggiudicatrici, in base ad un bando o ad un avviso pubblico e per conto dell'ente cui appartiene, possa trarre utilità dall'acquisizione di una garanzia sulle risorse erogate, posto che la stessa sia prevista tra i requisiti richiesti per l'aggiudicazione e l'erogazione delle risorse ^[31] ed è appena il caso di chiarire che il recentissimo intervento ministeriale in tema di garanzie e polizze fideiussorie, pur potendo risultare utile per indicazioni di massima, non è tuttavia vincolante quanto al rispetto ^[32].

Di pari passo, con riferimento al garante, se questo è identificato in un confidi, l'operazione realizzata non pare esorbitante dallo spirito della norma della *legge confidi* e del TUB, dato che sussiste pur sempre un finanziamento da rimborsare, concesso ad una impresa ^[33], purché la stessa aderisca al confidi ed ottenga la garanzia attraverso l'ordinaria prassi operativa. In tale evenienza si può infatti affermare che appaiono rispettati i connotati previsti *ex lege* per considerare la garanzia del confidi rientrante nell'ambito dell'attività caratteristica di garanzia

^[31] Non si può tuttavia escludere a priori una legittimità implicita anche in caso di bando od avviso pubblico silente sul punto, di cui la società *in house* integri *motu proprio* i pre-requisiti, senza con ciò incorrere in responsabilità amministrative, trattandosi in buona sostanza di un'iniziativa tesa a rafforzare la tutela delle risorse pubbliche gestite.

^[32] Il riferimento è all'esteso D.M. 16 settembre 2022 n. 193 con il Regolamento contenente gli schemi tipo per le garanzie fideiussorie e le polizze assicurative di cui agli articoli 24, 35, 93, 103 e 104 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e successive modificazioni, pubblicato il 14 dicembre 2022 nella Gazzetta Ufficiale S. G. n. 191, di cui Diritto del Risparmio ha dato puntuale notizia qui <https://www.dirittodelrisparmio.it/2022/12/16/mise-regolamento-contenente-gli-schemi-tipo-per-le-garanzie-fideiussorie-e-le-polizze-assicurative/>. La non obbligatoria applicabilità della disciplina dettata dal decreto al tema in discussione deriva dal fatto che i suoi contenuti sono intrinsecamente legati alla normativa sui contratti pubblici, mentre, come si è detto, le finanziarie *in house* sono o comunque possono essere assolte dal rispetto di quella normativa, di cui peraltro –proprio in questi stessi giorni in cui si scrive– è giunta ai passaggi conclusivi la radicale riforma e se ne attende la pubblicazione.

^[33] Cautele diverse sono invece necessarie nei casi in cui le risorse siano destinate ad entità economiche 'non imprese', come ad esempio i lavoratori autonomi ed i c.d. liberi professionisti, o direttamente alle persone fisiche.

collettiva dei fidi ^[34], a prescindere dallo strumento impiegato ^[35], anche quando la concessione, l'erogazione e la gestione della provvista sia effettuata, non da una banca o da un soggetto operante nel settore finanziario *stricto sensu*, ma da una finanziaria *in house* ^[36].

^[34] Ci asteniamo dall'approfondimento sul se e quanto sia opportuno che il bando o avviso pubblico e la società *in house* limitino la possibilità di ricevere la garanzia solo da confidi vigilati *ex art.* 106 TUB, ovvero la estendano anche ai confidi minori. Non ci si può però esimere dal segnalare l'esistenza di una nota congiunta di IVASS, Banca d'Italia, ANAC e AGCM del maggio 2020, dal titolo «*Garanzie finanziarie: suggerimenti per le pubbliche amministrazioni e altri beneficiari*» in cui si legge: «*L'esperienza ha evidenziato diverse criticità in tema di garanzie fideiussorie con conseguenti danni a carico delle pubbliche amministrazioni beneficiarie. [...] Con l'obiettivo di fornire un supporto alle pubbliche amministrazioni, di seguito vengono indicati alcuni controlli da effettuare per prevenire rischi connessi all'accettazione di garanzie rilasciate da operatori abusivi o inaffidabili, che quindi possono comportare difficoltà al momento dell'escussione. [...] L'attività di rilascio delle garanzie rientra tra quelle "riservate" ed è soggetta a disposizioni legislative specifiche che ne disciplinano i requisiti, a seconda che si tratti di intermediari bancari e finanziari o compagnie assicurative, e l'ambito di operatività. [...] I Confidi minori, pur svolgendo attività di natura finanziaria, non sono, né sono mai stati, autorizzati al rilascio di garanzie a beneficio delle PP.AA. o di privati, in quanto possono rilasciare esclusivamente garanzie collettive fidi [...]»». Per l'intera nota, v. www.anticorruzione.it/-/garanzie-finanziarie.*

^[35] Si intende fare riferimento al *nomen iuris* tradizionalmente e spesso impropriamente utilizzato in queste circostanze, la fideiussione. Si ritiene, infatti, che ci si debba concentrare sulla definizione normativa dell'attività di garanzia collettiva dei fidi, piuttosto che sul *nomen iuris* dello strumento di tutela del credito, mediante il quale l'attività viene svolta (fideiussione oppure garanzia collettiva o mutualistica oppure garanzia di altro genere). *A fortiori*, non potranno essere le singole clausole di quello strumento (ad es., prima richiesta o con beneficio della preventiva escussione del debitore, con o senza eccezioni) a far pendere la bilancia tra attività prevalente o meno. Del resto, la stessa *legge confidi* non cita mai il termine fideiussione, ma ciò non esclude che un confidi possa svolgere l'attività caratteristica mediante il rilascio di fideiussioni.

^[36] Benché tali enti non siano formalmente ricompresi nella categoria del titolo V TUB («*soggetti operanti nel settore finanziario*»), oppure V-bis («*moneta elettronica e istituti di moneta elettronica*») e V-ter («*istituti di pagamento*») ampliativi del primo, oltre a quanto già detto si può in aggiunta evidenziare che la definizione data al comma 1 della *legge confidi* è preceduta dall'aggettivo indefinito «*altri*», aprendo un varco ad un'interpretazione estensivo-evolutiva tendente a valorizzare tutti gli elementi maggiormente qualificanti della fattispecie di finanziamento alle PMI. E' vero che senza tale aggettivo il testo della norma non avrebbe certamente perso senso logico, ma forse avrebbe potuto indurre un interprete a restringere il proprio raggio d'azione; a titolo di confronto lessicale, si riproduce il testo del comma 1 della *legge confidi* sostituendo l'aggettivo «*altri*» con la più secca preposizione semplice «*dà*»: «*[...] l'utilizzazione di risorse provenienti in tutto o in parte dalle imprese consorziate o socie per la prestazione mutualistica e imprenditoriale di garanzie volte a favorirne il finanziamento da parte delle banche e di soggetti operanti nel settore finanziario*»).

*Atti del Convegno “Contrattualistica bancaria,
finanziaria e assicurativa: tutele, sviluppi e prospettive”
– L’informazione contrattuale e la conoscenza
dell’investitore nell’intermediazione finanziaria.*

Allegato I

*Atti del Convegno “Contrattualistica bancaria,
finanziaria e assicurativa: tutele, sviluppi e prospettive”
– La tutela del cliente a prova di futuro: giustiziabilità
dei presidi rimediali. Intervento della Dott.ssa
Margherita Laura Cartechini (Vice Capo del Servizio
Tutela Individuale dei Clienti di Banca d’Italia).*

Allegato II

Massimario

Diritto antitrust e dei consumatori

Accertamento del carattere abusivo di clausole in contratti stipulati con i consumatori: la nuova sentenza della CGUE.

Nota a CGUE, 8 settembre 2022, C-80/21 e C-82/21.

Massima redazionale

Con la recentissima sentenza in oggetto, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha statuito i seguenti principi di diritto:

1. L'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che: essi ostano a una giurisprudenza nazionale, secondo la quale il giudice nazionale può accertare il carattere abusivo non dell'integralità della clausola di un contratto concluso tra un consumatore e un professionista, bensì solo degli elementi di quest'ultima che le conferiscono carattere abusivo, di modo che detta clausola rimane parzialmente efficace dopo l'eliminazione di siffatti elementi, qualora una simile eliminazione equivalga a modificare il contenuto della clausola in parola, incidendo sulla sua sostanza, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.
2. L'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che: essi ostano a una giurisprudenza nazionale secondo la quale il giudice nazionale può, dopo aver accertato la nullità di una clausola abusiva contenuta in un contratto concluso tra un consumatore e un professionista che non determini la nullità di tale contratto nel suo complesso, sostituire tale clausola con una disposizione suppletiva di diritto nazionale.
3. L'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che: essi ostano a una giurisprudenza nazionale secondo la quale il giudice nazionale può, dopo aver accertato la nullità di una clausola abusiva contenuta in un contratto concluso tra un consumatore e un professionista che determini la nullità di tale contratto nel suo complesso, sostituire la clausola dichiarata nulla vuoi con un'interpretazione della volontà delle parti, al fine di evitare la dichiarazione di nullità di detto contratto, vuoi con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva, anche qualora il consumatore sia stato informato delle conseguenze della nullità del medesimo contratto e le abbia accettate.
4. La direttiva 93/13, letta alla luce del principio di effettività, deve essere interpretata nel senso che: essa osta a una giurisprudenza nazionale secondo la quale il termine di prescrizione decennale, relativo all'azione del consumatore diretta a ottenere la restituzione di somme indebitamente corrisposte a un professionista in adempimento di una clausola abusiva contenuta in un contratto di mutuo, inizia a decorrere dalla data di esecuzione di ciascuna prestazione da parte del consumatore, anche nel caso in cui quest'ultimo non fosse in grado, a tale data, di valutare lui stesso il carattere abusivo della clausola contrattuale o non avesse conoscenza del

carattere abusivo di detta clausola, e senza tener conto della circostanza che tale contratto prevedesse un periodo di rimborso, pari nel caso di specie a trent'anni, ampiamente superiore al termine di prescrizione decennale, fissato dalla legge.

[Qui la sentenza](#)

Sulla conservazione (generalizzata e indiscriminata) dei dati relativi al traffico telefonico: la sentenza della CGUE.

Nota a CGUE, 20 settembre 2022, C-793/21 e C/794/21.

Massima redazionale

Con la recentissima sentenza in oggetto, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha statuito che:

L'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che esso:

- osta a misure legislative nazionali che prevedono, a titolo preventivo, per finalità di lotta alla criminalità grave e di prevenzione delle minacce gravi alla pubblica sicurezza, la conservazione generalizzata e indiscriminata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione;
- non osta a misure legislative nazionali:
 - che consentono, a fini di salvaguardia della sicurezza nazionale, il ricorso a un'ingiunzione che imponga ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica di procedere a una conservazione generalizzata e indiscriminata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione, in situazioni nelle quali lo Stato membro interessato affronti una minaccia grave per la sicurezza nazionale che risulti reale e attuale o prevedibile, e il provvedimento che prevede tale ingiunzione possa essere oggetto di un controllo effettivo, da parte di un giudice o di un organo amministrativo indipendente, la cui decisione sia dotata di effetto vincolante, diretto ad accertare l'esistenza di una di tali situazioni nonché il rispetto delle condizioni e delle garanzie che devono essere previste, e detta ingiunzione possa essere emessa solo per un periodo temporalmente limitato allo stretto necessario, ma sia rinnovabile in caso di persistenza di tale minaccia;
 - che prevedono, a fini di salvaguardia della sicurezza nazionale, di lotta ai reati gravi e di prevenzione delle minacce gravi alla pubblica sicurezza, una conservazione mirata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione che sia delimitata, sulla base di elementi oggettivi e non discriminatori, in funzione delle categorie di persone interessate o mediante un criterio geografico, per un periodo temporalmente limitato allo stretto necessario, ma rinnovabile;
 - che prevedono, a fini di salvaguardia della sicurezza nazionale, di lotta ai reati gravi e di prevenzione delle minacce gravi alla pubblica sicurezza, la conservazione generalizzata e indiscriminata degli indirizzi IP attribuiti all'origine di una connessione, per un periodo temporalmente limitato allo stretto necessario;
 - che prevedono, a fini di salvaguardia della sicurezza nazionale, di lotta alla criminalità e di salvaguardia della pubblica sicurezza, una conservazione

generalizzata e indiscriminata dei dati relativi all'identità anagrafica degli utenti di mezzi di comunicazione elettronica, e

– che consentono, a fini di lotta ai reati gravi e, a fortiori, di salvaguardia della sicurezza nazionale, il ricorso a un'ingiunzione che imponga ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica, mediante un provvedimento dell'autorità competente soggetto a un controllo giurisdizionale effettivo, di procedere, per un periodo determinato, alla conservazione rapida dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione di cui detti fornitori di servizi dispongono,

quando tali misure garantiscono, mediante norme chiare e precise, che la conservazione dei dati di cui trattasi è subordinata al rispetto delle relative condizioni sostanziali e procedurali e che gli interessati dispongono di garanzie effettive contro il rischio di abusi.

[Qui la sentenza](#)

“Consumatore medio”: CGUE, «abbiamo un problema»: la questione di pregiudizialità del Consiglio di Stato.

Nota a Cons. Stato, Sez. VI, 10 ottobre 2022, n. 8650.

Massima redazionale

Il Consiglio di Stato, con la recentissima ordinanza in oggetto, ha sollevato questione di pregiudizialità, invitando la Corte di Giustizia dell’Unione europea, ai sensi dell’art. 267 TFUE, a pronunciarsi, perché rilevanti, sui seguenti quesiti opportunamente riformulati ed ampliati per la novità e la rilevanza delle questioni: A) Se la nozione di consumatore medio di cui alla Direttiva 2005/29/CE inteso come consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto – per la sua elasticità ed indeterminatezza – non debba essere formulata con riferimento alla miglior scienza ed esperienza e di conseguenza rimandi non solo alla nozione classica dell’*homo oeconomicus* ma anche alle acquisizioni delle più recenti teorie sulla razionalità limitata che hanno dimostrato come le persone agiscono spesso riducendo le informazioni necessarie con decisioni “irragionevoli” se parametrize a quelle che sarebbero prese da un soggetto ipoteticamente attento ed avveduto acquisizioni che impongono una esigenza protettiva maggiore dei consumatori nel caso – sempre più ricorrente nelle moderne dinamiche di mercato – di pericolo di condizionamenti cognitivi.

B) Se possa essere considerata di per sé aggressiva una pratica commerciale nella quale, a causa dell’incorniciamento delle informazioni (*framing*) una scelta possa apparire come obbligata e senza alternative tenendo conto dell’articolo 6, paragrafo 1, della Direttiva (già riportato in precedenza) che considera ingannevole una pratica commerciale che in qualsiasi modo inganni o possa ingannare il consumatore medio «anche nella sua presentazione complessiva».

C) Se la direttiva sulle pratiche commerciali sleali giustifichi il potere dell’Autorità nazionale per la concorrenza ed il mercato (una volta rilevato il pericolo di condizionamento psicologico legato: 1) allo stato di bisogno in cui normalmente versa chi chiede un finanziamento, 2) alla complessità dei contratti sottoposti alla firma del consumatore, 3) alla contestualità dell’offerta presentata in abbinamento, 4) alla brevità dei tempi concessi per la sottoscrizione dell’offerta), di prevedere una deroga al principio della possibilità di abbinamento tra vendita di prodotti assicurativi e vendita di prodotti finanziari non connessi imponendo uno spazio temporale di 7 giorni tra le firme dei due contratti.

D) Se, in relazione a tale potere repressivo delle pratiche commerciali aggressive, la Direttiva (UE) 2016/97, ed in specie l’art. 24 paragrafo 3 della stessa, osti all’adozione di un provvedimento dell’Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato adottato sulla base degli artt. 2, lettere d) e j), 4, 8 e 9 della Direttiva 2005/29/CE e della normativa nazionale di recepimento adottato dopo il rigetto di una istanza di impegni a seguito del rifiuto di una società di servizi di investimento, nel caso di vendita abbinata di un prodotto finanziario ed un prodotto assicurativo non connesso al primo – ed in presenza di un pericolo di condizionamento del consumatore legato alle circostanze del caso concreto desumibili anche dalla complessità della documentazione da esaminare – di

concedere al consumatore uno *spatium deliberandi* di 7 giorni fra la formulazione della proposta abbinata e la sottoscrizione del contratto assicurativo.

E) Se il considerare pratica aggressiva il mero abbinamento di due prodotti finanziari e assicurativi potrebbe finire per risolversi in un atto di regolazione non consentito e non finirebbe per addossare sul professionista (e non sull'AGCM, come dovrebbe essere) l'onere (difficile da assolvere) di dimostrare che non si tratta di pratica aggressiva in violazione della Direttiva 2005/29/CE (tanto più che la direttiva citata non consente agli Stati membri di adottare misure più restrittive di quelle da essa definite, neppure al fine di assicurare un livello superiore di tutela dei consumatori) o se invece tale inversione dell'onere della prova non sussista purché, sulla base di elementi oggettivi, sia ritenuto il concreto pericolo di un condizionamento del consumatore bisognoso di ottenere un finanziamento a fronte di una offerta abbinata complessa.

[Qui l'ordinanza](#)

Elenchi telefonici elettronici pubblici, telemarketing e trattamento dei dati personali: la sentenza della CGUE.

Nota a CGUE, 27 ottobre 2022, C-129/21.

Massima redazionale

Con la recentissima sentenza in oggetto, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha statuito i seguenti principi di diritto:

1) L'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, in combinato disposto con l'articolo 2, secondo comma, lettera f), della stessa direttiva e con l'articolo 95 del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), deve essere interpretato nel senso che:

è richiesto il «consenso», ai sensi dell'articolo 4, punto 11, di tale regolamento, dell'abbonato di un operatore di servizi telefonici affinché i dati personali di tale abbonato siano inclusi negli elenchi telefonici e nei servizi di consultazione degli elenchi telefonici accessibili al pubblico, pubblicati da fornitori diversi da tale operatore, consenso che può, tuttavia, essere dato o a detto operatore o a uno di tali fornitori.

2) L'articolo 17 del regolamento 2016/679, deve essere interpretato nel senso che: la richiesta di un abbonato diretta all'eliminazione dei suoi dati personali dagli elenchi telefonici e dai servizi di consultazione degli elenchi telefonici accessibili al pubblico costituisce un esercizio del «diritto alla cancellazione», ai sensi di tale articolo.

3) L'articolo 5, paragrafo 2, e l'articolo 24 del regolamento 2016/679, devono essere interpretati nel senso che:

un'autorità di controllo nazionale può esigere che il fornitore di elenchi telefonici e di servizi di consultazione degli elenchi telefonici accessibili al pubblico, in quanto titolare del trattamento, adotti le misure tecniche e organizzative adeguate per informare i titolari del trattamento terzi, vale a dire l'operatore di servizi telefonici che gli ha comunicato i dati personali del suo abbonato nonché gli altri fornitori di elenchi telefonici e di servizi di consultazione degli elenchi telefonici accessibili al pubblico ai quali esso stesso ha fornito tali dati, della revoca del consenso di tale abbonato.

4) L'articolo 17, paragrafo 2, del regolamento 2016/679, deve essere interpretato nel senso che:

esso non osta a che un'autorità di controllo nazionale ordini a un fornitore di elenchi telefonici e di servizi di consultazione degli elenchi telefonici accessibili al pubblico, al quale l'abbonato di un operatore di servizi telefonici ha chiesto di non pubblicare più i dati personali che lo riguardano, di adottare «misure ragionevoli»,

ai sensi di tale disposizione, al fine di informare i gestori dei motori di ricerca di tale richiesta di cancellazione dei dati.

[Qui il comunicato](#)

[Qui la sentenza](#)

Il condomino è equiparato al consumatore: la sentenza della CGUE.

Nota a CGUE, 27 ottobre 2022, C-485/21.

Massima redazionale

Con la recentissima sentenza in oggetto, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha statuito che:

L'articolo 1, paragrafo 1, e l'articolo 2, lettere b) e c), della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che:

– una persona fisica, proprietaria di un appartamento in un immobile in regime di condominio, deve essere considerata un «consumatore», ai sensi di tale direttiva, qualora essa stipuli un contratto con un amministratore di condominio ai fini della gestione e della manutenzione delle parti comuni di tale immobile, purché non utilizzi tale appartamento per scopi che rientrano esclusivamente nella sua attività professionale. La circostanza che una parte delle prestazioni fornite da tale amministratore di condominio in base a detto contratto risulti dalla necessità di rispettare specifici requisiti in materia di sicurezza e di pianificazione territoriale, previsti dalla legislazione nazionale, non è idonea a sottrarre detto contratto dal campo di applicazione di tale direttiva,

– nell'ipotesi in cui sia stipulato un contratto relativo alla gestione e alla manutenzione delle parti comuni di un immobile in regime di condominio tra l'amministratore di condominio e l'assemblea generale dei condòmini o l'associazione di proprietari di tale immobile, una persona fisica, proprietaria di un appartamento situato in quest'ultimo, può essere considerata un «consumatore», ai sensi della direttiva 93/13, purché essa possa essere qualificata come «parte» di detto contratto e non utilizzi tale appartamento esclusivamente per scopi rientranti nella sua attività professionale.

[Qui la sentenza](#)

Contratti “point and click” conclusi con Compagnie Aere low-cost contenenti clausole abusive: dichiarata la giurisdizione del giudice italiano in deroga al Foro di competenza stabilito nelle condizioni generali di contratto.

Nota a Trib. Cuneo, 5 settembre 2022, n. 780.

[di Viviana Visaggio](#) - Avvocato e Dottore di ricerca in diritto privato

Il Tribunale di Cuneo, in composizione monocratica, nella causa promossa contro una nota Compagnia Aerea, ha accolto l'appello ed ha dichiarato la giurisdizione del Giudice italiano avente ad oggetto il diritto di credito derivante dalla compensazione pecuniaria ex art. 7 del Reg.Ce n. 261/2004 derivante dal contratto di trasporto concluso on line. Come è noto ai sensi degli artt. 1341 e ss c.c. e della normativa consumistica le clausole vessatorie – come le deroghe al Foro territoriale competente – andrebbero approvate per iscritto e separatamente. Nella contrattazione Point and click la normativa di riferimento crea non poche problematiche circa la validità delle clausole che vengono regolarmente inserite nella redazione delle condizioni generali di contratto dei vari portali e-commerce. Nel caso di specie, con la clausola contenuta nell'art. 2.4. delle condizioni generali di trasporto predisposte dalla Compagnia Aerea ed accettate dal passeggero al momento del pagamento (mediante il sistema del c.d. point and click), posto che – ai sensi dell'art. 25 del Reg. UE n. 1215/2012 – l'accordo di proroga della giurisdizione attribuisce una competenza giurisdizionale di regola esclusiva, che prevale sulle competenze previste dalle altre disposizioni sia generali che speciali del Regolamento. La questione giuridica sottesa alla presente decisione, quindi, investe la validità e l'efficacia della deroga pattizia contenuta all'art. 2.4 delle condizioni generali di contratto di trasporto predisposte unilateralmente dalla Compagnia Aerea. Il Giudice di Cuneo, prende le mosse dalla sentenza resa dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea il 18 novembre 2020, causa C-519/19 e dichiara il seguente principio di diritto: *“Non vi è dubbio, che una clausola quale quella di cui all'art. 2.4 delle Condizioni Generali di Trasporto rientra, effettivamente, tra quelle indicate come abusive dal legislatore europeo nell'allegato alla direttiva 93/2013 n. 1, lettera q) in quanto avente “per oggetto o per effetto di sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali da parte del consumatore” Infatti, attraverso tale pattuizione, il professionista, per un verso, impone al consumatore di assoggettarsi alla competenza di un Tribunale in genere distante dal proprio domicilio, rendendo in tal modo più difficoltosa e soprattutto più costosa a quest'ultimo la comparizione in giudizio, con l'effetto di disincentivare l'esercizio delle azioni legali, anche avuto riguardo al valore in genere modesto delle domande rientranti nell'ambito di applicazione degli artt. 7 e 9 del Reg. UE 261/2004, e, per altro verso, si avvantaggia della concentrazione di tutto il contenzioso attinente alla propria attività professionale dinanzi ad un unico giudice, agevolando la propria comparizione in giudizio e rendendola meno onerosa. Nella specie, dunque, non avendo parte convenuta in alcun modo dimostrato che la clausola di cui all'art. 2.4 delle Condizioni Generali di Trasporto fosse stata oggetto di specifica trattativa individuale con il passeggero (circostanza d'altronde difficilmente compatibile con la*

peculiare modalità di conclusione telematica del contratto de qua), deve ritenersi accertata l'abusività della stessa".

In ragione di quanto sopra il Tribunale di Cuneo ha accolto l'appello e, per l'effetto, dichiarato la giurisdizione del giudice italiano, condannando la Compagnia Aerea al pagamento delle spese di giustizia.

[Qui la sentenza](#)

Tar Lazio – Annullato provvedimento AGCM contro Amazon e Apple per pratica anticoncorrenziale.

Nota a TAR Lazio, Sez. I, 3 ottobre 2022.

Massima redazionale

Si allega la sentenza con cui il TAR Lazio ha annullato il provvedimento AGCM (e, consequenzialmente, la correlata sanzione) emesso, nel novembre 2021, nei confronti di Amazon e Apple, per presunta pratica anticoncorrenziale (avente a oggetto una restrizione dell'accesso sulla piattaforma di marketplace).

[Qui la sentenza](#)

Difetto di conformità e onere della prova.

Nota a Cass. Civ., Sez. II, 7 febbraio 2022, n. 3695.

[di Francesca D'Avino](#) - Avvocato del Foro di Potenza - Adisconsum Basilicata

Nel caso in esame, la Suprema Corte di Cassazione ha puntualmente argomentato sul tema del Difetto di Conformità dei beni oggetto di compravendita, già ampiamente affrontato dalla normativa codicistica del D.Lgs. n. 206/2005 (“Codice del Consumo”) il cui merito, oltre alla logica asserzione del contraente quale soggetto “*debole*” del rapporto contrattuale, era stato quello di aver correttamente individuato il profilarsi di un principio di responsabilità di tipo contrattuale (ed *extra-contrattuale*) specie nel caso in cui dal difetto/vizio del bene riscontrato promanasse un danno al consumatore. Venendo al caso *de quo*, il consumatore risolveva il contratto di vendita – avente ad oggetto l’acquisto di un’autovettura – con il professionista, per aver riscontrato la presenza di vizi che rendevano il bene inidoneo all’uso al quale era destinato, successivamente convenendolo in giudizio. In primo grado, il Tribunale accoglieva la domanda attorea, per poi trovare rigetto in quello successivo: la Corte di Appello, in riforma della impugnata sentenza, aveva accertato la intempestività della denuncia del vizio, aggiungendo che “*l’onere della prova della tempestività di quest’ultima gravasse su parte acquirente*”. Nell’analizzare il predetto principio, la Corte torna nuovamente a soffermarsi sull’attuale assetto normativo attuato per la facilitazione degli strumenti di tutela del consumatore, altresì osservando il ruolo “sussidiario” assunto dalla disciplina del codice civile: dunque, in tema di compravendita ed in tema di garanzia per i vizi riscontrabili sui beni oggetto del predetto vincolo contrattuale, trovano applicazione “*in una prospettiva di tutela del contraente più debole...gli strumenti predisposti dal codice del consumo*”. Il provvedimento *de quo* parte dall’assunto secondo cui, seguendo i dettami degli artt. 130 e ss. cod. cons., il consumatore che ha riscontrato un difetto di conformità, potrà certamente invocare l’alternativa della riparazione e/o della sostituzione del bene, nonché chiedere ovvia riduzione del prezzo o, come *extrema ratio* la risoluzione contrattuale, ma adempiendo all’onere di denunciare al venditore il summenzionato difetto di conformità, nel termine di due mesi dalla sua scoperta. Del resto è ben chiaro quanto previsto dal citato cod. cons. ex art. 120 “*Il danneggiato deve provare il difetto, il danno e la connessione causale tra difetto e danno*” norma che, esplicitamente, prevede l’assolvimento del citato obbligo per il consumatore – utilizzatore del prodotto – che intenda ottenere il risarcimento ed implicitamente rimanda a quello del produttore su cui incombe provare i fatti che possano escluderne la sua responsabilità. Superato, però, il termine indicato, la Corte rileva che in tal caso, troverebbe applicazione l’art. 2967 c.c: dunque, il consumatore dovrà fornire la prova che il difetto fosse presente *ab origine* (al momento dell’acquisto del prodotto); dunque, evidenziando che la responsabilità da prodotto difettoso abbia natura presunta e non oggettiva, considerato che dipende dall’accertamento della consapevolezza del produttore. Pertanto, come in precedenza, sull’acquirente incombe la prova del nesso causale tra difetto e danno, mentre sul produttore la “*corrispondente prova liberatoria*” (sul punto, Cass. Civ. Sez.

III, 20/11/2018 n. 29828). La tempestività nella denuncia del difetto di conformità è, a carico del consumatore, requisito essenziale, tra l'altro già opportunamente menzionata dalla Direttiva Europea n. 1999/44/CE, laddove (all'art. 5) la stessa aveva previsto che, i difetti/vizi rilevabili entro 6 mesi dalla consegna del bene, si presumessero già originariamente esistenti: norma, questa, che viene in rilievo quanto al caso affrontato. In conclusione affermando che, quanto all'onere della prova incombente sul consumatore ai fini della denuncia dell'esistente difetto di conformità, questo *“debba limitarsi al mero obbligo di denuncia, prescindendo dalla necessità di una ulteriore prova della esistenza del difetto o indicare la causa precisa del medesimo”*; assunto spartiacque, che ha tenuto conto dell'orientamento consolidato dei giudici della Corte di Giustizia Europea (04/06/2015, causa c-497/13, *“Caso Faber”*). Riepilogando, *in primis* al consumatore viene richiesto di fornire la prova che il bene acquistato non sia conforme al contratto (necessaria è la sola esistenza del difetto), quindi provare altresì che il difetto palesatosi, sia emerso entro il termine di sei mesi dalla consegna del bene. Diversamente, viene a gravare sul produttore l'obbligo di provare che quel difetto non fosse presente al momento della consegna del bene. Altro assunto, su cui poggia la descritta ordinanza, è quello della conclamata esistenza, per il consumatore danneggiato, di due criteri di rimedi (cc.dd *“primari e secondari”*) volti alla tutela dei suoi diritti, ovvero: la scelta tra il ricorso alla richiesta di riparazione, sostituzione e/ ovvia e congrua riduzione del prezzo, se ritenuti più convenienti; diversamente la risoluzione contrattuale in determinate situazioni (omessa attività di riparazione e/o sostituzione o nel caso di eccessiva onerosità, mancato rispetto del termine nella esecuzione delle menzionate attività a carico del produttore, ulteriori danni e/o inconvenienti successivamente originatosi), da effettuarsi tutti senza spese e nel rispetto di tempistiche ragionevoli. Concludendo dunque, che in sede di impugnazione della sentenza di primo grado, non vi è stata applicazione delle disposizioni riconducibili alla codicistica consumeristica, semmai quella attinente al vigente codice civile ed in prospettiva *“più formalistica”* che non ha tenuto conto della evidente asimmetria caratterizzante il rapporto consumatore/professionista. Riepilogando: ***l'agevolazione probatoria*** di cui gode ad oggi il consumatore, poiché contraente debole del richiamato rapporto asimmetrico, prevede per quest'ultimo *l'esonero dalla prova della natura dei vizi e della causa che lo aveva generato*, trattandosi invece di onere posto a carico del produttore.

[Qui l'ordinanza](#)

Sulla prova dell'esistenza del vizio.

Nota a Cass. Civ., Sez. II, 15 settembre 2022, n. 27177.

[di Paola Francone](#) - Praticante avvocato - Diplomata SSPL

Con l'ordinanza in oggetto, la Seconda Sezione Civile, cassando con rinvio la sentenza della Corte d'Appello di Milano, ha statuito il seguente principio di diritto:

«In materia di vendita di beni destinati al consumo, qualora il difetto di conformità si manifesti oltre il termine di sei mesi dalla consegna, previsto dall'art. 132, terzo comma, del D. Lgs. n. 206 del 2005, spetta all'acquirente dimostrare, con gli ordinari mezzi di prova, che il vizio esisteva già al momento della consegna o che esso era stato occultato dal venditore. Di conseguenza, ove sia accertato che al momento della consegna il bene era regolarmente funzionante, la responsabilità del venditore può essere configurata a condizione che sia dimostrato l'occultamento di un vizio.»

Nello specifico, l'acquirente di un'autovettura usata conveniva in giudizio la Società venditrice, innanzi al Tribunale di Busto Arsizio, per sentirla condannare al risarcimento del danno derivante da un difetto riscontrato nell'automobile, fondando la propria domanda sulla garanzia di conformità del bene prevista dal D. Lgs. n. 206/2005.

Nella resistenza della Società convenuta, il Tribunale, rigettava la domanda.

L'acquirente interponeva appello avverso detta decisione presso la Corte d'Appello di Milano, la quale accoglieva il gravame, condannando la Società venditrice al risarcimento del danno.

La Società proponeva ricorso per cassazione, lamentando la violazione e la falsa applicazione degli artt. 129-132 D. Lgs. 206/2005, in relazione all'art. 360, co. 1, n. 4 c.p.c., poiché la Corte d'Appello avrebbe erroneamente ricostruito il fatto e non avrebbe tenuto conto della relazione del C.T.U. che dimostrava l'assenza del vizio al momento della consegna del veicolo.

Gli Ermellini ritengono operante la presunzione di conformità del bene al contratto, ex art. 129 co. 2 D. Lgs. n. 206/2005, sia sulla base delle dichiarazioni del C.T.U., il quale aveva dimostrato l'assenza del vizio al momento della consegna del veicolo, sia alla luce delle affermazioni della Corte d'Appello. Quest'ultima, infatti, da un lato sosteneva il regolare funzionamento del bene alla consegna, che comporta l'esclusione del diritto del consumatore alla riparazione o alla sostituzione, ovvero ad una riduzione adeguata del prezzo o alla risoluzione del contratto, ex art. 130 D. Lgs. n. 206/2005, e dall'altra, dichiarava il decorso del termine semestrale dalla consegna della vettura, dal quale deriva la negazione della presunzione di preesistenza del difetto alla data di consegna ex 132 co. 3 del D. Lgs. 206/2005 e la conseguente impossibilità per l'acquirente di dar prova della responsabilità per vizio occulto della Società venditrice.

[Qui l'ordinanza](#)

Diritto assicurativo

**Inammissibilità prova testimoniale ex art. 135, comma 3bis,
Codice delle Assicurazioni.**

**Nota a Trib. Reggio Emilia, Sez. II, 9 novembre 2022, n.
1163.**

Massima redazionale

Ai fini della inammissibilità della prova testimoniale ai sensi dell'articolo 135 comma 3 bis Codice delle Assicurazioni, l'invio della previa raccomandata da parte dell'assicurazione è previsto solo se non risulta dalle comunicazioni del danneggiato la presenza o l'assenza di testimoni, mentre non è necessario laddove da tali comunicazioni risulti l'assenza di testimoni.

[Qui la sentenza](#)

Differenza tra danno in re ipsa e danno presunto: i crediti da risarcimento assicurativo.

Nota a Cass. Civ., Sez. III, 19 settembre 2022, n. 27389.

Massima redazionale

Il danno consistente nella necessità di noleggiare un veicolo sostitutivo deve essere comprovato, non essendo, per contro, *in re ipsa*; del pari, non si deve confondere il danno *in re ipsa* con quello presunto. Invero, quando si dice che dal fermo del veicolo derivano danni (come il deprezzamento del veicolo, il bollo da pagare comunque, senza fare uso della vettura, e così il premio assicurativo, il cui costo è sopportato pur senza godimento del bene assicurato), si indicano dei danni presunti, non già *in re ipsa*: si tratta, difatti, di conseguenze del fatto lesivo che si ritengono essere pregiudizievoli per il danneggiato, in forza di alcune presunzioni (dal fatto che il veicolo non possa essere utilizzato si induce che alcuni costi normalmente sostenuti per il godimento del bene, diventano pregiudizievoli per il proprietario e dunque costituiscono danni).

Il fermo del veicolo è indice del fatto che quei costi siano un danno per il proprietario, non avendo, per il periodo del fermo, una contropartita nel godimento o nell'utilizzo del bene. Atteso che il danno debba essere provato, è il danneggiato a dover dimostrare di avere sostenuto una spesa per il noleggio in conseguenza del fermo del suo veicolo. Nella decisione impugnata si dà atto che la spesa è stata sostenuta, ma si afferma che il danneggiante «*non ha affatto fornito la prova che il costo dell'autonoleggio sia conseguenza immediata e diretta dell'illecito di cui è causa*». Che il danneggiato non debba limitarsi a dimostrare di aver subito il fermo del veicolo, ovvero a dimostrare la mera indisponibilità del mezzo di trasporto, è pacifico^[1]: egli deve dimostrare di aver sostenuto la spesa per il noleggio quale conseguenza del danneggiamento del suo veicolo. Questa dimostrazione è, però, sufficiente a provare il danno, poiché la relazione causale tra il fermo ed il noleggio è presumibile, ossia è inducibile secondo le normali regole del ragionamento presuntivo.

Dire che la spesa sostenuta per il noleggio è, presuntivamente, danno conseguente al fermo tecnico, non significa ammettere un danno *in re ipsa*, ma ammettere un danno presunto: dal fermo tecnico della vettura si induce, secondo regole di comune esperienza, che il danneggiato abbia noleggiato altra vettura per rimediare al fermo tecnico della propria. La differenza tra il danno *in re ipsa* e quello presunto è che il primo prescinde dalle conseguenze: è fatto consistere nella mera lesione dell'interesse protetto, ossia coincide con la lesione medesima^[2]. Con la conseguenza che, nel caso di specie, la prova che le spese per il noleggio (che, si badi, la decisione impugnata ammette come effettivamente sostenute) siano state dovute al fermo tecnico, non consiste nella dimostrazione che il proprietario «*avesse davvero necessità di servirsene*», ossia nella dimostrazione dell'uso della vettura sostitutiva, ma nella dimostrazione che quelle spese sono state rese necessarie dal danneggiamento del proprio veicolo, e questa dimostrazione può essere offerta per presunzioni, non necessariamente per “esplicita prova”.

[1] Cfr. Cass. n. 20620/2015; Cass. n. 124/2016; Cass. n. 9348/2019; Cass. n. 17897/2020.

[2] V. Cass. n. 3123372018.

[Qui l'ordinanza](#)

Assicurazione responsabilità civile e rimborso spese di lite.

Nota a Cass. Civ., Sez. III, 13 ottobre 2022, n. 29926.

Massima redazionale

L'assicuratore della responsabilità civile è tenuto, secondo l'impegno contrattualmente assunto o comunque nei limiti di cui all'**art. 1917, comma 3, c.c.**, a rimborsare le spese di lite sostenute dall'assicurato anche allorquando non abbia aderito alle ragioni di quest'ultimo e la presenza in giudizio in proprio del medesimo assicurato non sia dipesa dalla posizione difensiva dell'assicurazione, ma dalle richieste del danneggiato, giacché **l'obbligo di rimborso sorge oggettivamente per la sola circostanza che il detto assicurato sia stato costretto ad agire o a difendersi in una controversia che abbia causa in situazioni rientranti nella garanzia assicurativa**, in quanto le spese effettuate per resistere in giudizio sono spese che l'assicuratore si impegna (nel contratto) o comunque è tenuto (nei limiti di cui all'articolo 1917 c.c.) a manlevare solo che il suo assicurato abbia avuto la necessità di affrontare una lite, a prescindere dalla circostanza che l'assicuratore lo abbia o meno sostenuto, ossia abbia o meno aderito alle ragioni dell'assicurato^[1]. Le spese di resistenza presuppongono, infatti, che l'assicurato sia stato costretto a iniziare o a difendersi in una lite determinata da situazioni rientranti nella garanzia assicurativa, non assumendo al riguardo rilievo che la presenza in giudizio dell'assicurato non dipenda da una posizione difensiva dell'assicurazione quanto piuttosto da una richiesta del danneggiato, giacché le spese legali per affrontare il processo prescindono da siffatta circostanza, essendo oggettivamente dovute quale rimborso per il fatto stesso di aver dovuto affrontare un processo scaturito dal fatto assicurato^[2].

^[1] V. Cass., 13.05.2020, n. 8896.

^[2] V. Cass., 13.05.2020, n. 8896.

[Qui la sentenza](#)

Assicurazioni e azione diretta del terzo trasportato: la sentenza delle Sezioni Unite.

Nota a Cass. Civ., Sez. Un., 30 novembre 2022, n. 35318.

Massima redazionale

Le Sezioni Unite Civili, con l'odierna sentenza, hanno statuito i seguenti principi di diritto:

“l'azione diretta prevista dall'art. 141 cod. ass. in favore del terzo trasportato è aggiuntiva rispetto alle altre azioni previste dall'ordinamento e mira ad assicurare al danneggiato una tutela rafforzata, consentendogli di agire nei confronti dell'assicuratore del vettore e di ottenere il risarcimento del danno a prescindere dall'accertamento della responsabilità dei conducenti dei veicoli coinvolti, fatta salva la sola ipotesi di sinistro causato da caso fortuito”;
“la tutela rafforzata riconosciuta dall'art. 141 cod. ass. al trasportato danneggiato presuppone che nel sinistro siano rimasti coinvolti almeno due veicoli, pur non essendo necessario che si sia verificato uno scontro materiale fra gli stessi, e si realizza mediante l'anticipazione del risarcimento da parte dell'assicuratore del vettore e la possibilità di successiva rivalsa di quest'ultimo nei confronti dell'impresa assicuratrice del responsabile civile”;
“nel caso in cui nel sinistro sia stato coinvolto un unico veicolo, l'azione diretta che compete al trasportato danneggiato è esclusivamente quella prevista dall'art. 144 cod. ass., da esercitarsi nei confronti dell'impresa di assicurazione del responsabile civile”.

[Qui la sentenza](#)

Diritto bancario

Carta di credito revolving: sulla difformità tra il TAEG indicato nel contratto e il TAEG effettivo.

Nota a ABF, Collegio di Roma, 3 giugno 2022, n. 8734.

[di Biagio Campagna](#) – Avvocato

Il Collegio ABF di Roma si è pronunciato circa una controversia in materia di corretta indicazione e calcolo del TAEG relativo ad un finanziamento, con opzione revolving e utilizzabile mediante una carta di credito, stipulato dal ricorrente in data 28.8.2012.

In particolare, il ricorrente lamentava la mancata corrispondenza tra il TAEG indicato in contratto e il maggiore TAEG effettivo correttamente calcolato ai sensi delle disposizioni applicabili, con conseguente nullità parziale delle pertinenti clausole contrattuali e loro sostituzione ai sensi dell'art. 125-bis, commi 6 e 7, del TUB.

Detta difformità dipenderebbe, secondo il ricorrente, essenzialmente dalle diverse modalità di applicazione e conteggio delle spese relative alla “imposta di bollo” e delle “spese di tenuta conto” (espressione con cui il ricorrente intende presumibilmente fare riferimento, considerata anche l'identità d'importo, alla “spesa mensile di gestione pratica”) e dal fatto che il piano di ammortamento teorico da utilizzarsi, in questo caso, per il calcolo del TAEG deve essere sviluppato ipotizzando un rimborso del finanziamento in 12 rate.

Quanto al merito della controversia risulta che il motivo di contrasto tra le posizioni delle parti deriva essenzialmente dalle diverse concrete modalità calcolo del TAEG del finanziamento in questione per effetto della diversa interpretazione dalla parte delle stesse della normativa applicabile, fermo restando che in linea di principio non è invece controversa la necessità d'includere nel calcolo stesso, seppure con diverse modalità, le “spese di tenuta conto” (rectius la “spesa mensile di gestione pratica”) e l'importo dell'imposta di bollo.

In particolare, emerge che secondo il ricorrente il TAEG debba essere calcolato ipotizzando che il credito sia concesso per 12 mesi, che sia integralmente e immediatamente utilizzato, e che lo stesso venga restituito in 12 rate mensili (di pari importo in caso di ammortamento alla francese o d'importo decrescente in caso d'ammortamento all'italiana), per ciascuna rata siano applicate le spese di tenuta conto (rectius la “spesa mensile di gestione pratica”) previste in contratto (pari ad euro 1,25) e l'imposta di bollo (pari ad euro 1,81). Di converso, secondo la società resistente, sarebbe da assumere a base del calcolo del TAEG l'integrale e immediato utilizzo del credito e il suo rimborso in 44 rate mensili di pari importo, l'applicazione su base mensile della voce di costo relativa alle spese di tenuta conto (pari ad euro 1,25) e, al primo utilizzo e poi una volta l'anno, l'imposta di bollo (pari ad euro 1,81). Il Collegio Abf di Roma ha rilevato che: “ 6) *Orbene considerato che il contratto oggetto di contesa è stato stipulato il 28.08.2012, le disposizioni di trasparenza vigenti ratione temporis prevedevano, al par. 4.2.4., che “Il TAEG è comprensivo degli interessi e di tutti i costi, inclusi gli eventuali compensi di intermediari del credito, le commissioni, le imposte e tutte le altre spese che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui il finanziatore è a conoscenza, escluse le spese*

notarili. Nel TAEG sono inclusi i costi, di cui il finanziatore è a conoscenza, relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito e obbligatori per ottenere il credito o per ottenerlo alle condizioni offerte”. 7) Inoltre, le regole di dettaglio applicabili per il calcolo del TAEG risultano essere state quelle specificate all'allegato 5C alle “Disposizioni di Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari [...]” (successivamente sostituito dal nuovo allegato 5B, introdotto con provvedimento del Governatore del 28.03.2013), introdotto con provvedimento del Governatore del 09.02.2011, il quale prevedeva – al relativo punto II, lett. d) – che ai fini del calcolo del TAEG “se non è stabilito un calendario per il rimborso si presume che: i) il credito sia fornito per un periodo di un anno; ii) il credito, comprensivo di capitale e interessi, sarà rimborsato in dodici rate mensili di uguale importo”. Specifiche precisazioni in merito sono state fornite dalla stessa Banca d'Italia in risposta alle “Domande frequenti sul provvedimento del 29 luglio 2009 e successive integrazioni”, nella relativa Sez. 10.3.3, lett. i), è indicato infatti che “Il TAEG relativo alle carte di credito revolving – per le quali non sia predeterminabile né la durata del credito, né l'importo dei singoli rimborsi, essendo solamente prestabilita la periodicità con cui il cliente dovrà versare le rate minime – va calcolato secondo l'ipotesi di cui alla lett. d) dell'allegato 5C alle Disposizioni” suddette. 8) Proprio tali circostanze risultano ricorrere anche nel caso di specie, in cui le parti hanno infatti stipulato un contratto di “apertura di credito revolving a tempo indeterminato”, secondo cui il credito erogato deve essere rimborsato in rate mensili di cui è stabilito l'importo minimo (Euro 33,00), ma il cui importo effettivo può variare in funzione della misura e frequenza degli utilizzi e nel caso di utilizzi d'importo superiore ad Euro 77,47, da cui consegue l'applicazione dell'imposta di bollo su ogni estratto conto mensile. 9) Con riguardo all'applicazione dell'imposta di bollo nel calcolo del TAEG, vale innanzitutto ricordare che ai sensi del D.P.R. n. 642 del 26.10.1972 (art. 13, co. 2, della Tariffa allegata) erano soggetti all'imposta di bollo (pari a L. 2500) a “Estratti di conti, nonché lettere ed altri documenti di addebitamento o di accredito di somme, portanti o meno la causale dell'accrédito o dell'addebitamento e relativi benestari quando la somma supera L. 150.000 per ogni esemplare”. 10) Ciò posto, come pure indicato dalla Banca d'Italia nelle suddette risposte alle “Domande frequenti sul provvedimento del 29 luglio 2009 e successive integrazioni”, con riguardo all'inclusione nel calcolo del TAEG di costi relativi a imposte nel caso di carte di credito revolving deve osservarsi il principio che “nell'impossibilità di prevedere in fase precontrattuale quanto verrà utilizzata la carta dal consumatore, si ritiene applicabile il medesimo criterio [...] ivi ...] descritto per il calcolo del TAEG negli annunci pubblicitari”, pertanto deve prendersi in considerazione “il dato medio degli oneri applicati dal finanziatore in relazione alla carta revolving o un altro dato che sia rappresentativo, fermo restando l'obbligo di illustrare con chiarezza nell'annuncio le ipotesi di calcolo impiegate e di adottare le procedure organizzative ai sensi della sezione XI che assicurino la correttezza del calcolo. Perché un dato possa essere considerato rappresentativo va valutato se esso riflette la modalità di invio che è stata scelta o, in caso di prodotti nuovi, che verrà presumibilmente scelta dalla maggior parte dei clienti, in modo da far ragionevolmente ritenere che la clientela cui è rivolto l'annuncio sceglierà la medesima modalità di invio”.

Il Collegio ha rilevato quindi che, in corretta applicazione delle indicazioni di cui alla lett. d) dell'All. 5C delle citate “Disposizioni di trasparenza” della Banca d'Italia, e segnatamente sviluppando un piano di ammortamento su 12 rate, applicando la “spesa mensile di gestione pratica” e l'imposta di bollo su base

annuale, il TAEG effettivo del contratto in questione risulterebbe pari a 18,32% a fronte, come detto, di un TAEG indicato in contratto pari a 17,85%.

In particolare ha evidenziato che, tale differenza rispetto al TEAG calcolato dalla resistente e indicato in contratto non deriverebbe da diverse modalità di computo della “spesa mensile di gestione pratica” e dell’imposta di bollo – risultando infatti valida, in quanto aderente al dettato normativo, l’impostazione seguita al riguardo dalla resistente), bensì dal fatto che un piano d’ammortamento di 12 rate mensili di pari importo in grado di rimborsare l’importo finanziato non può avere una rata di importo di Euro 33,00 (come indicato in contratto e come presente nella simulazione prodotta dalla resistente che ha erroneamente si sviluppa su 44 rate mensili) bensì di Euro 98,77, pari a quanto sostenuto dal ricorrente.

Al fine del computo del suddetto TAEG del 18,32% è stata altresì inserita due volte la voce relativa all’imposta annua, per ricomprendere anche la prima comunicazione periodica. La risultate differenza tra il TAEG indicato in contratto, pari al 17,85%, e quello come sopra calcolato, pari al 18,32%, è quindi pari a 0,47 punti percentuali e pertanto superiore alla soglia massima dello 0,20% degli eventuali scostamenti tra TAEG contrattuale e TAEG effettivo individuata come tollerabile – a prescindere dalle cause che vi abbiano dato luogo – secondo i consolidati orientamenti formulati dai Collegi di questo Arbitro in coerenza con una “interpretazione in chiave sostanzialistica della normativa di trasparenza contenuta nel t.u.b., alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’UE^[1]

In ragione della rilevata sostanziale e non trascurabilmente difformità tra il TAEG indicato nel contratto in questione e il relativo TAEG effettivo come sopra calcolato, il Collegio ha ritenuto che la domanda del ricorrente è meritevole di accoglimento. Il Collegio, pertanto ha accertato la nullità della clausola relativa al TAEG e dispone che l’intermediario ridetermini il piano di ammortamento – ai sensi della disciplina vigente all’epoca della stipula del contratto – e restituisca alla parte ricorrente l’eccedenza percepita, maggiorata degli interessi legali da calcolarsi con riferimento alle date dei singoli incassi.

^[1] cfr. Corte di Giustizia UE, Sez. III, 9 novembre 2016, in causa C-42/15) (in tal senso cfr. ABF, Collegio di Roma, decisioni n. 13791/2019, n. 2203/2019, n. 1396/2019 e n. 7312/2018).

[Qui la decisione](#)

La fattispecie del “Man in the Browser”.

Nota a ABF, Collegio di Roma, 27 giugno 2022, n. 9866.

A cura dell'Avv. Biagio Campagna

Il MITB è una sottospecie del più ampio fenomeno del “*Man in the middle*”, ossia una minaccia informatica che permette al cybercriminale di intercettare e manipolare il traffico internet che l'utente crede privato e protetto. Nello specifico, l'hacker si mette letteralmente “nel mezzo” tra due entità: il cliente (l'utente), ed un *server* o un *router*, riuscendo non solo ad intercettare i messaggi inviati e ricevuti, ma anche a modificarli.

A livello giuridico, la più significativa definizione del MITB è stata fornita dal Collegio di Coordinamento dell'ABF in data 26/10/2012, con la Decisione n. 34983. Nello specifico, il fenomeno viene descritto come l'interposizione che questo genere di malware è in grado di operare fra il sistema centrale dell'intermediario (banca) e quello del singolo cliente. Come testualmente si legge nella decisione: «*Nella sua massima espressione di efficienza aggressiva, il programma malevolo, una volta annidatosi in un certo numero di computer, genera quella che in gergo suole definirsi una botnet, ossia per l'appunto una rete di macchine egualmente infettate dallo stesso virus. Il malware – riconducibile alla più ampia categoria dei cc.dd. trojan (“cavalli di Troia”) e dotato di sofisticate capacità di elusione dei migliori antivirus – si annida in modo silenzioso nel computer della vittima senza creare alcun malfunzionamento o alterazione del sistema tali da attrarre l'attenzione dell'utente. Il malware resta completamente “in sonno” attivandosi solo nel momento in cui l'utente si colleghi ad un sito finanziario compreso fra quelli che il programma abbia posto nel mirino (targeted banks). In quel preciso istante il malware “si risveglia” ed entra in azione captando il collegamento dell'utente e propinandogli una pagina-video esattamente identica a quella che l'utente è abituato a riconoscere in sede di accesso regolare al sito del proprio intermediario. L'unica differenza, obiettivamente impercettibile ad un pur scrupoloso utente, è la stringa di descrizione della pagina che, a differenza di quella originale, reca un prefisso di accesso (c.d. protocollo di trasferimento ipertestuale, Hyper Text Transfer Protocol) “http” e non già “https” (dove la “s” finale sta per secured, protetto). Ignaro dell'intervenuta sostituzione della pagina, l'utente è indotto a ritenere di trovarsi nel normale ambiente sicuro in cui normalmente egli opera.»*

Successivamente, il malware attiva una finestra a modulo, che pare sempre di provenienza dal sito della banca in cui l'utente crede di operare, ove è richiesta una conferma di sicurezza con l'invito a compilare i campi del modulo con le proprie credenziali ed il codice OTP (one time password) generato dal token: procedura che gli intermediari talvolta attivano per ulteriori verifiche di sicurezza, soprattutto quando l'accesso ai servizi di home banking avvenga da un indirizzo IP diverso da quello abituale e riconosciuto dal sistema informatico bancario; il che rafforza nel cliente il convincimento della piena regolarità della situazione.

L'utente compila così i campi del modulo fittizio predisposto dal malware, il quale ha così modo di attuare la captatio di tutti i codici di autenticazione e di utilizzarli in tempo reale; nel mentre, l'utente viene ulteriormente ingannato da un messaggio di attesa che, pochi minuti dopo, si conclude con la comunicazione

dell'impossibilità di procedere all'operazione e ritentare più tardi. A questo punto, l'hacker ha libero accesso al servizio online del cliente (ancora) ignaro della truffa e conseguente potere di disporre operazioni di pagamento urgenti a terzi soggetti complici, i quali, a loro volta, adotteranno altre strategie per nascondere i capitali indebitamente sottratti.

Il Collegio ABF di Roma, – decisione n. 9866 del 27 giugno 2022 – nel valutare il comportamento dell'intermediario alla luce del principio della diligenza professionale desumibile dall'art. 1176, comma 2, c.c., preliminarmente afferma che va osservato che con particolare riferimento all'attività bancaria e finanziaria, anche tenuto conto dei rilevanti interessi, sia individuali sia generali, a essa sottesi, il principio generale della responsabilità professionale ha tra l'altro trovato una particolare specificazione con riguardo all'utilizzazione di servizi e strumenti con funzione di pagamento che si avvalgono di mezzi elettronici.

Ciò alla luce della disciplina del d. lgs 27 gennaio 2010, n. 11, attuativo della direttiva 2007/64/Ce relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, la quale prevede una serie di obblighi e oneri, anche sotto il profilo della ripartizione della prova in caso di operazioni non autorizzate, a carico tanto dell'intermediario, quanto dell'utilizzatore dei servizi di pagamento. È stato pertanto riconosciuto il principio secondo il quale la possibilità di comportamenti fraudolenti nell'effettuazione di operazioni di pagamento attraverso strumenti di pagamento, purché non riconducibile a frode, dolo o colpa grave dell'utente, va ricondotta all'area di rischio professionale dei prestatori dei servizi di pagamento^[1].

Nel caso trattato dal collegio romano, l'art. 10 del d. lgs n. 11/2010 dispone che *“qualora l'utente di servizi di pagamento neghi di aver autorizzato un'operazione di pagamento già eseguita o sostenga che questa non sia stata correttamente eseguita, è onere del prestatore di servizi di pagamento provare che l'operazione di pagamento è stata autenticata, correttamente registrata e contabilizzata e che non ha subito le conseguenze del malfunzionamento delle procedure necessarie per la sua esecuzione o di altri inconvenienti”* (comma 1). Con la precisazione che *“quando l'utente di servizi di pagamento neghi di aver autorizzato un'operazione di pagamento eseguita, 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”,* compreso tra l'altro quello di *“utilizzare lo strumento di pagamento in conformità con i termini”* contrattuali *“che ne regolano l'emissione e l'uso”* (art. 7, comma 1 lett. a), essendo in ogni caso *“onere del prestatore di servizi di pagamento (...) fornire la prova della frode, del dolo o della colpa grave dell'utente”* (comma 2).

Il Collegio ABF di Roma, rileva che queste norme applicate al caso di specie implicano che alla ricorrente non può essere imputata una colpa grave per il solo fatto che l'operazione fraudolenta sia stata comunque realizzata nonostante il regolare accesso al servizio di home banking. Conseguentemente, non è neppure consentito far risalire la sua colpa grave a una mancata protezione adeguata dei sistemi informatici impiegati per collegarsi via web alla banca.

Posto che, nel caso di specie l'operazione di pagamento sembra essere stata autenticata, correttamente registrata e contabilizzata, il Collegio rileva che va verificato se l'intermediario ha altresì provato che l'operazione contestata *“non ha*

subito le conseguenze del malfunzionamento delle procedure necessarie per la sua esecuzione o di altri inconvenienti”.

L'art. 10, comma 2, d. lgs n. 11/2010 prevede che è onere dell'intermediario “fornire la prova della frode, del dolo o della colpa grave dell'utente”, senza che ciò possa essere presunto dal mero fatto dell'utilizzo “di uno strumento di pagamento registrato dal prestatore di servizi di pagamento”.

Nel caso in esame il Collegio romano ha rilevato che la truffa sia stata realizzata attraverso l'impiego di *software* malevoli inseriti nel computer della ricorrente in grado di sovrascrivere i dati inseriti nella pagina web dell'home banking dell'intermediario (fattispecie del c.d. *man in the browser o man in the middle*).

Infatti, dalla produzione documentale non emergono indici di anomalie o tentativi falliti nel compimento dell'operazione contestata. Inoltre, la circostanza che l'operazione sconosciuta risulti essere stata disposta dall'indirizzo IP solitamente utilizzato da parte ricorrente può essere considerato un indice della sussistenza di una frode rientrante nella fattispecie in questione (v. Collegio di Roma, decisione n. 24271/2019).

Ancora, secondo l'orientamento del Collegio [2] questo tipo di frode ricorre in genere qualora l'ordine riepilogativo del pagamento e la distinta di bonifico siano riconducibili alla stessa operazione in ragione del medesimo codice identificativo. Nel caso in essere è vero che il documento riepilogativo della disposizione di pagamento prodotto dalla ricorrente non contiene alcun codice identificativo che ne possa permettere il confronto con quello contenuto nella distinta di bonifico.

Tuttavia, a favore dell'ipotesi che si tratti della stessa operazione depongono sia il fatto che l'orario della disposizione di pagamento (11:17:51) indicato nella distinta contenente l'IBAN “corretto” coincida con quanto risultante dai log prodotti dall'intermediario; sia quello che la distinta riportante l'IBAN corretto riporti altresì la dicitura “stato distinta: acquisita da banca”.

Il Collegio quindi, ha sancito che l'intermediario va dunque considerato giuridicamente responsabile delle conseguenze dannose subite dalla ricorrente per i fatti controversi e va riconosciuto il diritto di quest'ultima a vedersi rimborsata la somma sottratta in seguito all'attacco del malware.

Infine è bene precisare ed inquadrare la differenza di casistica tra il classico *phishing* e il MITB.

Il MITB, infatti, viene sovente descritto come un *software* particolarmente insidioso che, a differenza di altre fattispecie “classiche” (*phishing*), dove l'aggiramento dei presidi informatici di sicurezza e la circonvenzione del cliente avvengono attraverso metodi ormai più che noti che il cliente, mediamente diligente, è oggettivamente in grado di schivare, diversamente, nel MITB l'appropriazione indebita dei codici di sicurezza personali dell'utente avviene attraverso un meccanismo più subdolo, in grado di sorprendere la buona fede anche di un pur normalmente attento fruitore del servizio.

In questi casi, stando alla decisione “madre” del collegio di Coordinamento dell'ABF n. 3498/2012 per quanto sia innegabile che l'utente, cadendo nella trappola informatica, collabori indirettamente all'esecuzione della frode, il MITB è una fattispecie da tenere ben distinta dai casi di *phishing*.

Nel *phishing*, infatti, l'utente è vittima di una “colpevole credulità”, in quanto comunica le proprie credenziali di autenticazione al di fuori del circuito operativo

dell'intermediario, abbozzando a forme di truffa ormai note anche ai non esperti della materia, non tenendo conto anche delle abbondanti campagne preventive adottate dagli istituti bancari in tema di cybercrimes.

Spesso, infatti, le *e-mail* truffaldine appaiono redatte usando un linguaggio maccheronico o comunque con evidenti errori nel lessico o addirittura nel logo della banca.

Nel MITB, invece, il subdolo congegno di infezione si attua attraverso “*un sofisticato metodo di intrusione caratterizzato da un effetto sorpresa capace di spiazzare l'utilizzatore, grazie alla perfetta inserzione nell'ambiente informatico originale e nella correlata simulazione di un messaggio che a chiunque non potrebbe apparire che genuino, posto che l'unica differenza consta nell'acronimo del protocollo di trasferimento, individuato come un normale http e non già come un https protetto*”.

Va da sé che una simile variazione, che compare solo nella stringa di intestazione della video – schermata, mischiata ad almeno cinquanta o sessanta ulteriori caratteri, barre e altri segni di punteggiatura informatica, sfugge normalmente all'attenzione di chiunque si accosti ad una pagina della rete e più che mai sfugge a chi si accosti alla pagina di un sito bancario per compiere un'operazione.

[1] V. i principi espressi in Cass. n. 2950/2017; v. anche Cass. 5 luglio 2019, n. 18045; v. ABF, Collegio di Coordinamento, n. 3498/2012.

[2] Cfr. ABF, Collegio di Roma, n. 622/2020.

Vaglia ordinario: ammortamento e prescrizione.

Nota a ABF, Collegio di Milano, 8 luglio 2022, n. 10290.

Massima redazionale

Oggetto della recente decisione è il diritto del ricorrente a ottenere il rimborso della provvista di un vaglia ordinario, non riscosso, perché andato distrutto. La materia è regolata dall'art. 6 del DPR n. 144/2001 che, ai commi 3 e 4, stabilisce che *“Il credito incorporato nel vaglia postale si prescrive il 31 dicembre del secondo anno successivo a quello di emissione”* e che *“Ai vaglia postali si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni applicabili all'assegno circolare”*. A sua volta l'art. 49, comma 9, del D.lgs. n. 231/2007 prevede che *“Il richiedente di assegno circolare, vaglia cambiario o mezzo equivalente, intestato a terzi ed emesso con la clausola di non trasferibilità, può chiedere il ritiro della provvista previa restituzione del titolo all'emittente”*.

Secondo i precedenti sia della giurisprudenza arbitrale che della Corte di Cassazione la restituzione del titolo non è necessaria, decorso il periodo di prescrizione, perché *“il portatore non può esercitare l'azione causale se non offrendo al debitore la restituzione della cambiale”*. Nella giurisprudenza di legittimità è orientamento condiviso quello per cui la prescritta restituzione del titolo, da parte del portatore che intende esercitare l'azione causale, sia volta a evitare per il debitore il rischio di incorrere in un doppio pagamento^[1]. Pertanto, come detto, *“il creditore è dispensato dall'onere di riconsegnare il titolo o di provare che tale rischio non sussiste qualora l'azione cambiaria sia prescritta ovvero il titolo non sia più utilizzabile ai fini del pagamento”*^[2].

In tema di assegno circolare, la Cassazione ha affermato che, qualora un assegno circolare non sia stato effettivamente riscosso dal beneficiario, il diritto al rimborso della provvista, da parte di colui che ne abbia richiesto l'emissione, si prescrive nell'ordinario termine decennale, decorrente dal momento in cui può essere fatto valere e che tale momento vada individuato nella scadenza del termine di tre anni di prescrizione dell'azione del beneficiario dell'assegno contro la banca emittente, *ex art. 84, comma 2, l. ass.*^[3].

Di talché, *“Una simile lettura è del resto confermata dall'art. 1, comma 345-ter, l. 23 dicembre 2005, n. 266, che, nel prevedere il versamento al fondo costituito per indennizzare i risparmiatori rimasti vittime di frodi finanziarie degli assegni circolari non riscossi entro il termine di prescrizione di cui all'art 84, comma 2, l. ass., lascia “impregiudicato nei confronti del fondo il diritto del richiedente l'emissione dell'assegno circolare non riscosso alla restituzione del relativo importo. In virtù dei principi generali in materia di diritto cartolare sopra richiamati, deve pertanto ritenersi che il richiedente di un vaglia postale (assimilato all'assegno circolare e al vaglia cambiario), il quale domandi all'emittente il ritiro della provvista, sia esonerato dalla restituzione del titolo ogniqualvolta tale restituzione non risulti funzionale ad evitare il rischio per l'emittente di incorrere in un doppio pagamento”*^[4].

Nella specie, risulta dal modulo di richiesta di emissione del titolo, che il vaglia è stato emesso il 28.01.2019. Pertanto, ai sensi del richiamato art. 6, comma 4, del D.P.R. n. 144/01, la prescrizione del credito in esso incorporato si è compiuta il

31.12.2021, come indicato dall'intermediario nella risposta al primo reclamo di parte ricorrente. Peraltro, secondo quanto riferito da parte ricorrente, il titolo non è stato incassato dal beneficiario nel termine di prescrizione ed è stato smarrito da quest'ultimo prima del decorso del termine di prescrizione per richiedere l'incasso del titolo. È vero che non vi è agli atti una denuncia di smarrimento, ma è dirimente il rilievo che *“nel caso di specie, il credito incorporato nel titolo di credito per cui è causa (vaglia postale) si è prescritto e che, dunque, il beneficiario del medesimo non potrebbe in alcun modo pretendere legittimamente il pagamento da parte dell'intermediario resistente”* [5], e, quindi, non sussiste più il rischio per l'emittente di incorrere in un doppio pagamento.

[1] Cfr. Cass. 17.05.2007, n. 11513; Cass. Civ., Sez. Un., 25.05.1984, n. 3221.

[2] V. *ex multis* Cass. 29.07.2002, n. 11175; Cass. Civ., Sez. Un., 25.05.1984, n. 3221.

[3] Così Cass. 12.03.2018, n. 5889.

[4] Cfr. ABF, Collegio di Roma, n. 23399/2021; ABF, Collegio di Roma, n. 19323/2019.

[5] Così ABF, Collegio Milano, n. 6241/2013.

[Qui la decisione](#)

Sui danni da cancellazione tardiva dell'ipoteca.

Nota a ABF, Collegio di Bologna, 14 luglio 2022, n. 10528.

Massima redazionale

Con riferimento alla richiesta di cancellazione dell'ipoteca, il Collegio bolognese evidenzia che l'intermediario abbia versato in atti evidenza a dimostrazione dell'avvenuta liberazione dell'immobile dalla garanzia, conseguendone la cessazione della materia del contendere. Ciò posto, parte ricorrente avanza, in via subordinata, richiesta di risarcimento del danno conseguente alla tardiva cancellazione dell'ipoteca, in ragione della condotta negligente della Banca, che non avrebbe provveduto a assolvere un obbligo cui era tenuta per legge. Gli istanti identificano il danno subito nel non avere potuto accedere a finanziamenti ai *“tassi di interesse favorevoli che vi erano nel 2021”*, dapprima chiedendone la liquidazione in via equitativa, salvo poi quantificare il pregiudizio in 400,00 euro in sede di repliche. A supporto di tale pretesa, i ricorrenti allegano lo scambio di email intercorso con l'intermediario resistente e che, a loro dire, dimostrerebbe il comportamento negligente di quest'ultimo, limitatosi a sostenere la responsabilità di uffici differenti dalla filiale di riferimento.

Parte resistente afferma che la mancata cancellazione dell'ipoteca non sia stata causata da un comportamento negligente, ma da un'anomalia nei flussi informativi, legata a un errore nell'originaria nota di iscrizione dell'ipoteca, successivamente corretto dal notaio rogante. La convenuta aggiunge, inoltre, che lo scambio di email prodotto da controparte, lungi dal comprovare quanto asserito, provi la volontà di collaborare manifestata dalla filiale di riferimento, nonché dimostri il ritardo con cui il professionista incaricato da controparte abbia fornito la documentazione richiesta.

Per quanto attiene ai danni patrimoniali, parte ricorrente non ha prodotto alcuna evidenza relativa al nocumento subito; ne consegue che, gravando sul cliente l'onere di provare le circostanze dedotte e allegare a fondamento delle proprie richieste e, al contempo, non avendo adempiuto al suddetto onere, la domanda risarcitoria, relativamente ai danni asseritamente patiti, non possa essere accolta.

[Qui la decisione](#)

Sul danno (patrimoniale e non patrimoniale) da segnalazione illegittima in SIC.

Nota a ABF, Collegio di Palermo, 27 luglio 2022, n. 11256.

Massima redazionale

Con specifico riferimento alla prova del danno patrimoniale e del danno non patrimoniale, con la recente decisione in oggetto, il Collegio palermitano riafferma il principio per cui *“nell’ipotesi di segnalazione illegittima, spetta al cliente il risarcimento del danno patrimoniale, la cui sussistenza ed entità egli sia in grado di dimostrare, nonché del danno non patrimoniale, la cui sussistenza non è in re ipsa, ma deve essere provata anche facendo ricorso a presunzioni semplici e a nozioni di comune esperienza; in tal caso si potrà ricorrere alla liquidazione equitativa ma rimane onere della parte ricorrente indicare al Collegio idonei elementi di valutazione”*.

[Qui la decisione](#)

Limite decennale ex art. 119 TUB e onere della prova (documentale).

Nota a ABF, Collegio di Bologna, 26 agosto 2022, n. 11927.

Massima redazionale

Il Collegio bolognese ritiene che la doglianza di parte ricorrente sia fondata. Invero, in primo luogo, puntualizza l'irrilevanza del limite decennale di conservazione della documentazione bancaria (nella specie, ex art. 119 TUB) ai fini della ripartizione dell'onere probatorio nei rapporti di diritto sostanziale tra la banca e il cliente. In base ai principi generali sulla ripartizione dell'onere della prova e, in particolare, all'art. 2697, secondo comma, c.c., a fronte dell'allegazione del creditore circa l'inadempimento dell'obbligazione (il cui titolo sia stato provato), spetta al convenuto provare il fatto modificativo od estintivo di quel diritto, ed in particolare che il buono è stato legittimamente oggetto di rimborso (atteso che l'adempimento è il modo estintivo e satisfattivo per definizione: *tollitur autem obligatio praecipue solutione eius quod debetur*).

Sul punto parte resistente si limita, precisando di non possedere più il duplicato del titolo rimborsato, a produrre la sopra richiamata sequenza di registrazioni, che, tuttavia, il Collegio reputa inidonea a costituire prova sufficiente atteso che manca proprio e specificatamente evidenza del fatto che l'ultima corrisponda alla riscossione.

In conclusione, trascorso il termine previsto dall'art. 119 TUB, può ritenersi cessato l'obbligo di conservazione della documentazione e dunque sussistente la possibilità per gli intermediari di inviare al macero i Buoni rimborsati, tuttavia da ciò, come sopra visto, non può desumersi un mutamento dell'onere probatorio ex art. 2697, secondo comma, c.c. e, pertanto l'onere a tal fine di conservare tutta la documentazione idonea a provare l'avvenuta estinzione del credito, con conseguente, solo in tal caso, possibilità di sottrarsi alla pretesa di rimborso del legittimo intestatario del buono.

Ne consegue, nel caso di specie, il diritto del ricorrente al rimborso del buono fruttifero attenzionato e, conseguenzialmente, la fondatezza della pretesa risarcitoria avanzata dai ricorrenti.

[Qui la decisione](#)

Accesso alla documentazione bancaria e limite decennale dell'art. 119 TUB: la recente decisione del Collegio ABF di Torino.

Nota a ABF, Collegio di Torino, 9 settembre 2022, n. 12151.

[di Giorgio Zingarello](#) – Studio Legale Greco Gigante & Partners

Nel caso di specie, il Collegio torinese ritiene che la doglianza di parte ricorrente sia fondata.

Parte ricorrente chiede all'intermediario resistente copia integrale della relativa documentazione contrattuale e bancaria e, in particolare, copia delle movimentazioni, con relativi saldi mensili e/o trimestrali, sia della carta di credito sia del primo conto corrente di addebito della carta di credito revolving, sia del secondo conto corrente; tutte richieste alle quali l'intermediario dà riscontro solo parzialmente, impedendole, secondo l'attrice, di verificare ab origine la correttezza degli addebiti riferiti all'utilizzo della carta di credito.

Nel caso di specie, il Collegio torinese è investito del potere di statuire se il limite decennale di cui all'art. 119 TUB sia o meno applicabile anche agli estratti conto. A tal riguardo, è doveroso partire dal dettato normativo ex art. 119 comma 4, TUB, secondo il quale *“il cliente, colui che gli succede a qualunque titolo e colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni hanno diritto di ottenere, a proprie spese, entro un congruo termine e comunque non oltre novanta giorni, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni”*.

Snodo cruciale è la pronuncia del Collegio di Coordinamento^[1], chiamato a dirimere una diatriba interpretativa sulla riconducibilità degli estratti conto nell'alveo della nozione di *“documentazione inerente le singole operazioni”* ex art. 119 comma 4 TUB.

Nella succitata decisione, il Collegio afferma l'applicabilità estensiva dell'art. 119, comma 4, TUB, e del limite decennale agli estratti conto evidenziando che *“ove il correntista abbia ommesso di conservare gli estratti conto che ha periodicamente ricevuto o sia rimasto inerte nel richiederne copia per tutto l'arco temporale in cui la banca è obbligata a tenerla a sua disposizione, non v'è motivo di giustificare l'estensione di tale documentazione – che, in definitiva, costituisce un duplicato di quella già inviataagli – oltre il limite decennale imposto dalla norma di che trattasi”*; non appare corretto ritenere, in assenza di uno specifico richiamo normativo o di un fondato appiglio, che gli estratti conto rientrino tra i documenti contrattuali ex art. 117 TUB, in quanto *“altro non sono che la rappresentazione sintetica di una pluralità di singole operazioni”*, piuttosto che un documento di sintesi.

L'orientamento del massimo consesso della giurisprudenza arbitrale è confermato dallo stesso un anno dopo^[2] e risulta conforme alla più recente giurisprudenza di legittimità, nella quale si stabilisce che, in virtù dell'art. 119, comma 4, il cliente, o il diverso soggetto a ciò legittimato, *“ha diritto di ottenere copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni”*.

Nel caso di specie, il Collegio accoglie parzialmente il ricorso enunciando il principio di diritto, secondo il quale *“il diritto del titolare di un conto corrente bancario ad avere copia dei relativi estratti è limitato al periodo degli ultimi dieci anni”*; sulla base

del suesposto principio e della normativa richiamata, il cliente avrebbe diritto ad ottenere gli estratti conto a partire dal 19/11/2011, mentre per quelli precedenti sull'intermediario non grava alcun obbligo di conservarli e quindi di consegnarli.

[1] Il riferimento è a ABF, Collegio di Coordinamento, 22.06.2021, n. 15404.

[2] Il riferimento è a ABF, Collegio di Coordinamento, 3.5.2022, n. 6887.

[Qui la decisione](#)

Moratoria dei finanziamenti ai sensi dell'art. 56 D.L. n. 18/2020 e violazione obblighi informativi: la nuova decisione del Collegio ABF di Roma.

Nota a ABF, Collegio di Roma, 14 settembre 2022, n. 12211.

[di Alessio Buontempo](#) – Dottore in Giurisprudenza

La controversia sorge a seguito di ricorso presentato dal titolare di un mutuo, il quale nel mese di maggio 2020 ha ottenuto ai sensi della normativa emergenziale Covid-19, art. 56 d.l. 18/2020, la sospensione fino al giugno 2021 del pagamento delle rate del prestito. Il reclamo concerne la paventata illegittima applicazione da parte dell'Intermediario di "interessi di sospensione" al nuovo piano di ammortamento. In particolare il Ricorrente contesta che sul modulo sottoscritto a maggio 2020 non vi era alcuna previsione sull'aumento dell'importo delle rate al termine del periodo di sospensione, ricevendo solo a giugno 2021 una proposta ad opera dell'Intermediario sulla estensione della moratoria sino al dicembre 2021 avvertendolo inoltre dell'aumento delle rate, tanto che non venne poi accettata. La richiesta al Collegio è di ripristino delle quote di ammortamento originarie.

In sede di controdeduzioni l'Intermediario eccepisce, preliminarmente la mancanza di un reclamo da parte del Ricorrente, affermando che questo abbia allegato al ricorso una *e-mail* avente ad oggetto meri chiarimenti e non tale da costituire reclamo. In secondo luogo viene eccepito che il Ricorrente abbia proposto una domanda avente ad oggetto un *facere* infungibile, che come tale esula dalle competenze dell'Arbitro. L'intermediario afferma la legittimità delle nuove rate ricalcolate sulla base degli interessi da sospensione, e chiede al Collegio di dichiarare inammissibile, ovvero in subordine di rigettare il ricorso.

Il Collegio esamina la preliminare questione del reclamo, in considerazione che le *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari* emanate dalla Banca d'Italia richiedono che "Il ricorso all'ABF è preceduto da un reclamo preventivo all'intermediario", integrato da "ogni atto con cui un cliente chiaramente identificabile contesta in forma scritta (es. lettera, fax, e-mail) all'intermediario un suo comportamento anche omissivo", ritenendo che aldilà delle espressioni letterali utilizzate possono essere considerate quale reclamo ai sensi delle disposizioni suddette sia le email che le successive comunicazioni inviate all'Intermediario, in quanto questo viene in modo sostanziale diffidato a risolvere la questione oggetto del ricorso. Su tale censura il ricorso risulta ammissibile.

Per quanto concerne la seconda questione preliminare sulla competenza del Collegio, in effetti quest'ultimo cita una disposizione ABF ove si desume che "all'ABF possono essere sottoposte tutte le controversie aventi ad oggetto l'accertamento di diritti, obblighi e facoltà", si ritiene infatti che la domanda del ricorrente abbia piuttosto ad oggetto una violazione delle disposizioni emergenziali ad opera dell'Intermediario e quindi una violazione dei canoni di correttezza in esecuzione del rapporto, ponendosi così una questione di mero accertamento.

Sulla disapplicazione degli interessi di sospensione il Ricorrente afferma un suo diritto alla disapplicazione in quanto desumibile direttamente dalla disposizione di

cui all'art. 56 del Decreto Cura Italia che impedirebbe all'Intermediario di eseguire la sospensione addebitando nuovi oneri al debitore, e tanto più senza una preventiva informazione. Rilevante è la lett. c) comma 2 della suddetta disposizione ove si prevede che "per i mutui e gli altri finanziamenti a rimborso rateale, anche perfezionati tramite il rilascio di cambiali agrarie, il pagamento delle rate o dei canoni di leasing in scadenza prima del 30 settembre 2020 è sospeso sino al 30 settembre 2020" e in particolare che "il piano di rimborso delle rate o dei canoni oggetto di sospensione è dilazionato, unitamente agli elementi accessori e senza alcuna formalità, secondo modalità che assicurino l'assenza di nuovi o maggiori oneri per entrambe le parti"; alla luce di tale disposto l'applicazione degli interessi suddetti appare legittima, senonché tale ultima espressione secondo l'Arbitro costituisce una specificazione della clausola generale di correttezza e buona fede che secondo la giurisprudenza di legittimità richiamata dall'Arbitro deve presiedere tanto lo formazione del contratto, quanto l'esecuzione e interpretazione, accompagnandolo in ogni sua fase e in quanto operante sia sul piano dei comportamenti del debitore che del creditore, ponendo il dovere di una necessaria cooperazione dei contraenti alla realizzazione dell'interesse della controparte^[1].

Così dall'inciso "*per entrambe le parti*" se ne ricava come la dilazione non possa in nessun modo arrecare un pregiudizio alle aspettative dell'intermediario che ha fatto affidamento sul rientro di una somma computata in modo previsionale al momento specifico della erogazione del credito; e dalle stesse norme del Decreto Cura Italia si desume la loro *ratio* diretta a far fronte ad esigenze di liquidità delle imprese sulla cui attività ha impattato l'emergenza pandemica, ma al tempo stesso si pone la necessità di non generare pregiudizi per le banche finanziatrici.

Il Collegio, dunque, sulla censura sollevata dal Ricorrente della scarsa trasparenza adottata dall'intermediario nella gestione della pratica di sospensione, accerta la illegittimità del comportamento di quest'ultimo, in violazione degli obblighi informativi nei confronti del cliente durante le trattative volte alla concessione della sospensione del finanziamento, il quale si è limitato nella pratica di sospensione a richiamare le norme di legge senza far alcun cenno alla onerosità della sospensione e suoi contenuti economici. Consegnando inoltre il nuovo piano di ammortamento soltanto a seguito di specifica richiesta del Ricorrente in un secondo momento. Il collegio accerta l'illegittimità in quanto ritiene quest'ultima una condotta nel complesso contraria ai canoni di buona fede e correttezza, respingendo però il ricorso per il resto delle censure.

^[1] Così, Cass., 07.06.2006, n. 13345; Cass., 06.08.2008, n. 21250; Cass., 22.01.2009, n. 1618; Cass., 04.05.2009, n. 10182; Cass., 18.09.2009, n. 20106.

[Qui la decisione](#)

Lo scostamento tra TAEG pattuito e TAEG effettivamente applicato nei contratti di apertura di credito utilizzabili con carta di credito revolving.

Nota a ABF, Collegio di Bologna, 15 settembre 2022, n. 12280.

[di Sara Rescigno](#) – Tirocinante ACF

La controversia presa in esame attiene alla modalità di calcolo del TAEG in un contratto di apertura di credito a tempo indeterminato utilizzabile con carta di credito *revolving*. Nello specifico, parte ricorrente lamenta l'applicazione di un TAEG effettivo pari a 17,09326%, rispetto al TAEG indicato nel contratto pari a 16,65% e chiede – richiamando la violazione dell'articolo 117, comma 7 del TUB – la declaratoria di nullità della clausola contrattuale relativa alla determinazione del TAEG, nonché la condanna dell'intermediario alla restituzione delle somme versate in eccedenza.

Preliminarmente, in relazione all'eccezione di mancata corrispondenza tra reclamo e ricorso, l'intermediario resistente fa notare che parte ricorrente nel reclamo ha contestato la difformità del TAEG contrattuale da quello effettivo per il mancato inserimento delle sole sospese di invio dell'estratto conto, mentre nel ricorso quest'ultima ha aggiunto una nuova e diversa contestazione in ordine alla presunta difformità del TAEG per mancato inserimento dell'imposta di bollo e della commissione di prelievo ATM. Ciò premesso, il Collegio evidenzia che tale doglianza è infondata, nella misura in cui bisogna dare rilievo alla “congruità sostanziale” tra reclamo e ricorso [\[1\]](#) (nel caso di specie, data dalla contestazione di difformità tra TAEG indicato in contratto e TAEG effettivamente applicato), “in quanto è normale che le domande, già parzialmente avanzate in sede di reclamo, vengano precisate in sede di ricorso [\[2\]](#)”.

Nel merito, in relazione al calcolo del TAEG, parte ricorrente sostiene che l'applicazione della commissione di prelievo ATM (non indicata nel contratto) ha determinato – secondo quanto emerso dalla perizia prodotta – uno scostamento di 0,44326 punti percentuali del TAEG effettivo rispetto a quello originariamente pattuito. In proposito, il Collegio – dopo aver specificato che nel caso di specie non trova applicazione l'articolo 117 TUB, il quale si riferisce ai soli tassi e costi propriamente detti (tra i quali non può includersi l'ISC/TAEG, trattandosi di mero indicatore di trasparenza che consente al cliente di conoscere il costo effettivo del credito, la cui erronea indicazione non comporta un maggior costo del finanziamento, ma solo una errata rappresentazione del medesimo) – mette in risalto che dalla documentazione versata in atti, togliendo dal calcolo del TAEG la voce “*comm. Prelievo ATM*”, il TAEG risultante è superiore di soli 0,05 punti percentuali rispetto al TAEG originariamente previsto (pari a 16,65%). Sul punto, secondo gli orientamenti consolidati dei Collegi, sono da ritenersi tollerabili eventuali scostamenti marginali tra TAEG contrattuale e TAEG effettivo nella misura massima dello 0,20%, a prescindere dalle cause che vi abbiano dato luogo. Nel sostenere la propria argomentazione, inoltre, il Collegio richiama il principio di diritto [\[3\]](#) secondo cui, in riferimento alle convenzioni per il rilascio di carte di

credito *revolving*, tenuto conto della modalità di utilizzo della carta per acquisti quale quella più comunemente impiegata nel quadro di tale tipologia di contratto di credito, è legittima l'esclusione dal calcolo del TAEG della "commissione di anticipo contante", in quanto si presuppone che – in presenza di un contratto di credito che prevede diverse modalità di utilizzo con spese o tassi debitori diversi – l'importo totale del credito sia prelevato con la spesa e il tasso debitore più elevati applicati alla modalità di utilizzo più comunemente impiegata nel quadro di detto tipo di contratto di credito. Alla luce delle suindicate considerazioni, il Collegio rileva che tale voce di costo non era ancora applicabile al momento della conclusione del contratto *de quo*.

In merito alle altre voci di costo non inserite nel calcolo del TAEG, il Collegio riporta che, nel caso delle spese di invio dell'estratto conto, parte ricorrente non si è avvalsa della facoltà di ricevere l'estratto conto *online* senza pagare alcun costo, pur avendone la possibilità. In relazione all'imposta di bollo, invece, l'Arbitro ritiene di non poter procedere ad un ulteriore esame della domanda dal momento che parte ricorrente nel computo del TAEG non ha più inserito la voce di costo in questione.

In conclusione, il Collegio rigetta le pretese avanzate dalla parte ricorrente nei confronti dell'intermediario.

[1] *Ex multis*, Collegio di Palermo, n. 25431 del 2021.

[2] Cfr. Collegio di Milano, n. 2980 del 2013.

[3] Cfr. Collegio di Coordinamento n. 6856 del 2022.

[Qui la decisione](#)

Surroga di mutuo: obbligo di chiarezza e contenimento dei tempi di istruttoria della pratica.

Nota a ABF, Collegio di Bologna, 7 ottobre 2022.

Massima redazionale

Per quanto qui di interesse, il Collegio bolognese riafferma i principi statuiti nella decisione n. 6182/2013, laddove è stato valorizzato il diritto del cliente a ricevere indicazioni, anche se di carattere generale (in quanto applicazione di criteri elaborati per la generalità della clientela), ma pur sempre adeguatamente rapportate alle concrete circostanze individuali, circa le ragioni dell'eventuale diniego di credito; tale onere informativo lascia, naturalmente, impregiudicata la insindacabilità degli orientamenti dell'intermediario in ordine alla concessione del credito.

Le predette informazioni, nell'ambito del generale comportamento che la resistente deve tenere di trasparenza e correttezza, vanno poi rese tempestivamente, dovendosi escludere la riconducibilità ai predetti parametri, di informazioni rese con significativa rilassatezza di tempi; né, tantomeno, giova a escludere la responsabilità dell'intermediario, lo stillicidio comunicativo, giacché sei mesi per dare informazioni alla cliente (che, peraltro, all'fine, nemmeno riceve) sono da considerarsi significativamente eccessivi.

D'altro canto, nella specie non sembra esservi stato un diniego espresso da parte dell'intermediario, quanto piuttosto un prolungamento dei tempi di lavorazione della pratica, addirittura oltre i termini di efficacia della delibera interna con cui l'intermediario sembrava aver deciso nel senso della concedibilità del credito; successivamente, è intervenuto l'invito a "riavviare la pratica" e, dunque, a ricominciare un iter palesatosi ansiogeno per la ricorrente. Ciò detto, la richiesta di meri chiarimenti promossa dalla ricorrente, non può che leggersi come la richiesta di avere documentazione dell'iter collegato alla richiesta di mutuo in surroga. In particolare, informazioni adeguate circa la deliberazione interna di valutazione della istanza di mutuo, che la banca ammette di aver licenziato nel merito. Per vero, se non può imporsi alla banca l'ostensione della "delibera interna", giustadisposto di cui all'art. 119, comma 4, TUB, può essere imposto alla banca di dare esaurienti informazioni circa l'iter procedimentale adottato con le conseguenti decisioni finali, specie ove il ridetto iter sia durato svariati mesi e si sia concluso negativamente, ma per ragioni di ritardo interni alla resistente.

[Qui la decisione](#)

Sull'esclusione dell'efficacia preclusiva della quietanza liberatoria nei contratti di cessione del quinto.

Nota a ABF, Collegio di Milano, 7 ottobre 2022, n. 12997.

[di Biagio Campagna](#) – Avvocato

Il Collegio ABF di Milano è stato chiamato a pronunciarsi sulla fondatezza dell'eccezione principale, sollevata dall'intermediario resistente, in merito alla sottoscrizione da parte della ricorrente di una quietanza liberatoria con riferimento ad un contratto di cessione del quinto.

Si rileva che già il Collegio di Coordinamento aveva chiarito che l'efficacia liberatoria della quietanza è subordinata alla circostanza che contenga, da un lato, un preciso riferimento all'oggetto della rinuncia, vale a dire la determinazione quantitativa (ammontare) e causale (titoli delle voci non rimborsate) di ciò cui il cliente rinunciava; dall'altro, l'espressa volontà del dichiarante di non limitarsi a dare atto del pagamento ricevuto, ma di abdicare, con effetti estintivi, alla pretesa di ricevere le restanti somme da lui corrisposte a titolo di costi e dall'intermediario non restituite. In definitiva, per aversi una consapevole rinuncia, sono richieste *“l'esatta identificazione di una res litigiosa idonea a caratterizzare il coefficiente causale dell'atto” e “reciproche concessioni” da parte dei transigenti*^[1].

Più in particolare con essa, parte ricorrente, dichiarava, a fronte dei rimborsi ricevuti ed elencati nella medesima quietanza, di *“rinunziare alla corresponsione”*, da parte dell'intermediario, di somme di denaro ulteriori e di ritenersi *“pienamente soddisfatto in merito a quanto ricevuto [...] avendo beneficiato di un'equa riduzione del costo totale del credito”*.

Nella quietanza oggetto della controversia sono sì indicate le voci oggetto di rimborso, ma la rinuncia riguarda genericamente il rimborso, secondo il criterio proporzionale puro, di altri costi oltre quelli indicati che, tuttavia, non sono specificati nella loro determinazione quantitativa e causale.

Con riferimento a casi simili, l'orientamento prevalente del Collegio di Milano è nel senso di respingere l'eccezione dell'Intermediario^[2], orientamento che il Collegio ABF ha inteso confermare.

Del resto le dichiarazioni rese dal cliente – risolvendosi in mere formule di stile – non sembrano tali da soddisfare gli elementi richiesti dal Collegio di Coordinamento nella suddetta decisione ai fini del riconoscimento all'atto di quietanza dell'efficacia preclusiva propria dei negozi rinunciativi o transattivi. Esse, infatti, non contengono *“un preciso riferimento all'oggetto della rinuncia, vale a dire la determinazione quantitativa (ammontare) e causale (titoli delle voci non rimborsate) di ciò cui il cliente rinunciava”*. Non sembra peraltro che sia stata *“espressa in termini non equivoci la volontà del dichiarante di non limitarsi a dare atto del pagamento ricevuto, sebbene di abdicare, con effetti estintivi, alla pretesa di ricevere le restanti somme da lui corrisposte a titolo di costi e dall'intermediario non restituite”*^[3].

Nello stesso senso è orientata la Corte di Cassazione, la quale afferma che *“la quietanza liberatoria rilasciata a saldo di ogni pretesa deve essere intesa, di regola, come semplice manifestazione del convincimento soggettivo dell'interessato di essere soddisfatto di tutti i suoi diritti, e pertanto alla stregua di una dichiarazione di scienza priva di*

efficacia negoziale, salvo che nella stessa non siano ravvisabili gli estremi di un negozio di rinuncia o transazione in senso stretto, ove, per il concorso di particolari elementi di interpretazione contenuti nella stessa dichiarazione, o desumibili aliunde, risulti che la parte l'abbia resa con la chiara e piena consapevolezza di abdicare o transigere su propri diritti [4]. Quindi, l'atto sottoscritto dal ricorrente – non qualificandosi alla stregua di una rinuncia ovvero di un atto transattivo – non preclude il successivo avanzamento di pretese volte a conseguire un rimborso allo stesso titolo, ma di ammontare più elevato, ovvero un rimborso a titolo diverso, qualora alcune voci di costo non siano state riconosciute dal *solvens*.

Il principio è stato ribadito dalla Corte di Cassazione [5] la quale ribadisce che nella quietanza a saldo, per poter ravvisare gli estremi di un negozio di rinuncia o transazione in senso stretto, “è necessario che per il concorso di particolari elementi di interpretazione contenuti nella stessa dichiarazione, o desumibili aliunde, risulti che la parte l'abbia resa con la chiara e piena consapevolezza di abdicare o transigere su propri diritti” [6].

[1] Collegio di Coordinamento, decisione n. 8827/17.

[2] cfr. ex multis decisioni nn. 25574/21 e 25683/21.

[3] Per un’analoga conclusione, cfr. Collegio di Roma, decisione n. 10254 del 15/04/2019.

[4] Si veda in particolare, la pronuncia del 6 maggio 2015, n. 9120.

[5] Corte Cassazione sent. 18 settembre 2019, n. 23296 conforme ad App. Genova n. 360/2014.

[6] Cfr. Cass. 31 gennaio 2011 n. 2146, 15 settembre 2015, n. 18094 e 6 maggio 2015 n. 9120.

[Qui la decisione](#)

Utilizzi fraudolenti e invio di OTP a utenza associata a più dispositivi: la decisione del Collegio di Coordinamento dell'ABF.

Nota a ABF, Collegio di Coordinamento, 18 ottobre 2022, n. 13398.

Massima redazionale

Il Collegio di Coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF), con la recente decisione in oggetto, ha statuito il seguente principio di diritto:

«l'invio di una sola OTP all'utenza telefonica associata a più strumenti di pagamento è idoneo a costituire uno dei fattori di autenticazione forte del cliente che sono richiesti ai fini della modificazione di tale utenza telefonica.»

[Qui la decisione](#)

Piano di ammortamento e responsabilità precontrattuale dell'intermediario: la decisione del Collegio di Coordinamento dell'ABF.

Nota a ABF, Collegio di Coordinamento, 8 novembre 2022, n. 14376.

Massima redazionale

Il Collegio di Coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) con la recente decisione in commento ha statuito il seguente principio di diritto:

“In caso di finanziamento con ammortamento alla francese, la mancata consegna del piano di ammortamento al momento della conclusione del contratto non comporta violazione alcuna da parte dell'intermediario né rende indeterminato l'oggetto del contratto qualora nel contratto medesimo siano riportati tutti gli elementi e le informative previsti dalla normativa in materia”.

[Qui la decisione](#)

Gestione del conto corrente, tra principi generali (trasparenza, buona fede e correttezza) nell'esecuzione e regolamentazione: la sentenza del Tribunale di Massa.

Nota a Trib. Massa, 10 gennaio 2022, n. 16 (segnalazione a cura dell'Avv. Antonio Tanza).

Sugli interessi a tasso ultralegale.

L'art. 127 TUB fa obbligo alle banche di comportarsi in conformità ai generali principi di trasparenza, buona fede e correttezza in sede di esecuzione del contratto e, ancor prima, già nella fase precedente, in sede di trattative. Ciò posto, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che tale fondamentale dovere implichi lo svolgimento dei compiti, delle facoltà e degli adempimenti che costituiscono il contenuto del modello contrattuale adottato in modo leale, astenendosi da comportamento maliziosi o reticenti, fornendo alla controparte ogni dato rilevante conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza sia ai fini della stipulazione del contratto che in riferimento alla sua fase esecutiva, dovendo siffatta condotta conformarsi avendo riguardo alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario^[1].

Banca d'Italia esercita i poteri di controllo, avendo riguardo alla "*sana e prudente gestione dei soggetti vigilati*", come dispone espressamente l'art. 5 TUB; trattandosi di vigilanza che si giustifica in ragione della funzione degli istituti di credito, inerente alla tutela del risparmio (art. 47 Cost.). Ciò che occorre accertare, al fine di verificare la fondatezza dell'assunto della responsabilità per inadempimento contrattuale della banca convenuta, è se il conto corrente oggetto di causa sia stato o meno gestito in modo da integrare gli indici rivelatori dell'esercizio abusivo dei poteri e delle prerogative contrattuali, così come conformati dalla disciplina convenzionale e/o legale; ovvero se si configuri legittimo o in contrasto con il richiamato dovere di "sana e prudente gestione" dello stesso conto corrente e con il principio di correttezza e buona fede, declinato in riferimento al relativo rapporto negoziale.

Il conto corrente di corrispondenza è caratterizzato dall'esplicazione di un servizio di cassa, inerente a operazioni di pagamento o di riscossione di somme da effettuarsi, a qualsiasi titolo, per conto del cliente e la disponibilità della provvista sul conto può essere costituita con versamento di somme, con accrediti sul conto o anche in virtù dell'intervento della stessa banca, attraverso il rapporto collegato di apertura di credito, che rappresenta, nella complessità del meccanismo negoziale, una prestazione accessoria rispetto a quella principale, che è di per sé riconducibile allo schema del mandato^[2], nonché consistente nell'attività di compensazione (impropria) periodica di poste attive e passive generale dalle varie operazioni.

Per la prestazione dei servizi forniti, la banca ha diritto evidentemente a vario titolo a corrispettivi (*sub specie* di rimborso spese, commissioni varie ed interessi, in riferimento al passivo del saldo del conto), che vengono contabilizzati sul conto medesimo, contribuendo alla formazione del saldo. La gestione della contabilità del conto (attraverso le annotazioni delle varie operazioni e la rendicontazione

mediante la predisposizione degli estratti conto periodici) costituisce, pertanto, parte integrante della prestazione di pertinenza dell'istituto di credito ed è, più precisamente, qualificabile come attività demandata a quest'ultimo quale di mandato *in rem propriam*.

Al riguardo, va in primo luogo ribadito che, nel caso di specie, il rapporto di conto corrente attenzionato venne costituito, nel 1998, in difetto di stipulazione in forma scritta (circostanza incontrovertita, non essendo stato allegato né dall'una né dall'altra parte che il contratto *de quo* fosse stato concluso per iscritto e che taluna delle stesse non avesse la disponibilità di copia, in ipotesi, per averlo smarrito o per non averne ricevuto la consegna).

Un primo profilo di nullità della gestione contabile del conto è stato individuato nell'applicazione di interessi a tasso ultralegale, in difetto della relativa pattuizione in forma scritta, che ha contribuito alla formazione dell'indebitto, *ex art. 2033 c.c.*, oggetto della già intervenuta statuizione condannatoria in funzione di ripetizione in favore della correntista, essendo stato il saldo rideterminato in base al tasso legale, in conformità al disposto di cui all'art. 1284, comma 3, c.c. Trattasi di norma imperativa, per consolidata giurisprudenza, in quanto tale cogente ed inderogabile attraverso l'autonomia privata, essendo siffatto requisito formale soddisfatto “*solo quando il tasso di interesse è desumibile dal contratto, senza alcun regime di incertezza o di discrezionalità*” in capo all'istituto di credito [3].

A norma del combinato disposto di cui agli artt. 117, commi 1, 3 e 4, TUB, i contratti bancari “*sono redatti per iscritto*” – a pena di nullità [4] – dovendo il testo contrattuale contenere “*il tasso di interesse ed ogni altro prezzo o condizione praticati*”; già anteriormente all'entrata in vigore del TUB, la Legge sulla trasparenza bancaria [5] prescriveva la stipulazione in forma scritta dei contratti bancari.

Pare innegabile che la banca, in conformità allo standard di diligenza qualificata, *ex art. 1176, comma 2, c.c.*, che connota la sua veste di operatore professionale nel mercato del credito e del risparmio, non potesse ignorare il regime formale *ad substantiam* che la stipulazione del contratto di conto corrente avrebbe dovuto rispettare, a pena di nullità; non può che derivarne la colposa consapevolezza in capo alla banca circa la nullità (e la conseguente inefficacia) dell'addebito alla correntista di interessi a tasso ultralegale illegittimo; comportamento che non può non impingere in violazione dell'obbligo di buona fede, in difetto di informazione di sorta alla stessa correntista, nel corso della pluriennale durata del rapporto, circa l'invalidità delle relative annotazioni e le conseguenze che ne sarebbero derivate ed essendosi siffatta condotta sostanziata nell'unilaterale e (giova ribadire) consapevole pretesa, in concreto realizzata attraverso la predisposizione degli estratti conto periodici, di interessi a tasso illegittimo, con conseguente “*sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale*” [6] e con corrispondente conseguimento di sproporzionato “*beneficio*” in capo alla medesima banca, per effetto dell'esercizio delle prerogative contrattuali. Attraverso tale esercizio la banca ha realizzato un risultato diverso e ulteriore rispetto a quello per il quale il potere di annotazione delle varie annotazioni in conto è stato attribuito allo stesso istituto di credito [7].

Non può certo dirsi, che l'applicazione di interessi debitori a tasso (consapevolmente) eccedente quello dovuto (corrispondente al saggio legale, in

difetto di stipulazione in forma scritta del contratto di conto corrente) costituisca un diritto “*validamente riconosciuto dal contratto*” alla convenuta[8].

Sulla commissione di massimo scoperto.

In virtù del disposto di cui all’art. 117, commi 1 e 4, TUB, analoghe considerazioni valgono con riguardo agli addebiti registrati in conto a titolo di commissioni di massimo scoperto, non pattuite in forma scritta (in particolare, in riferimento alle modalità di determinazione delle stesse ed alla relativa percentuale), proprio per non essere stato il contratto di conto corrente concluso per iscritto; ciò a prescindere dalla funzione assunta da dette commissioni, così come applicate dalla banca.

Le commissioni di massimo scoperto possono definirsi, in conformità alla definizione tradizionale riveniente dalle Istruzioni della Banca d’Italia precedenti al 2009, come “*il corrispettivo pagato dal cliente per compensare l’intermediario dell’onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione nell’utilizzo dello scoperto del conto*”, trattandosi di “*compenso — che di norma viene applicato allorché il saldo del cliente risulti a debito per oltre un determinato numero di giorni — ... calcolato in misura percentuale sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento*» (ovvero sulla punta massima di utilizzo del credito nel trimestre). Trattasi, in sostanza, del corrispettivo («remunerazione») per il mantenimento dell’apertura di credito, indipendentemente dalla sua utilizzazione. Al riguardo, nell’unica pronuncia con la quale la Corte di Cassazione ha affrontato *ex professo* la questione della sua natura funzionale, si è evidenziato che “*o tale commissione è un accessorio che si aggiunge agli interessi passivi — come potrebbe inferirsi anche dall’esser conteggiata, nella prassi bancaria, in una misura percentuale dell’esposizione debitoria massima raggiunta, e quindi sulle somme effettivamente utilizzate, nel periodo considerato, che solitamente è trimestrale, e dalla pattuizione della sua capitalizzazione trimestrale, come per gli interessi passivi ... — o ha una funzione remunerativa dell’obbligo della banca di tenere a disposizione dell’accreditato una determina somma per un determinato periodo di tempo, indipendentemente dal suo utilizzo ... , come sembra preferibile ritenere anche alla luce della circolare della Banca d’Italia del primo ottobre 1996 e delle successive rilevazioni del c.d. tasso di soglia, in cui è stato puntualizzato che la commissione di massimo scoperto non deve esser computata ai fini della rilevazione dell’interesse globale di cui alla legge 7 marzo 1996 n. 108, ed allora dovrebbe esser conteggiata alla chiusura definitiva del conto*”.

La giurisprudenza ha riconosciuto la legittimità delle relative pattuizioni solo se costituenti corrispettivo per l’utilizzo, da parte del cliente, di importi superiori al credito a sua disposizione (c.d. affidamento), mentre ha affermato l’illegittimità della clausola contrattuale che ponga a carico del cliente il pagamento di una somma, a tale titolo, da calcolarsi anche su importi entro il limite del fido, in quanto priva di causa[9]. Ne deriva che nell’ipotesi in cui il conto corrente sia assistito da apertura di credito la commissione di massimo scoperto deve essere calcolato esclusivamente con riferimento agli importi eccedenti i limiti dell’affidamento concesso. Le c.m.s. consistono, in definitiva, in base alle due accezioni più diffuse, come nel corrispettivo per la semplice messa a disposizione da parte della banca di una somma, a prescindere dal suo concreto utilizzo (in tal senso denominate anche

commissioni di affidamento), oppure come la remunerazione per il rischio cui la banca è sottoposta nel concedere al correntista affidato l'utilizzo di una determinata somma, a volta oltre il limite dello stesso affidamento (nozione, quest'ultima, che sembra essersi imposta più di recente).

Da tale diversità di natura e giustificazione causale è derivata anche una diversità di metodologie applicative, dal momento che, in coerenza con il primo profilo delle commissioni in esame, queste vengono calcolate sull'intero ammontare della somma affidata, mentre nella seconda ipotesi il calcolo avviene soltanto sul massimo saldo "dare" registrato sul conto in un determinato periodo (individuato secondo le più svariate soluzioni, a volte prendendosi in considerazione il trimestre, altre volte anche periodi ben più brevi, sino addirittura allo scoperto giornaliero).

Ancora, manca l'univocità in ordine alla periodicità di calcolo delle c.m.s. che, in alcuni casi, vengono computate dalla banca addirittura come un accessorio degli interessi, seguendo la medesima periodicità. Tale varietà funzionale trova conferma nel recente intervento legislativo (ovviamente inapplicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame), di cui alla l. 28 gennaio 2009, n. 2 (di conversione, con modifiche del D.L. 29 novembre 2008, n. 185), non avendo, neanche in tale occasione, il legislatore saputo fornire una definizione della c.m.s., limitandosi a regolamentarne alcuni aspetti e anzi prendendo atto della varietà applicativa dell'istituto.

Peraltro, proprio in considerazione della non univoca funzione concreta che le commissioni di massimo scoperto possono assumere nella prassi bancaria, non essendo la relativa pattuizione riconducibile a un'unica fattispecie giuridica, l'onere di determinatezza della relativa clausola negoziale, *ex art. 1346 c.c.*, deve essere valutato con particolare rigore, dovendosi esigere, se non una sua espressa definizione testuale, per lo meno la specifica indicazione di tutti gli elementi che concorrono a determinarla (percentuale, base di calcolo, criteri e periodicità di addebito), in assenza dei quali non può nemmeno ravvisarsi un vero e proprio accordo delle parti su tale pattuizione accessoria, non potendosi ritenere che il cliente abbia potuto prestare un consenso consapevole, rendendosi conto dell'effettivo contenuto giuridico della clausola e, soprattutto, del suo "peso" economico; in mancanza, l'addebito delle commissioni di massimo scoperto si traduce in un'inammissibile imposizione unilaterale della banca che non trova legittimazione in una valida pattuizione consensuale.

Nel caso di specie, non assume concreto rilievo accertare la funzione assunta dalle commissioni di massimo scoperto applicate dalla banca convenuta nella gestione del conto corrente oggetto di giudizio (stante la dirimente omessa stipulazione in forma scritta del contratto); con la conseguente nullità ed inefficacia degli addebiti a tale titolo contabilmente registrati nel corso dell'esecuzione del rapporto contrattuale, per le ragioni già in precedenza esposte.

Sulla capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori.

Per quanto concerne l'illegittima capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori e il conseguente addebito di interessi anatocistici, pare opportuno riportare il perspicuo supporto motivazionale recepito dalle Sezioni Unite: "*In sede di esegesi dell'art. 1283 c.c., la giurisprudenza della primavera del 1999, ponendosi in*

consapevole e motivato contrasto con pronunzie del ventennio precedente, ha enunciato il principio – reiteratamente, poi, confermato da successive sentenze – per cui gli “usi contrari”, idonei, ex art. 1283 c.c. a derogare il precetto ivi stabilito, sono solo gli “usi normativi” in senso tecnico; desumendone, per conseguenza, la nullità delle clausole bancarie anatocistiche, la cui stipulazione risponde ad un uso meramente negoziale ed incorre quindi nel divieto di cui al citato art. 1283 c.c.. La clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi configura violazione del divieto di anatocismo di cui all’art. 1283 c.c., non rinvenendosi l’esistenza di usi normativi che soli potrebbero derogare al divieto imposto dalla suddetta norma, neppure nei periodi anteriori al mutamento giurisprudenziale in proposito avvenuto nel 1999, non essendo idonea la contraria interpretazione giurisprudenziale seguita fino ad allora a conferire normatività a una prassi negoziale che si è dimostrata poi essere contra legem. L’uso normativo anatocistico trimestrale, inesistente prima dell’entrata in vigore del codice del 1942, non si è potuto formare successivamente in costanza del divieto anatocistico dell’art. 1283 c.c. e, pertanto, sono nulle le clausole anatocistiche dei contratti bancari. La mancata dichiarazione di inesistenza dell’uso anatocistico trimestrale e delle clausole anatocistiche bancarie da parte della giurisprudenza di merito e di alcune pronunce del giudice di legittimità, non comporta creazione dell’uso normativo anatocistico, considerata l’estraneità del precedente giurisprudenziale a dare fondamento ai caratteri dell’uso consistenti nella ripetizione del comportamento nell’opinio juris ac necessitatis. L’adesione anche di massa e ripetuta nel tempo a condizioni generali di contratto unilateralmente predisposte, è inidonea alla creazione dell’uso normativo, considerato che la scelta dell’aderente non è contraddistinta dai caratteri di libertà e di alternativa propri dell’opinio juris ac necessitatis” [10].

In virtù del costante orientamento giurisprudenziale diffusi a seguito del *revirement* della Corte di Cassazione [11] e della sentenza della Corte Costituzionale n. 425/2000 [12], nei contratti di conto corrente bancario, ex art. 120 TUB, deve considerarsi legittima la capitalizzazione degli interessi alla sola condizione che la periodicità della capitalizzazione sia reciproca e che risulti da espressa pattuizione scritta [13]. Ne deriva che, in conformità a consolidata giurisprudenza, le clausole anatocistiche contenute nei contratti di conto corrente implicanti la capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi siano affette da nullità, rilevabile anche d’ufficio, ex art. 1421 c.c., qualora inserite in contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della suddetta Delibera CICR (sì come accade per quello oggetto di giudizio, avendo avuto questa esecuzione fin dal 1998), in quanto fondate su un mero uso negoziale inidoneo a derogare al disposto imperativo di cui all’art. 1283 c.c.; per converso, devono ritenersi legittime qualora afferiscano a contratti conclusi successivamente alla suddetta data, purchè rispettose del principio di simmetrica periodicità e reciprocità, vale a dire a condizione che prevedano identica periodicità per la capitalizzazione degli interessi passivi e di quelli attivi [14].

Sulla differenza tra conto corrente ordinario e conto corrente bancario.

Il fatto che alla chiusura trimestrale dei conti segua la capitalizzazione trimestrale degli interessi non può rappresentare una sostanziale elusione del divieto di cui al richiamato art. 1283 c.c. Deve, inoltre, essere osservato, in proposito, che l’art. 1857 c.c. non preveda, tra le norme applicabili alle operazioni bancarie in conto

corrente (di corrispondenza o bancario e non ordinario) gli artt. 1823, 1825 e 1831 c.c., ma fa riferimento ai soli artt. 1826, 1829 e 1832 c.c. [15]. L'espressa previsione normativa delle norme del conto corrente ordinario applicabili al conto corrente bancario e la mancata inclusione tra queste dell'art. 1831 c.c. escludono in radice la possibilità che tale ultima disposizione possa essere analogicamente o estensivamente applicata al conto corrente bancario.

Mentre nel conto corrente ordinario è necessario dar vita a una periodica chiusura del conto per rendere finalmente disponibile ed esigibile il saldo a favore del correntista ordinario, nel conto corrente bancario non vi è, invece, alcuna necessità di una chiusura periodica del conto, in quanto in qualsiasi momento, in base all'art. 1852 c.c., il cliente correntista ha la piena disponibilità del conto e delle somme a suo credito in esso annotate.

Ne consegue che, nel conto corrente bancario, la c.d. chiusura periodica (trimestrale, semestrale, annuale) del conto svolge solo ed unicamente la funzione di natura contabile, essendo destinata a conteggiare gli interessi e le spese, addebitandoli o accreditandoli sul conto, in guisa che gli interessi addebitati vengano ad accrescere il preesistente debito per capitale (per interessi già capitalizzati) e gli interessi accreditati costituiscano somme che rappresentano una nuova giacenza del conto, sulle quali decorrono interessi non certo per effetto dell'anatocismo, ma per l'elementare principio della maturazione degli interessi sulle giacenze attive del conto. In altri termini, nel contratto di conto corrente bancario, il rapporto di piena disponibilità da parte del cliente si svolge ininterrottamente prima e dopo la c.d. chiusura periodica del conto corrente bancario, e dunque indipendentemente dal fatto che la banca quale mandataria proceda periodicamente a fare il conto degli interessi maturati a debito o a credito e, pertanto, la cosiddetta chiusura periodica segna esclusivamente la contabilizzazione di interessi a debito o credito del cliente.

È da intendersi in questo senso l'esclusione del richiamo dell'art. 1831 c.c., nell'ambito della disciplina del conto corrente bancario: non vi è, infatti, in tale ultimo rapporto contrattuale alcuna effettiva e periodica chiusura del conto dalla quale scaturisca l'esigibilità di una somma, ma vi è solo il conteggio di interessi, che viene contabilizzato nel rendiconto che la banca, quale mandataria, deve fornire al cliente. Di qui l'impossibilità di applicare l'art. 1831 c.c. ai rapporti di conto corrente bancario, in quanto la chiusura cui fa riferimento tale disposizione realizza funzioni del tutto estranee al conto corrente bancario, considerato che nel contratto in questione il termine chiusura periodica del conto sta a significare soltanto il conteggio del corrispettivo (il quale, come è noto, è articolato nelle varie voci, oltre che di spese e competenze, anche di interessi per la liquidità messa a disposizione della banca mandataria), preteso periodicamente dalla banca per l'espletamento, appunto, della sua attività di mandataria.

È la stessa diversità strutturale e funzionale che caratterizza lo schema causale del conto corrente ordinario rispetto a quello del conto corrente bancario per corrispondenza [16] a determinare l'inapplicabilità dell'art. 1831 c.c. a quest'ultimo rapporto contrattuale: se, infatti, il saldo del conto corrente bancario è esigibile in ogni momento, non può aver senso far riferimento alla disposizione da ultima citata, che presuppone l'inesigibilità delle partite creditorie fino alla chiusura del conto.

In definitiva, essendo il conto corrente bancario un contratto di durata, in cui il rapporto non si rinnova a ogni chiusura di conto (risultando la c.d. chiusura periodica non già prodromica al saldo ed alla conclusione del contratto, bensì una mera operazione contabile rispondente ad una finalità riepilogativa), non è richiesta dal tipo negoziale (tanto da non essere prevista nelle norme che regolano i conti correnti bancari), proseguendo il rapporto contrattuale naturalmente dopo tale (periodica) chiusura fittizia, il considerare la risultanza (per quanto chiarito non si può, tecnicamente, parlare di saldo) della chiusura trimestrale come rimessa del periodo successivo è una mera finzione e comporta innegabile violazione del divieto di anatocismo, in quanto determina la produrre interessi sugli interessi maturati fino a quel momento, con conseguente elusione della disciplina legale imperativa (art. 1283 c.c.).

La Cassazione, anche a Sezioni Unite, ha espressamente rimarcato, sempre con riferimento alla nullità delle clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori nei conti correnti, che siffatta nullità si estende a tutta la durata del rapporto, pertanto anche al periodo antecedente al 1999 (anno a cui risale il mutamento di indirizzo); ciò in virtù della considerazione per la quale *“la funzione della giurisprudenza è meramente ricognitiva dell’esistenza e del contenuto della regola, non già creativa della stessa, e, conseguentemente, in presenza di una ricognizione anche reiterata nel tempo, rivela poi inesatta nel ritenere l’esistenza, la ricognizione correttiva ha efficacia retroattiva, poiché, diversamente, si determinerebbe la consolidazione “medio tempore” di una regola che avrebbe la sua fonte esclusiva nelle sentenze che, erroneamente presupponendola, l’avrebbero creata”*^[17]. In definitiva, la pratica della capitalizzazione trimestrale, in quanto integrante applicazione di un uso negoziale, è illegittima con riguardo all’intero corso del rapporto bancario. Invero, in una situazione di asimmetria negoziale non può nascere un uso normativo, che invece presuppone necessariamente la libera autodeterminazione dei soggetti che concorrono alla sua formazione. La nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale per contrasto con l’art. 1283 c.c. opera, quindi, *ab initio*, integrando un vizio genetico e non consente, perciò, quel meccanismo sostitutivo con applicazione della capitalizzazione annuale che neppure la delibera CICR ha stabilito in modo tassativo per i rapporti successivi al 30/06/2000, limitandosi a prevedere un principio di simmetria (cioè identica capitalizzazione periodica per gli interessi attivi e passivi) che si potrebbe astrattamente tradurre in una capitalizzazione passiva condotta su periodi diversi per ciascun rapporto, perché corrispondenti a quelli attivi; il che esclude in radice che si possa parlare di un periodo sostitutivo imperativo.

Il richiamo alla capitalizzazione degli interessi (contenuto nell’art. 8 della l. n. 154/1992 e nell’art. 116 TUB) nulla dice in ordine ai tempi della capitalizzazione e, quindi, tali articoli (su cui si fonda un generico obbligo informativo) non possono costituire il fondamento normativo per ritenere legittima la capitalizzazione trimestrale praticata. In tale contesto, va, altresì, rilevato che l’art. 162 *bis* disp. att. c.c. ha carattere meramente transitorio, con esplicita finalità di coordinamento, per le obbligazioni sorte anteriormente all’entrata in vigore del codice civile, tra l’art. 1232 del Codice del 1865 (che prevedeva, al comma 3, la possibilità di portare a capitale gli interessi scaduti purché *«dovuti per un’annata intera»*) e l’art. 1283 del Codice vigente (che ha ridotto a sei mesi la decorrenza minima della debenza).

Assoluta siffatta funzione, la norma *de qua* non è suscettibile di utilizzazione ermeneutica ulteriore.

In definitiva, la clausola che sancisce la previsione e conseguente applicazione degli interessi composti oltre i limiti previsti dalla Legge determina nullità parziale del contratto di conto corrente (in particolare della clausola che la prevede, *ex art.* 1419 c.c.), per violazione di norma imperativa, segnatamente del citato art. 1283 c.c.; nullità rilevabile anche d'ufficio, ai sensi dell'art. 1421 c.c. [18].

Sulle conseguenze della nullità.

La questione di maggior rilievo attiene alle conseguenze della nullità, specie in relazione ai rapporti (quale è quello per cui è giudizio) costituiti già anteriormente alla vigenza della disciplina introdotta dalla richiamata Delibera CICR 9 febbraio 2000.

Al riguardo, la tesi finalizzata a conseguire il riconoscimento di una capitalizzazione quantomeno annuale degli interessi bancari, non può trovare ingresso. Difatti, a fronte della nullità della clausola relativa alla capitalizzazione trimestrale, *ex art.* 1283 c.c., non v'è possibilità di applicazione, in alternativa, della capitalizzazione annuale, stante, per un verso, la mancanza di una previsione contrattuale in tal senso e l'assenza di una norma imperativa che ne imponga l'adozione, *ex art.* 1419, comma 2, c.c., in sostituzione della clausola nulla, e considerato, per altro verso, il disposto inderogabile di cui all'art. 1283 c.c., che riconosce l'anatocismo con esclusivo riferimento al periodo successivo alla domanda giudiziale.

Tale ricostruzione risulta aver trovato di recente espressa adesione da parte delle Sezioni Unite, che hanno avuto modo di affermare che, una volta dichiarata la nullità della summenzionata clausola di capitalizzazione trimestrale, per contrasto con il divieto di anatocismo stabilito dall'art. 1283 c.c. (il quale osterebbe anche a un'eventuale previsione negoziale di capitalizzazione annuale), "*gli interessi a debito del correntista debbono essere calcolati senza operare capitalizzazione alcuna*" [19]. Con la citata pronuncia, il massimo consesso ha respinto la tesi giurisprudenziale della naturale capitalizzazione degli interessi sulla base dell'unità-anno, ma hanno anche dichiarato l'infondatezza di altro argomento difensivo fatto proprio dalle banche fondato sul dato testuale dell'art. 7 NUB. Queste ultime hanno, infatti, spesso sostenuto che, pur essendo nullo il comma 2, che fissa la capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori («*I conti che risultino, anche saltuariamente, debitori vengono invece chiusi contabilmente, in via normale, trimestralmente*»), non sarebbe, invece, nullo il primo comma, il quale prevedeva che i "*I rapporti di dare ed avere vengono regolati, in via normale, a fine dicembre di ogni anno*", con conseguente persistenza della regola convenzionale della capitalizzazione annuale. Le Sezioni Unite hanno, per converso, in proposito affermato che la prima clausola si riferisce esclusivamente agli interessi creditori del correntista.

Giova, peraltro, ribadire che, nel caso in esame, il contratto di conto corrente, avente decorrenza dal 1998, difettando, per quanto chiarito, di forma scritta, non possa ritenersi contenere alcuna espressa clausola che preveda la capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi; ciò che non avrebbe consentito di operare gli addebiti contabilizzati a tale titolo e che avrebbe dovuto comportare l'esigenza di espungerli nel corso del rapporto, in ragione, per l'appunto, della carenza di valida pattuizione di sorta che potesse costituirne giustificazione. Il rapporto contrattuale oggetto di giudizio, per quanto già chiarito, risulta costituito

anteriormente alla novella dell'art. 120 TUB, che, nello stabilire il principio di simmetria e pari e reciproca periodicità dell'applicazione degli interessi sugli interessi maturati (purchè sia su quelli debitori che su quelli creditori), ha demandato al CICR la disciplina attuativa di tale principio.

Come noto, il CICR ha provveduto, con la **Delibera del 9 febbraio 2000**, a eseguire le direttive di cui all'art. 25, comma 2, del D.Lgs. n. 342/1999, stabilendo, in particolare: che in tutti i rapporti dovesse essere indicata la periodicità della capitalizzazione degli interessi; che le clausole di capitalizzazione degli interessi dovessero essere approvate specificamente per iscritto, ai sensi dell'art. 1341 c.c.; che nei rapporti di conto corrente fosse prevista la stessa periodicità nella capitalizzazione degli interessi creditori e debitori. Ne consegue che, nel rispetto di tali previsioni contrattuali, dal 01.07.2001 (data indicata nella stessa delibera del CICR) la clausola anatocistica deve ritenersi valida.

Con la medesima Delibera è stata peraltro regolata in modo espresso (con disciplina transitoria) l'ipotesi dei contratti di conto corrente in corso contenenti l'illegittima clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, avendo al riguardo l'art. 7 stabilito la possibilità di adeguamento del contratto al principio di simmetria entro il 30.06.2000, procedendo alla pubblicazione sulla G.U. delle modifiche delle condizioni contrattuali necessarie per adeguarsi alla normativa sopravvenuta ed informando per iscritto il cliente circa l'assolvimento di tale formalità^[20].

Nel caso in questione, non risulta allegato, né, tantomeno, provato, che l'Istituto di credito abbia provveduto a eseguire le formalità indicate nel succitato art. 7, né che abbia, nel corso del rapporto, invitato la cliente a rinegoziare validamente le clausole contrattuali, adeguando la situazione di fatto a quella di diritto.

Ciò considerato, pare innegabile che l'aver la banca convenuta continuato ad applicare la capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi anche dopo il *revirement* della Corte di Cassazione del 1999 che ne ha sancito l'illegittimità, omettendo, peraltro, di adeguare le condizioni contrattuali originarie (di per sé invalide, in quanto non pattuite in forma scritta) al principio di simmetria e reciprocità della capitalizzazione degli interessi debitori e creditori, attraverso gli adempimenti e le formalità appena menzionati, ha integrato ulteriore violazione del dovere di correttezza e buona fede nell'esecuzione del rapporto di conto corrente, avendo concorso a determinare quel saldo passivo a carico della correntista arbitrariamente contabilizzato nel corso del tempo, di conseguenza, e l'acclarato diritto di quest'ultima alla ripetizione dell'indebito oggettivo.

Pare innegabile che, anche sotto tale profilo, la gestione contabile del conto corrente posta in essere dalla banca (nella sua veste di operatore professionale, tenuto alla diligenza qualificata, ex art. 1176, comma 2, c.c., esigibile nei suoi confronti) non può non essere stata consapevole, almeno a far tempo dalle pronunce della Corte di Cassazione del 1999 (con le quali è stato inaugurato l'indirizzo giurisprudenziale definitivamente con la sentenza delle Sezioni Unite del 2004), dell'illegittimità dell'applicazione di interessi anatocistici in dipendenza della ridetta capitalizzazione trimestrale, né dell'esigenza di adeguare la tenuta del conto a quanto prescritto dall'art. 7 della Delibera CICR del 09.02.2000, al fine proseguire legittimamente (sempre che tale adeguamento non risultasse peggiorativo per la correntista) nell'effettuare la stessa capitalizzazione.

Non pare revocabile in dubbio che una condotta di tal genere, contrastante con il dovere di “*sana e prudente gestione*” (impostole *ex art. 5 TUB*) e con il fondamentale canone di correttezza e buona fede, ha contribuito ad aggravare l'apparente esposizione debitoria della cliente, provocando uno sproporzionato e ingiustificato vantaggio per la banca ed un corrispondente ingiusto sacrificio per la correntista, in rapporto alla carenza di liquidità venutasi a determinare per quest'ultima ed ai conseguenti pregiudizi patrimoniali verificatisi, quali riscontrati all'esito dell'accertamento compiuto dal CTU. Ne consegue la risarcibilità di tali danni, per quanto di ragione, vale a dire nei limiti di quanto provato, anche in riferimento al nesso di causalità rispetto all'operato della banca.

Il consulente ha accertato che la situazione di difficoltà finanziaria dovuta alla carenza di liquidità determinata dall'indebito venutosi a formare in dipendenza della gestione contabile del conto corrente a opera della banca convenuta, ha assunto rilevanza causale rispetto ai maggiori costi sostenuti dalla medesima società. Il CTU ha, inoltre, verificato la sussistenza del nesso causale tra l'evidenziata carenza di liquidità provocata dall'indebito maturato per effetto della gestione contabile del conto corrente e i maggiori oneri sopportati dalla ex correntista in relazione all'esposizione debitoria nei confronti dei suoi fornitori, avendo subito azioni di recupero da parte di questi ultimi.

Per quanto concerne il danno consistente nella “svendita” delle azioni e dei fondi comuni di investimento al fine di procurarsi la provvista occorrente per sovvenire alla precaria situazione finanziaria della società, il consulente ha escluso che il mero raffronto tra il prezzo di acquisto e quello di vendita di tali titoli dimostri di per sé il pregiudizio prospettato, in virtù della condivisibile considerazione per la quale “*Le azioni sono soggette a oscillazioni di mercato, possono variare nel tempo in aumento o in diminuzione, per cui il solo fatto che al momento della vendita sono state valorizzate al valore di mercato in quel momento vigente, non significa di per sé che nel caso in cui le azioni non fossero state vendute [l'attore] avrebbe conseguito un valore maggiore di quello percepito*”, argomentazione che pare in effetti giustificata dalla carenza di documentazione inerente alle oscillazioni degli stessi fondi ed azioni nel corso del tempo, non potendosi quindi escludere che la vendita in un momento successivo sarebbe avvenuta ad un prezzo ancora inferiore rispetto a quello per il quale vennero in effetti ceduti dal predetto attore. Alla luce della documentazione prodotta, va inoltre condiviso il rilievo del medesimo C.T.U. circa la carenza di prova in ordine al nesso causale tra la carenza di liquidità in capo alla società e la decisione di porre in vendita gli anzidetti valori mobiliari, tenuto anche conto che essi fossero di proprietà del socio e non già della società correntista.

La domanda attorea deve, da ultimo, essere disattesa con precipuo riferimento ai dedotti danni non patrimoniali da lesione della reputazione personale e commerciale, per difetto di prova sul punto; prova che non può ritenersi evincibile *in re ipsa* dall'inadempimento contrattuale di cui si è resa responsabile la convenuta.

[1] Cfr., *ex plurimis*, Cass. n. 21163/2013; Cass. n. 5762/2016; Cass. n. 23873/2013; Cass. n. 11295/2011.

[2] Cfr. Cass. n. 25943/2011; Cass. n. 2226/2017; Cass. n. 815/1982.

[3] Cfr. Cass. n. 5609/2017; Cass. n. 2072/2013; Cass. n. 12276/2010; Cass. n. 2317/2017.

[4] Cfr., *ex plurimis*, Cass. n. 22385/2019; Cass. n. 16070/2018; Cass. n. 16362/2018.

[5] Il riferimento è alla legge n. 154/1992.

[6] Cfr. Cass. n. 26541/2021.

[7] Cfr. Cass. n. 15885/2018.

[8] Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., n. 24675/2017.

[9] Cfr. Cass. n. 11772/2002.

[10] Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 04.11.2004, n. 21095.

[11] Il riferimento è alle sentenze nn. 3096/1999 e 2374/1999.

[12] Con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 25, comma 3 del D.Lgs. n. 385/1993, nella parte in cui stabiliva che *“le clausole riguardanti la produzione di interessi sugli interessi maturati”, contenute nei contratti conclusi anteriormente alla data di entrata in vigore della Delibera C.I.C.R. fossero “valide ed efficaci fino a tale data”*)

[13] Cfr., in particolare, art. 2 Delibera C.I.C.R. citata); pattuizione che, inoltre, deve essere specificamente approvata per iscritto (art. 6 della stessa Delibera CICR).

[14] Cfr., *ex plurimis*, Cass. Civ., Sez. Un., n. 21095/2004; Cass. n. 25016/2007; Cass. n. 21141/2007; Cass. n. 11466/2008; Cass. n. 9695/2011; Cass. n. 6518/2011; Cass. n. 23973/2010.

[15] Cfr. Cass. n. 870/2006; Cass. n. 6187/2005.

[16] Atteso che il primo prevede l'inesigibilità delle prestazioni, *ex art. 1823 c.c.*, mentre il secondo comporta la continua disponibilità e l'esigibilità a vista del saldo, *ex art. 1852 c.c.*

[17] Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., n. 21095/2004; Cass. n. 11466/2008.

[18] Cfr. Cass. n. 21080/2005; Cass. n. 19882/2005; Cass. n. 10599/2005; Cass. n. 7539/2005.

[19] Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., n. 24418/2010; Cass. Civ., Sez. I, n. 3649/2012.

[20] Più precisamente, il tenore del precitato art. 7 è il seguente: “1). *Le condizioni applicate sulla base dei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della presente delibera devono essere adeguate alle disposizioni in questa contenute entro il 30 giugno 2000 e i relativi effetti si producono a decorrere dal successivo 1 luglio.* 2). *Qualora le nuove condizioni contrattuali non comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, le banche e gli intermediari finanziari, entro il medesimo termine del 30 giugno 2000, possono provvedere all'adeguamento, in via generale, mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana. Di tali nuove condizioni deve essere fornita opportuna notizia per iscritto alla clientela alla prima occasione utile, e, comunque, entro il 30 dicembre 2000.* 3). *Nel caso in cui le nuove condizioni contrattuali comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, esse devono essere approvate dalla clientela”.*

[Qui la sentenza](#)

Sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio di immobili se accertato il superamento del tasso-soglia per costi occulti.

Nota a Procura della Repubblica presso il Tribunale di Vasto, 29 marzo 2022.

[di Dario Nardone](#) – Avvocato

Ai sensi della Legge n. 44 del 1999, va disposta la sospensione per due anni dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio di immobili e i termini relativi a processi esecutivi mobiliari ed immobiliari, ivi comprese le vendite e le assegnazioni forzate, relativamente alla procedura immobiliare promossa ai danni del querelante, qualora, dalla CTP allegata alla denuncia-querela, risulti il superamento del tasso soglia usura derivante dall'applicazione di costi occulti a seguito dell'adozione del regime finanziario della capitalizzazione composta degli interessi.

[Qui il documento](#)

Sulla validità, in mancanza di prova scritta, delle clausole contrattuali relative agli interessi debitori.

Nota a Trib. Lecce, 4 aprile 2022.

Segnalazione a cura dell'Avv. Antonio Tanza

[Valerio Maria Pennetta](#) – Studio Legale Mondini Bonora Ginevra

Con la sentenza in oggetto, il Tribunale di Lecce è tornato a pronunciarsi su alcuni temi particolarmente dibattuti nelle aule di giustizia, riguardanti i rapporti bancari di conto corrente.

Nel caso di specie, l'attore assumeva di aver intrattenuto con l'Istituto di Credito un rapporto bancario di conto corrente con affidamento tra il 1987 e il 2015. Secondo parte attrice, il rapporto avrebbe avuto inizio verbalmente dal 1961, mentre la prima "traccia scritta" del contratto risaliva al 2012, anno in cui alcune clausole contrattuali venivano rinegoziate.

Il Giudizio veniva incardinato al fine di ottenere la declaratoria di nullità parziale del contratto ai sensi dell'art. 1422 c.c., nonché l'accertamento negativo del saldo finale, con conseguente richiesta di condanna dell'Istituto di Credito alla ripetizione dell'indebito oggettivo, giusto il disposto dell'art. 2033 c.c.

Al riguardo, parte attrice allegava che: 1) la clausola relativa agli interessi debitori avrebbe dovuto essere dichiarata nulla in quanto per la determinazione del tasso si rifaceva al c.d. "uso piazza"; 2) la clausola che prevedeva la capitalizzazione trimestrale degli interessi avrebbe dovuto essere dichiarata nulla in quanto basata su usi negoziali, e dunque in mancanza di apposita convenzione posteriore alla scadenza degli interessi.

In relazione al primo motivo di doglianza, il Tribunale di Lecce ha incidentalmente affrontato la questione relativa alla "prova" del saldo iniziale del conto corrente.

Sul punto, come è ben noto, l'art. 119, comma 4, TUB, in tema di trasparenza bancaria, pone in capo alla Banca l'obbligo di consegnare al Cliente «entro un congruo termine e comunque non oltre novanta giorni, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni».

Siffatta disposizione (che secondo la dottrina maggioritaria attribuisce al Cliente un vero e proprio *diritto potestativo*) riconosce a chi ha interesse ad avviare un'azione nei confronti del proprio Istituto di Credito, il diritto ad ottenere tutta la documentazione relativa rapporto bancario prima di incardinare il relativo procedimento.

Senonché, nel caso (invero assai frequente) in cui il correntista non disponga di tutti gli estratti conto necessari per ricostruire il rapporto bancario, l'inadempimento della Banca dell'obbligo *ex art.* 119, comma 4, TUB determinerebbe l'impossibilità per l'attore di assolvere all'onere probatorio posto dall'art. 2967 c.c.

Per tali ragioni, e solo nell'ipotesi in cui il Cliente-attore dimostri di essersi tempestivamente attivato per ottenere la documentazione utile a ricostruire le movimentazioni in conto corrente, l'indisponibilità di tale documentazione non

può produrre conseguenze negative per il correntista, nemmeno in relazione all'assolvimento dell'onere della prova.

Partendo da tale assunto, il Tribunale di Lecce, considerato che «*la parte [...] si è attivata per acquisire la documentazione mancante*»^[1], ha riconosciuto che «*il ricalcolo del conto corrente deve avvenire facendo riferimento al “saldo zero” e non al saldo a debito del correntista risultante dal primo estratto-conto disponibile: la mancanza di prova delle operazioni contabili che hanno portato alla prima annotazione in conto conosciuta e la riconducibilità di tale omissione probatoria alla Banca che non ha esibito gli estratti-conto (nonostante richiesta del correntista ex art. 119 TUB) giustifica il ricorso a tale modalità di conteggio*».

Fatta questa premessa, in punto di validità della clausola di determinazione degli interessi debitori, il Tribunale ha accolto la domanda formulata dal correntista non ravvedendovi nel riferimento al c.d. “uso piazza” il requisito di forma scritta richiesta dall'art. 1284, comma 3, c.c.^[2]

In relazione alla seconda questione sollevata da parte attrice^[3], il Tribunale di Lecce ha rilevato che «*si deve rilevare anche d'ufficio la nullità della relativa clausola di previsione convenuta dalle parti, risultando ormai pacifico il principio di diritto secondo il quale la clausola di un contratto bancario che preveda la capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente deve reputarsi nulla in quanto basata su un uso negoziale (ex art. 1340 c.c.) e non su un uso normativo (ex artt. 1 e 8 delle preleggi al c.c.) come esige l'art. 1283 c.c., laddove prevede che l'anatocismo non possa ammettersi (salve le ipotesi della domanda giudiziale e della convenzione successiva alla scadenza degli interessi) in mancanza di usi contrari*»^[4].

Aderendo a tale impostazione, il Giudice ha dichiarato nulla la clausola relativa alla capitalizzazione trimestrale degli interessi, precisando al riguardo che in conseguenza della suddetta declaratoria «*non è possibile sostituire l'anatocismo trimestrale con quello annuale*», ancorché previsto per gli interessi attivi^[5].

In applicazione degli assunti sopra riassunti, il Tribunale ha accolto la domanda formulata dall'attore, rideterminando il saldo del conto corrente a partire dal “saldo zero”, applicando gli interessi in misura legale e disapplicando la capitalizzazione degli interessi sino al 2012 (anno in cui veniva negoziata per iscritto).

Per tali motivi, l'Istituto di Credito veniva condannato alla restituzione degli importi indebitamente percepiti.

^[1] In particolare, risultava dagli atti che la Banca non aveva risposto all'istanza formulata dal correntista ai sensi dell'art. 119, comma 4, TUB ed avente ad oggetto «*copia dei contratti originari e di quelli successivi e di tutti gli estratti conto*».

^[2] Il tema è stato ampiamente dibattuto da dottrina e giurisprudenza. Significativa, sul punto, la Cass. Civ. 22179/2015, per la quale «*in tema di contratto di conto corrente bancario, la clausola relativa agli interessi deve contenere la puntuale indicazione del tasso praticato e, ove esso sia convenuto come variabile, ai fini della sua esatta individuazione concreta, nel corso della vita del rapporto contrattuale, è necessario il riferimento a parametri che consentano la sua precisa determinazione, non essendo sufficienti generici riferimenti, come ad esempio i c.d. usi su piazza, dai quali non emerga con chiarezza quale previsione le parti abbiano inteso richiamare con la loro pattuizione*».

[3] Nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi e conseguente accertamento dell'illegittimità dell'anatocismo bancario applicato al rapporto *de quo*.

[4] La statuizione, sul punto, è suffragata dalla sentenza n. 21095/2004 resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

[5] In proposito, si rimanda alla sentenza resa dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, n. 24418/2010, di cui si riporta un estratto «*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 debbono essere calcolati senza operare capitalizzazione alcuna*».

[Qui la sentenza](#)

Contratti bancari in blocco: inattitudine probatoria dell'avviso in Gazzetta Ufficiale.

Nota a Trib. Nocera Inferiore, 27 aprile 2022, n. 607.

[di Raffaele Carbone](#) – Avvocato

La parte che agisca affermandosi successore a titolo particolare del creditore originario, in virtù di un'operazione di cessione in blocco secondo la speciale disciplina di cui al D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 58, ha anche l'onere di dimostrare l'inclusione del credito medesimo in detta operazione, in tal modo fornendo la prova documentale della propria legittimazione sostanziale, salvo che il resistente non l'abbia esplicitamente o implicitamente riconosciuta.

In ordine alla valenza probatoria da riconoscere alla pubblicazione su Gazzetta Ufficiale della cessione dei crediti in blocco va evidenziato che la funzione di detta pubblicazione è quella di assolvere alla notifica dell'intervenuta cessione al debitore ceduto di cui all'art. 1264 c.c., ai fini quindi dell'efficacia dell'atto, ma non è di per sé prova della cessione medesima, che deve essere sempre provata documentalmente mediante l'allegazione del relativo contratto nonché della lista dei crediti ceduti.

[Qui la sentenza](#)

Cessione del credito in blocco: omesso deposito del contratto e inattitudine probatoria dell'avviso in Gazzetta Ufficiale.

Nota a App. Bari, Sez. II, 2 maggio 2022, n. 676.

[di Caterina Loiacono](#) – praticante avvocato

La legittimazione ad agire attiene al diritto di azione, che spetta a chiunque faccia valere in giudizio un diritto assumendo di esserne il titolare e può essere eccepita in ogni stato e grado del giudizio e può essere rilevata d'ufficio dal giudice in ogni fase del giudizio (anche in cassazione solo nei limiti del giudizio di legittimità e sempre che non si sia formato il giudicato).

La contumacia del convenuto non vale a rendere non contestati i fatti allegati dall'altra parte, né altera la ripartizione degli oneri probatori e non vale in particolare ad escludere che l'attore debba fornire la prova di tutti i fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio.

La parte che agisca affermandosi successore a titolo particolare della parte creditrice originaria, in virtù di un'operazione di cessione in blocco ex art. 58 d.lgs. n. 385 del 1998, ha l'onere di dimostrare l'inclusione del credito oggetto di causa nell'operazione di cessione in blocco, in tal modo fornendo la prova documentale della propria legittimazione sostanziale.

Manca la prova della legittimazione attiva del cessionario procedente quando produca a sostegno del proprio titolo esclusivamente l'avviso pubblico fatto sulla Gazzetta Ufficiale, essendo individuati i crediti solo in modo generico e non idoneo ad identificare in maniera specifica i crediti ceduti.

[Qui la sentenza](#)

Cessione del credito: omesso deposito contratto e necessità di comprovare l'inclusione del credito ceduto.

Nota a Trib. Pavia, Sez. III, 4 maggio 2022, n. 620.

[di Caterina Loiacono](#) – praticante avvocato

In tema di cessione del credito in blocco grava sul cessionario nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo di provare il contenuto del rapporto negoziale, la sussistenza del credito e la titolarità dello stesso.

A fronte di puntuale eccezione del debitore opponente era onere della convenuta cessionaria attestare la cessione, *rectius*, le cessioni del credito a partire dalla titolare iniziale attese le cessioni in blocco multiple.

In tema di cessione in blocco dei crediti da parte di una banca, è sufficiente a dimostrare la titolarità del credito in capo al cessionario la produzione dell'avviso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale recante l'indicazione per categorie dei rapporti ceduti in blocco, senza che occorra una specifica enumerazione di ciascuno di essi, allorché gli elementi comuni presi in considerazione per la formazione delle singole categorie consentano di individuare senza incertezze i rapporti oggetto della cessione.”[\[1\]](#).

In ogni caso, pur volendo riconoscere primario rilievo alla finalità del legislatore di agevolare il passaggio del credito, e quindi ritenere sufficiente l'estratto di pubblicazione della Gazzetta Ufficiale, non è in alcun modo consentita l'elusione dell'onere probatorio circa la titolarità dello stesso credito in capo alla ricorrente qualora siano dedotti, come nel caso di specie, una pluralità di cessioni, è necessario comunque allegare e dimostrare, sia pure con le modalità agevolate riconosciute. Non può sopperire la mancanza probatoria il deposito della “Lista di crediti ceduti” che pure individua il nome dell'opponente come debitore in quanto si tratta infatti di atto a formazione unilaterale della stessa cessionaria, privo di formale attestazione o di collegamento con gli atti di cessione, oggetto di contestazione dalla stessa parte attrice.

[\[1\]](#) In termini Cass. 13.06.2019 n. 15884; nello stesso senso Cass. 16.4.2021 n. 10200.

[Qui la sentenza](#)

Cessione del credito: omesso deposito del contratto e revoca del decreto ingiuntivo.

Nota a Trib. Velletri, 16 maggio 2022, n. 989.

[di Caterina Loiacono](#) - praticante avvocato

La pubblicazione dell'avviso di cessione sulla Gazzetta Ufficiale esonera, pertanto, solo la cessionaria dal notificare la cessione del credito al titolare del debito ceduto e non prova la legittimazione, esonerando il cedente da tale adempimento.

L'intermediario deve produrre in giudizio il contratto di cessione in originale al fine di dare certezza documentale che un credito sia stato ceduto per cui l'omesso deposito produce l'effetto di non poter ritenere esistente la legittimazione attiva della banca/creditrice.

[Qui la sentenza](#)

Apertura di credito: anatocismo, usura e commissione di massimo scoperto.

Nota a Trib. Roma, sez. XVI, 25 maggio 2022 (segnalazione dell'Avv. Antonio Tanza)

di Matteo Muci.

Nella vicenda sottoposta al Tribunale di Roma si affrontano questioni inerenti alla determinazione di interessi anatocistici illegittimi, interessi usurari e commissioni di massimo scoperto nulle, in relazione ad un rapporto bancario di apertura di credito con affidamento mediante scopertura su conto corrente ordinario.

In via preliminare, l'organo giudicante ribadisce alcuni principi in materia di ripartizione dell'onere della prova, rilevanti ai fini della causa in esame. In particolare, avendo la parte attrice proposto un'azione di indebito oggettivo per una somma pagata in eccedenza – allegando di aver effettuato un pagamento che era dovuto solo in parte –, sulla stessa grava “l'onere di provare l'inesistenza di una causa giustificativa del pagamento per la parte che si assume non dovuta” (Cass., sez. III, sentenza 14 maggio 2012, n. 7501). Ne consegue che il correntista che intenda provare il carattere indebito di talune poste passive, quand'anche promuova mera azione di accertamento negativo, abbia l'onere specifico di produrre non solo il contratto costituente il titolo del rapporto dedotto in lite, ma anche gli estratti conto periodici dalla data di avvio del rapporto. Al mancato assolvimento di tale onere non può nemmeno sopperire d'ufficio il giudice esercitando attività istruttorie (conforme a Cass., sez. I, 7 maggio 2015, n. 9201). Per quanto attiene alla determinazione di interessi anatocistici illegittimi, il Tribunale rileva che non è possibile ritenere la capitalizzazione degli interessi passivi come illegittima *tout court*, ben potendosi considerare legittima se applicata con la medesima periodicità di quelli attivi. Nella fattispecie in esame, l'organo giudicante ha ritenuto che la disposizione che ha previsto la capitalizzazione trimestrale degli interessi abbia instaurato un regime di maggior favore rispetto a quello contemplato dalle condizioni generali di contratto, e che dunque non abbisognasse di alcuna adesione da parte del cliente.

In punto di usurarietà dei tassi applicati, la pronuncia rammenta il criterio delineato da Cass. 16303/2018 al fine della verifica della usurarietà dei tassi pattuiti per il periodo compreso tra l'entrata in vigore della L. 108/1996 ed il 31.12.2009. In ossequio a tale criterio, l'operazione da compiere non si sostanzia in una mera sommatoria della commissione di massimo scoperto con tutti i restanti interessi praticati dalla Banca, bensì in una separata comparazione del tasso effettivo globale con il tasso soglia e della commissione di massimo scoperto effettiva con la commissione di massimo scoperto soglia (calcolata aumentando della metà la percentuale della CMS media indicata nei decreti ministeriali emanati ai sensi dell'art. 2, comma 1, della legge n. 108), facendo la sommatoria solo con riferimento all'eventuale eccedenza tra queste due ultime grandezze. Nel caso di specie, all'esito della CTU non si è ravvisata usurarietà dei tassi applicati.

In ordine alle doglianze mosse sulla nullità delle commissioni di massimo scoperto, il Tribunale segue il percorso argomentativo della sussistenza della causa

giustificatrice della commissione di massimo scoperto solo qualora sia prevista come corrispettivo per la messa a disposizione delle somme del fido e calcolata sull'importo accordato e non utilizzato, indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma. Per converso, la commissione di massimo scoperto deve essere ritenuta priva di causa laddove sia calcolata sulle somme in concreto utilizzate dal correntista, atteggiandosi in tal caso «come una sorta di inammissibile clausola penale per il “fatto lecito”, in quanto, da un lato, quantificata in un forfait a prescindere dalla durata dell'erogazione del credito e, dall'altro, inaccettabilmente prevista per quanto è oggetto del contratto di apertura di credito e non anche per l'inadempienza dello stesso». Sulla scorta di questo assunto, nella vicenda in esame il CTU ha rilevato che le CMS sono state addebitate dalla Banca sul conto corrente computando detto onere sull'utilizzato e, pertanto, ha provveduto all'azzeramento dei relativi addebiti. L'esito di detta operazione di ricalcolo può dirsi più che proficua per il correntista, il cui saldo finale del conto corrente è risultato pari a € 20.238,51, anziché pari a zero.

[Qui la sentenza](#)

**Cessione crediti in blocco: avviso in Gazzetta Ufficiale,
indicazione generica crediti in sofferenza e rinvio a sito internet.**

**Nota a Trib. Santa Maria Capua Vetere, 7 giugno 2022, n.
2172.**

[di Caterina Loiacono](#) - praticante avvocato

Nel caso di cessioni in blocco ex art. 4 della Legge n. 130 del 1999, la pubblicazione della notizia, richiamata anche dall'art. 58 del testo unico bancario (Legge n. 385 del 1993), ha la funzione di esonerare dalla notificazione stabilita in generale dell'art. 1264, cod. civ.; le previsioni in parola, dunque, hanno inteso agevolare la realizzazione della cessione "in blocco" di rapporti giuridici, stabilendo, quale presupposto di efficacia della stessa nei confronti dei debitori ceduti, la pubblicazione di un avviso nella Gazzetta Ufficiale e dispensando la cessionaria dall'onere di provvedere alla notifica della cessione alle singole controparti dei rapporti acquisiti.

Chi agisce affermandosi successore a titolo particolare del creditore originario, in virtù di un'operazione di cessione in blocco ex art. 58 D. Lgs. n. 385/1993, ha l'onere di dimostrare l'inclusione del credito azionato nell'operazione di cessione in blocco, fornendo la prova sostanziale della propria legittimazione.

L'avviso pubblicato nella Gazzetta Ufficiale che contenga la generica indicazione tutti i crediti derivanti da finanziamenti erogati in diverse forme tecniche vantati verso debitori classificati come "in sofferenza" per un determinato periodo con rinvio ad un sito internet ove rinvenire i dati indicativi dei crediti ceduti, è generica per cui il cessionario per dimostrare la propria legittimazione, ovvero la titolarità del credito azionato, avrebbe dovuto depositare o il contratto di cessione o l'elenco reso pubblico sul sito internet contenente le ragioni azionate.

[Qui la sentenza](#)

Cartolarizzazione ex art. 58 TUB: Avviso in Gazzetta Ufficiale generico, omesso deposito del contratto e rilevabilità d'ufficio del difetto di legittimazione del cessionario.

Nota a Trib. Napoli Nord, Sez. III, 8 giugno 2022, n. 2217.

[di Raffaele Carbone](#) - Avvocato

La titolarità della posizione soggettiva è un elemento costitutivo del diritto fatto valere con la domanda, che l'attore ha l'onere di allegare e di provare.

La contestazione della legittimazione attiva costituisce una mera difesa del convenuto e non un'eccezione in senso stretto, con la conseguenza che il convenuto può limitarsi a negare l'altrui titolarità del diritto in ogni stato del processo, senza incorrere in decadenza, e che il Giudice può rilevarla d'ufficio anche in assenza di esplicite contestazioni in tal senso.

La prova del trasferimento del credito per effetto di cessioni attiene certamente ad un problema di legittimazione ad agire della cui prova è onerato il cessionario.

La pubblicazione in Gazzetta Ufficiale costituisca adempimento meramente pubblicitario, estraneo e logicamente successivo all'atto dispositivo, che non prova il perfezionamento della fattispecie traslativa né produce il relativo effetto, non ha valenza costitutiva e non sana eventuali vizi dell'atto.

Ove dall'avviso in Gazzetta Ufficiale non sia possibile evincere con certezza la conclusione e il contenuto della convenzione tra le parti vi è la necessità di produrre il contratto di cessione al fine di fornire la prova della validità dell'acquisto in capo alla cessionaria e, dunque, della legittimazione della stessa ad agire in giudizio per un credito altrui.

[Qui la sentenza](#)

Cessione del credito: avviso in Gazzetta Ufficiale ha mera funzione pubblicitaria (conseguendone il difetto di legittimazione del cessionario e il rigetto dell'opposizione al progetto di distribuzione).

Nota a Trib. Spoleto, 23 giugno 2022, n. 437.

[di Caterina Loiacono](#) - praticante avvocato

La legittimazione ad agire, attenendo al diritto di azione, spetta a chiunque faccia valere in giudizio un diritto assumendo di esserne il titolare e la sua carenza può essere eccepita in ogni stato e grado del giudizio e può essere rilevata d'ufficio dal Giudice.

Nell'ipotesi di cessione di azienda bancaria e di cessione di crediti oggetto di cartolarizzazione, la pubblicazione dell'atto di cessione sulla Gazzetta Ufficiale sostituisce la notificazione dell'atto stesso, o l'accettazione da parte del debitore ceduto

La produzione del solo estratto della Gazzetta Ufficiale alla cessione di crediti in blocco non è sufficiente per provare compiutamente, ai sensi dell'art. 2697 cc, la propria titolarità soggettiva, che va dimostrata mediante la produzione del contratto di cessione.

[Qui la sentenza](#)

Cessione di crediti in blocco: mancato deposito del contratto e difetto di legittimazione attiva del cessionario.

Nota a Trib. Salerno, Sez. I, 5 luglio 2022, n. 2457.

[di Raffaele Carbone](#) – Avvocato

Deve essere rilevata d'ufficio la carenza di legittimazione attiva del soggetto intervenuto nel processo ai sensi dell'art. 111 c.p.c.

Il soggetto cessionario di un credito, intervenuto in un giudizio ai sensi dell'art. 111 c.p.c., ha l'onere di provare la propria legittimazione attiva, il cui onere non può ritenersi assolto a mezzo della sola pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della cessione di crediti in blocco, la cui sola funzione è quella di assolvere alla notifica dell'intervenuta cessione al debitore ceduto di cui all'art. 1264 c.c.

La prova imprescindibile va fornita con il deposito del contratto di cessione da cui si possa ricavare che lo specifico credito, per il quale essa agisce, è stato effettivamente ed inequivocabilmente cartolarizzato.

[Qui la sentenza](#)

Cessione di crediti in blocco: pubblicità notizia in Gazzetta ufficiale e mancanza controllo legalità in poligrafico.

Nota a Trib. Benevento, 7 luglio 2022, n. 1630.

[di Monica Mandico](#) – Mandico & Partners

Con la sentenza in oggetto, il Tribunale di Benevento ha statuito che:

- 1) nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, a fronte della contestazione specifica di titolarità sostanziale del credito l'onere della prova incombente sull'opposta (attrice in senso sostanziale) impone a questa di provare i fatti posti a fondamento dell'acquisto del diritto fatto valere in giudizio, vale a dire di produrre il contratto di cessione di crediti "in blocco", ai sensi e per l'effetto della legge n.130 del 30.04.1999, citato in Gazzetta Ufficiale;
- 2) il contenuto della pubblicità notizia della Gazzetta Ufficiale non rende individuabile il credito oggetto di precetto, atteso che fa riferimento alla cessione dei crediti passati a sofferenza in un certo periodo, indicando la sola tipologia degli stessi, ma non individuandoli specificamente;
- 3) se pure il contenuto della Gazzetta Ufficiale fosse tale da individuare il credito ceduto, trattasi pur sempre di una forma di pubblicità notizia, che si limita a rendere opponibile la cessione, in quanto per legge tale adempimento produce solo gli effetti indicati nell'art. 1264 c.c. nei confronti dei debitori ceduti; ma non costituisce la fonte della titolarità del credito, che rimane l'atto di cessione, che, in caso di contestazione specifica, deve essere prodotto in giudizio a prova della effettiva titolarità del credito;
- 4) peraltro la pubblicità notizia sulla Gazzetta Ufficiale non è soggetta ad un controllo di contenuto, il quale viene predisposto dalla società cessionaria.

[Qui la sentenza](#)

Prova della forma scritta dei contratti accessori e valore delle istruzioni di Banca d'Italia (in tema di verifica della usurarietà).

Nota a Trib. Latina, Sez. I, 18 luglio 2022.

Massima redazionale (segnalazione dell'Avv. Antonio Tanza)

Nella specie, parte attrice contestava l'applicazione, sui rapporti intrattenuti con la Banca convenuta, di competenze base costituite da interessi ultralegali, dalla commissione di massimo scoperto, da valute fittizie e da spese forfettarie, nonché i meccanismi moltiplicativi delle competenze base, costituite dall'anatocismo degli interessi ultralegali, dalle valute, dall'anatocismo della c.m.s. e dagli addebitamenti sul capitale.

Ciò premesso, nel merito, le domande attoree tendono alla declaratoria di nullità del contratto di conto corrente, oltre che di quelli collegati, per inosservanza della forma scritta, per l'illegittima applicazione dell'anatocismo e di tassi d'interesse usurari, dovendone conseguire la rideterminazione del dare-avere tra le parti, la restituzione di quanto incassato in eccedenza dalla convenuta, la declaratoria di nullità della fideiussione e, da ultimo, la rettifica della segnalazione alla Centrale Rischio.

Relativamente al primo profilo, il CTU ha verificato l'insussistenza di contratti scritti relativamente ai rapporti secondari. Al riguardo, la Corte di Cassazione ha già avuto occasione di chiarire che «*in tema di disciplina dei contratti bancari ... in forza della delibera del CICR del 4 marzo 2003, il contratto di apertura di credito, qualora risulti già previsto e disciplinato da un contratto di conto corrente stipulato per iscritto, non deve, a sua volta, essere stipulato per iscritto a pena di nullità*»^[1]. Più recentemente, è stato ribadito^[2] come l'apertura di credito in conto corrente debba essere stipulata per iscritto a pena di nullità, a meno che non sia già prevista e disciplinata nel contratto di conto corrente stipulato in forma scritta. Nel caso di specie, al contratto di conto corrente, assistito dalla prescritta forma scritta, accedono un contratto di apertura di credito affidata oltre ai conti secondari. Accertata, quindi, la mancanza di contratti scritti relativamente ai conti secondari sopra riportati e, quindi, la fondatezza sotto tale aspetto della domanda attorea, sarebbe stato onere della Banca, eccipiente la circostanza della disciplina dei rapporti *per relationem*, dimostrare la sufficiente regolamentazione contenuta nel contratto "madre" ai fini della determinazione delle condizioni dei contratti "figlio", onde giustificare l'applicabilità dell'invocata delibera derogativa del CICR. Non avendo, per converso, parte convenuta assolto a detto onere, merita accoglimento la domanda di nullità dei contratti secondari per difetto della forma scritta. Peraltro, il contratto "madre" risulta stipulato nel gennaio 1999, antecedentemente alla delibera CICR che, ai sensi del comma 2 dell'art. 117 TUB, ha specificato i termini in cui particolari contratti secondari possano essere conclusi anche in forma diversa da quella scritta. Sulla scorta di ciò, il consulente dell'ufficio ha proceduto a rideterminare le competenze trimestrali, nei termini di cui al comma 7 dell'art. 117 TUB dei conti stessi.

Avendo verificato che l'art. 7 del contratto prevedesse che i conti debitori venissero chiusi contabilmente con cadenza trimestrale, mentre gli interessi a credito del correntista fossero contabilizzati a fine anno, in spregio quindi alla delibera CICR del 09.01.2000, il consulente tecnico d'ufficio ha provveduto a defalcare dal dovuto il frutto dell'illegittimo anatocismo, ottenendo un saldo finale a vantaggio del correntista. Con precipuo riferimento alla verifica del superamento del tasso soglia, il CTU ha elaborato due distinti conteggi, applicando alternativamente le istruzioni della Banca d'Italia ovvero letteralmente il disposto di cui all'art. 644 c.p.. A tale ultimo riguardo, il Tribunale laziale reputa come sulle istruzioni della Banca d'Italia debba prevalere la normativa primaria rappresentata dall'art. 644 c.p. nella parte in cui, ai fini della verifica dell'usurarietà del tasso, univocamente esclude dal conteggio le sole voci rappresentate dalle imposte e dalle tasse.

In senso conforme, la giurisprudenza di legittimità^[3] ha chiarito come «*le rilevazioni della Banca d'Italia hanno l'unico scopo di determinare, sulla base della media registrata, il TEGM e non già di stabilire il paniere del corrispettivo cui tener conto al fine di accertare l'usurarietà del compenso, stante che la composizione di esso trova compiuta descrizione nell'art. 644 cod. pen.*». Conseguentemente, si aderisce alle conclusioni peritali con le quali è determinato un saldo positivo finale a credito del correntista. In accoglimento, quindi, della domanda di ripetizione dell'indebitato, la banca è condannata alla corresponsione della somma suddetta, oltre agli interessi legali dalla domanda, in favore della società attrice. La Banca convenuta è, altresì, condannata alla rettifica presso la Centrale Rischi della Banca d'Italia della segnalazione a carico della medesima attrice.

[1] Cfr. Cass. n. 7763/2017.

[2] Il riferimento è a Cass. n. 926/2022.

[3] Il riferimento è a Cass. n. 17466/2020.

[Qui la sentenza](#)

Lexitor: determinazione della competenza sulla sola base del “petitum immediato”.

Nota a Trib. Roma, Sez. XVII, 21 luglio 2022.

[di Biagio Campagna](#) – Avvocato

Il giudice del Tribunale di Roma rilevava d'ufficio che: *“non appare condivisibile la declaratoria di incompetenza pronunciata dal giudice a quo, in considerazione della necessità di determinare la competenza del giudice sulla sola base del petitum immediato”*. Il Giudice di Pace di Roma nella causa oggetto del giudizio del Tribunale di Roma aveva dichiarato la propria incompetenza per valore con la seguente motivazione: *“Ebbene, alla luce degli assunti difensivi di parte attrice, la questione risulta fondata e meritevole di accoglimento posto che, al fine della determinazione della competenza per valore, allorché il Giudice sia chiamato ad accertare la nullità di clausole contrattuali ed a pronunciarsi sulla consequenziale restituzione di somme versate in dipendenza di quel contratto, deve ritenersi che l'accertamento integra l'oggetto di una domanda distinta da quella restitutoria e le due pretese devono cumularsi ai sensi dell'art. 10 c.p.c. Nel caso di specie, avendo gli attori invocato a sostegno della loro richiesta di pagamento l'annullamento delle clausole di non ripetibilità, in virtù del principio del cumulo delle domande il Giudicante è chiamato, in buona sostanza, a valutare nella sua interezza il contratto di finanziamento facendo riferimento al suo globale contenuto economico il cui valore, evidentemente, è di gran lunga superiore ai limiti fissati per la competenza del Giudice di Pace Ne consegue la declaratoria di incompetenza del Giudice adito a conoscere della causa che dovrà essere riassunta entro i termini di rito dinanzi al Tribunale Civile di Roma”*.

La domanda consegue all'interpretazione data dalla CGUE nella nota sentenza LEXITOR (11.09.2019 rg C-383-18) e quindi ad una novellata interpretazione di quanto previsto dall'art 16 della direttiva UE 2008/48, nonché dal Testo Unico Bancario (125 quater TUB).

In sede di rilevazione d'ufficio, il giudice del Tribunale rileva che alla luce di quanto disposto dall'art. 10 c.p.c., è da considerarsi erroneo quanto affermato dal Giudice di Pace in relazione al criterio di cumulo delle domande ai fini della determinazione della competenza.

Infatti, in base all'orientamento consolidato della corte di Cassazione^[1] ai fini della determinazione del valore della causa, ai sensi dell'art. 10 c.p.c., deve aversi riguardo solo a quanto richiesto dall'attore quale *petitum immediato* e non all'oggetto dell'accertamento prodromico che il giudice deve compiere quale antecedente logico per decidere del fondamento della domanda (*petitum mediato*).

Inoltre, il cumulo delle domande concerne soltanto l'ipotesi di plurime domande intese come pretese con *petita* ben distinti tra loro, mentre rimangono assorbite le richieste, anche se formalmente proposte in via separata, che siano prive di autonomia in quanto aventi carattere strumentale, consequenziale o accessorio alla domanda principale.

Pertanto, nel caso di specie, come sancito dal giudice del Tribunale di Roma, il valore della controversia, alla luce dei criteri evidenziati, deve essere determinato esclusivamente in base alla domanda di ripetizione delle somme effettuata da parte

attrice senza che ad essa possa essere cumulo la pregiudiziale domanda di accertamento della nullità delle clausole contrattuali che impediscono la ripetizione.

Alla luce di ciò, considerato che la domanda di ripetizione dell'indebito proposta ha ad oggetto l'importo complessivo di euro 663,65, il Giudice del Tribunale ritiene che debba essere declinata la propria competenza rimettendo alla Suprema Corte affinché venga dichiarata in via definitiva la competenza del Giudice di pace di Roma.

[1] Cfr. si veda Cass. sentenza n. 1338/05 e n. 9251/04.

[Qui la sentenza](#)

Sulla determinazione degli interessi in caso di ripetizione dell'indebitto.

Nota a Trib. Taranto, 12 agosto 2022, n.

di Antonio Mazzotta

L'ordinanza del 12 agosto 2022, emessa dal Tribunale di Taranto in seguito a reclamo presentato dalla società avverso l'ordinanza di sospensione dell'esecuzione, ha rappresentato un'occasione per il corretto inquadramento degli interessi nella fattispecie ipotizzata dall'art. 1284 co. 4 c.c. ovvero in quella di cui al co. 4 del medesimo articolo.

All'uopo, si presenta come preliminare la qualificazione, in precedenza operata dalla Corte d'appello, dell'azione proposta dalla società in qualità di ripetizione di indebitto. Tale qualificazione impedisce l'applicazione dell'art. 1284 co. 4 c.c. A più riprese, infatti, la Suprema Corte ha «*affrontato la questione delle ipotesi cui si riferisce l'art. 1284 co. 4 c.c. esprimendo il principio secondo cui gli interessi ivi previsti riguardano il caso delle obbligazioni pecuniarie che trovano esclusivamente la loro fonte in un contratto i cui obblighi siano rimasti inadempiti da una delle parti che abbia infondatamente allungato i termini di adempimento resistendo in giudizio alle legittime pretese della controparte*».

Neppure risulta riferibile alla fattispecie in esame l'ulteriore principio sancito dalla Suprema Corte di Cassazione^[1] che riconosce l'applicabilità dell'art. 1284 co. 4 c.c. anche agli obblighi restitutori. Tale possibilità presuppone, in ogni caso, l'inadempimento di un contratto di cui sia stata pronunciata la risoluzione per colpa di una delle parti. Come già accennato in precedenza, nel caso analizzato l'obbligo restitutorio non trova fonte «*nel contratto e nel suo inadempimento ma nell'assenza di valide pattuizioni*». Di conseguenza, in simili circostanze, gli obblighi restitutori comportano l'applicazione dei soli interessi legali *ex art. 1284 co. 1 c.c.* e non di quelli maggiori disciplinati dal co. 4.

Il Tribunale, alla luce di siffatte considerazioni, ha confermato l'ordinanza di sospensione che aveva individuato «*gravi motivi idonei a sospendere la procedura esecutiva per assenza di un titolo che legittimasse la pretesa di pagamento delle somme precttate*».

[1] Il riferimento è a Cass. n. 13145/2021.

[Qui la sentenza](#)

Cessione credito ex art. 58 TUB: omesso deposito del contratto e difetto legittimazione cessionario (rilevabilità d'ufficio).

Nota a App. Milano, Sez. I, 26 agosto 2022, n. 2776.

[di Monica Mandico](#) – Mandico & Partners

La titolarità della posizione soggettiva, attiva o passiva, vantata in giudizio è un elemento costitutivo della domanda ed attiene al merito della decisione, sicché spetta all'attore allegarla e provarla, salvo il riconoscimento, o lo svolgimento di difese incompatibili con la negazione, da parte del convenuto.

Si può pertanto affermare che la parte che promuove un giudizio deve prospettare la propria legittimazione attiva e, sulla base dell'art. 2967 c.c., dimostrare la propria titolarità della posizione giuridica soggettiva per cui chiede tutela.

Il cessionario *ex art. 58 TUB* non può produrre in appello nuovi documenti al fine di dimostrare la propria legittimazione in quanto in violazione del divieto di produrre nuovi documenti in appello, atteso che l'asserito creditore avrebbe dovuto depositarli fin dal ricorso in Tribunale al fine di dare prova di essere cessionario del credito vantato, sicché tale prova è tardiva e inammissibile.

Tanto in considerazione che si deve ravvisare una violazione del principio del contraddittorio, dal momento che controparte non è stata posta nelle condizioni, fin dal primo grado, di eccepire l'esistenza di elementi modificativi, impeditivi o estintivi della titolarità del credito.

La legittimazione ad agire attiene al diritto di azione, che spetta a chiunque faccia valere in giudizio un diritto assumendo di esserne il titolare; la sua carenza può essere eccepita in ogni stato e grado del giudizio e può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

La titolarità della posizione soggettiva è un elemento costitutivo del diritto fatto valere con la domanda, che l'attore ha l'onere di allegare e di provare tempestivamente.

[Qui la sentenza](#)

Mutuo con tasso floor: la “scommessa” a rischio zero per la Banca mutuante.

Nota a App. Milano, Sez. I, 6 settembre 2022, n. 2836.

[di Antonio Zurlo](#) – Studio Legale Greco Gigante & Partners

La Corte d'Appello meneghina, con la recentissima sentenza in oggetto, evidenzia come debba essere considerata vessatoria la clausola determinativa, a carico del consumatore, di un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto; siffatta situazione ricorre certamente nel caso di applicazione della clausola *floor*, non accompagnata da analogo meccanismo correttivo, quale potrebbe essere quello derivante dall'applicazione di una clausola *cap*, né da una riduzione dello spread, che non emerge nella modulistica versata in atti. Di tal guisa, la considerazione dell'indice Euribor come pari a zero nel caso che assuma valore negativo implica l'obbligo del mutuatario di corrispondere gli interessi a un tasso comunque pari allo spread pattuito, senza poter beneficiare interamente della variazione favorevole dell'indice, come, per converso, può fare la Banca mutuante, non essendo soggetta ad alcuna limitazione nel caso di rialzo del medesimo indice. Tale situazione di significativo squilibrio non riguarda la convenienza economica, insindacabile, ma attiene, più propriamente, ai diritti e agli obblighi originanti dal contratto. La disciplina negoziale derivante dalla clausola *floor* non incide, difatti, sulla congruità della remunerazione (che non potrebbe essere attenzionata sotto il vaglio di abusività), bensì determina uno squilibrio giuridico e normativo, consentendo a una sola parte contraente (l'Istituto mutuante) di trarre pieno beneficio dalle variazioni a sé favorevoli dell'indice e, al contempo, di contingentare il pregiudizio derivante da quelle, per contro, sfavorevoli. In conclusione, deve essere accolta la domanda finalizzata all'inibizione dell'uso della clausola contestata.

[Qui la sentenza](#)

Manipolazione del tasso Euribor (con contratto antecedente al periodo attenzionato e con Banca esterna al cartello): nullità (parziale) e sostituzione dei tassi di interesse.

Nota a App. Cagliari, 8 settembre 2022, n. 260.

Massima redazionale

La Corte territoriale cagliaritano, in via preliminare, rileva come l'Euribor sia un tasso elaborato sulla media delle quotazioni segnalate per operazioni interbancarie da un gruppo di banche europee appartenente alla EBF; trattasi, in altri termini, di un tasso medio ricavato dalle stime ritenute applicabili in impieghi a breve termine da un primario Istituto europeo nei confronti di soggetto solvibile, privo di riferimento a specifiche rilevazioni di transazioni. Il richiamo di tale parametro per stabilire *per relationem* le condizioni regolanti il contratto bancario è astrattamente ammissibile, non essendo vietato in modo assoluto dall'art. 117 TUB il rinvio a elementi esterni al documento contrattuale obiettivamente identificabili, bensì il rinvio a usi o comunque a parametri non determinabili preventivamente da parte del cliente in quanto rimessi alla decisione unilaterale (e arbitraria) della banca^[1].

Sulla manipolazione del tasso Euribor: la normativa antitrust e la decisione della Commissione Europea.

Il profilo di nullità dedotto in giudizio si fonda, per converso, sulla illegittimità a monte della fissazione del tasso Euribor nel periodo settembre 2005 – maggio 2008, in quanto oggetto di manipolazione da parte di un gruppo di banche all'atto della comunicazione dei dati, come accertato dalla Commissione Antitrust Europea, con decisione del 4 dicembre 2013. In particolare, la Commissione aveva sanzionato la condotta delle banche che avevano costituito un cartello allo scopo di alterare il procedimento di fissazione del prezzo di alcuni componenti dei derivati e, quindi, il rendimento medio Euribor, condotta consistita nell'aver comunicato e/o ricevuto preferenze per un settaggio a valore costante in dipendenza delle proprie posizioni commerciali o esposizioni, nell'essersi scambiate informazioni non di dominio pubblico sulle intenzioni per l'invio di futuri dati per l'Euribor, nell'aver allineato i dati da comunicare alle informazioni confidenziali ricevute, nell'essersi uniformati ad un livello specifico nella comunicazione dei dati, nell'aver comunicato alle altre banche la quotazione appena inoltrata all'EBF o ancora prima di inviarla. L'Autorità concludeva che la manipolazione dei tassi Euribor avesse inciso sul normale andamento del mercato degli EIRD attraverso un innalzamento dell'Euribor per favorire la circolazione dei prodotti derivati a un prezzo falsato e ridurre anticipatamente il fattore di incertezza che sarebbe altrimenti stato presente nel mercato circa il comportamento futuro degli altri competitor, lucrandone un forte guadagno una volta tornato l'Euribor a valori più bassi e così attuando una violazione del principio di libera concorrenza sancito dall'art. 101 Trattato CE, laddove dispone che «*Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte*

le associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra stati membri e che abbiano per oggetto o per l'effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni della transazione ... Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto.» Trattasi di disposizione di ordine pubblico vincolante per gli stati dell'Unione Europea^[2], che trova riscontro nel diritto interno italiano all'art. 2 della legge n. 287/90, ove è statuito «*Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordati tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari. Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel a) fissare direttamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto»*, norma evidentemente finalizzata a perseguire l'obiettivo di tutelare il libero svolgimento del mercato, proibendo qualsiasi distorsione della concorrenza anche mediante comportamenti non negoziali. La decisione della Commissione Europea è prova idonea a supportare la domanda volta alla declaratoria di nullità dei tassi “manipolati” e alla rideterminazione degli interessi nel periodo coinvolto dalla manipolazione^[3]. La nullità del tasso Euribor nel periodo settembre 2005 – maggio 2008 per violazione dell'art. 101 Trattato Ce e dell'art. 2 legge antitrust è, quindi, utilmente invocabile da parte del cliente di un finanziamento bancario indicizzato sull'Euribor, legittimato a ottenere il ripristino delle condizioni legali anche se il soggetto mutuante non abbia preso parte all'intesa vietata.

Invero, la nullità dell'intesa antitrust “a monte”, recepita per determinare il tasso nel contratto “a valle”, comporta la nullità per violazione di norme imperative, *ex art. 1418 c.c.*, della convenzione di interessi e la conseguente applicazione del tasso legale in luogo del tasso contrattuale parametrato all'Euribor.

Il primo comma dell'art. 1418 c.c. ha concepito un sistema aperto di nullità per violazione di norme imperative, in cui rientra qualsiasi assetto contrattuale che si ponga in contrasto con precetti inderogabili, quale certamente la disciplina posta a tutela della libera concorrenza. Al rilievo di nullità per violazione di norma imperativa sarebbe ostativa, secondo la banca appellata, la circostanza che il contratto *de quo* fosse stato stipulato nel 2004, ovverosia in data precedente alla accertata condotta anticoncorrenziale e che la Banca medesima non avesse preso parte al cartello sanzionato dall'autorità antitrust. A tal riguardo, la Corte d'Appello sviluppa alcune considerazioni.

Il problema della “durata” del contratto: la simmetria con il mutuo e la legge antiusura.

La verifica della validità del contratto deve essere scientemente condotta con riferimento al momento genetico del vincolo negoziale, rispetto al quale, secondo la dottrina tradizionale, sarebbero irrilevanti gli eventi sopravvenuti relativi ad uno degli elementi essenziali, tranne l'ipotesi delle nuove norme a carattere

retroattivo, che inciderebbero sugli effetti del rapporto e non sulla validità dell'atto. La questione merita, pur tuttavia, ulteriori riflessioni, non già sull'ovvia considerazione che il giudizio di validità del contratto espresso al momento del suo perfezionamento non possa essere rimosso alla luce di fattori sopravvenuti, bensì in ordine alla sorte di quello stesso atto nel corso della sua durata ed alla sua perdurante validità e/o efficacia, in senso diacronico, a seguito dell'insorgenza di nuovi eventi.

Una delle fattispecie che ha dato origine a tale discussione è quella relativa ai contratti di mutuo e all'incidenza del superamento delle soglie stabilite dalla legge antiusura durante lo svolgimento del rapporto. In quanto contratto reale, il mutuo si perfeziona con la dazione della *res*, cui corrisponde l'obbligo dell'*accipiens* di restituire il *tantundem eiusdem generis*, realizzando, di tal guisa, la funzione economico sociale tipica; nondimeno è caratterizzato dalla durata del rapporto quale effetto della programmazione negoziale voluta dalle parti. È proprio con riguardo alla durata che la Suprema Corte è intervenuta per risolvere il contrasto formatosi sulla applicabilità della legge n. 108/96 ai contratti di mutuo stipulati prima dell'entrata in vigore e anche a quelli stipulati successivamente e recanti tassi inferiori alla soglia dell'usura, superata poi nel corso del rapporto^[4], assumendo che le disposizioni normative antiusura, alla luce della norma di interpretazione autentica di cui all'art. 1, comma 1, D.L. n. 394/2000, attribuiscono rilevanza (ai fini della qualificazione del tasso convenzionale come usurario) al momento della pattuizione dello stesso e non, per contro, al momento del pagamento degli interessi, «*valorizzando in tal modo il profilo della volontà e dunque della responsabilità dell'agente*». L'elaborazione dei diversi orientamenti formati sulla materia è ricondotta dalle Sezioni Unite nel solco dell'interpretazione autentica dei precetti di cui agli artt. 644 c.p. e 1815 c.c., fornita dalla legge n. 108/96 come interpretata dall'art. 1 D.L. n. 394/2000, così preservando la clausola originariamente pattuita da qualsiasi censura di invalidità e/o inefficacia sopravvenuta per contrasto con la legge antiusura. Gli orientamenti contrari appuntavano, invece, l'attenzione sulla inderogabilità delle disposizioni imperative e sui relativi effetti.

L'argomentazione posta a fondamento della pronuncia delle Sezioni Unite inerisce la portata interpretativa della disposizione inderogabile esaminata, impegnativa per i contraenti soltanto nel momento della formazione dell'accordo anche sul piano della buona fede, pur con qualche "difficoltà" applicativa sul piano dell'esecuzione del contratto; tuttavia non esclude in radice, ma anzi sembra presupporre, l'interferenza dei fattori sopravvenuti sulla validità ed efficacia dei contratti in corso, ammessa da quell'orientamento che riconosceva la sensibilità dei rapporti pendenti alla normativa sopravvenuta non retroattiva.

La decisione della Corte cagliaritana.

Nei medesimi termini si propone la questione della ripercussione della nullità delle intese restrittive realizzate per la determinazione dei parametri Euribor sui contratti di mutuo a tasso variabile in corso nel periodo interessato dalla manipolazione. Anche in questo caso, invero, non si discute della nullità della clausola sugli interessi al momento del perfezionamento del contratto, bensì della perdurante validità/efficacia o inefficacia in senso stretto della determinazione

convenzionale degli interessi che si accerti divenuta in contrasto con la norma imperativa in materia di tutela della libertà del mercato e della concorrenza.

Se nella fase dinamica del rapporto le condizioni stabilite in contratto vengono a porsi in contrasto con una disposizione inderogabile, deve quantomeno riconoscersi un'inefficacia in senso stretto della relativa clausola, se non addirittura l'inefficacia derivante da nullità sopravvenuta, intesa quale contrarietà (parziale) del contratto prodottasi durante il suo svolgimento per effetto di un fatto sopraggiunto che impone la verifica della tenuta di validità delle condizioni originariamente pattuite proprio in considerazione della prestazione periodica del pagamento degli interessi (come nell'ipotesi del mutuo a tasso variabile, stipulato dopo l'entrata in vigore della legge n. 108/96, in cui, per effetto del meccanismo convenzionale di determinazione della misura, venga oltrepassata la soglia usuraria in corso in esecuzione, che soltanto nella prospettiva consegnata dalle prefate Sezioni Unite rimane irrilevante, mentre comporterebbe nullità sopravvenuta della clausola qualora si privilegiasse il momento del pagamento).

Nella specie, la contrarietà alla norma imperativa non si è concretata al momento della stipulazione del contratto, risalente al 2004, ma nel momento in cui il *tradens* aveva ricevuto interessi frutto di un'intesa nulla sopraggiunta che aveva reso invalida la clausola di determinazione del tasso corrispettivo anche agli effetti, di cui all'art. 1284, comma 3, c.c.; in senso contrario, si dovrebbe ammettere una deroga al principio *quod nullum est nullum producit effectum* e fare salvo il tasso privo di valido titolo nei rapporti con i destinatari finali della manipolazione, così limitando la tutela dei singoli debitori al solo piano risarcitorio nei confronti degli autori della violazione.

Sull'irragionevolezza di limitare la tutela al piano risarcitorio: il modello delle fideiussioni *omnibus*.

Non è fuor d'opera richiamare la decisione resa dalla Suprema Corte a Sezioni Unite^[5], in materia di fideiussioni *omnibus* conformi al modello ABI dichiarato *in parte qua* anticoncorrenziale dal provvedimento n. 55/05 di Banca d'Italia. Per quel che qui interessa e tenendo conto che, in quel caso, la pratica anticoncorrenziale aveva comportato l'adozione di clausole standard nei contratti "a valle", geneticamente viziati^[6], il principio di diritto adottato dalle Sezioni Unite spiega che la destinazione a una pluralità di operatori di condizioni contrattuali in violazione della legge n. 287/90 altera la libertà del mercato non solo per l'attività imprenditoriale, ma anche per i consumatori, in quanto abbassa il livello qualitativo delle offerte rinvenibili erodendo la libera scelta; la tutela accordata dall'ordinamento non può essere limitata all'azione risarcitoria posto che «*la nullità dell'intesa a monte si riverbera sul contratto stipulato a valle, che ne costituisce un conseguenziale effetto, tanto da legittimare anche un'azione di ripetizione di indebito fondata sulla nullità del contratto medesimo*».

Se così è, anche nella fattispecie di causa risulta riduttivo sul piano della tutela accordare al consumatore finale esclusivamente l'azione risarcitoria contro i partecipanti al cartello, mentre fare riferimento soltanto alla genesi del rapporto di durata significa confinare la portata della disposizione imperativa alla conclusione del contratto^[7] e sterilizzarla durante lo svolgimento del rapporto

allorchè la fonte delle prestazioni eseguite dovrebbe invece continuare a mantenersi conforme al precetto.

Di contro, deve ritenersi che il cliente del contratto bancario indicizzato a un tasso Euribor nullo “a monte” abbia diritto di ottenere la declaratoria di nullità di una clausola che, per effetto della prevista variazione, recepisce in corso di svolgimento del rapporto un parametro nullo, frutto di una condotta in violazione della normativa antitrust.

La nullità parziale del contratto di mutuo non travolge l'intero contratto, secondo il principio *utile per inutile non vitiatur*, non essendo dedotta in causa la volontà negoziale di stipulare il mutuo soltanto a quelle condizioni, e prescinde dall'elemento psicologico in capo al mutuante all'atto della stipulazione del contratto. In applicazione della regola generale di cui all'**art. 1284 c.c.**, gli interessi corrispettivi del mutuo andranno dunque sostituiti dal tasso legale nel periodo in cui il tasso contrattuale è affetto da nullità.

[1] Cfr. Cass. n. 17110/2019.

[2] V. Direttiva 2014/104/UE.

[3] Sulla vincolatività delle decisioni della Commissione v. art. 16 Reg. CE n. 1/03.

[4] Il riferimento è a Cass. Civ., Sez. Un., n. 24675/17, per cui «... *più precisamente nel chiarire quale sia la sorte della pattuizione di un tasso d'interesse che, a seguito dell'operatività del meccanismo previsto dalla stessa legge per la determinazione della soglia oltre la quale un tasso è da qualificare usurario, si riveli superiore a detta soglia*».

[5] Il riferimento è a Cass. Civ., Sez. Un., n. 41994/21.

[6] Cfr. App. Milano, 29.09.21; Trib. Milano n. 9708/21; Trib. Torino, n. 3225/20, ove è evidenziato che il parametro Euribor incide sulla determinazione dell'entità del corrispettivo dovuto sul finanziamento concesso.

[7] Opzione preferita dalle summenzionate Sezioni Unite n. 24675/2017 in virtù dell'interpretazione autentica della normativa e non per un fatto ontologico.

[Qui la sentenza](#)

Phishing: sull'onere probatorio dell'intermediario per mancata attivazione dell'sms alert e mancato adeguamento dei presidi di sicurezza.

Nota a App. Firenze, Sez. II, 8 settembre 2022, n. 1945.

di Biagio Campagna – Avvocato

La Corte d'Appello di Firenze si è pronunciata su di una controversia circa l'onere probatorio gravante sull'intermediario in caso di mancata attivazione dell'*sms alert* e sul mancato adeguamento dei presidi di sicurezza.

Il giudice di primo grado aveva sancito che: *“Il ritardo nell'utilizzo di tale accorgimento certamente poteva aver avuto efficienza causale rispetto alla problematica oggetto di causa; era onere dell'intermediario fornire la prova della sostanziale equipollenza del precedente sistema di identificazione del cliente rispetto a quello successivamente adottato, né essa convenuta aveva altresì provato di aver adottato sistemi di sicurezza aggiuntivi, quali il servizio di “sms-alert ” così da consentire l'immediato controllo da parte del cliente della propria operatività sul conto e quindi la revoca dell'operazione, disposta per errore o in modo fraudolento. Non avendo l'intermediario assolto l'onere probatorio a suo carico, la stessa doveva considerarsi inadempiente e dunque obbligata a riaccreditare la somma di Euro 5.810,00 oltre interessi e rivalutazione monetaria”*.

L'intermediario proponeva appello avverso la sentenza di primo grado.

La Corte d'Appello di contro, confermava quanto sancito in sede di primo grado dal Tribunale, rigettando l'appello.

Nel caso di operazioni effettuate con strumenti elettronici (home banking), spetta all'istituto di credito verificare la riconducibilità delle stesse alla volontà del cliente, impiegando la diligenza dell'“accorto banchiere”, di talché l'eventuale uso, da parte dei terzi, dei codici di accesso al sistema rientra nel rischio professionale del prestatore dei servizi di pagamento, prevedibile ed evitabile con appropriate misure tecniche, volte a verificare la riferibilità delle operazioni suddette alla volontà del correntista.

Ai fini dell'esenzione da responsabilità la condotta dell'intermediario quale prestatore di servizi di pagamento, avrebbe dovuto conformarsi a uno elevato standard di diligenza tecnica-professionale (ex art. 1176, comma 2, c.c.), di talché, come affermato dal primo Giudice, diligenza che va valutata tenendo conto dei rischi tipici della sfera professionale di riferimento dell'accorto banchiere e la possibilità della sottrazione dei codici del correntista, attraverso tecniche fraudolente, rientra, nell'area del rischio di impresa, destinato ad essere fronteggiato solo attraverso l'adozione di misure che consentano di verificare, prima di dare corso all'operazione, se essa sia effettivamente attribuibile al cliente, come in parte è stato fatto successivamente dall'intermediario e prima ancora da altri istituti bancari che hanno dotato l'utente di un dispositivo “ token ” e in aggiunta un servizio di *sms alert*, che se non azzerano, di certo, concorrono a diminuire in modo rilevante questi fenomeni truffaldini.

Quanto alla censura sulla colpevolezza dell'appellata per mancata o errata custodia dei codici di accesso, la relativa prova (cui onere, si ripete, spettava all'appellante) deve ritenersi parimenti non raggiunta.

Il prestatore di servizi di pagamento deve provare un *quid pluris*, ossia l'adozione di appropriate misure tecniche, volte a verificare la riferibilità delle operazioni suddette alla volontà del correntista. *Quid pluris* che è mancato: era pacifico che nel 2010 il sistema di protezione dell'appellante (oltre al codice di accesso ed alla password iniziale) prevedeva esclusivamente un codice fisso numerico personale di accesso (PIN) e non già un "token" per la generazione – di volta in volta – del codice dispositivo segreto od il servizio di "sms-alert" per la comunicazione dell'avvenuta operazione, sistemi già in uso da altri istituti bancari all'epoca dei fatti; anche su dette circostanze bene evidenziate dal primo Giudice, erroneamente l'intermediario continua a sostenere che era onere di parte attrice provare che nel periodo successivo all'evento oggetto di causa, il livello di sicurezza del sistema fosse stato implementato fornendo ai propri clienti il cd. "token" per la generazione dei codici da impiegare per l'effettuazione di operazioni disposte on line, così allineando le proprie tecnologie a quelle già da tempo in uso nel sistema bancario. L'assunto non è condivisibile: anche in tal caso l'onere probatorio era a carico dell'intermediario ma non è stato assolto.

[Qui la sentenza](#)

Onere produzione estratti conto ed eccezione di prescrizione delle rimesse.

Nota a App. Venezia, Sez. I, 13 settembre 2022, n. 1922.

Massima redazionale

In via preliminare, il Collegio veneziano rileva che, secondo il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, nei rapporti di conto corrente bancario, il correntista, che agisca in giudizio per la ripetizione dell'indebito, è tenuto alla prova degli avvenuti pagamenti e della mancanza di una valida *causa debendi* essendo, altresì, onerato della ricostruzione dell'intero andamento del rapporto, con la conseguenza che non può essere accolta la domanda di restituzione se siano incompleti gli estratti conto attestanti le singole rimesse suscettibili di ripetizione[1]. Del pari, il correntista non può invocare il principio di vicinanza della prova al fine di spostare l'onere *de quo* in capo alla banca, tenuto conto che tale principio non trova applicazione quando ciascuna delle parti, almeno di regola, acquisisce la disponibilità del documento al momento della sua sottoscrizione[2].

È pur vero che il correntista, attore in ripetizione, possa limitarsi a indicare l'esistenza di versamenti indebiti e chiederne la restituzione in riferimento a un dato conto e a un tempo determinato, senza necessità di indicare le singole poste[3]; pur tuttavia, è onerato della ricostruzione dell'intero andamento del rapporto, con la conseguenza che non può essere accolta la domanda di restituzione se siano incompleti gli estratti conto attestanti le singole rimesse suscettibili di ripetizione[4]. Solo la produzione degli estratti conto, a partire dalla data di apertura del contratto di conto corrente sino alla data della domanda o di chiusura del conto, consente di pervenire, attraverso l'integrale ricostruzione dei rapporti di dare-avere tra le parti e con la corretta applicazione del tasso di interesse, all'esatta determinazione dell'eventuale credito del correntista e alla quantificazione degli importi da espungere sul conto.

Difatti, per la determinazione del saldo del conto, non sono sufficienti gli estratti conto scalari, in quanto rappresentano soltanto i conteggi degli interessi attivi e passivi, ma non consentono l'individuazione delle operazioni che hanno determinato le annotazioni degli interessi e di ricostruire esattamente tutti i movimenti effettuati nell'arco del tempo. La Corte veneziana ha già avuto modo di precisare[5] che la *“mancanza degli estratti conto non consente di verificare se gli interessi del trimestre precedente siano stati effettivamente addebitati e capitalizzati nel successivo trimestre ovvero se siano stati per qualche ragione stornati, così come preclude di appurare se vi siano stati dei pagamenti da parte del cliente delle somme dovute a titolo di interessi, con la conseguenza che non avrebbero più prodotto a loro volta interessi. La produzione degli estratti “scalari” non consente nemmeno di accertare se nei periodi successivi ad ogni liquidazione trimestrale il saldo contabile sia ritornato attivo, magari anche per un solo giorno, sì da interrompere il flusso anatocistico”*. Del resto, il correntista, che agisca giudizialmente per l'accertamento giudiziale del saldo, deve farsi carico della produzione dell'intera serie degli estratti conto (Cass. 7 maggio 2015, n. 9201; Cass. 13 ottobre 2016, n. 20693; Cass. 23 ottobre 2017, n. 24948); con tale produzione, difatti, esso

assolve all'onere di provare sia gli avvenuti pagamenti che la mancanza, rispetto ad essi, di una valida causa debendi (da ultimo Cass. n.11543/19)."

Nel caso di specie, è pacifico che la rideterminazione del saldo del conto sia avvenuta attraverso l'esame dei soli estratti conto scalari prodotti da parte attrice, i quali non sono tuttavia idonei a rendere una ricostruzione certa e attendibile dei rapporti di dare e avere come raccomandato dalla giurisprudenza; in difetto di produzione degli estratti conto analitici e sulla base dei soli scalari non possono dirsi provati l'effettivo addebito degli interessi in conto corrente, la precisa e corretta quantificazione degli addebiti illegittimi (che non può presumersi sulla base della pattuizione contrattuale), l'effettivo pagamento di quanto chiesto in ripetizione.

Ciò posto, relativamente all'eccezione di prescrizione sollevata dalla Banca (rigettata dal primo Giudice sulla base del rilievo che la Banca non avrebbe individuato le rimesse operate in conto, né indicato la loro natura solutoria), la Corte territoriale rileva come, alla luce di quanto statuito dalle Sezioni Unite^[6] e considerato che la società attrice non avesse prodotto alcun contratto di apertura di credito e, ancora, che la prova del fido potesse essere fornita soltanto tramite il documento costitutivo e non anche mediante prove indirette^[7] o *per facta concludentia*, dalla mera tolleranza di una situazione di scoperto^[8], il conto *de quo* non possa considerarsi affidato.

Invero, il mancato assolvimento, da parte dell'attrice, del proprio *onus probandi*, ha inficiato anche la possibilità di valutare adeguatamente l'eccezione di prescrizione correttamente sollevata dalla Banca, posto che sulla base della sola documentazione prodotta dall'attrice non sarebbe stato possibile procedere a un'analisi dell'impatto della prescrizione (gli scalari non offrono l'indicazione degli importi capitali giornalieri, né delle causali delle singole operazioni, che, invece, risultano desumibili dagli estratti conto analitici, in grado di fornire un appropriato riscontro dell'identità e della consistenza delle operazioni poste in atto).

[1] Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 28.11.2018, n. 30822; Cass. Civ., Sez. VI, 23.10.2017, n. 24948.

[2] Cfr. Cass. Civ., Sez. VI, 13.12.2019, n. 33009.

[3] Così, Cass. n. 11543/2019.

[4] Cfr. Cass. n. 30822/2018; Cass. n. 24948/2017.

[5] Cfr. App. Venezia, n. 405/2021, n. 2057/2021 e n. 258/2022.

[6] Le Sezioni Unite hanno definitivamente chiarito che l'onere di allegazione gravante sull'Istituto di credito convenuto in giudizio, che eccepisce la prescrizione, possa ritenersi soddisfatto con l'allegazione dell'inerzia del titolare del diritto e dalla dichiarazione di volerne profittare, senza che sia necessaria l'indicazione delle specifiche rimesse solutorie ritenute prescritte (cfr. Cass. Civ., Sez. Un., n. 15895/2019); sicché, eccepita dalla Banca la prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebitto, per decorso del termine decennale dal pagamento, è onere del cliente provare l'esistenza di un contratto di apertura di credito, che qualifichi quel versamento come mero ripristino della disponibilità accordata (cfr. Cass. 30.01.2019, n. 2660; Cass. 30.10.2018, n. 27704; Cass. 10.07.2018, n. 18144).

[7] V. Cass. n. 27705/2018.

[8] Da ultimo, Cass. n. 6478/2021.

[Qui la sentenza](#)

**Cessione crediti in blocco e legittimazione attiva:
accoglimento opposizione ex art. 615 c.p.c. (con condanna alle
spese di lite).**

Nota a Trib. Ancona, 14 settembre 2022, n. 1007.

[di Raffaele Carbone](#) – Avvocato

La pubblicazione nella G.U. dell'avvenuta cessione esonera la cessionaria dalla notificazione al debitore ceduto, ma non dalla prova dell'esistenza della cessione stessa, in quanto una cosa è l'avviso della cessione, un'altra è la prova della sua esistenza e del suo specifico contenuto.

La sola allegazione della copia dalla pubblicazione nella G.U. non è sufficiente a provare l'avvenuta cessione di quello specifico credito.

Per dimostrare di essere titolare del rapporto, la prova primaria è costituita dal contratto di cessione, da cui si possa ricavare che lo specifico credito per il quale la banca agisce è stato effettivamente ed inequivocabilmente cartolarizzato.

Il creditore procedente, contumace nel giudizio di merito *ex art. 616 cpc* relativo ad una opposizione all'esecuzione *ex art. 615 cpc*, non assolve all'onere della prova della legittimazione attiva ove, dalla consultazione del fascicolo telematico, emerga il solo estratto della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della notizia di una cessione.

[Qui la sentenza](#)

Sul dovere dei clienti di proteggere le credenziali di sicurezza personalizzate.

Nota a Trib. Milano, Sez. VI, 15 settembre 2022.

[di Sara Rescigno](#) – Tirocinante ACF

Nella controversia in esame, gli attori – in occasione di una frode informatica da loro subita e che ha comportato l’addebito di due bonifici di euro 8.000,00 ciascuno – lamentano la “*gravissima negligenza*” dell’istituto di credito convenuto per non essere intervenuto tempestivamente al fine di proteggere la sfera giuridica dei clienti/attori. In particolare, all’istituto di credito viene contestata la violazione della diligenza qualificata rapportata al cd. accorto banchiere ex art. 1176, comma 2, c.c., nonché la violazione dell’art. 2050 c.c., rientrando l’attività bancaria nell’alveo delle attività pericolose.

Orbene, ad orientare la decisione del giudice, nel caso *de quo*, è stata la previsione degli articoli 7 e 10 del D.lgs. n. 11/2010 (decreto legislativo di attuazione della Direttiva n. 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato intero). Dalla lettura congiunta di entrambi gli articoli, emerge che l’istituto di credito, al fine di essere esonerato da qualsiasi responsabilità per i fatti avvenuti, avrebbe dovuto provare il dolo o la colpa grave dei clienti/attori nella violazione degli obblighi su di essi gravanti in qualità di utenti dei servizi di pagamento (nello specifico, utilizzo dello strumento di pagamento in conformità con i termini che ne regolano l’emissione e l’uso; comunicazione senza indugio al prestatore di servizi di pagamento circa lo smarrimento, il furto, l’appropriazione indebita o l’uso non autorizzato dello strumento; adozione di misure idonee a proteggere le credenziali di sicurezza personalizzate).

Il giudice, esaminata la documentazione versata in atti, ha accertato l’assolvimento del suddetto onere probatorio in capo all’istituto di credito e ha giudicato incauta la condotta assunta dai correntisti/attori. In particolare, il giudicante ha ritenuto fondata la presunzione di colpa grave in capo ai correntisti/attori che, non prestando la dovuta attenzione ai messaggi inviati dall’istituto di credito (che ha adottato il sistema di autenticazione a “due fattori” di cui agli artt. 8 e 10-*bis* del D.lgs. n. 11/2010 volto a scongiurare frodi informatiche), hanno rivelato ai truffatori i codici necessari ad eseguire e ad autorizzare le operazioni in conto corrente. Attraverso tali messaggi, l’istituto di credito ha avvisato i correntisti/attori della richiesta di pagamento dei bonifici da effettuare attraverso la comunicazione dei codici di sicurezza necessari per il loro completamento.

In conclusione, il giudice rimprovera ai correntisti/attori il non aver custodito con la dovuta diligenza le credenziali personali e gli altri fattori di autenticazione/autorizzazione delle operazioni bancarie. Entrambi i bonifici oggetto di disconoscimento, infatti, risultano essere stati autorizzati con il corretto inserimento delle idonee credenziali (codice cliente, *password*, codice OTP, codice OTS).

[Qui la decisione](#)

Cessione credito: deposito contratto con omessa descrizione sufficientemente in termini di categorie e tempi di maturazione del credito.

Nota a Trib. Napoli, 20 settembre 2022, n. 8245.

[di Raffaele Carbone](#) – Avvocato

Ai fini della prova dell'intervenuta cessione *ex art. 58 TUB* il cessionario deve dimostrare la titolarità del rapporto con documenti circostanziati idonei a dimostrare l'incorporazione e l'inclusione del credito oggetto di causa nell'operazione di cessione in blocco.

Il mero deposito del contratto di cessione in blocco, privo dell'allegato dei crediti, senza una descrizione sufficientemente compiuta anche in termini di categorie e tempi di maturazione del credito, non è sufficiente per dimostrare l'inclusione dei crediti vantati dall'opposta tra i crediti ceduti.

[Qui la sentenza](#)

Cessione del credito: omesso deposito del contratto, difetto di legittimazione del cessionario e rilevabilità d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio.

Nota a Trib. Velletri, Sez. II, 21 settembre 2022, n. 1730.

[di Monica Mandico](#) – Mandico & Partners

L'eccezione di carenza di legittimazione attiva del cessionario *ex art. 58 Tub*, sollevata da parte opponente, è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, anche in sede di legittimità. L'art. 58, comma 2, del D.lgs., n. 385 del 1993 ha inteso agevolare la realizzazione della cessione in blocco di rapporti giuridici, prevedendo quale presupposto di efficacia della stessa nei confronti dei debitori ceduti i suddetti adempimenti pubblicitari e dispensando la banca cessionaria dall'onere di provvedere alla notifica della cessione alle singole controparti dei rapporti acquisiti. Gli adempimenti di cui all'art. 58, co.2, del TUB, quindi, si pongono sullo stesso piano di quelli prescritti in via generale dall'art. 1264 c.c., con la conseguenza che possono essere validamente surrogati da questi ultimi, e segnatamente dalla notificazione della cessione, la quale non è subordinata a particolari requisiti di forma.

L'avviso di cessione dei crediti in blocco risponde unicamente alla funzione di sostituzione della notifica prevista dall'art. 1264 c.c. allo scopo di impedire l'eventualità di pagamenti liberatori, per il caso che il ceduto versi, nonostante la sopravvenuta cessione, la propria prestazione nelle mani del cedente, mentre non assolve *in re ipsa* la funzione di attestare la legittimazione attiva del preteso cessionario di crediti in blocco; colui, che "si afferma successore (a titolo universale o particolare) della parte originaria" ai sensi dell'art. 58 TUB, ha l'onere puntuale di "fornire la prova documentale della propria legittimazione", con documenti idonei a "dimostrare l'incorporazione e l'inclusione del credito oggetto di causa nell'operazione di cessione in blocco".

[Qui la sentenza](#)

Mutuo fondiario: superamento del limite di finanziabilità e nullità del precetto.

Nota a Trib. Asti, 23 settembre 2022.

[di Andrea Guaschino](#) – Studio Legale Guaschino

[di Dario Nardone](#) – Studio Legale Nardone

In primis va ricordato che, laddove l'esecuzione sia nel frattempo iniziata, il Giudice dell'opposizione a precetto (e dunque il collegio, in sede di reclamo) non perde il potere di decidere sull'istanza di sospensione originariamente proposta^[1].

Qualora l'opponente abbia offerto prove convergenti (ad esempio a mezzo CTP, CTU resa nella procedura esecutiva, prezzo di compravendita dell'immobile esecutato) circa il superamento del limite di finanziabilità del mutuo fondiario (titolo esecutivo), consegue, secondo un orientamento giurisprudenziale inaugurato nel 2017 in consapevole contrasto con altre pronunce anteriori^[2] la nullità del mutuo fondiario, salva la convertibilità del medesimo in un mutuo ipotecario ordinario^[3].

In ogni caso, va ritenuto fondato il motivo di doglianza basato sulla mancata notifica del titolo esecutivo, atteso che, anche a prescindere dalla convertibilità del mutuo fondiario stipulato nel caso in un mutuo ipotecario ordinario, il mancato rispetto della disciplina legale comporta comunque la perdita dei privilegi fiscali e processuali accordati al mutuo fondiario^[4].

L'eccezione di nullità del precetto per mancata previa notifica del titolo esecutivo, non è soggetta al termine decadenziale di 20 giorni statuito per l'opposizione a precetto ex 617 c.p.c., comma 1: infatti, se è vero che “*Il processo esecutivo, che sia iniziato senza essere preceduto dalla notificazione o dalla valida notificazione del titolo esecutivo e/o dell'atto di precetto, è viziato da invalidità formale, che può essere fatta valere con il rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi*”^[5], è anche vero che “*Non è sanabile per raggiungimento dello scopo, ai sensi dell'art. 156, ult. comma, cod. proc. civ., la nullità del precetto conseguente all'omissione della notificazione del titolo esecutivo: e ciò sia quando venga proposta opposizione ex art. 617 cod. proc. civ. per far valere il vizio della mancata osservanza dell'art. 479, comma primo, cod. proc. civ.; sia quando, unitamente a quest'ultima, vengano proposti motivi di opposizione ex art. 615 cod. proc. civ.*”^[6].

In definitiva, deve essere accolta l'istanza dei reclamanti di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo.

^[1] Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 17.10.2019, n. 26285: “*Il giudice dell'opposizione a precetto (c.d. opposizione pre-esecutiva) cui sia stato chiesto di disporre la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo ai sensi dell'art. 615, comma 1, c.p.c., (così come modificato dal D.L. 14 marzo 2005, n. 35), non perde il potere di provvedere sull'istanza per effetto dell'attuazione del pignoramento o, comunque, dell'avvio dell'azione esecutiva, sicché l'ordinanza sospensiva da questi successivamente pronunciata determinerà ab esterno la sospensione ex artt. 623 e 626 c.p.c. di tutte le procedure esecutive nel frattempo instaurate*”.

^[2] Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 24.06.2016, n. 13164.

[3] Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 31.07.2017, n. 19015, Cass. Civ., Sez. I, 09.05.2018, n. 11201; Cass. Civ., Sez. I, 21.01.2020, n. 1193; Cass. Civ., Sez. I, 14.06.2021, n. 16776.

[4] In termini: Cass. Civ., Sez. III, 28.06.2019, n. 17439: *“In tema di mutuo fondiario, il limite di finanziabilità ex art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 385 del 1993 non esaurisce i suoi effetti sul piano della condotta dell’istituto di credito mutuante, ma è elemento essenziale per la valida qualificazione del contratto di mutuo come fondiario e quindi, per l’applicabilità della relativa disciplina di privilegio, sostanziale e processuale, in favore del creditore; pertanto, il superamento di tale limite comporta, tanto ove sia necessario inferirne la nullità dell’intero contratto, salva la conversione ex art. 1424 c.c., quanto ove sia sufficiente la riqualificazione di quello come mutuo ordinario con disapplicazione della disciplina di privilegio, la sicura non operatività della norma che esenta il creditore fondiario dall’obbligo di previa notifica del titolo esecutivo ai sensi dell’art. 41, comma 1, del citato d. lgs.”.*

[5] Cfr. Cass. Civ., Sez. VI, 21/01/2021, n. 1096.

[6] Cfr. Cass. civ. Sez. VI, 21/12/2012, n. 23894.

[Qui l'ordinanza](#)

Fideiussione omnibus o contratto autonomo di garanzia: l'erma bifronte della giurisprudenza.

Nota a App. Lecce (Sez. Taranto), 23 settembre 2022, n. 317.

[di Antonio Zurlo](#) – Studio Legale Greco Gigante & Partners

Nella specie, parte appellante insisteva nel ritenere nulle le fideiussioni prestate, in quanto contenenti clausole contrarie alla normativa antitrust, già oggetto di censura con il noto provvedimento n. 55/2005 di Banca d'Italia.

La Corte tarantina evidenzia come, «secondo l'insuperata e del tutto condivisibile giurisprudenza della Cassazione»^[1], trattandosi di nullità parziale, che, in quanto tale potrebbe al più dare adito a risarcimento del danno, occorra verificare, innanzitutto, quali clausole contrattuali siano interessate e se pregiudichino, in concreto, gli interessi delle parti, ovvero se queste ultime non avrebbero stipulato il negozio, in assenza delle stesse o l'avrebbero stipulato a condizioni differenti. Nel caso di specie, non è stato allegato e comprovato nulla di tutto ciò, specie la possibilità per la società garantita di accedere al finanziamento anche senza la contestuale sottoscrizione delle fideiussioni.

Ma vi è di più. La Corte d'Appello ritiene di dover (ri)qualificare le fideiussioni attenzionate alla stregua di contratti autonomi di garanzia bancaria, dal momento che contengono clausole significativamente limitative delle eccezioni proponibili da parte dei garanti^[2]. Difatti, il disposto delle clausole nn. 6 (segnatamente «I diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione del suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore o qualsiasi altro obbligato o garante entro i termini previsti dall'art. 1957 c.c., che si intende derogato») e 7 (segnatamente, «il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta quanto dovutole per capitale, interessi, spese, tasse e ogni altro accessorio») depongono «molto chiaramente» nel senso della natura autonoma della garanzia prestata.

^[1] Il riferimento è a Cass. n. 24044/2019.

^[2] Cfr. Cass. n. 20397/2017; Cass. n. 31956/2018; Cass. n. 4717/2019.

[Qui la sentenza](#)

L'individuazione delle rimesse solutorie prescritte deve avvenire sul saldo banca e non sul saldo rettificato.

Nota a App. Lecce, Sez. I, 23 settembre 2022.

di Marco Chironi – Studio Legale Greco Gigante & Partners

Nella sentenza in esame, la Corte d'Appello di Lecce si è pronunciata sul tema dell'individuazione delle rimesse solutorie prescritte nelle azioni di accertamento del saldo e di ripetizione di indebito promosse dal correntista.

Il Tribunale di Brindisi aveva accolto la domanda promossa dalla società di accertamento di tutti gli addebiti illegittimi posti in essere dalla Banca nell'ambito del suo rapporto di conto corrente. In assenza degli integrali estratti conto sin dall'apertura del rapporto, il giudice di prime cure aveva applicato il c.d. "saldo zero".

La società proponeva istanza di correzione di errore materiale della sentenza, chiedendo al Tribunale di inserire altresì la statuizione di condanna della Banca, oltre a quella di mero accertamento.

Avverso la sentenza di primo grado, proponeva gravame la Banca formulando una serie di censure.

Preliminarmente, la Corte d'Appello di Lecce ha ritenuto fondato il motivo concernente la violazione dell'art. 2697 c.c., non avendo la società depositato in giudizio la sequenza integrale degli estratti conto. Tuttavia, dall'eventuale incompletezza della documentazione non discende l'inammissibilità del ricalcolo a mezzo di CTU.

Pertanto, la Corte ha censurato la sentenza del Tribunale laddove aveva ricalcolato il rapporto partendo dal c.d. "saldo zero", piuttosto che dal primo estratto conto in atti.

Con riferimento all'eventuale carenza della integrale sequenza di estratti conto, la Corte distrettuale ha condiviso quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui, con riferimento ai periodi per i quali il correntista abbia omesso di produrre tutti gli estratti conto, deve escludersi che l'accertamento possa essere influenzato dalla movimentazione del periodo privo di rendicontazione. Pertanto, in relazione a ciascuno di tali periodi, il CTU dovrà procedere "per blocchi", sviluppando i propri conteggi di ricalcolo a partire dal saldo del primo della serie di estratti conto in continuità temporale versati in atti, senza inserimento di operazioni fittizie di raccordo.

Quanto all'individuazione delle rimesse solutorie, ad avviso della Corte d'Appello di Lecce, non è corretto procedere preventivamente alla depurazione degli addebiti illegittimi. Invero, l'orientamento sviluppatosi in tal senso si fonderebbe su una non attenta lettura dei precedenti giurisprudenziali di legittimità.

Per la Corte, tali ordinanze avrebbero riguardato un'altra diversa questione, quella della individuazione delle rimesse solutorie alle quali applicare il criterio legale di imputazione dei pagamenti di cui all'art. 1194 co. 2 c.c.

In simili giudizi, dunque, ad avviso della sentenza in esame, occorre dapprima individuare i "pagamenti" indebiti prescritti sulla base del c.d. saldo-banca e non

certamente sul saldo ricalcolato e, successivamente, applicare il criterio di imputazione del pagamento previsto dall'art. 1194 co. 2 c.c.

La Corte ha altresì censurato la sentenza di primo grado laddove ha statuito la condanna della Banca, a fronte di una mera azione di accertamento promossa dalla società attrice.

In definitiva, con riferimento al rapporto di conto corrente che in tale sede rileva, la Corte d'Appello ha accolto l'appello proposto dalla Banca, accertando, in misura ridotta, il saldo in favore della società attrice.

[Qui la sentenza](#)

Cessione in blocco credito: pubblicità notizia su Gazzetta Ufficiale e omesso controllo di legalità.

Nota a Trib. Benevento, 30 settembre 2022, n. 2131.

[di Raffaele Carbone](#) – Avvocato

La pubblicità notizia sulla Gazzetta Ufficiale non è soggetta ad un controllo di contenuto, il quale viene predisposto dalla società cessionaria per cui se anche il contenuto della Gazzetta Ufficiale fosse tale da individuare il credito ceduto, trattasi pur sempre di una forma di pubblicità notizia, che si limita a rendere opponibile la cessione, in quanto per legge tale adempimento produce solo gli effetti indicati nell'art. 1264 c.c. nei confronti dei debitori ceduti; ma non costituisce la fonte della titolarità del credito, che rimane l'atto di cessione, che, in caso di contestazione specifica, deve essere prodotto in giudizio a prova della effettiva titolarità del credito.

[Qui la sentenza](#)

Cessione di crediti in blocco e prova della titolarità del credito in capo al cessionario: criteri vaghi e onnicomprensivi.

Nota a Trib. Sciacca, 3 ottobre 2022, n. 407.

[di Monica Mandico](#) – Mandico & Partners

In tema di cessione in blocco, la prova primaria, da cui si possa ricavare che lo specifico credito per il quale essa agisce è stato effettivamente ed inequivocabilmente cartolarizzato, è costituita dal contratto di cessione. Ad essa può sopperirsi se si dimostri che il singolo credito ceduto integra tutti i requisiti e rientra in tutti i criteri indicati nell'estratto di cessione, pubblicato in G.U.

Qualora il contenuto pubblicato nella Gazzetta indichi la descrizione dell'oggetto dei crediti ceduti sia vaga e onnicomprensiva, facendo riferimento a contratti deteriorati relativi ad un lasso temporale di vari decenni, senza puntuale indicazione di quello che dovrebbe essere il tratto distintivo dei rapporti ceduti deve ritenersi la carenza di legittimazione mancando la prova all'inclusione del credito.

[Qui la sentenza](#)

La verifica della solutorietà della rimessa è da calcolarsi sul saldo banca.

Nota a Trib. Torino, Sez. I, 3 ottobre 2022, n. 3821.

[di Beatrice Capoccia](#) – Studio Legale Greco Gigante & Partners

In discontinuità con la giurisprudenza di legittimità sul punto, per il Tribunale di Torino, con la recente sentenza in oggetto, la valutazione del carattere della rimessa affluita in conto corrente è da compiersi sulla base delle annotazioni contabili di cui agli estratti conto predisposti dalla banca (c.d. saldo banca) e non su quello ricalcolato e rettificato al netto degli addebiti riconosciuti illegittimi (c.d. saldo rettificato).

Non accenna a placarsi il dibattito circa la distinzione – fissata da Cass. sez. un. 24418/2010 – tra rimesse risolutorie e ripristinatorie ai fini della decorrenza del termine prescrizione, ed in particolare circa la verifica dell’incidenza di rimesse cd. solutorie – che intervengano a conto scoperto o a conto “*extrafido*”; ci si domanda, cioè, se questa debba compiersi sulla base delle annotazioni contabili di cui agli estratti conto predisposti dalla banca (cd. saldo banca), e quindi prima di qualsiasi “*elisione*” di annotazioni indebite, ovvero sulla base di quello ricalcolato e rettificato al netto degli addebiti riconosciuti illegittimi (cd. saldo rettificato).

Come è noto, a fondamento della tesi che predilige l’utilizzo del saldo cd. ricalcolato è la costante giurisprudenza di legittimità che, con la sentenza n. 9141/2020, prima, e Cass. n. 3858/2021, poi, ha evidenziato che “*per verificare se un versamento effettuato dal correntista nell’ambito di un rapporto di apertura di credito in conto corrente abbia avuto natura solutoria o solo ripristinatoria, occorre, all’esito della declaratoria di nullità da parte dei giudici di merito delle clausole anatocistiche, previamente eliminare tutti gli addebiti indebitamente effettuati dall’istituto di credito e conseguentemente determinare il reale passivo del correntista e ciò anche al fine di verificare se quest’ultimo ecceda o meno i limiti del concesso affidamento. L’eventuale prescrizione del diritto alla ripetizione di quanto indebitamente pagato non influisce sulla individuazione delle rimesse solutorie, ma solo sulla possibilità di ottenere la restituzione di quei pagamenti coperti da prescrizione*” [1].

Contraria alla impostazione prevalente è il Tribunale di Torino con la pronuncia in commento, secondo il quale l’individuazione della solutorietà delle operazioni bancarie è da svolgersi esclusivamente sulla base del saldo banca, nonostante l’invalidità di alcune competenze bancarie (è il caso, per esempio, degli oneri anatocistici) [2].

Il prefato Tribunale, infatti, oltre a rilevare “*difetti costruttivi*” frutto dell’asserita contraddizione logica insita alla schematizzazione delle operazioni sopra riportate, nonché l’incompatibilità con il dettato normativo di cui all’art. 1492 c.c. (per cui è la prescrizione dell’azione di indebito a limitare l’accertamento della nullità e non viceversa, evidenzia come la ricostruzione offerta da “*Cass. n. 3858/2021 e Cass. n. 9141/2020 entra in conflitto con il criterio di distinzione tra rimesse solutorie e ripristinatorie di cui Cass. n. 24418/2010 perché assegna, per il tramite della teorica del saldo rettificato, valore ripristinatorio a rimesse che, inequivocabilmente, hanno natura*”

solutoria, ossia comportano uno spostamento patrimoniale potenzialmente definitivo delle somme versate, dalla sfera giuridica del cliente a quella della banca”.

Ebbene, sull'assunto che *“lo spostamento patrimoniale è escluso se la riduzione dell'esposizione debitoria comporta la riespansione, in pari misura, della facoltà di utilizzo della medesima somma di denaro e sussiste invece se questa riespansione non può verificarsi, perché il versamento è fatto su un conto “scoperto”, senza fido o oltre il limite del fido”*, il Tribunale, ai fini della qualificazione del versamento e della conseguente verifica del termine prescrizione, propende per considerare il saldo banca anziché per quello rettificato; e ciò per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, osserva che è la banca e non già il cliente parte contrattualmente autorizzata a elaborare i conti *ex art. 119 TUB*; quest'ultimo infatti potrebbe al più *“impugnare le risultanze dell'estratto e censurare anche oltre i limiti temporali fissati dall'art. 1832 c.c. la legittimità della registrazione in conto, perché avvenuta per un titolo nullo, ma finché l'errore non è riconosciuto dalla banca o è giudizialmente accertato e il conteggio non è conseguentemente rettificato, il saldo elaborato dalla banca ha effetto anche nei confronti del cliente”*.

Il Tribunale prosegue argomentando che non può prescindere dalla cooperazione della banca per l'espletamento delle normali attività di utilizzo del c/c (si legge, infatti, che *“se il saldo evidenzia che il conto è “scoperto”, il prelievo di contanti, l'esecuzione degli ordini di bonifico ecc. sono prima facie impossibili”*). In altri termini, *“se il cliente dipende da scelte discrezionali della banca, ciò vuol dire che egli non ha facoltà di disporre in assenza di copertura”*.

Conclude sul punto criticando la rimessione del giudizio sulla scorta della qualificazione della rimessa (nel senso del pagamento o del ripristino di disponibilità), poiché è il potere di disporre di una somma di denaro (o meglio la conservazione del potere stesso) ad integrare il messo idoneo ad impedire lo scostamento patrimoniale; e tale possibilità è da verificarsi esclusivamente avendo a riferimento la situazione dichiarata ed esistente al tempo di esecuzione del versamento.

[1] Conformi numerose pronunce di merito, tra cui Corte d'Appello di Bologna sentenza n. 2994 del 18 settembre 2017; Corte d'Appello di Bologna, sentenza n. 2920 del 26 novembre 2018; Corte di Appello di Milano, sent. n. 176/2020 del 20 gennaio 2020.

[2] Dello stesso avviso, tra le altre, Corte Appello Venezia 13 ottobre 2020, n. 2680, ove si legge: *“quanto alla questione del saldo banca / saldo ricalcolato anche nel periodo coperto da prescrizione, l'orientamento già espresso da questa Corte in precedenti pronunce (per es. Corte Appello Venezia, sentenza 3074/2019) è a favore dell'utilizzo del saldo banca; in effetti, depone a favore di tale soluzione la considerazione che la prescrizione precluderebbe ogni valutazione in ordine al periodo da lei coperto, per dare certezza e stabilità ai rapporti giuridici; depurare in prima battuta il conto delle annotazioni illegittime (anche se in forza del principio per cui un atto nullo non produce effetti) corrisponderebbe a riscriverlo, con elusione del limite della prescrizione dell'azione di ripetizione. Tuttavia, la Corte di Cassazione si è recentemente pronunciata nel senso di riconoscere valore al saldo ricalcolato (Cass. Ordinanza n. 9141 del 19/05/2020), con una pronuncia che, invero, non ha dato compiutamente conto delle ragioni di tale scelta rispetto ai diffusi orientamenti di merito a favore del saldo banca”*.

Qui la sentenza

**In tema di distinzione tra rimesse solutorie e ripristinatorie
in conto corrente, a seguito di sconfinamento: la sentenza del
Tribunale di Reggio Emilia.**

Nota a Trib. Reggio Emilia, 6 ottobre 2022, n. 1023.

Massima redazionale

A seguito di sconfinamento, le successive rimesse del correntista hanno natura di pagamento, e quindi solutoria, solo per la parte necessaria a rientrare dallo sconfinamento, poiché solo per quella parte vi è debito immediato del correntista, mentre nei casi in cui il passivo non supera l'affidamento, i versamenti del correntista hanno funzione meramente ripristinatoria della provvista: si ha quindi immediata esigibilità di capitale ed interessi per il credito che supera il fido e per i relativi interessi, rimanendo tale esigibilità differita per il credito entro il fido sino al saldo di chiusura del rapporto od alla scadenza dell'affidamento, poiché trattasi di competenze pagabili *ex art. 1194 comma 2 c.c.* solo a tale momento.

[Qui la sentenza](#)

Cessione del credito: mancato deposito della lista dei debitori ceduti e irrilevanza dell'estratto autentico notariale.

Nota a Trib. Torino, 12 ottobre 2022, n. 3943.

[di Raffaele Carbone](#) – Avvocato

La titolarità attiva o passiva della situazione soggettiva dedotta in giudizio è un elemento costitutivo della domanda ed attiene al merito della decisione, così che grava sull'attore l'onere di allegarne e provarne i fatti costitutivi.

La parte che agisca affermandosi successore a titolo particolare del creditore originario, in virtù di un'operazione di cessione in blocco secondo la speciale disciplina di cui all'art. 58 del D. Lgs. n. 385 del 1993, ha anche l'onere di dimostrare l'inclusione del credito medesimo in detta operazione.

Il mancato deposito della lista dei debitori ceduti e/o estratto notarile che attesti l'inserzione del nominativo dell'odierna opponente nella predetta lista dei debitori ceduti è rilevante ai fini della mancata prova della titolarità del cessionario *ex* art. 58 TUB dei crediti in blocco.

L'estratto autentico notarile non comprova la titolarità del credito in quanto è un mero documento di provenienza e formazione unilaterale della cessionaria.

[Qui la sentenza](#)

Cessione in blocco credito: rinvio al sito internet per la lista dei crediti ceduti.

Nota a Trib. Forlì, 13 ottobre 2022, n. 916.

[di Raffaele Carbone](#) – Avvocato

In caso di cessione in blocco ove sia sollevata la contestazione circa l'effettiva titolarità del credito, spetta pur sempre al cessionario fornire la prova dell'essere stato lo specifico credito di cui si controverte compreso tra quelli compravenduti nell'ambito dell'operazione di cessione in blocco, essendo il fondamento sostanziale della legittimazione attiva legato per il cessionario alla prova dell'oggetto della cessione, compreso l'onere di dimostrare l'inclusione del credito medesimo in detta operazione.

Il generico rinvio *per relationem* al contratto di cessione, nonché dello stesso avviso pubblicato in Gazzetta Ufficiale al sito internet con la lista dei crediti ceduti, non può certamente integrare la puntuale prova di natura oggettiva e/o documentale dell'essere gli specifici crediti azionati ricompresi nell'oggetto della compravendita di crediti deteriorati nell'ambito della dedotta operazione di cessione in blocco.

La produzione frammentaria del contratto di cessione con ampie omissioni (appena 7 pagine su 69 pagine totali) non presenta sufficienti indici tali da dimostrare chiaramente ed univocamente che il debito vantato nei confronti dell'odierna parte opponente sia ricompreso nell'oggetto dell'intervenuta cessione in blocco.

La produzione di contratto in lingua inglese e denominato "*Claims Transfer Agreement*", visto il principio della obbligatorietà della lingua italiana, previsto dall'art. 122 cod. proc. civ., che si riferisce agli atti processuali in senso proprio, consente al giudice, ai sensi dell'art. 123 cod. proc. civ., la facoltà, e non l'obbligo, di procedere alla nomina di un traduttore.

Non è certamente idonea ad assurgere al rango di prova richiesta ai fini della dimostrazione dell'effettiva titolarità attiva in capo al cessionario del credito azionato, in quanto la dichiarazione – che seppur autenticata da Notaio – proveniente e sottoscritta dallo stesso preteso creditore.

[Qui la sentenza](#)

Cessione di crediti in blocco: prova inclusione, omesso deposito del contratto e valore avviso della Gazzetta Ufficiale.

Nota a Trib. Frosinone, 14 ottobre 2022, n. 859.

[di **Monica Mandico**](#) – Mandico & Partners

La parte che agisca affermandosi successore a titolo particolare del creditore originario, in virtù di un'operazione di cessione in blocco secondo la speciale disciplina di cui all'art. 58 del d.lgs. n. 385 del 1993, ha anche l'onere di dimostrare l'inclusione del credito medesimo in detta operazione.

L'avviso di cessione di crediti *pro soluto* ai sensi della legge n. 130 del 30 aprile 1999 (“Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti”), riferito a contratti di cessione di crediti pecuniari conclusi con vari istituti bancari che, di per sé solo, non consente di individuare i singoli crediti ceduti.

Il riferimento nell'avviso della Gazzetta ufficiale a “*tutti i crediti pecuniari (derivanti, tra le altre cose, da finanziamenti ipotecari e/o chirografari) che siano stati individuati nel documento di identificazione dei crediti allegato in ciascun Contratto di Cessione che siano vantati verso debitori classificati a sofferenza*” è insufficiente a provare l'inclusione del credito medesimo in detta operazione.

In caso di dichiarazione del difetto di titolarità del credito in capo all'asserito cessionario del credito, intervenuto volontariamente nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, il giudice deve disporre la condanna al pagamento delle spese di lite.

[Qui la sentenza](#)

Fideiussione omnibus sottoscritta dopo il Provvedimento n. 55/2005: tra giudizio stand alone e preclusione del rilievo officioso della nullità parziale.

Nota a Trib. Milano, Sez. XIV, 17 ottobre 2022, n. 8031.

di Antonio Zurlo – Studio Legale Greco Gigante & Partners

«Attento a cosa chiedi quando preghi perché potresti ottenerlo»
(Stephen King)

Nel caso di specie, parte attrice sosteneva che il contratto di fideiussione stipulato fosse nullo perché contenente le tre clausole, di deroga del termine di decadenza *ex art.* 1957 c.c., di c.d. “reviviscenza” e di c.d. “sopravvivenza”, contenute nel modello ABI e censurato dal provvedimento di Banca d’Italia n. 55/2005, con cui è stato, come noto, appurato che *«gli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall’ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l’articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90»*; nella stessa sede, era stato evidenziato, in particolare, come le verifiche compiute nel corso dell’istruttoria avessero *«mostrato, con riferimento alle clausole esaminate, la sostanziale uniformità dei contratti utilizzati dalle banche rispetto allo schema standard dell’ABI»* e come tale uniformità discendesse *«da una consolidata prassi bancaria preesistente rispetto allo schema dell’ABI (non ancora diffuso presso le associate), che potrebbe però essere perpetuata dall’effettiva introduzione di quest’ultimo»*. Ciò premesso, spostando il *focus* sulla fattispecie concreta oggetto di esame, il Collegio milanese rileva che la fideiussione prodotta dall’attore quale documento contenga, effettivamente, tutte le clausole nn. 2, 6 e 8 dell’archetipo ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie; segnatamente, all’identica numerazione utilizzata in quello schema corrisponde il medesimo contenuto precettivo. In tal caso, tuttavia, la produzione in giudizio del provvedimento della Banca d’Italia non fornisce di per sé prova idonea dell’esistenza dell’intesa restrittiva della concorrenza, dal momento che la stipulazione della garanzia fideiussoria è intervenuta a distanza di anni da quel provvedimento, relativo a una fase temporale conclusasi nel maggio del 2005.

La specifica vicenda contrattuale dà, consequenzialmente, origine a un giudizio c.d. “*stand alone*”, nel quale l’attore, chiamato a comprovare i fatti costitutivi della domanda, non può giovare (come nelle cc.dd. “*follow on actions*”) dell’accertamento dell’intesa illecita contenuto in un provvedimento dell’autorità amministrativa competente a vigilare sulla conservazione dell’assetto concorrenziale del mercato, perché un simile accertamento o manca del tutto o, alternativamente, pur essendoci, riguarda un periodo diverso da quello in cui si colloca la specifica vicenda negoziale che avrebbe leso la sfera giuridica dell’attore.

La sussumibilità della controversia tra le cause “*stand alone*” fa sì che parte attrice sia onerata dell’allegazione e dimostrazione di tutti gli elementi costitutivi della

fattispecie, tra i quali rientra quello della perdurante esistenza di un'intesa illecita all'epoca della sottoscrizione del contratto di fideiussione per cui è causa. In tal senso, la Corte Suprema di Cassazione:

- ha ritenuto coperte dall'accertamento antitrust le condotte precedenti al maggio 2005^[1] secondo gli ordinari criteri di giudizio, giacché l'istruttoria e le conseguenti determinazioni della Banca d'Italia hanno coperto l'arco temporale precedente al provvedimento finale n. 55 del 22 maggio 2005;
- ha ritenuto che la presunzione circa la sussistenza dell'illecito operasse anche per condotte di poco successive all'adozione del provvedimento dell'Autorità^[2].

Il caso di specie si colloca invece a ben undici anni di distanza dall'accertamento della Banca d'Italia: circostanza che imporrebbe di effettuare in concreto un'attività istruttoria circa la persistenza dell'illecita intesa, lesiva della concorrenza, nel mercato nazionale. Il fideiussore ha prodotto alcuni contratti di fideiussione di diversi Istituti di credito, sottoscritti a partire dal 2009; ad avviso del Tribunale milanese tali moduli non sono idonei a provare l'esistenza dell'illecito concorrenziale dedotto in giudizio, sia perché non riguardanti l'intero territorio nazionale, sia perché, di questi solo uno è relativo al 2016 (anno di sottoscrizione della fideiussione omnibus attenzionata). Manca, pertanto, la prova idonea a dimostrare che nel 2016 un numero significativo di istituti di credito, all'interno del medesimo mercato, avesse coordinato la propria azione al fine di sottoporre alla clientela dei modelli uniformi di fideiussione omnibus in modo da privare quella stessa clientela del diritto a una scelta effettiva e non solo apparente tra prodotti alternativi e in reciproca concorrenza.

Al fine di fornire la prova dell'intesa illecita, con memoria istruttoria, parte attrice aveva chiesto al Tribunale di ordinare «*ex D.Lgs. 3/17 a Banca di Italia ed a tutte le maggiori banche di Italia, tra cui Unicredit spa, UBI banca spa, BNL spa, Intesa San Paolo spa, Banco BPM spa, MPS spa e BPER spa di esibire copia di tutte le fideiussioni sottoscritte dal 2003 ad oggi ex art. 210 cpc*». Ebbene, anche qualora il Collegio accogliesse la richiesta formulata, *ex art. 210 c.p.c.*, colmando di fatto la lacuna attorea in punto di onere probatorio, l'accertamento di tale circostanza non potrebbe comunque condurre alla declaratoria di nullità del contratto di fideiussione oggetto di lite, come richiesto, e ciò alla luce dei principi da ultimo affermati dalla Suprema Corte. Invero, con la recente pronuncia n. 41994/2021, le Sezioni Unite Civili, per il caso di violazione della disciplina antitrust, hanno ritenuto che si configuri una mera nullità parziale, limitata cioè alle sole clausole contrattuali illecite, evidenziando che la nullità parziale risponde al principio generale di conservazione del negozio. Conformemente al disposto dell'art. 1419 c.c., «*la nullità di singole clausole contrattuali, o di parti di esse, si estende, pertanto, all'intero contratto, o a tutta la clausola, solo ove l'interessato dimostri che la porzione colpita da invalidità non ha un'esistenza autonoma, né persegue un risultato distinto, ma è in correlazione inscindibile con il resto, nel senso che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto colpita da nullità*»^[3]. L'estensione della nullità all'intero contratto ha portata eccezionale ed è a carico di chi ha interesse a far cadere del tutto l'assetto di interessi programmato fornire la prova dell'interdipendenza del resto del contratto dalla clausola o dalla parte nulla^[4].

Nel caso concreto, si può ritenere, in mancanza di rigorosa allegazione e prova del contrario, che il fideiussore avrebbe in ogni caso prestato la garanzia, anche senza le clausole anzidette, dovendosi ritenere portatore di un interesse economico al finanziamento bancario, che spiega, appunto, il consenso alla prestazione di garanzia. L'attore, difatti, ha precisato le proprie conclusioni, insistendo nella richiesta di declaratoria di nullità del contratto di fideiussione. Solo in sede di comparsa conclusionale egli ha chiesto di «*accertare e dichiarare [...] la nullità della fideiussione – limitatamente alle clausole di sopravvivenza, reviviscenza e deroga al 1957 c.c. – sottoscritta in data 01.04.2016, dell'importo di 351.000 euro rilasciata dall'attore a XXXXXXXXXXXX a garanzia di XXXX srl*» e, nella memoria di replica, richiamando la sentenza delle Sezioni Unite n. 26242/2014, ha asserito che il giudice abbia l'obbligo di rilevare d'ufficio l'esistenza di una causa di nullità negoziale di natura speciale o di protezione. Nel caso in esame, il giudice sarebbe gravato del rilievo officioso della nullità speciale e di protezione delle clausole di reviviscenza, sopravvivenza e deroga ai termini di cui all'art. 1957 c.c.

La questione *de qua* è stata, in realtà, affrontata dalla citata sentenza n. 41994/2021. Al riguardo, la Suprema Corte ha affermato che «*il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità integrale del contratto deve rilevarne di ufficio la sua nullità solo parziale. E tuttavia, qualora le parti, all'esito di tale indicazione officiosa, omettano un'espressa istanza di accertamento in tal senso, deve rigettare l'originaria pretesa non potendo inammissibilmente sovrapporsi alla loro valutazione ed alle loro determinazioni espresse nel processo*»^[5]. Nel caso considerato, non vi è stato alcun rilievo d'ufficio perché la convenuta, sin dalla sua costituzione in giudizio, ha eccepito che «*nella denegata ipotesi in cui il Tribunale ritenesse comunque accoglibile, anche solo in parte, l'avversa tesi della nullità della fideiussione, essa avrebbe comunque una ricaduta limitata, certamente, alle sole clausole citate dal provvedimento della Banca d'Italia n.55/2005: la clausola 2) "annullamento, inefficacia e revoca dei pagamenti"; 6) "Permanenza dell'obbligazione del fideiussore" e 8) "Invalidità dell'obbligazione garantita" e non certo all'intera garanzia o comunque agli altri obblighi ricadenti sul fideiussore*». A seguito dell'eccezione formulata dalla controparte, l'attore, in sede di prima udienza, ha dichiarato di voler proporre «*ai sensi dell'art.183 quarto comma c.p.c.*» una nuova domanda, «*in conseguenza della eccepita nullità relativa: "condannare XXXXXXXXXXXXXXX al risarcimento del danno per violazione della normativa antitrust ex D.lgs. 3/2017 per l'importo di € 5.000,00 e comunque nei limiti del c.u. già pagato o per la somma ritenuta di giustizia, da calcolarsi anche in via equitativa*». Nella successiva memoria, depositata ai sensi dell'art. 183, sesto comma, n. 1, c.p.c., lo stesso ha ribadito: «*La fideiussione è affetta da nullità totale*». Coerentemente con questa impostazione, prendendo posizione riguardo alla nullità relativa del contratto, l'attore afferma testualmente: «*Ora come si può ritenere che il contratto va ritenuto valido e va applicata la nullità parziale perché il garante avrebbe comunque firmato la fideiussione, il concetto è assurdo. Solo il contraente debole può eccepire questa circostanza, non la banca*». In altri termini, parte attrice nega, in maniera espressa, la volontà di ottenere una pronuncia di caducazione delle sole clausole dello schema ABI.

Ciò posto, il Collegio non potrebbe dichiarare d'ufficio la parziale nullità del contratto, andando al di là dei limiti della domanda formulata dalla parte; tanto più che, nel caso di specie, non è neppure evincibile dal tenore delle difese

dell'attore, anche solo a livello di allegazione, la circostanza che egli abbia interesse a una pronuncia che dichiari il contratto parzialmente nullo, non avendo lo stesso speso alcun argomento al riguardo, neppure quando la convenuta, nella sua comparsa di costituzione e risposta, ha eccepito la esclusiva configurabilità di nullità parziale. Per questo motivo la domanda di nullità parziale non può che ritenersi inammissibile in quanto tardiva; in conclusione, il Tribunale respinge la domanda di nullità e la conseguenziale richiesta risarcitoria di parte attrice.

[1] Cfr. Cass. 12 dicembre 2017, n. 29810.

[2] Cfr. Cass. n. 21978/2019, che si riferisce ad una fideiussione sottoscritta nel mese di dicembre 2005.

[3] V. Cass. 05.02.2016, n. 2314.

[4] V. Cass. 21.05.2007, n. 11673.

[5] Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 12.12.2014, nn. 26242 e 26243; Cass. 18.06.2018, n. 16501.

[Qui la sentenza](#)

Fideiussioni modello ABI e decadenza art. 1957 c.c.

Nota a App. Napoli, Sez. VII, 18 ottobre 2022, n. 4336.

[di Beatrice Capoccia](#) – Studio Legale Greco Gigante & Partners

Nel solco di una recentissima pronuncia di legittimità in tema di fideiussione omnibus^[1] ed in ossequio al principio di conservazione degli atti negoziali, per la Corte di Appello di Napoli alla previsione di singole clausole conformi allo schema predisposto dall'ABI – poi dichiarate contrarie alla normativa *antitrust* – consegue non già la caducazione dell'intero contratto bensì la nullità delle singole clausole; e ciò sempre che, ai sensi dell'articolo 1419 c.c., non sia dimostrato che quel contratto, in assenza di quelle clausole, non sarebbe stato concluso^[2].

Detta nullità è, tra l'altro, rilevabile d'ufficio da parte del giudice.

Il problema è di forte interesse e si pone per i numerosissimi istituti di credito che, secondo prassi bancaria diffusa, hanno adottato il modello (non vincolante) del contratto di fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie predisposto dall'ABI; tali clausole, sottoposte al vaglio della Banca d'Italia (titolare a quel tempo del potere di accertamento delle pratiche anticoncorrenziali poste in essere dalle banche), sono state dichiarate lesive della concorrenza con provvedimento n. 55 del 02.05.2005, integrando un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione all'art. 2 della c.d. Legge antitrust (l. 287/1990)^[3].

Appurata, dunque, la piena validità ed efficacia della fideiussione depurata dalle clausole anticoncorrenziali, la Corte territoriale continua osservando che la nullità della clausola del contratto recante la rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c. *“comporta la reviviscenza dell'assetto ordinario previsto dall'art. 1957 c.c., che impone alla banca di attivarsi entro sei mesi contro il debitore principale”*; con la conseguenza che, nell'ipotesi in commento, la banca opposta risulta decaduta dal diritto di far valere la propria pretesa creditoria nei confronti dei fideiussori, avendo questa agito oltre il termine semestrale dalla data di comunicazione della risoluzione del rapporto bancario e della messa in sofferenza del conto corrente.

A conforto di tale conclusione, osserva infatti che *«non può ritenersi idonea ad integrare i presupposti di cui al primo comma dell'art. 1957 c.c. la diffida contenuta nello stesso atto di recesso (...), atteso che, secondo il consolidato orientamento della Suprema Corte (cfr. fra le altre Cass. n. 1724/2016; Cass. n. 21524/2004; Cass. n. 6823/2001) l'art. 1957 c.c., nell'imporre al creditore di proporre la sua “istanza” contro il debitore entro sei mesi dalla scadenza per l'adempimento dell'obbligazione garantita dal fideiussore, a pena di decadenza dal suo diritto verso quest'ultimo, tende a far sì che il creditore stesso prenda sollecite e serie iniziative contro il debitore principale per recuperare il proprio credito, in modo che la posizione del garante non resti indefinitamente sospesa»*. In altre parole, *«attesa la qualificazione dell'atto negoziale in oggetto come garanzia accessoria e non autonoma e non potendosi ravvisare alcuna incompatibilità e/o contraddizione tra la clausola del pagamento a prima richiesta e il disposto di cui all'art. 1957 c.c., che incide esclusivamente sulle modalità di azione del creditore garantito, imponendogli un onere di agire giudizialmente anche contro il debitore, nel termine previsto, quale presupposto per l'escussione della garanzia»*, ai fini dell'art. 1957, tali *“sollecite e serie iniziative”* da adottare avverso il debitore principale non possono

consistere in una richiesta stragiudiziale di pagamento, dovendosi riferire il termine “istanza” esclusivamente alla proposizione di una domanda giudiziale a tutela del diritto di credito (tanto in via di cognizione tanto di esecuzione)^[4].

^[1] Il riferimento è a Cass. Civ., Sez. Un., 30.12.2021, n. 41994.

^[2] Conformi: Tribunale Reggio Emilia sez. II, 03/11/2021, n.1271, Corte appello Venezia sez. II, 13/10/2021, n.2575, Tribunale Vicenza sez. I, 12/10/2021, n.1884, Tribunale Torino sez. I, 08/10/2021, n. 4518, Tribunale Novara sez. I, 07/10/2021, n.630

^[3] In Cass. sent. n. 41994/2021 si legge sul punto: “*La serialità della riproduzione dello schema adottato a monte – nel caso concreto dall’ABI – viene, difatti, a connotare negativamente la condotta degli istituti di credito, erodendo la libera scelta dei clienti-contraenti e incidendo negativamente sul mercato. (...) Si è, pertanto, evidentemente in presenza di una nullità speciale, posta (...) a presidio di un interesse pubblico e, in specie, dell’ordine pubblico economico*”; dunque “*nullità ulteriore a quelle che il sistema già conosceva (Cass. n. 827/1999)*”.

^[4] Conforme, tra le altre, Trib. Pesaro, 16 marzo 2022, n. 198.

Di diverso avviso è Trib. Padova, 28 marzo 2022, ove si legge che: “*In tema di contratto autonomo di garanzia, ove le parti abbiano convenuto che il pagamento debba avvenire “a prima richiesta”, l’eventuale rinvio pattizio alla previsione della clausola di decadenza di cui all’art. 1957, comma 1, c.c., deve intendersi riferito – giusta l’applicazione del criterio ermeneutico previsto dall’art. 1363 c.c. – esclusivamente al termine semestrale indicato dalla predetta disposizione; pertanto, deve ritenersi sufficiente ad evitare la decadenza la semplice proposizione di una richiesta stragiudiziale di pagamento, non essendo necessario che il termine sia osservato mediante la proposizione di una domanda giudiziale, secondo la tradizionale esegesi della norma, atteso che, diversamente interpretando, vi sarebbe contraddizione tra le due clausole contrattuali, non potendosi considerare “a prima richiesta” l’adempimento subordinato all’esercizio di un’azione in giudizio*”.

[Qui la sentenza](#)

Errore nelle operazioni di pagamento online.

Nota a Trib. Ascoli Piceno, 25 ottobre 2022, n.679.

[di Virginia Troianelli](#) – Tirocinante ACF

La pronuncia in esame attiene alla tematica dell'esecuzione di operazioni di pagamento, nello specifico bonifici a distanza, ossia tramite internet, attraverso delle procedure concordate al fine di verificare l'identità del cliente e la validità dell'uso di uno specifico strumento di pagamento. In particolare, tra marzo e aprile 2019, l'attore ordinava online due bonifici che erano erroneamente accreditati a persone diverse dai destinatari e, per tale motivo, ne chiedeva il risarcimento del danno. Vertendo la causa nell'ambito della responsabilità contrattuale, l'utilizzazione dei servizi telematici da parte del correntista (home banking) rientra nell'area del rischio professionale della banca e richiede una diligenza di natura tecnica specifica. In caso di contestazione, pertanto, spetta alla banca dimostrare che l'operazione sia riconducibile al cliente correntista, provando di aver adottato misure atte a prevenire frodi informatiche e l'adeguatezza dei sistemi informatici da essa utilizzati. Orbene, il Tribunale di Ascoli Piceno ha deciso di rigettare la domanda attorea avendo l'intermediario assolto al proprio onere probatorio e non sussistendo alcuna responsabilità contrattuale né extracontrattuale in capo al convenuto. Dagli atti di causa infatti risulta che la banca aveva fornito al cliente il sistema di autenticazione c.d. "a due fattori", ossia un sistema che costituiva già un'importante misura di sicurezza rispetto alla mera password^[1]. Difatti, si evidenzia che all'epoca dei fatti non erano ancora in vigore le disposizioni in materia di autenticazione e misure di sicurezza introdotte dalla Direttiva (UE) n.2015/2366, recepite in Italia dal d.lgs n.218/2017, che prevedono l'autenticazione del cliente non solo attraverso le credenziali "statiche" (UserId e Pi.), ma anche attraverso l'utilizzo di un codice dinamico (OTP – One Time Password) o un codice cifrato monouso. Posto che la banca aveva correttamente adempiuto a quanto previsto dall'art.8, co.1, lett. a) d.lgs 11/2010 e che le operazioni di bonifico erano state disposte dall'attore in maniera errata, il prestatore del servizio di pagamento eseguiva gli ordini in conformità ai dati impartiti, non avendo alcun obbligo di verifica circa il beneficiario e il conto indicato dall'identificativo unico (cfr. Cass. n. 20639/2019). Al riguardo, il Tribunale ricorda che qualora l'identificativo unico indicato dal correntista sia inesatto, il prestatore dei servizi di pagamento non è responsabile, ai sensi del d.lgs n.11/2010, della mancata o inesatta esecuzione dell'operazione di pagamento. È lo stesso d.lgs difatti a precisare che l'obbligazione della banca si riduce ad eseguire il bonifico in conformità con l'identificativo unico dato dal pagatore, anche qualora siano state fornite ulteriori informazioni, quali, ed esempio, la denominazione del beneficiario.

^[1] Il sistema di autenticazione "a due fattori" prevedeva la messa a disposizione delle password monouso generate dai dispositivi OTP o "token" oltre alla password consegnata al cliente al momento dell'apertura del rapporto e solo a lui nota.

[Qui la sentenza](#)

Cessione in blocco: generico riferimento ai crediti ceduti.

Nota a Trib. Spoleto, 27 ottobre 2022, n. 679.

[di Monica Mandico](#) – Mandico & Partners

In tema di cessione del credito in blocco, in base ad una valutazione più rigorosa, la prova della titolarità del credito passa necessariamente mediante la produzione del contratto di cessione.

Non basta la dichiarazione della Banca contenente l'elenco delle posizioni cedute individuate con codici numerici a meno che gli stessi non siano chiaramente riconducibili al contratto del soggetto in questione.

Non integra la prova della legittimazione l'estratto della Gazzetta Ufficiale con il quale è stata data notizia dell'avvenuta operazione di cartolarizzazione, ma nel quale non si sono fornite indicazioni sufficientemente specifiche per l'individuazione delle singole posizioni cedute, rinviando ad altre fonti per tale incumbente.

Nel caso di specie, la cessionaria aveva prodotto un avviso di cessione di crediti pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana con indicazione dell'indirizzo del sito internet ove sono (rectius sarebbero) disponibili, nel rispetto della privacy, i dati relativi ai crediti fino a loro estinzione con generico riferimento ai "crediti derivanti dalla seguente tipologia di rapporti: (i) finanziamenti (incluse aperture di credito) e ii) crediti di firma, sorti nel periodo tra il 1 gennaio 1970 e il 31 dicembre 2017" che è sufficientemente specifico o contenente elementi sufficientemente determinati per rilevare quale rapporto sia o meno incluso nella cessione.

[Qui la sentenza](#)

Il Tribunale di Lecce esclude l'anatocismo nel piano di ammortamento c.d. "alla francese".

Nota a Trib. Lecce, 2 novembre 2022, n. 3054.

[Segnalazione dell'Avv. Antonio Sansonetti](#)

Massima redazionale

Nel caso di specie, parte attrice ha prospettato il verificarsi di fenomeni anatocistici vietati dall'art. 1283 c.c. in conseguenza dell'adozione di un piano di ammortamento alla francese: deve, tuttavia, rilevarsi come mediante l'applicazione del suddetto metodo il capitale rimborsato risulti produttivo di un interesse che incorpora anche interessi non ancora esigibili, poiché non giunti a scadenza; tale notazione esclude il ricorrere di un'applicazione vietata dell'interesse composto, atteso che il profilo di nullità ex art. 1283 c.c. cui si riferisce il cristallizzato orientamento della Corte nomofilattica, risulta attuale solo in presenza di interessi occulti computati su interessi già scaduti; con la scelta dell'ammortamento alla francese, al contrario, il contraente opta per un piano di pagamento a rata costante, laddove all'interno di ciascuna rata la quota di capitale e la quota di interessi non sono identiche: gli interessi da corrispondersi sono maggiori nelle prime rate e scendono progressivamente man mano che si procede verso l'ultima rata; il maggior costo del finanziamento rispetto ai metodi in cui le rate sono difformi è, pertanto, ancorato alla presenza della rata costante, sicché non è riconducibile ad un anatocismo vietato.

[Qui la sentenza](#)

Cessione dei crediti in blocco: l'espressione "crediti deteriorati", nell'avviso in Gazzetta Ufficiale, è generica.

Nota a Trib. Cassino, 15 novembre 2022, n. 1528.

[di Raffaele Carbone](#)

Avvocato

L'avviso di cessione pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, ove non individui il contenuto del contratto di cessione, in caso di contestazione da parte del debitore, non è idoneo a provare l'esistenza del negozio traslativo e, quindi, la "legittimazione sostanziale" del cessionario.

Di fronte ad avvisi di cessione incompleti e di difficile comprensione, il cessionario, in caso di contestazione del debitore, deve fornire la prova del negozio di cessione e del relativo oggetto.

Ove nell'avviso di conferimento di ramo d'azienda pubblicato nella Gazzetta Ufficiale da un cessionario ad un cedente, vi sia il solo riferimento alla categoria dei "crediti deteriorati" senza ulteriori specificazioni, deve ritenersi che tale avviso sia privo degli elementi identificativi del credito che impediscono di ritenere l'oggetto della cessione determinabile "per relationem".

L'espressione "crediti deteriorati", in quanto generica e priva di riferimenti esterni certi ed univoci, in assenza di elementi di senso contrario segnalati dalla presunta creditrice, lascia incertezze sui crediti inclusi o esclusi dall'ambito della cessione, cosicché è oggettivamente impossibile dedurre, anche solo indirettamente, tramite le caratteristiche generali, che lo specifico credito oggetto di causa sia stato anch'esso ceduto.

[Qui la sentenza](#)

Buoni Fruttiferi Postali Serie Q/P: il merito continua ad “opporci” alla Cassazione (invocando le Sezioni Unite).

Nota a Trib. Velletri, 16 novembre 2022, n. 2113.

[di Biagio Campagna](#)

Avvocato

Le recenti ordinanze della Cassazione nn. 4748 e 4751/2022 – con riferimento ai buoni fruttiferi postali della serie Q/P non hanno risolto il contenzioso in essere, se da un lato danno ragione a Poste, dall’altro la conclusione della Corte ha lasciato insoddisfatta gran parte della dottrina e moltissimi Tribunali e Corti d’Appello stanno continuando a dare ragione ai consumatori (Corte di Appello di Firenze, sent. 696/2022; Corte di Appello di Napoli, 29.07.2022, n. 3580; Tribunale di Trapani, n. 469/2022 del 17.05.2022; Tribunale di Napoli n. 4882/2022 del 17.05.2022; Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, 1581/2022 del 3.05.2022).

Da ultima con la recente sentenza n. 2113 del 16 novembre 2022, il Tribunale di Velletri ritiene condivisibile l’orientamento giurisprudenziale antecedente alla Cassazione n. 4384/2022 emessa dalla Cassazione in data 10/02/2022, tra l’altro essendo quest’ultima una statuizione di una sezione semplice e non delle Sezioni Unite e come tale si dovrebbe investire in sede di Corte di Legittimità una pronuncia a sezioni unite che possa dirimere tale questione sulla legittimazione o meno dei titolari dei BPF a ricevere tali rendimenti indicati sul retro dei BPF o sulla base della normativa successiva o dei DM emanati successivamente all’emissione dei titoli rispetto alle clausole sottoscritte precedentemente dalle parti. Ed in particolare sono da riconoscere il pieno diritto degli intestatari dei buoni postali fruttiferi serie Q/P emessi dopo il 1 luglio 1986 ad ottenere i rendimenti dei medesimi BPF, per il periodo dal 21 al 30 anno, sulla base dei rendimenti indicati sul retro dei titoli.

Il giudice *de quo* ritiene nel caso di specie condivisibile è anche l’orientamento della Corte di appello di Firenze citata dalla difesa attorea n. 1308 del 21/06/2022, nella quale, con primo argomento la Corte di Appello citata si è richiamata all’apparato argomentativo della nota sentenza delle Sezioni Unite n. 13979/2007 in tema di *ius variandi*, al fine di riscontrare l’affinità della problematica con quella oggetto dei buoni della serie Q/P e quindi affermare che una modifica *in peius* del tasso d’interesse rispetto a quanto indicato su buono è possibile solo con riferimento ad ipotesi di “sopravvenienze ministeriali” successive al momento di emissione del buono stesso e non già anche nell’ipotesi in cui il decreto ministeriale indicante un tasso d’interesse divergente rispetto a quello scritto sul buono è precedente all’emissione (come nel caso di specie). Il secondo argomento espresso dalla Corte di Appello di Firenze nella sentenza sopracitata smentisce direttamente quanto affermato nella suddetta decisione della Cassazione: la mancata indicazione del nuovo rendimento del buono nella stampigliatura degli ultimi dieci anni non costituisce certo una mera imperfezione materiale, ma risulta, invece, una circostanza idonea a ingenerare il ragionevole affidamento del risparmiatore su quanto scritto sul titolo. Ed ancora, la Corte di Appello di Firenze, nella medesima

pronuncia ha altresì rilevato, in maniera del tutto logica e fondata da un punto di vista giuridico, che la presenza di due diversi tassi d'interesse (quello della serie P per i primi 20 anni, della serie Q per gli ultimi 10) che regolano il rendimento del buono, non si pone in contrasto con l'art. 1342 c.c., secondo cui le clausole aggiunte prevalgono su quelle scritte precedentemente, atteso che la coesistenza di due diversi tassi ben può regolare il rendimento, senza che un tasso debba prevalere sull'altro. Le stesse Sezioni Unite (sent. n. 13979/2007) hanno, sul punto, ritenuto che la discrepanza tra prescrizioni ministeriali e le indicazioni riportate sui buoni postali offerti in sottoscrizione ai richiedenti debba essere risolta dando prevalenza alle seconde, disattendendo in punto di diritto e secondo il principio di certezza del diritto ex art. 65, avendo in tal senso il compito la S.C di *"garantire l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale"* che solo l'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario (R.D. 30 gennaio 1941, n. 12), attribuisce alla Corte di Cassazione ma in questa direzione ha una sua valenza la Sezione unita sent. n. 13979/2007 rispetto ad una sezione semplice e non essendo il nostro Ordinamento previsto il principio dello *"stare decisis"* secondo il sistema di derivazione anglosassone e quindi la sentenza delle sezioni semplici della SC non sono assolutamente vincolanti per i giudici di merito.

La ratio di tale interpretazione di prevalenza inoltre delle clausole indicate nel titolo o a tergo del medesimo rispetto a decreti ministeriali successivi e per cui prevalgono quelle sottoscritte dalle parti induce questo giudicante a ritenere valido questo orientamento anche per un principio di *"corretto investimento"* dell'attore e sulla base di una informativa trasparente dell'istituto finanziario e coordinando tale principio con la buona fede *"in executivis"* contrattuale.

Il titolare del BPF se vi fossero state differenti clausole o modificative sarebbe stata indotta a ritirare l'investimento e quindi, sotto questo profilo, se si accogliesse questa interpretazione che una normativa ministeriale successiva prevalesse sulle clausole sottoscritte dalle parti determinerebbe una disincentivazione degli investimenti con un crollo dell'intero sistema economico mondiale e con un danno agli stessi istituti che si vedrebbero in qualsiasi momento, vista la incertezza dell'investimento, gli investitori chiedere la liquidazione dei loro titoli con un danno all'intero sistema non solo finanziario ma anche produttivo con riflessi sul mondo del lavoro. Pertanto in linea con quanto sancito dalle sezioni unite della SC si deve ritenere che il vincolo contrattuale fra emittente e sottoscrittore si formi sulla base dei dati risultanti dal testo dei buoni di volta in volta sottoscritti (Cass. Sez. Un. n. 13979/2007) e comunque va sempre garantita piena tutela al legittimo affidamento ingenerato nel sottoscrittore. In ogni caso deve, infatti, preliminarmente osservarsi che l'aumento del margine di rischio dell'investimento è legato alle caratteristiche del prodotto in relazione ai mercati nei quali operano gli intermediari, alle variabili che ne compongono la redditività e alle sue oscillazioni ma non giustifica in alcun modo un deficit informativo. Al contrario, l'accettazione di un elevato grado di rischio dell'investimento non può che fondarsi sulla piena consapevolezza delle ragioni dell'incertezza del risultato. L'equivoco, nel quale è caduta talvolta anche la giurisprudenza, presumibilmente ispirata da un intento moralizzatore, non consentito dal rigore della disciplina normativa imperativa relativa agli obblighi informativi, consiste nel ritenere che l'alea del contratto in queste ipotesi consista non nell'incognita sul risultato ma nella mancanza di conoscenza delle operazioni d'investimento solo genericamente

rappresentate nel contratto o, ove reperibile, nel documento rischi generali previsto dall'art. 28 Regolamento Consob n. 11522 del 1998 (cui è seguito in attuazione delle modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 164 del 2007, il Regolamento n. 16190 del 2007), limitato alla rappresentazione generica delle tipologie di prodotti finanziari e d'investimento (es. obbligazioni, azioni etc.). È stato già ampiamente evidenziato come l'adempimento degli obblighi informativi a carico dell'intermediario debba essere biunivoco, effettivo e costituisca il parametro prevalente per valutare, ex artt. 1175 e 1176, secondo comma, cod. civ., la correttezza e la diligenza.

La giurisprudenza di legittimità, a partire dalla sentenza delle Sez. Un. n. 26724 del 2007, ha stabilito la cogenza di tali doveri d'informazione indicandone la natura e gli effetti.

L'obbligo è biunivoco perché l'intermediario deve assumere informazioni sul profilo del cliente, e più esattamente sulla sua situazione finanziaria, sulla sua propensione al rischio e sui suoi obiettivi d'investimento. Il rifiuto di fornire informazioni sulla propria situazione finanziaria, espresso inderogabilmente per iscritto, non esime l'intermediario dall'obbligo di dare all'investitore le informazioni necessarie a comprendere le caratteristiche dei prodotti finanziari, il grado di redditività e di rischiosità ed il rapporto tra le due variabili, oltre che la natura e la solidità dell'emittente, il mercato od i mercati nei quali i prodotti sono negoziati. Il principio sopraesposto, ampiamente consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità che si è formata nella vigenza del regolamento Consob n. 11522 del 1998, è stato per un verso rafforzato e per l'altro modificato con il successivo regolamento 16190 del 2007 (MIFID II).

L'intermediario deve fornire le informazioni idonee a mettere il cliente, non professionale né qualificato, in condizioni di comprendere il grado di redditività e di rischio dell'investimento o degli investimenti che costituiscono l'oggetto del contratto quadro con riferimento a tutte le variabili che possano incidere, ancorché nei limiti delle fluttuazioni e delle incertezze dei mercati, sul risultato finale, in modo che gli eventuali scostamenti dall'obiettivo d'investimento del cliente siano prevedibili e non possano imputarsi ad un deficit di conoscenza (anche da parte dell'intermediario) e d'informazione preventiva. Tali principi sopra evidenziati devono coordinarsi con la normativa sovranazionale e la giurisprudenza CGUE ed in particolare laddove la giurisprudenza della Corte Europea è univoca nel sostenere che il principio di certezza del diritto, che ha come corollario quello della tutela del legittimo affidamento impone, da un lato, che le norme di diritto siano chiare e precise e, dall'altro, che la loro applicazione sia prevedibile per i soggetti dell'ordinamento, in particolare quando possono avere conseguenze sfavorevoli sugli individui e sulle imprese. In particolare, detto principio impone che una normativa consenta agli interessati di conoscere con esattezza la portata degli obblighi che essa impone loro e che questi ultimi possano conoscere senza ambiguità i loro diritti e i loro obblighi e regolarsi di conseguenza (sentenza dell'11 luglio 2019, A. e F.D., C-180/18, C-286/18 e C-287/18, EU:C:2019:605" e in CGUE, 15.4.2021, in Mass. redazionale, 2021).

Alla luce di tutto quanto sopra esposto ed argomentato, si deve dedurre che il rapporto che si instaura tra sottoscrittore e P.I. spa è un rapporto esclusivamente di diritto privato, sebbene connotato da specificità quanto alle norme speciali che lo regolano.

Si può sostenere che il contratto che viene stipulato è un contratto per adesione ovvero, per stessa ammissione della Suprema Corte con la decisione n. 4761/2018, concluso mediante moduli e/o formulari.

Sulla scorta di tali premesse, non può che richiamarsi l'art. 1342 c.c. secondo cui le clausole indicate a tergo nel modulo (rectius.....titolo BPF...) non possono che prevalere su quelle prescrizioni successive soprattutto qualora esse siano incompatibili con le clausole sottoscritte originariamente dalle parti e trovino tali prescrizioni la loro fonte in un provvedimento ministeriale che può solo disciplinare i rapporti successivi e non quelli anteriori.

La Corte di Giustizia delle Comunità Europee con pronuncia del 5 maggio 1981, C-112/80, lo ha definito "principio fondamentale della comunità". La giurisprudenza europea ha più volte confermato che l'inosservanza di tale principio implica una violazione del Trattato (ex art. 173) o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione (vd ex multis, C-112/77; C-90/95) Essi sono configurabili come obblighi di comportamento la cui violazione può dar luogo a responsabilità precontrattuale o contrattuale, alla risoluzione del contratto per inadempimento ed al risarcimento del danno. Infine è da rilevare che anche le successive prescrizioni ministeriali in contrasto con le clausole originarie indicate dalle parti costituiscono una violazione dei principi codificati nell'art. 11 delle preleggi in quanto tale norma stabilisce che *"la legge dispone che per l'avvenire e non ha efficacia retroattiva..."*

Il giudice ha pertanto sancito che la domanda deve essere accolta integralmente nella sua quantificazione.

In attesa di un pronunciamento da parte delle Sezioni Unite della Cassazione, della questione si occuperà anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) – infatti, è stato richiesto alla Corte di verificare se le due decisioni emesse dalla Suprema Corte abbiano o meno violato i diritti fondamentali dell'uomo; nel caso di specie la condotta di Poste avrebbe leso l'affidamento trentennale dei risparmiatori, non rispettando appieno l'obbligo di specificare la misura dei nuovi interessi per tutti i trent'anni di durata del titolo. I ricorsi portati avanti dalle categorie di associazioni a tutela del consumatore, hanno superato il vaglio di ammissibilità della Corte.

Non resta che attendere gli sviluppi del procedimento.

[Qui la sentenza](#)

Cessione in blocco ex art. 58 TUB: le prova della legittimazione in caso di cessioni multiple.

Nota a App. Milano, Sez. I, 22 novembre 2022, n. 3674.

[di Monica Mandico](#)

Mandico & Partners

In tema di cessione in blocco dei crediti da parte di una banca, è sufficiente a dimostrare la titolarità del credito in capo al cessionario la produzione dell'avviso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale recante l'indicazione per categorie dei rapporti ceduti in blocco, senza che occorra una specifica enumerazione di ciascuno di essi, allorché gli elementi comuni presi in considerazione per la formazione delle singole categorie consentano di individuare senza incertezze i rapporti oggetto della cessione.

Il cessionario deve fornire la prova dell'inclusione del singolo credito per provare la legittimazione attiva.

In caso di cessione multiple la prova va assolta con la produzione dei pregressi contratti di cessione corredato dai rispettivi elenchi dei crediti ceduti.

Alla luce del percorso motivazionale, la Corte ha rigettato l'appello proposto dall'intermediario con condanna alla refusione delle spese giudiziarie.

[Qui la sentenza](#)

Cessione in blocco ex. art. 58 TUB: carenza legittimazione della creditrice, mancata prova dell'inclusione del credito e liberazione delle somme vincolate.

Nota a Trib. Ferrara, 25 novembre 2022.

[di Monica Mandico](#)

Mandico & Partners

La pubblicazione dell'avviso di cessione in G.U. se mai tiene luogo della singola notifica al debitore ceduto ma nulla dice sulla prova della cessione e del suo contenuto: serve solamente a dirimere eventuali conflitti fra più aventi causa dal medesimo cedente ed a provare di efficacia il pagamento fatto dal ceduto al cedente.

Il fatto che in sede di avviso si indichi un sito dove può rinvenirsi una serie infinita di numeri, asseritamente corrispondente ai numeri assegnati ai crediti in sofferenza, senza alcuna prova del contenuto dell'elenco crediti che deve essere allegato alla cessione di credito e della cessione di credito stessa, non ha alcuna efficacia probatoria.

La parte che agisca affermandosi successore a titolo particolare della parte creditrice originaria, in virtù di un'operazione di cessione in blocco *ex art. 58 d.lgs. n. 385 del 1998*, ha l'onere di dimostrare l'inclusione del credito oggetto di causa nell'operazione di cessione in blocco, in tal modo fornendo la prova documentale della propria legittimazione sostanziale.

Tale prova è imprescindibile poiché chi si afferma successore della parte originaria ha l'onere di fornire la prova documentale della sua legittimazione, quindi nel caso di specie dell'effettività della cessione posto l'interesse del debitore ceduto a compiere un efficace pagamento liberatorio, indagando sull'esistenza e sulla validità estrinseca e formale della cessione.

Tale prova non è stata fornita: avrebbe potuto essere fornita a mezzo della produzione del contratto di cessione e di un estratto notarile dell'elenco dei crediti ceduti da cui si evinca in maniera inequivocabile che i crediti verso l'attuale debitore rientravano fra i crediti ceduti.

[Qui la sentenza](#)

Cessione in blocco: la pubblicazione nella stessa data di due cessioni in blocco su Gazzetta Ufficiale del medesimo cessionario per periodi temporali sovrapponibili genera incertezza sui crediti ceduti.

Nota a Trib. Bologna, Sez. III, 25 novembre 2022, n. 2897.

[di Monica Mandico](#)

Mandico & Partners

La pubblicazione nello stesso giorno di due cessioni in blocco sulla Gazzetta Ufficiale, da parte del medesimo cessionario per periodi temporali sovrapponibili per rapporti di apertura di credito in sofferenza, accese nell'identico periodo temporale, comporta l'incertezza dei rapporti ceduti in quanto potrebbero essere ricomprese indifferentemente in entrambe le cessioni in blocco, per cui l'onere della prova va assolto esclusivamente con la produzione del contratto di cessione.

[Qui la sentenza](#)

Cessione in blocco ex art. 58 TUB: mancata deposito del contratto e difetto di legittimazione del cessionario.

Nota a Trib. Firenze, 5 dicembre 2022, n. 3401.

[di Raffaele Carbone](#)

Avvocato

La pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale è il presupposto di efficacia della cessione in blocco in relazione ai rapporti giuridici nei confronti dei singoli debitori ceduti; il cessionario deve fornire la prova dell'inclusione del singolo credito in caso di contestazione; la prova va assolta con la produzione del contratto di cessione corredato dai rispettivi elenchi dei crediti ceduti.

Sulla base di tali motivazioni è stata accolta l'opposizione con revoca del decreto ingiuntivo con condanna al pagamento delle spese.

[Qui la sentenza](#)

Rimesse solutorie: il parametro di riferimento è il saldo rettificato.

Nota a Trib. Milano, Sez. VI, 9 dicembre 2022, n. 9654.

Segnalazione a cura dell'Avv. Marco Campanella.

Massima redazionale

Ciò posto e considerato anche che nel caso di specie non è contestato che i conti in esame fossero affidati, si ritiene di aderire all'orientamento secondo il quale la verifica di quali siano le rimesse solutorie, incidenti sull'eccezione di prescrizione, deve essere operata non sul saldo banca, ma su quello ricalcolato e rettificato, orientamento sostenuto, tra le altre, dalla Corte Suprema di Cassazione^[1], laddove «*In tema di apertura di credito in conto corrente, ove il cliente agisca in giudizio per la ripetizione di importi relativi ad interessi non dovuti per nullità delle clausole anatocistiche e la banca sollevi l'eccezione di prescrizione, al fine di verificare se un versamento abbia avuto natura solutoria o ripristinatoria, occorre previamente eliminare tutti gli addebiti indebitamente effettuati dall'istituto di credito e conseguentemente rideterminare il reale saldo passivo del conto, verificando poi se siano stati superati i limiti del concesso affidamento ed il versamento possa perciò qualificarsi come solutorio.*».

Invero, non esiste un diritto alla rettifica del conto autonomo rispetto al diritto di far valere la nullità, annullamento, rescissione o risoluzione del titolo a base dell'annotazione nel conto stesso, che, si badi, non è altro che la rappresentazione contabile di un diritto (e non, per converso, un diritto a sé); del pari, la rettifica del conto non è altro che una conseguenza automatica della declaratoria di illegittimità del titolo su cui si fonda la stessa annotazione^[2].

È evidente, quindi, che ove venga dedotta la nullità del titolo in base al quale gli interessi sono stati annotati, essendo l'azione di nullità imprescrittibile a norma dell'art. 1422 c.c., l'operazione di rettifica sul conto non può essere sottoposta ad un termine predefinito, essendo legata inscindibilmente all'esito ed agli effetti dell'azione di nullità proposta, con la conseguenza che la rettifica del conto avrà sempre necessariamente luogo, senza limiti di tempo, in caso di accoglimento dell'azione di nullità, che abbia dichiarato l'illegittimità del titolo su cui si è fondata l'annotazione^[3].

Da ultimo, riproponendo principio già espresso dalla giurisprudenza di legittimità, nei contratti di conto corrente bancario, cui acceda un'apertura di credito, il meccanismo di imputazione del pagamento agli interessi, ex art. 1194, comma 2, c.c., trova applicazione solo ove sia configurabile un pagamento in senso tecnico-giuridico, ovvero in presenza di un versamento avente funzione solutoria in quanto eseguito su un conto corrente avente saldo passivo eccedente i limiti dell'affidamento; non può mai, consequenzialmente, configurarsi un'imputazione ad interessi, ove l'annotazione avvenga su un conto che presenti un passivo rientrante nei limiti dell'affidamento e neppure la stessa annotazione determini il superamento di tale limite.

^[1] Il riferimento è a Cass. n. 9141/2020.

[2] Cfr. Cass. n. 24418/2010.

[3] Cfr. Cass. n. 24941/2021.

[Qui la sentenza](#)

Cessione credito in blocco: la dichiarazione del cedente non ha valenza sostitutiva del contratto di cessione.

Nota a Trib. Brescia, Sez. IV, 21 dicembre 2022, n. 3086.

[di Monica Mandico](#)

Mandico & Partners

La semplice pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della cessione in blocco dei crediti sia elemento sufficiente per ritenere che tutti i crediti del cedente siano stati trasferiti al cessionario.

In caso di contestazione del debitore, infatti, il cessionario deve allegare e dimostrare, in primo luogo, quali siano gli elementi comuni presi in considerazione per la formazione delle singole categorie di crediti e, in secondo luogo, che le caratteristiche del credito di cui si discute siano riconducibili agli elementi comuni presi in considerazione nell'ambito della cessione in blocco.

La dichiarazione del cedente non può avere valenza sostitutiva del contratto di cessione o dell'elenco recante le posizioni cedute che allo stesso avrebbero dovuto essere allegate.

[Qui la sentenza](#)

Invalidità contratto monofirma sottoscritto anteriormente al 1992.^[OBJ]

Nota a Cass. Civ., Sez. I, 15 giugno 2022, n. 19298.

Massima redazionale

Con l'ordinanza in oggetto, la Prima Sezione Civile ha rilevato che il contratto firmato dal solo cliente può essere considerato valido solo ove stipulato dopo l'entrata in vigore della n. 152/92 (che ha introdotto le nullità di protezione), mentre per i contratti stipulati prima di tale data è necessario la firma di entrambe le parti (ai sensi dell'art 1284 cc, secondo cui l'interesse ultralegale va pattuito per iscritto).

[Qui l'ordinanza](#)

Sul rapporto tra l'art. 119 TUB e l'art. 210 c.p.c.

Nota a Cass. Civ., Sez. I, 1 agosto 2022, n. 23861.

Massima redazionale

Il diritto del cliente a ottenere, a proprie spese, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni, ivi compresi gli estratti conto, può essere esercitato in sede giudiziale attraverso l'istanza di cui all'art. 210 c.p.c., in concorso dei presupposti previsti da tale disposizione, a condizione che detta documentazione sia stata precedentemente richiesta alla banca e quest'ultima, senza giustificazione, non abbia ottemperato. Non è, dunque, necessario che la richiesta sia avanzata in epoca antecedente all'instaurazione del giudizio nell'ambito del quale l'istanza, *ex art. 210 c.p.c.*, è proposta, essendo sufficiente, sotto il profilo temporale in esame, che, al momento della formulazione di tale istanza, il cliente abbia chiesto copia della documentazione e che siano decorsi novanta giorni dalla richiesta (essendo tale il termine assegnato alla banca dall'art. 119, comma 4, TUB per ottemperare alla richiesta) senza che la banca medesima abbia proceduto alla consegna della documentazione, a meno che non sia dimostrata l'esistenza di idonea giustificazione dell'inadempimento.

[Qui l'ordinanza](#)

Sul valore dell'ISC.

Nota a Cass. Civ., Sez. VI, 9 settembre 2022, n. 26585.

Massima redazionale.

Nel caso in esame, la società ricorrente ha posto a sostegno del ricorso una causa di nullità del tutto differente da quella oggetto della domanda introduttiva, non riguardante un elemento costitutivo del contratto di conto corrente bancario, bensì un fatto nuovo e diverso, ovvero sia l'esorbitanza dell'interesse complessivamente praticato rispetto al c.d. «indicatore sintetico dei costi». Ciò posto, il Collegio osserva ugualmente come l'ISC sia un parametro esterno al contratto, sostanzialmente coincidente con il TAEG e avente una funzione puramente informativa per il cliente, in ordine alla cui violazione la legge non contempla, peraltro, alcuna sanzione di nullità.

[Qui l'ordinanza](#)

Rapporto di conto corrente: ripartizione onere probatorio nel caso di mancanza di una parte degli estratti conto.

Nota a Cass. Civ., Sez. I, 19 settembre 2022, n. 27362.

Massima redazionale

Nei rapporti bancari di conto corrente, una volta che sia stata accertata (come avvenuto nella specie, peraltro con statuizione, come si è visto, passata ormai in giudicato) la validità della pattuizione di interessi ultralegali o anatocistici a carico del correntista e si riscontri la mancanza di una parte degli estratti conto, la proposizione di contrapposte domande della banca e del correntista implica che ciascuna di esse sia onerata della prova della propria pretesa; in conseguenza, in assenza di elementi di prova che consentano di accertare il saldo del conto nel periodo non documentato, e in mancanza di allegazioni delle parti che permettano di ritenere pacifica l'esistenza di un credito o di un debito di un certo importo con riferimento a tale arco temporale, deve procedersi alla determinazione del rapporto di dare e avere, con riguardo al periodo successivo, per cui constano gli estratti conto, procedendosi all'azzeramento del saldo iniziale del primo di detti estratti conto.

[Qui l'ordinanza](#)

Nullità del contratto-quadro in appello.

Nota a Cass. Civ., Sez. I, 29 settembre 2022, n. 28377.

Massima redazionale

Il contenuto precettivo dell'art. 23, comma 1, TUF, rappresenta una nullità relativa, c.d. "di protezione" dell'investitore. La questione del coordinamento con l'art. 1421 c.c. ha formato oggetto di esame da parte delle Sezioni Unite^[1], che, per quanto qui interessa, hanno affermato i seguenti principi di diritto:

1. a) *«il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità contrattuale deve rilevare d'ufficio l'esistenza di una causa di quest'ultima diversa da quella allegata dall'istante, essendo quella domanda pertinente ad un diritto autodeterminato, sicché è individuata indipendentemente dallo specifico vizio dedotto in giudizio»*^[2];
2. b) *«la rilevabilità officiosa delle nullità negoziali deve estendersi anche a quelle cosiddette di protezione, da configurarsi, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia, come una species del più ampio genus rappresentato dalle prime, tutelando le stesse interessi e valori fondamentali – quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e 3 Corte di Cassazione – copia non ufficiale l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.) – che trascendono quelli del singolo»*^[3].

Inoltre, le Sezioni Unite hanno anche precisato che: *«la domanda di accertamento della nullità di un negozio proposta, per la prima volta, in appello è inammissibile ex art. 345, primo comma, cod. proc. civ., salva la possibilità per il giudice del gravame – obbligato comunque a rilevare di ufficio ogni possibile causa di nullità, ferma la sua necessaria indicazione alle parti ai sensi dell'art. 101, secondo comma, cod. proc. civ. – di convertirla ed esaminarla come eccezione di nullità legittimamente formulata dall'appellante, giusta il secondo comma del citato art. 345»*^[4].

Tali principi sono in questa sede da ribadire. La sentenza impugnata, a fronte della novità della domanda di accertamento della nullità del contratto contenuto nella scrittura privata del 9 settembre 1997, per dedotta violazione dell'art. 18 del D.lgs. n. 415/1996, contenuta nel terzo motivo di appello proposto dall'odierno ricorrente, avrebbe dovuto, anziché dichiararla inammissibile per violazione del primo comma dell'art. 345 c.p.c., convertirla in eccezione, rilevabile d'ufficio, di nullità dello stesso contratto, in applicazione del secondo comma di tale articolo del codice di rito, ed esaminarne nel merito la fondatezza.

^[1] Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., nn. 26242 e 26243 del 2014.

^[2] Nello stesso senso, Cass. n. 15408/2016; Cass. n. 6319/2019; Cass. n. 26495/2019; Cass. n. 8795/2016.

^[3] Nello stesso senso, cfr. Cass. n. 896/2016; Cass. n. 3308/2019.

^[4] In senso conforme, nella giurisprudenza successiva, Cass. n. 21775/2015.

[Qui l'ordinanza](#)

Ripetizione di indebitto e onere della prova.

Nota a Cass. Civ., Sez. I, 12 ottobre 2022, n. 29855.

Massima redazionale

In tema di ripetizione di indebitto opera il normale principio dell'onere della prova a carico dell'attore il quale è tenuto a dimostrare sia l'avvenuto pagamento sia la mancanza di una causa che lo giustifichi^[1]. Il principio trova applicazione anche ove si faccia questione dell'obbligazione restitutoria dipendente dalla (asserita) nullità di singole clausole contrattuali. Infatti, chi allega di avere effettuato un pagamento dovuto solo in parte, e proponga nei confronti dell'*accipiens* l'azione di indebitto oggettivo per la somma pagata in eccedenza, ha l'onere di provare l'inesistenza di una causa giustificativa del pagamento per la parte che si assume non dovuta^[2]. Invero, la giurisprudenza di legittimità ha avuto, a più riprese, occasione di affermare che *«alle controversie tra Banca e correntista, introdotte su domanda del secondo allo scopo di contestare il saldo negativo per il cliente e di far rideterminare i movimenti ed il saldo finale del rapporto, alla luce della pretesa invalidità delle clausole contrattuali costituenti il regolamento pattizio e, così, ottenere la condanna della Banca al pagamento delle maggiori spettanze dell'attore, quest'ultimo è gravato del corrispondente onere probatorio, che attiene agli aspetti oggetto della contestazione»*^[3]. È stato, infatti, stabilito che il correntista, il quale agisca in giudizio per la ripetizione dell'indebitto è tenuto a fornire la prova sia degli avvenuti pagamenti che della mancanza, rispetto ad essi, di una valida *causa debendi*, sicché il medesimo ha l'onere di documentare l'andamento del rapporto con la produzione di tutti quegli estratti conto che evidenziano le singole rimesse suscettibili di ripetizione in quanto riferite a somme non dovute.

Tale orientamento è stato ribadito anche di recente, affermando che il correntista è onerato della ricostruzione dell'intero andamento del rapporto, con la conseguenza che non può essere accolta la domanda di restituzione se siano incompleti gli estratti conto attestanti le singole rimesse suscettibili di ripetizione e che il cliente, il quale agisca in giudizio per la ripetizione dell'indebitto, è tenuto a fornire la prova dei movimenti del conto anche se il giudice può integrare la prova carente, sulla base delle deduzioni svolte dalla parte, con altri mezzi di cognizione disposti d'ufficio, in particolare disponendo una consulenza contabile^[4].

Ancor più di recente, è stato affermato il principio per cui *«il diritto spettante al cliente, a colui che gli succede a qualunque titolo o che subentra nell'amministrazione dei suoi beni, ad ottenere, a proprie spese, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni, ivi compresi gli estratti conto, sancito dal D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 119, comma 4, può essere esercitato in sede giudiziale attraverso l'istanza di cui all'art. 210 c.p.c., in concorso dei presupposti previsti da tale disposizione, a condizione che detta documentazione sia stata precedentemente richiesta alla banca e quest'ultima, senza giustificazione, non abbia ottemperato»*^[5].

Nel caso di specie, parte ricorrente invoca la violazione dell'**art. 2697 c.c.**, ma non fornisce gli elementi necessari per giudicare il merito delle censure. Secondo la giurisprudenza consolidata, la violazione del precetto di cui all'art. 2697 c.c. si

configura solo nell'ipotesi in cui il giudice di merito abbia applicato la regola di giudizio fondata sull'onere della prova in modo erroneo, cioè attribuendo l'*onus probandi* a una parte diversa da quella che ne era onerata secondo le regole di scomposizione della fattispecie basate sulla differenza fra fatti costitutivi ed eccezioni, ma non anche laddove si contesti il concreto apprezzamento delle risultanze istruttorie, assumendosi che le stesse non avrebbero dovuto portare al convincimento raggiunto dal giudice di merito^[6]. Con riguardo alla dedotta violazione dell'art. 115 c.p.c., giova ricordare che detta norma sancisce il principio della disponibilità delle prove e stabilisce che, salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal Pubblico Ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita, soggiungendo che il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza. Ebbene, una questione di violazione o di falsa applicazione dell'art. 115 c.p.c., non può porsi per una erronea valutazione del materiale istruttorio compiuta dal giudice di merito, ma solo allorché si allegghi che quest'ultimo abbia posto a base della decisione prove non dedotte dalle parti, ovvero disposte d'ufficio al di fuori dei limiti legali^[7].

La Corte distrettuale, in applicazione dei sopra menzionati principi, ha addebitato all'originaria parte attrice di non aver anzitutto allegato compiutamente i fatti posti a fondamento della domanda e, altresì, di non averli provati e su queste basi ha ritenuto che l'unica soluzione da scegliere fosse quella che prevedeva la conservazione degli interessi applicati. La critica mossa dall'appellante, laddove imputa alla banca di non aver provato la pattuizione per iscritto della misura degli interessi, della clausola di reciprocità, dell'anatocismo sin dall'inizio del rapporto e del successivo *ius variandi* si pone dunque in aperta violazione del principio poc'anzi richiamato secondo cui spetta a colui che agisce in ripetizione dell'indebito provare il pagamento effettuato e l'assenza di *causa solvendi*.

^[1] Cfr. Cass. 27 novembre 2018, n. 30713; con specifico riguardo alla ripetizione in materia di conto corrente bancario: Cass. 23 ottobre 2017, n. 24948.

^[2] Cfr. Cass. 14 maggio 2012, n. 7501.

^[3] Cfr. Cass., 28 novembre 2018, n. 30822.

^[4] Cfr. Cass., 17 aprile 2020, n. 7895; Cass., 11 novembre 2019, n. 29050.

^[5] Cfr. Cass., 13 settembre 2021, n. 24641; 2022 n. 27861.

^[6] Cfr. Cass. Civ., Sez. II, 24.01.2020, n. 1634; Cass. Civ., Sez. Lav., 19.08.2020, n. 17313; Cass. Civ., Sez. VI, 23.10.2018 n. 26769; Cass. Civ., Sez. III, 29.05.2018, n. 13395; Cass. Civ., Sez. II, 07.11.2017 n. 26366.

^[7] Cfr. Cass. 27 dicembre 2016, n. 27000; Cass. 11 dicembre 2015, n. 25029; Cass. 19 giugno 2014, n. 13960.

[Qui l'ordinanza](#)

Le “varianti” del saldo di partenza nelle domande di accertamento e ripetizione di indebitato.

Nota a Cass. Civ., Sez. I, 11 novembre 2022, n. 33360.

Massima redazionale

A fronte della domanda di ripetizione dell'indebitato, il cliente è onerato della produzione degli estratti conto, secondo il principio sancito dall'art. 2697 c.c. È stato, altresì, chiarito che è ammesso il calcolo della somma, da depurare dalle poste indebite, a partire dal primo estratto prodotto, e così via per i periodi successivi: saldo iniziale e saldi intermedi che, ove sfavorevoli al cliente (in quanto risulti un debito a suo carico) sono presi a base di partenza della situazione bancaria stessa. Difatti, laddove sia il correntista ad agire giudizialmente in ripetizione di indebitato, con la domanda di accertamento giudiziale del saldo e di ripetizione delle somme indebitamente riscosse dall'istituto di credito, è tale soggetto, attore in giudizio, a doversi far carico della produzione dell'intera serie degli estratti conto, perché, con tale produzione, il correntista assolve all'onere di provare sia gli avvenuti pagamenti, sia la mancanza, rispetto ad essi, di una valida *causa debendi*^[1].

Ciò posto, l'estratto conto non costituisce l'unico mezzo di prova attraverso cui ricostruire le movimentazioni del rapporto. Esso consente di avere un appropriato riscontro dell'identità e consistenza delle singole operazioni poste in atto e, tuttavia, in assenza di un indice normativo che autorizzi una diversa conclusione, non può escludersi che l'andamento del conto possa accertarsi avvalendosi di altri strumenti rappresentativi delle intercorse movimentazioni. In tal senso, a fronte della mancata acquisizione di una parte dei citati estratti, il giudice del merito potrebbe valorizzare, esemplificativamente, le contabili bancarie riferite alle singole operazioni o, a norma degli artt. 2709 e 2710 c.c., le risultanze delle scritture contabili^[2]: per far fronte alla necessità di elaborazione di tali dati, quello stesso giudice ben potrebbe avvalersi di un consulente d'ufficio, essendo sicuramente consentito svolgere un accertamento tecnico contabile al fine di rideterminare il saldo del conto in base a quanto comunque emergente dai documenti prodotti in giudizio^[3]. Rilevano, altresì, la condotta processuale della controparte ed ogni altro elemento idoneo a costituire argomento di prova, ai sensi dell'art. 116 c.p.c.

Dunque, ove attore in giudizio sia il correntista, sul medesimo grava l'onere probatorio dell'intero rapporto. Ne deriva che l'incompletezza della serie degli estratti conto si ripercuote sul cliente, su cui grava l'onere della prova degli indebiti pagamenti, in quanto, a quel punto, si partirà, volta a volta, dal “saldo a debito”, risultante dal primo estratto conto disponibile o da quelli intermedi dopo intervalli non coperti; oppure, ove lo deduca la stessa banca, si potrà partire dal c.d. “saldo zero”. In altri termini, sul cliente grava l'onere probatorio, in modo maggiore, in prima battuta; solo in seconda battuta e se la banca compia ammissioni, viene scomputato il debito anteriore al primo estratto conto disponibile. Infatti, in assenza di diverse evidenze, il conteggio del dare e avere deve essere effettuato partendo dal primo saldo a debito del cliente di cui si abbia

evidenza^[4]. Il correntista potrà, tuttavia, fornire elementi di prova sul pregresso andamento del conto, anche mediante la condotta processuale della banca, la quale ritenga di stralciare, in tutto o in parte, il credito da essa maturato in detto arco di tempo, o di riconoscersi addirittura debitrice di una data somma per le movimentazioni occorse nello stesso periodo. In mancanza di elementi nei due sensi indicati dovrà assumersi, come dato di partenza per la rielaborazione delle successive operazioni documentate, il detto saldo iniziale degli estratti conto acquisiti al giudizio, che, nel quadro delle risultanze di causa, è il dato più sfavorevole allo stesso attore.

^[1] Cfr. Cass. 02.05.2019, n. 11543; Cass. 07.05.2015, n. 9201; Cass. 13.10.2016, n. 20693; Cass. 23.10.2017, n. 24948.

^[2] Non l'estratto notarile delle stesse, da cui risulti il mero saldo del conto: cfr. Cass. 10.05.2007, n. 10692; Cass. 25.11.2010, n. 23974.

^[3] Cfr. Cass. 01.06.2018, n. 14074; Cass. 15.03.2016, n. 5091; Cass. 03.12.2018, n. 31187.

^[4] Cfr. Cass. 28.11.2018, n. 30822.

[Qui l'ordinanza](#)

Onere della prova e fido di fatto.

Nota a Cass. Civ., Sez. I, 11 novembre 2022, n. 33334.

Massima redazionale

In tema di prescrizione estintiva, l'onere di allegazione gravante sull'istituto di credito che, convenuto in giudizio, voglia opporre l'eccezione di prescrizione al correntista che abbia esperito l'azione di ripetizione di somme indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da apertura di credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto, unita alla dichiarazione di volerne profittare, senza che sia necessaria l'indicazione delle specifiche rimesse solutorie ritenute prescritte^[1], e, in materia di contratto di conto corrente bancario, poiché la decorrenza della prescrizione è condizionata al carattere solutorio, e non meramente ripristinatorio, dei versamenti effettuati dal cliente, essa matura 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 eccedente i limiti dell'accreditamento; ne discende che, eccipita dalla banca la prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebitato per decorso del termine decennale dal pagamento, è onere del cliente provare l'esistenza di un contratto di apertura di credito, che qualifichi quel versamento come mero ripristino della disponibilità accordata^[2].

^[1] Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 13.06.2019, n. 15895.

^[2] Cfr. Cass. 30.01.2019, n. 2660.

[Qui l'ordinanza](#)

Mutuo fondiario: la sentenza delle Sezioni Unite Civili (n. 33719/2022).

Le Sezioni Unite Civili, con la sentenza pubblicata in data odierna, hanno statuito il seguente principio di diritto:

«Qualora i contraenti abbiano inteso stipulare un mutuo fondiario corrispondente al modello legale (finanziamento a medio o lungo termine concesso da una banca garantito da ipoteca di primo grado su immobili), essendo la loro volontà comune in tal senso incontestata (o, quando contestata, accertata dal giudice di merito), non è consentito al giudice riqualificare d'ufficio il contratto, al fine di neutralizzarne gli effetti legali propri del tipo o sottotipo negoziale validamente prescelto dai contraenti per ricondurlo al tipo generale di appartenenza (mutuo ordinario) o a tipi contrattuali diversi, pure in presenza di una contestazione della validità sotto il profilo del superamento del limite di finanziabilità, la quale implicitamente postula la corretta qualificazione del contratto in termini di mutuo fondiario.»

[Qui la sentenza](#)

Usura e capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi.

Nota a Cass. Civ., Sez. I, 17 novembre 2022, n. 33964.

Massima redazionale (segnalazione a cura di Roberto Rossi)

Con la recente ordinanza in oggetto, la Prima Sezione Civile ha affermato che la normativa di divieto dei rapporti usurari, *ex art. 644 c.p.*, nella versione introdotta dalla legge n. 108/1996 (segnatamente, dall'art. 1), considera rilevanti tutte le voci del carico economico che si trovino applicate nel contesto dei rapporti di credito. Invero, ai sensi del quinto comma, del succitato art. 644 c.p., «*per la determinazione del tasso di interessi si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito*». Siffatto carattere “onnicomprensivo” per la rilevanza delle voci economiche vale non diversamente per la considerazione penale e per quella civile del fenomeno usurario [\[1\]](#).

Ciò posto, si deve ritenere che la capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi esprima un costo del credito e che, in quanto tale, la stessa vada inserita nel conto delle voci rilevanti per la verifica della natura usuraria dell'operazione di erogazione del denaro. In tal senso, non rileva la legittimità della previsione della capitalizzazione stessa, rilevando, per converso, il fatto in sé che tale costo sia previsto dalla regolamentazione contrattuale. Non è corretta, altresì, nella specie, l'affermazione della Corte territoriale, per cui le istruzioni della Banca d'Italia sulla rilevazione del TEGM non comprenderebbero gli effetti della capitalizzazione. Dette istruzioni, infatti, stabiliscono, del resto, parafrasando il testo dell'art. 2, comma 1, legge n. 108/1996, che, ai fini del calcolo dei tassi per ciascuna categoria di operazione, occorre che venga comunicato il «*tasso effettivo globale, espresso su base annua, praticato in media dall'intermediario. Il dato è calcolato come media aritmetica semplice dei tassi effettivi globali applicati ad ogni singolo rapporto (TEG)*». Il riferimento al carattere effettivo e globale dei tassi rilevati, unitamente alla necessità che gli stessi siano espressi su base annua (quale che sia, dunque, la periodizzazione, anche inferiore all'anno, applicata in concreto) rendono evidente che dalla eventuale capitalizzazione degli interessi il legislatore non ha affatto inteso prescindere. Né la formula di calcolo contenuta in dette istruzioni non offre alcuna sponda al ragionamento seguito dalla decisione impugnata e non esclude affatto dal computo la capitalizzazione degli interessi passivi ai fini del TEG.

[\[1\]](#) Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., n. 8806/2017.

[Qui l'ordinanza](#)

Irretroattività del meccanismo sostitutivo ex art. 117 TUB.

Nota a Cass. Civ., Sez. I, 24 novembre 2022, n. 34600.

Massima redazionale

La Prima Sezione Civile, con la recentissima ordinanza in oggetto, ha statuito il seguente principio di diritto:

«La disposizione di cui all'art. 117, comma 7, t.u.b., che determina il tasso sostitutivo in ipotesi di tassi ultralegali non è retroattiva, onde la disciplina ivi prescritta non si estende ai contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della detta norma».

[Qui l'ordinanza](#)

Usura: i decreti ministeriali sono fonti integrative del diritto.

Nota a Cass. Civ., Sez. I, 29 novembre 2022, n. 35102.

Massima redazionale

La Prima Sezione Civile, con la recentissima ordinanza in oggetto, ha statuito il seguente principio di diritto:

«In materia di usura bancaria, i decreti ministeriali, pubblicati in Gazzetta Ufficiale, di rilevazione trimestrale dei tassi effettivi globali medi, indispensabili, stante il rinvio disposto dall'art. 2 della L. n. 108 del 1996, per la concreta individuazione dei tassi-soglia di riferimento, essendo atti amministrativi di carattere generale ed astratto, normativo (svolgendo la funzione di integrazione della disciplina dettata dalla norma primaria, concorrendo alla definizione e specificazione del tasso-soglia di periodo per la categoria di operazioni rilevate) ed innovativo, vanno considerati alla stregua di vere e proprie fonti integrative del diritto, così da dovere essere conosciuti dal giudice in base al principio «iura novit curia» espresso nell'art.113 c.p.c.»

[Qui l'ordinanza](#)

Validità della fideiussione omnibus, accertamento negativo e onere della prova sulla mancata stipulazione per iscritto del contratto di conto corrente.

Nota a Cass. Civ., Sez. I, 30 novembre 2022, n. 35190.

[di Alessio Buontempo](#)

Praticante Avvocato

La Corte di Cassazione prima Sezione Civile con pronuncia n. 35190 del 2020 si è espressa sul ricorso presentato da una società in liquidazione in persona del legale rappresentate e i fideiussori nei confronti della Banca Popolare di Ancona S.p.A. avverso la sentenza della Corte d'Appello di Ancona.

I ricorrenti con sentenza n. 283 del 2 ottobre 2012 videro, dal Tribunale di Ancona, respinta la domanda riconvenzionale di pagamento dell'indebita relativa ad un contratto di conto corrente concluso tra le suddette parti e vennero condannati al pagamento in solido di una somma a titolo di saldo debitore di un contratto di mutuo stipulato dalla società ricorrente, oltre che agli interessi e spese di lite. Successivamente la Corte d'Appello ha respinto l'impugnazione dei ricorrenti avverso la detta sentenza, rilevando in particolare che: a) relativamente alla domanda di accertamento negativo e ripetizione dell'indebita presentata dagli oppositori collegata ad un contratto di conto corrente intercorso tra le parti è mancata del tutto la prova, laddove non è stata dimostrata l'assenza della conclusione per iscritto del contratto di conto corrente; b) in secondo luogo si è affermato che gli interessi passivi dalla Banca addebitati per il periodo successivo al 31/03/2000 siano conformi alle prescrizioni di cui all'art. 2 delibera CICR del 9 febbraio 2000; c) e infine che correttamente il consulente tecnico non ha considerato la commissione di massimo scoperto nel calcolo di raffronto dei tassi soglia usurari in quanto le istruzioni della Banca d'Italia ne escludevano gli stessi dal relativo calcolo sino al termine del 31/12/2009.

Tra i motivi di ricorso presentati le parti deducono la violazione e falsa applicazione dell'art. 2 co. 2 e 3 l. n. 287/1990 sull'assunto che la sentenza abbia erroneamente ritenuto valida la fideiussione, laddove diversamente questa, secondo i ricorrenti, sia affetta da nullità assoluta rilevabile d'ufficio in quanto integrante le condizioni qualificate illegittime dalla normativa *antitrust*, deducendo in particolare che lo stesso contenesse clausole relative alla reviviscenza, rinuncia ai termini *ex art.* 1957 c.c. e alla sopravvivenza della garanzia stessa dichiarate dalla Banca d'Italia con apposita delibera n. 55/2005 contrarie alla normativa *antitrust* in quanto dirette ad addossare al fideiussore le conseguenze negative scaturenti dalla negligenza della banca o da eventuali vizi dell'obbligazione principale.

Con ulteriore e collegato motivo i ricorrenti hanno censurato per violazione e falsa applicazione degli artt. 33, co. 1 e 2, 34, co. 1 e 2 cod. consumo in quanto la sentenza ritenendo valida la fideiussione avrebbe violato le norme a tutela del consumatore, in particolare per la presenza di clausole vessatorie nel contratto stesso.

La Suprema Corte ha dichiarato inammissibili tali motivi per genericità degli stessi, ricordando come una questione per la prima volta sollevata in un giudizio di Cassazione, anche se abbia ad oggetto una nullità rilevabile in ufficio in ogni stato e grado del procedimento, non può essere esaminata allorquando comporti un accertamento di fatto; il ricorrente per evitare una pronuncia di inammissibilità avrebbe dovuto allegare tanto la deduzione della questione avanti al giudice di merito quanto in quale scritto difensivo o atto del giudizio precedente l'abbia fatto. La Corte ha dichiarato inammissibile per difetto di specificità anche il motivo con cui i ricorrenti affermano la violazione e falsa applicazione degli artt. 117, co. 1 e 3, T.u.b. e 23, co. 1, 2, 3, e 4 T.u.f., ossia per l'aver ritenuto la sentenza, valido il contratto di conto corrente laddove invece questo sia in realtà da ritenere nullo per difetto di forma in mancanza della sottoscrizione del cliente e della consegna del contratto, di conseguenza con la nullità anche dell'apertura di credito ad essa connessa. La Corte fa presente che in tema di ripetizione dell'indebitto vige il principio dell'onere della prova a carico dell'attore il quale deve dimostrare tanto l'avvenuto pagamento quanto la mancanza di una causa che lo giustifichi, ritenendo che tale principio trovi applicazione anche si faccia questione dell'obbligazione restitutoria dipendente dalla asserita nullità di singole clausole contrattuali; i ricorrenti solo nell'ultimo dei motivi accennano al fatto che il rapporto di contro corrente non sia mai esistito.

Non meno importante è infine la ritenuta violazione e falsa applicazione affermata dalle parti ricorrenti, dell'art. 112 c.p.c. relativo al dovere del giudice di pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; orbene, le parti ritengono che la Corte d'Appello si sia meramente limitata a ritenere assenta la prova della inesistenza o nullità del contratto di conto corrente laddove diversamente avrebbe dovuto riclassificare il contratto come richiesto dai ricorrenti, con un conseguente ricalcolo degli interessi e saldo dovuto da cui na sarebbe derivato un credito piuttosto che un debito nei confronti della banca, in sostanza deducendo una nullità del mutuo derivante dalla nullità del contratto di conto corrente per mancanza della relativa valida stipulazione. La Suprema Corte ritiene inammissibile detta doglianza in particolare sulla base della inammissibilità delle precedenti censure.

[Qui l'ordinanza](#)

Mancanza della valenza decisiva esclusiva del contratto di conto corrente in tema di ripetizione dell'indebito e onere della prova.

Nota a Cass. Civ., Sez. I, 30 novembre 2022, n. 35258.

[di Virginia Troianelli](#)

Tirocinante ACF

Nel caso in esame, in tema di ripetizione dell'indebito, il ricorrente-correntista aveva proposto ricorso per Cassazione per otto motivi. Di questi, la Corte Suprema di Cassazione ha accolto il primo, il secondo e il quinto, ha rigettato il terzo, il quarto, il sesto e il settimo, ed ha dichiarato inammissibile l'ottavo.

In particolare, secondo i giudici di legittimità il ricorso è fondato nella misura in cui la Corte di Appello aveva ritenuto che nell'azione di indebitto la prova della insussistenza della *causa debendi* potesse essere data esclusivamente con la produzione dei contratti di conto corrente. Premesso che in tale tipologia di azione incombe sull'attore l'onere di fornire prova dell'avvenuto pagamento e della mancanza di una causa che lo giustifichi (Cass. n.22872/2010, n.7501/2012, n. 24948/2017, n. 30713/2018, n. 29855/2022), in tema di conto corrente bancario, la produzione del contratto a base del rapporto bancario non risulta sufficiente né indispensabile. Pur esibito il contratto, infatti, resta possibile che l'accordo sia stato stipulato con atto diverso e successivo; inoltre, anche altri mezzi di prova possono dimostrare l'assenza dei fatti costitutivi del debito dell'attore.

Alla luce di ciò, secondo la Sez. I della Corte, non è possibile attribuire alla produzione del contratto di conto corrente valenza decisiva ed esclusiva quanto alla prova della domanda attorea, senza valutare anche gli altri elementi di giudizio invocati dall'appellante (estratti conto, accertamenti peritali) e il comportamento processuale della banca appellata.

Il rigetto del terzo e del quarto motivo, che investivano la decisione nella parte in cui disattendeva l'istanza di esibizione *ex art. 210 c.p.c.*, risulta essere determinato dal superamento del principio secondo cui il correntista ha il potere di chiedere alla banca di fornire la documentazione relativa al rapporto di conto corrente (*ex art.119, co. 4 del D.Lgs n.385/1993, cd. TUB*) anche in corso di causa e attraverso qualunque mezzo idoneo allo scopo (ivi compresa anche l'istanza di esibizione *ex art. 210 c.p.c.*).

Secondo il più recente orientamento giurisprudenziale, infatti, il diritto ad ottenere copia della documentazione inerente le singole operazioni poste in essere negli ultimi 10 anni può essere esercitato in sede giudiziale dall'avente diritto attraverso l'istanza di cui all'*art.210 c.p.c.*, in concorso dei presupposti previsti da tale disposizione, a condizione che detta documentazione sia stata precedentemente richiesta alla banca e quest'ultima, senza giustificazione, non vi abbia ottemperato (Cass. 24641/2021 e n. 27861/2022).

Il sesto motivo è stato rigettato dalla Corte in quanto ha ritenuto che, difformemente da quanto sostenuto dal ricorrente, la Corte giuliana avesse fornito una motivazione chiara, coerente e sufficiente delle ragioni della propria decisione.

In particolare, non incidono sulla decisione le considerazioni sul regime probatorio dei tassi soglia evidentemente inserite per errore e/o frutto di refuso.

Parimenti, il rigetto del settimo motivo, in cui si sosteneva che la Corte di Appello avesse invertito l'onere della prova, è stato determinato dal fatto che, come correttamente individuato dai giudici di seconde cure, spetta a colui che agisce con l'azione di indebito fornire il supporto probatorio.

In conclusione, l'ottavo motivo, circa l'avvenuta prescrizione, è stato ritenuto inammissibile in quanto la Corte di Appello non aveva deciso neanche implicitamente sulla questione di prescrizione, essendo la stessa stata assorbita dal rigetto dell'appello e dalla conseguente conferma della sentenza di primo grado.

[Qui l'ordinanza](#)

Ripartizione dell'onere della prova nella domanda di ripetizione dell'indebitto oggettivo nei rapporti di conto corrente con gli istituti di credito.

Nota a Cass. Civ., Sez. I, 7 dicembre 2022, n. 35979.

[di Alessio Buontempo](#)

Praticante Avvocato

Il ricorso presso la Suprema Corte origina dalla vicenda che vede il ricorrente soccombente sia dinanzi al Tribunale di di Monza che dinanzi alla Corte d'Appello di Milano, quest'ultima limitatasi a confermare la decisione del giudice di prime cure.

La materia del contendere ha ad oggetto la richiesta di accertamento della nullità del contratto di conto corrente e del contratto di conto anticipi su fatture per la paventata mancanza di forma scritta opposta dal ricorrente nei confronti della Banca Popolare di Bergamo S.p.A., e l'accertamento, inoltre, della nullità delle clausole di determinazione degli interessi e loro capitalizzazione trimestrale, della commissione di massimo scoperto e sua capitalizzazione trimestrale, della nullità degli interessi praticati in quanto superiori al tasso soglia dell'usura ex lege presunta e infine per la arbitrarietà del calcolo dei giorni di valuta, per l'addebito di spese forfetarie non determinate per contratto. La sentenza della Corte d'Appello impugnata statuiva che è onere di chi chiede la ripetizione dell'indebitto oggettivo versato in in esecuzione di rapporto di conto corrente bancario depositare in giudizio l'intera sequenza di estratti di conto relativi al proprio conto, affinché sia possibile individuare gli eventuali addebiti illegittimamente applicati dalla banca. In questo senso l'appellante non ha assolto a detto onere, avendo depositato solo gli estratti di conto corrente dei periodi fra il 31 gennaio 2000 e 22 luglio 2010 per un conto, e fra il 31 gennaio 2000 e 31 gennaio 2007 per un altro. Sebbene il ricorrente avesse chiesto ex art. 119, co. 4, T.u.b. gli estratti dei conti relativi al periodo intercorso tra la data di inizio di ciascun rapporto e la fine del quarto trimestre del 1999, la banca non aveva l'obbligo di conservare tali documenti in quanto relativi a periodo anteriore al decennio antecedente la richiesta della Società. La Società ricorrente con primo motivo deduce che la sentenza impugnata, nella parte in cui si afferma di non aver provato la sussistenza della propria domanda di ripetizione dell'indebitto oggettivo ad opera del ricorrente, trascura che la banca non aveva provato di averle comunicato gli estratti di conto contenute, la Suprema Corte ritine tale motivo inammissibile in considerazione della sua non autosufficienza, in particolare in quanto la parte ricorrente non ha precisato in quale atto e in quali termini la questione sia stata sollevata nel giudizio di merito. Con il secondo motivo la Società afferma che il giudice d'Appello, nell'affermare la necessità, ai fini della prova dei pagamenti indebiti, di depositare in giudizio l'intera sequenza degli estratti conto relativi ai due conti correnti per cui agisce, abbia in modo erroneo applicato gli artt. 1218 e 2697 c.c., l'art. 119 T.u.b. e l'art. 115 c.p.c, in virtù del fatto che sono acquisiti agli atti gli estratti relativi al periodo

intercorso fra il 31 gennaio 2000 fino alla data di estinzione di ciascun conto corrente; la conseguenza è che il conteggio dei rapporti dare-avere andrà formulato secondo il principio del c.d. saldo zero: andranno quindi azzerate le prime appostazioni negative su entrambi i rapporti, e che in applicazione del principio di vicinanza della fonte della prova, la banca deve tenere per dieci anni le proprie scritture contabili ai sensi dell'art. 2220 c.c., essendo contrario al canone di buona fede la mancata produzione in giudizio delle scritture da parte della Banca che ha, inoltre, il dovere di protezione preprocessuale del correntista di cui è espressione l'art. 119 del T.u.b.

Con il terzo motivo si deduce la sentenza di secondo grado abbia falsamente applicato gli artt. 1218 e 2697 c.c., art. 119 T.u.b. e art. 115 c.p.c., in quanto dal momento in cui il correntista agisca in ripetizione dell'indebito derivato da rapporto di conto corrente conseguente ad affermazione di nullità o inefficacia di specifici addebiti operati dalla banca, nella ricostruzione dei rapporti di dare e avere fra le parti è necessaria considerare il primo saldo annotato sugli estratti conti prodotti in mancanza dell'intera sequenza degli estratti dall'inizio alla fine del rapporto. La Corte passa poi direttamente all'esame del quinto motivo ritenendo che tali tre debbano essere trattati in via congiunta in quanto tra loro connessi; così con il quinto motivo la parte ricorrente censura la sentenza impugnata per avere omesso ogni statuizione sulle domande "di accertamento di nullità e/o illegittimità delle clausole contrattuali e delle condotte della Banca, ritenendo la questione integralmente assorbita dalla mancata produzione della sequenza integrale degli estratti conto corrente", così malamente applicando gli artt. 99 e 112 c.p.c. Trattando tali motivi la Suprema Corte afferma che seppur sia vero che la giurisprudenza di legittimità abbia avuto modo di affermare il principio secondo cui nel giudizio tra banca e cliente con oggetto un pregresso rapporto di conto corrente l'art. 2697 c.c. imponga quando la banca vanta un credito derivato dal saldo finale di segno negativo di tale rapporto, la rideterminazione di tale saldo finale mediante la ricostruzione dell'intero andamento del rapporto, sulla base degli estratti conto a partire dalla sua apertura, non potendo ritenersi provato il credito in conseguenza della mera circostanza che il correntista non abbia formulato rilievi in ordine alla documentazione, incompleta, in giudizio depositata dalla banca. Non diversamente quanto il cliente agisca nei confronti della banca per la ripetizione dell'indebito è il cliente a dover provare innanzitutto mediante deposito degli estratti di conto la fondatezza dei fatti e delle domande di accertamento della detta domanda di ripetizione, e conseguentemente il mancato deposito di alcuni estratti fa perdere la possibilità di dimostrare il fondamento della domanda di restituzione di denaro data alla banca nel periodo di tempo tra l'inizio del rapporto a quello a cui si riferiscono gli estratti depositati; ben potendo il giudice accertare se vi siano addebiti non dovuti risultanti dagli estratti depositati. La Corte, anche richiamando un costante orientamento di legittimità, afferma il principio di diritto per cui nei rapporti di conto corrente bancario, il correntista che agisce per la ripetizione dalla banca di danaro che afferma essere stato a costei indebitamente dato nel corso dell'intera durata del rapporto sul presupposto di dedotte nullità di clausole del contratto di conto corrente relative alla misura degli interessi e al massimo scoperto, di applicazione di interessi in misura superiore a quella del tasso soglia dell'usura presunta, per come determinato in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, nonché di addebiti di danaro non previsti

dal contratto, “è onerato della prova degli avvenuti pagamenti e della mancanza di una valida causa debendi mediante deposito degli estratti periodici di tale conto corrente riferiti all’intera durata del rapporto; con la conseguenza che qualora egli depositi solo alcuni di tali estratti periodici di conto corrente egli da un lato non adempie a detto onere per la parte di rapporto non documentata e, dall’altro, l’omissione non costituisce fatto impediente il sollecitato accertamento giudiziale del dare e dell’avere fra le parti del cessato rapporto a partire dal primo saldo (nella specie, a debito) dal cliente documentalmente riscontrato”. Così la Corte rigetta il secondo motivo e, invece, accoglie il terzo nel senso sopra precisato. Proseguendo, la Corte ritiene fondato anche il quinto motivo, ritenendo giustamente illogica l’affermazione contenuta nella sentenza d’Appello secondo cui l’accertamento giudiziale della dedotta mancanza di causa degli addebiti sui due conti correnti avrebbe quale presupposto la fondatezza della domanda di ripetizione dell’indebito oggettivo; essendo invece vero il contrario, dal momento che il vantato diritto dell’attore a ripetere dalla banca il danaro a lei dato in esecuzione dei due rapporti di conto corrente è in tesi predicabile quale conseguenza dell’accertamento giudiziale delle, asserite, illegittimità, di fonte contrattuale ovvero legale, degli addebiti dalla banca eseguiti sugli stessi conti. Infine infondato viene ritenuto il quarto motivo, ritenendo che nei rapporti fra banca e cliente il diritto di questi di ottenere a proprie spese la copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni (ex 119, co. 4, T.u.b.) può essere esercitato in sede giudiziale mediante istanza volta ad ottenere ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c., a condizione che tali documenti siano stati precedentemente richiesti alla banca e che questa non abbia adempiuto senza giustificazione. In conclusione, la parte ricorrente, con il sesto motivo deduce che la sentenza impugnata, nella parte in cui “non ha accertato in capo alla Banca le citate nullità e violazioni nei rapporti bancari dedotti”, si caratterizza per violazione ovvero falsa applicazione degli artt. 1283, 1325, 1418, 1421, 1422 e 1423 c.c., della l. n. 108 del 1996, dell’art. 644 c.p. e dell’art. 1815, co. 2, c.p.c. E così per come formulato, il motivo è ritenuto inammissibile in quanto le domande il cui esame sarebbe stato omissso sono state solo genericamente indicate. La Suprema Corte cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti con rinvio alla Corte di appello di Milano, precisando che quest’ultima pronunciandosi dovrà attenersi al principio di diritto sopra enunciata dalla prima.

[Qui l'ordinanza](#)

Considerazioni in merito alla rilevabilità d'ufficio della nullità delle clausole conformi al modello ABI nelle fideiussioni omnibus e riflessioni circa le conseguenze della proposizione di un «non motivo» in Cassazione.

Nota a Cass. Civ., Sez. III, 12 dicembre 2022, n. 36183.

[di Sara Rescigno](#)

Tirocinante ACF

Nella controversia presa in esame, le Ricorrenti hanno proposto quattro motivi di ricorso, ritenuti tutti inammissibili e/o infondati dal giudice di legittimità.

Venendo all'esame delle ragioni che hanno condotto al rigetto del ricorso, le Ricorrenti, con il primo motivo, hanno denunciato al giudice la «nullità totale della fideiussione conforme allo schema ABI».

Prima di verificare la fondatezza della questione, la Corte ha preliminarmente precisato che, conformemente a quanto stabilito in altre pronunce^[1], la valutazione della eccezione di nullità del contratto in sede di legittimità presuppone che in sede di giudizio di merito siano stati accertati i relativi presupposti di fatto. La nullità, infatti, può essere bensì sollevata in ogni stato e grado del giudizio, ma solo laddove siano acquisiti agli atti del giudizio tutti gli elementi di fatto dai quali possa desumersene l'esistenza. Tale principio va coordinato con l'indirizzo, ormai consolidato^[2], secondo il quale le questioni esaminabili d'ufficio, che abbiano formato oggetto di una specifica domanda o eccezione, non sono più proponibili nei successivi gradi di giudizio, qualora la decisione o l'omessa decisione di tali questioni da parte del giudice non abbia formato oggetto di specifica impugnazione, dal momento che vi è il formarsi di un giudicato interno che il giudice dei gradi successivi deve in ogni caso rilevare.

Il percorso logico argomentativo condotto dal giudice di legittimità, attraverso il richiamo al già noto arresto delle Sezioni Unite del 2014, ha chiarito che la preclusione al rilievo in Cassazione della nullità contrattuale – come qualsiasi altra eccezione rilevabile d'ufficio – si determina solo ove in appello sia stata formulata la relativa domanda o eccezione e la corte di merito non si sia pronunciata, dal momento che, in tal caso, sull'omessa pronuncia, ove non espressamente denunciata come tale, si determina un giudicato processuale preclusivo della riproposizione della questione in Cassazione.

Ciò premesso, nel caso di specie, la Corte ha precisato che il comportamento delle parti, consistente nell'omessa riproduzione in giudizio delle clausole ritenute nulle, ha impedito alla medesima di compiere le necessarie verifiche circa l'eventuale formarsi delle suddette preclusioni.

Ad ogni modo, secondo la Corte, la censura è da ritenersi infondata, dal momento che le fideiussioni *omnibus* conformi allo «schema ABI vietato» comportano solo la nullità parziale delle clausole contrarie agli articoli 2, comma 2, lett. a) della Legge n. 287 del 1990 e 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea e non la nullità totale delle stesse.

La nullità parziale, come già chiarito dalle Sezioni Unite^[3], esprime il generale favore dell'ordinamento per la «conservazione», in quanto possibile, degli atti di autonomia negoziale, benché difformi dallo schema legale. L'estensione della nullità che colpisce la parte o le clausole all'intero contratto ha natura eccezionale ed è subordinata alla dimostrazione, a carico di chi ha interesse a far cadere in toto l'assetto di interessi programmato, dell'interdipendenza del resto del contratto dalla clausola o dalla parte nulla, restando preclusa al giudice la rilevazione d'ufficio dell'effetto estensivo della nullità parziale all'intero contratto.

Nel caso *de quo*, la Corte ha rilevato che le Ricorrenti non hanno assolto al predetto onere probatorio, in quanto le medesime hanno avuto riguardo al ben diverso obiettivo dell'accertamento officioso (allo stato dei fatti non consentito) della nullità totale dei contratti.

Con il secondo motivo, le Ricorrenti hanno denunciato la violazione e falsa applicazione degli artt. 115 c.p.c. e 2697 c.c., nella misura in cui hanno rilevato che la banca ha omesso di allegare la documentazione comprovante il reale saldo dei rapporti di conto.

Il giudice di legittimità, in proposito, ha osservato che le Parti ricorrenti, nella censura avanzata, non hanno individuato il presupposto indefettibile del mezzo di impugnazione, vale a dire la motivazione o la parte del provvedimento impugnato a cui esse hanno inteso riferirsi.

Il motivo di impugnazione, ha precisato la Corte, è rappresentato dall'enunciazione delle ragioni per le quali, secondo chi ha esercitato l'azione, la decisione è erronea, con la conseguenza che siccome per denunciare un errore occorre identificarlo, l'esercizio del diritto d'impugnazione di una decisione giudiziale può considerarsi avvenuto in modo idoneo solo quando i motivi con i quali è esplicito si concretino nell'esplicita e specifica indicazione delle ragioni per cui essa è errata. Pertanto, il motivo che non rispetti tale requisito è nullo per inidoneità al raggiungimento dello scopo. In riferimento al ricorso per Cassazione, tale nullità, risolvendosi nella proposizione di un non motivo, è espressamente sanzionata con l'inammissibilità^[4].

Nella vicenda esaminata, secondo la Corte, il motivo è manifestamente inammissibile, sia perché prospetta un tema di lite sul quale deve ritenersi formato un giudicato interno, sia perché risulta «eccentrico» rispetto alla *ratio decidendi* posta a fondamento della sentenza d'appello (la quale si è occupata di una questione diversa rispetto a quella relativa alla completezza della documentazione contrabile già esaminata in primo grado).

In conclusione, con il terzo motivo e il quarto motivo, le Ricorrenti hanno lamentato la mancata produzione, da parte della banca, degli estratti conto integrali inerenti al rapporto di conto corrente e l'omessa valutazione, da parte del giudice di appello, dell'incompleta documentazione prodotta dalla medesima.

Tali profili sono stati censurati dal giudice di legittimità per le stesse considerazioni sopra riportate.

[1] Cfr., Cass., n. 34799 del 17.11.2021; Cass., n. 26530 del 30.09.2021.

[2] Cfr., Cass., SS.UU., n. 26242 e n. 26243 del 12.12.2014.

[3] Cfr., Cass., SS.UU., n. 41994 del 2021.

[4] *Ex plurimis*, Cass., n. 9951 del 15.04.2021.

[Qui l'ordinanza](#)

Sulla natura dei dividendi nell'ambito della remunerazione negli OICVM: la sentenza della CGUE.

Nota a CGUE, 1 agosto 2022, C-352/20.

[di Nadia Denisi](#)

Si allega una importante decisione della Corte di Giustizia Europea, del 1° agosto 2022 (caso C-352/20), sulla natura dei dividendi nell'ambito della remunerazione, da considerare con attenzione nell'elaborazione delle politiche nel contesto di Organismi di Investimento Collettivo in Valori Mobiliari (OICVM) e gestori di fondi di investimento alternativi (GEFIA) e che potrebbe costituire, più in generale, un interessante precedente da valutare in tema di politiche di remunerazioni in ambito bancario e finanziario, ben oltre le direttive UCITS e GEFIA.

Nel caso di specie, la Corte di giustizia si è espressa sul rinvio pregiudiziale della Corte Suprema ungherese sul tema dei dividendi distribuiti da un OICVM ad alcuni dei suoi dipendenti che svolgono funzioni dirigenziali e sul se gli stessi rientrino nelle politiche retributive dei gestori dei fondi di investimento.

La Corte di giustizia ha stabilito che gli articoli 14 e 14 ter della direttiva OICVM e l'articolo 13, paragrafo 1, punti 1 e 2, dell'allegato II della direttiva sui gestori di fondi di investimento alternativi (GEFIA) devono essere interpretati nel senso che le disposizioni relative alle politiche e alle prassi retributive si applicano ai dividendi versati da una società la cui attività abituale consiste nella gestione di organismi di investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM) e di fondi di investimento alternativi (FIA), direttamente o indirettamente ai suoi dipendenti che svolgono le funzioni di amministratore delegato, gestore degli investimenti o gestore di portafoglio in virtù del loro diritto di proprietà sulle azioni di tale società, qualora la politica di pagamento di tali dividendi sia tale da indurre tali dipendenti ad assumere rischi eccessivi, che vanno a scapito degli interessi degli OICVM o dei FIA gestiti da tale società e degli interessi dei loro investitori, e sia quindi in grado di facilitare l'elusione dei requisiti derivanti da tali disposizioni.

[Qui la decisione](#)

Responsabilità di una Banca Centrale per i danni subiti dai detentori di strumenti finanziari annullati in forza di provvedimenti di risanamento: la sentenza della CGUE.

Nota a CGUE, 13 settembre 2022, C-45/21.

Massima redazionale

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza emessa in data odierna, ha statuito i seguenti principi di diritto:

1) L'articolo 123, paragrafo 1, TFUE e l'articolo 21.1 del Protocollo (n. 4) sullo Statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea devono essere interpretati nel senso che essi non ostano ad una normativa nazionale, la quale stabilisca che una banca centrale nazionale, facente parte del Sistema europeo di banche centrali, è responsabile, con i propri fondi, per i danni subiti da ex titolari di strumenti finanziari che questa stessa banca ha soppresso in applicazione di misure di risanamento, ai sensi della direttiva 2001/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 aprile 2001, in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi, ordinate dalla suddetta banca centrale, qualora, nell'ambito di un successivo procedimento giudiziario, emerga che tale soppressione non era necessaria per garantire la stabilità del sistema finanziario, oppure che questi ex titolari di strumenti finanziari hanno subito, a causa della suddetta soppressione, perdite più gravi di quelle che avrebbero sofferto in caso di fallimento dell'istituto finanziario in questione, purché la suddetta banca centrale sia considerata responsabile soltanto nel caso in cui essa stessa abbia agito o le persone da essa abilitate ad agire in suo nome abbiano agito violando gravemente l'obbligo di diligenza ad esse incombente.

2) L'articolo 123, paragrafo 1, TFUE e l'articolo 21.1 del Protocollo (n. 4) sullo Statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale, la quale stabilisca che una banca centrale nazionale, facente parte del Sistema europeo di banche centrali, è responsabile, con i propri fondi, entro limiti predeterminati, per i danni subiti da ex titolari di strumenti finanziari che questa stessa banca ha soppresso in applicazione di misure di risanamento, ai sensi della direttiva 2001/24, da essa ordinate, soltanto a condizione che:

- da un lato, questi ex titolari siano persone fisiche che percepiscono un reddito annuale inferiore ad una soglia stabilita da detta normativa e,
- dall'altro, i suddetti ex titolari rinuncino ad ottenere un risarcimento di tali danni ricorrendo ad altri strumenti giuridici.

3) L'articolo 130 TFUE e l'articolo 7 del Protocollo (n. 4) sullo Statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale, la quale stabilisca che una banca centrale nazionale, facente parte del Sistema europeo di banche centrali, è responsabile dei danni causati dalla soppressione di strumenti finanziari, in applicazione di misure di risanamento, ai sensi della direttiva 2001/24, ordinate da questa banca centrale, per un importo suscettibile di

pregiudicare la sua capacità di adempiere efficacemente i propri compiti e finanziato, in ordine di priorità, mediante:

- la destinazione a riserve speciali della totalità degli utili realizzati dalla suddetta banca centrale a partire da una data determinata;
- un prelievo sulle riserve generali della medesima banca centrale che non può superare il 50% di tali riserve, e
- un prestito, produttivo di interessi, contratto con lo Stato membro interessato.

4) L'articolo 33 della direttiva 2001/24, gli articoli da 44 a 52 della direttiva 2006/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2006, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio, nonché gli articoli da 53 a 62 della direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE, devono essere interpretati nel senso che: le norme enunciate in tali articoli non sono applicabili ad informazioni ottenute o venute in essere al momento dell'attuazione di misure di risanamento, ai sensi della direttiva 2001/24, che non abbiano costituito l'oggetto di procedure di informazione o di consultazione previste agli articoli 4, 5, 8, 9, 11 e 19 di quest'ultima direttiva.

[Qui la sentenza](#)

Tribunale Unione Europea – Annullata decisione della BCE di assoggettare ad amministrazione straordinaria una Banca italiana.

Nota a TUE, 12 ottobre 2022, T-502/19.

Massima redazionale

Quando il diritto dell'Unione è composto da direttive, deve essere applicata la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive. La disposizione non può essere intesa come comprendente due fonti distinte di obblighi, vale a dire il diritto dell'Unione nel suo insieme, ivi comprese le direttive, al quale si dovrebbe aggiungere la legislazione nazionale che le recepisce. Una simile interpretazione presupporrebbe infatti che le disposizioni nazionali divergano dalle direttive e che, in tal caso, i due tipi di atti vincolino la BCE come fonti normative distinte. Una siffatta interpretazione non può essere accolta, in quanto sarebbe contraria all'articolo 288 TFUE, il quale prevede che «[1]a direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi». Inoltre, secondo una giurisprudenza costante, una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un privato e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti (cfr. sentenza del 26 febbraio 1986, Marshall, 152/84, EU:C:1986:84, punto 48; v., altresì, sentenza del 19 gennaio 2010, Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, punto 46 e giurisprudenza ivi citata).

[Qui la sentenza](#)

**Corte Costituzionale: disciplina dell'avvio e dello
svolgimento della liquidazione coatta amministrativa delle ex
Banche Venete (sentenza n. 225/2022).**

Nota a Corte Cost., 7 novembre 2022, n. 225.

Massima redazionale

Dinanzi al Tribunale di Firenze era stato introdotto un giudizio nei confronti di Intesa Sanpaolo spa, quale cessionaria di Banca Popolare di Vicenza spa e di Veneto Banca spa (in liquidazione coatta amministrativa) per sentir dichiarare l'invalidità o l'inefficacia delle operazioni di acquisto di azioni emesse da Banca Popolare di Vicenza spa, per violazione degli obblighi informativi e per la mancata verifica di adeguatezza delle operazioni, nonché per sentirla condannare al risarcimento dei danni. Il Tribunale ha sollevato molteplici questioni di legittimità costituzionale (evocando una serie di parametri) dell'intero testo del decreto-legge 25 giugno 2017, n. 99 (Disposizioni urgenti per assicurare la parità di trattamento dei creditori nel contesto di una ricapitalizzazione precauzionale nel settore creditizio nonché per la liquidazione coatta amministrativa di Banca Popolare di Vicenza S.p.A. e di Veneto Banca S.p.A.), convertito, con modificazioni, nella legge 31 luglio 2017, n. 121, nonché dei suoi artt. 2, commi 1, lettera c), e 2; 3, commi 1, lettere a), b) e c), 2, 3 e 4; 4, commi 1, lettere b) e d), 3, 4 e 5; e 6, nella parte in cui non prevede la possibilità di ristoro anche per gli azionisti.

La normativa era sospettata della violazione degli artt. 2, 3, 23, 24, 41, 42, 45 e 47 della Costituzione, nonché all'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e all'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed infine dell'art. 111, primo comma, Cost. e all'art. 47 CDFUE.

Il giudice *a quo* ravvisa un'arbitraria assimilazione tra i creditori di cui alle lettere a) e b) del censurato art. 3, comma 1, evidenziando come i creditori di cui alla lettera b) avessero investito in azioni e obbligazioni subordinate sulla base di informazioni non corrette ricevute dalle rispettive banche o della subordinazione della concessione di mutui al loro acquisto. Sarebbe stata quindi violata la parità di trattamento tra i creditori, restando sacrificati quelli individuati dalle norme censurate, mentre sarebbero assimilati i creditori di cui alle lettere a) e b) del censurato art. 3, comma 1, «pur essendo radicalmente diversa la situazione di chi ha effettuato un investimento con la consapevolezza di assumere determinati rischi e quella invece di chi vanta un credito nascente dalla illegittimità nella specie del comportamento della Banca».

Sempre a parere del remittente sarebbe stata violata la normativa europea sugli aiuti di Stato» e vi sarebbe stato eccesso di potere legislativo, perché i risparmi degli azionisti e dei creditori subordinati delle due Banche sarebbero rimasti nelle liquidazioni non per assorbire le perdite nella massima misura necessaria, ma allo scopo di trasferirli alla cessionaria Intesa Sanpaolo spa sotto la voce fittizia di «aiuti di Stato». Il sostanziale azzeramento del capitale azionario e delle obbligazioni subordinate, per effetto del trasferimento a Intesa Sanpaolo spa, avrebbe quindi concretato una espropriazione, senza indennizzo, a favore di un

soggetto privato per l'esclusivo interesse dello stesso, non prevedendo l'art. 6 del d.l. n. 99 del 2017, come convertito, alcuna possibilità di ristoro per gli azionisti. Infatti l'aiuto di Stato sarebbe stato realizzato mediante l'annullamento del capitale azionario e delle obbligazioni subordinate delle due Banche, atteso che il costo della crisi aziendale è stato fatto ricadere in primo luogo sugli azionisti e sui detentori di obbligazioni subordinate delle due Banche, i cui diritti sono stati mantenuti nella liquidazione e potranno essere soddisfatti solo nell'eventualità in cui lo Stato recuperi integralmente quanto versato a supporto dell'intervento e siano stati soddisfatti gli altri creditori.

La sentenza ha dichiarato l'inammissibilità delle questioni, per ragioni che vanno dal difetto di prospettazione delle stesse, alla discrezionalità legislativa circa le soluzioni possibili (come sintetizzato qui di seguito), ma è importante rilevare come la Corte abbia tenuto ad evidenziare la dimensione della “vicenda che ha avuto anche risvolti drammatici per una moltitudine di risparmiatori. Dal preambolo del d.l. n. 99 del 2017, come convertito, si evince, del resto, che l'intervento normativo ha avuto riguardo alle gravi ripercussioni di rilievo sociale ed economico per persone, famiglie e imprese, derivanti dalla sottoposizione a liquidazione coatta amministrativa di Banca Popolare di Vicenza spa e Veneto Banca spa, ravvisate in termini di perdite per i creditori non professionali chirografari e di cessazione dei rapporti di affidamento creditizio.”

Nella ricostruzione della vicenda stessa, la Corte rileva che il d.l. n. 99 del 2017, come convertito, ha rimesso alle parti delle convenzioni di cessione di determinare le attività e passività cedute, ponendo un divieto di trasferimento di alcune poste. “Nella specie, quale conseguenza del limite inderogabile imposto all'autonomia negoziale delle parti degli accordi di trasferimento, il perimetro della cessione ha lasciato fuori sia i debiti delle banche nei confronti dei propri azionisti e obbligazionisti subordinati derivanti dalle operazioni di commercializzazione di azioni o obbligazioni subordinate delle banche, sia i debiti correlati alle violazioni della normativa sulla prestazione dei servizi di investimento riferite alle medesime azioni o obbligazioni subordinate, nonché, in generale, le controversie relative ad atti o fatti occorsi prima della cessione, sorte successivamente ad essa, e le relative passività”. Tuttavia la scelta di non trasferire i crediti degli azionisti e dei creditori subordinati nel patrimonio del cessionario dell'azienda bancaria in dissesto avrebbe dovuto essere verificata alla luce delle regole europee che chiamano gli Stati membri dell'Unione, nella risoluzione delle crisi del settore creditizio, ad assicurare il funzionamento della vigilanza prudenziale e la stabilità finanziaria. Oltre all'incompleta ricostruzione del quadro normativo, la sentenza stigmatizza la lacunosa e contraddittoria prospettazione del rimettente quanto al tipo di intervento richiesto onde porre rimedio alla dedotta illegittimità costituzionale, non desumendosi in maniera univoca, né dal dispositivo, né dalla motivazione dell'ordinanza di rimessione, se il giudice *a quo* invocasse una generale ablazione di tutti i casi esclusi dalla cessione, o, piuttosto, un intervento manipolativo-additivo che estenda la responsabilità della cessionaria rispetto alle pretese risarcitorie o restitutorie degli acquirenti di azioni emesse dalle due Banche venete. Ed in effetti l'ordinanza di rimessione...” omette del tutto di motivare sul nesso di condizionamento e sulle implicazioni che, dall'accoglimento delle questioni sollevate, deriverebbero sul rapporto contrattuale, che costituisce l'effettiva fonte regolatoria presupposta del rapporto dedotto nel giudizio principale.” E non ha

comunque considerato,che l'art. 3 del d.l. n. 99 del 2017, come convertito, non è, di per sé, rivolto a regolare direttamente tali rapporti, perché rimetteva ai commissari liquidatori e al cessionario individuato di determinare l'oggetto della cessione, e cioè se si dovesse trasferire l'azienda, suoi singoli rami, ovvero beni, diritti e rapporti giuridici individuabili in blocco, oppure attività e passività, anche parziali o per quote, ponendo però ai contraenti un limite oggettivo e inderogabile, in forza del quale dovevano restare «in ogni caso esclusi» dal trasferimento le passività e i debiti elencati nelle lettere a), b) e c).»

E la dimostrazione di quanto sopra è data proprio dal giudizio *a quo*, dove “la individuazione della legittimazione passiva in capo alla convenuta Intesa Sanpaolo spa, o, meglio, della riferibilità ad essa della titolarità sostanziale della posizione giuridica cui inerisce la pretesa dedotta in giudizio, non discende, quindi, dalla necessaria e immediata applicazione delle norme di legge su cui cadono i dubbi di legittimità costituzionale, quanto dall'ambito oggettivo del programma obbligatorio regolato dalle parti del contratto di cessione.”

Infine “ Per il fatto.....di non confrontarsi con l'intreccio intercorrente fra le norme censurate e il contratto di cessione, nulla argomentando sulla possibile ricaduta, che, in ipotesi, dovrebbe avere la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione censurata sull'atto negoziale, il rimettente offre una «prospettazione non adeguata delle conseguenze applicative derivanti da un eventuale accoglimento della questione sollevata» (ordinanza n. 280 del 2020), che si risolve in un difetto di motivazione sulla rilevanza tale da inficiare, anche da questa ulteriore prospettiva, l'ammissibilità delle questioni.”

[Qui la sentenza](#)

Buoni Postali serie AA1: rimborso del capitale e degli interessi per mancata consegna del Foglio Informativo.

Commento a GdP Campobasso, 31 maggio 2022, n. 227.

[di Biagio Campagna](#)

Avvocato

Il giudice di pace di Campobasso, con la sentenza n. 227 del 31 maggio 2022, si è espresso a favore del consumatore, circa il rimborso dei buoni fruttiferi oggetto di contestazione, appartenenti alla serie AA1, a causa della mancata consegna del foglio informativo (F.I.A.), con conseguente rimborso sia del capitale che degli interessi pattuiti.

Il giudice di Pace di Campobasso argomentando rappresenta che per quanto concerne la questione della violazione dell'obbligo di consegna del Foglio Informativo con riferimento all'operatività dell'eccezione di prescrizione per il rimborso di buoni postali fruttiferi, vi sono due orientamenti contrastanti tra loro. Secondo il primo orientamento, la omessa consegna del Foglio Informativo al sottoscrittore possa essere ascritta a titolo di dolo ai dipendenti dell'intermediario. Occorrerebbero elementi fattuali utili a dimostrare che effettivamente il mancato attivarsi del ricorrente prima della scadenza del termine prescrizione sia dipeso dalla mancata consegna del Foglio Informativo e, d'altra parte, non può andare esente da critiche il comportamento tenuto dallo stesso, il quale, da buon investitore, avrebbe dovuto informarsi sulla durata dell'investimento.

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, anche se l'omissione dell'intermediario possa essere sanzionata sotto il profilo della responsabilità precontrattuale e/o dell'inadempimento, valorizzando la mancanza di trasparenza e l'inottemperanza al dovere di informazione, rimanendo sempre necessaria una ponderazione di tali profili di responsabilità con l'indubbia negligenza dell'investitore, deve comunque rispettare i doveri di trasparenza di informazione nel collocamento dei buoni fruttiferi postali in mancanza non può opporre il decorso del termine prescrizione alla richiesta di rimborso dei buoni.

Il giudice di pace di Campobasso cita la sentenza del Tribunale di Termini Imerese n. 306 del 20 maggio 2020, il quale in una domanda molto simile all'odierna, ha dato ragione ad alcuni titolari di buoni postali fruttiferi, riconoscendo le somme portate dagli stessi, oltre agli interessi legali decorrenti dalla sottoscrizione, buoni che si presentavano privi di indicazione del numero di serie, dei rendimenti e della scadenza, l'unica indicazione era la dicitura "buono fruttifero postale a termine", ciò in spregio alla disciplina per essi operante, secondo cui, al momento della sottoscrizione, sui buoni va apposta una etichetta con un timbro contenente l'aggiornamento delle condizioni ed il termine di scadenza del titolo ovvero vanno consegnati, al momento della emissione, ai sottoscrittori dei fogli informativi sulle condizioni di emissione e di rimborso dei medesimi.

Al contrario nelle difese P.I. rappresentava che i Buoni Fruttiferi Postali sottoscritti dagli attori, emessi nell'anno 2001, appartenevano, a tutti gli effetti, alla serie "AA1" tipologia "a termine" istituita con DM Tesoro 19 dicembre 2000 della durata di sei anni e che gli obblighi d'informazione e comunicazione erano stati puntualmente assolti attraverso la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dei provvedimenti inerenti i Buoni Postali Fruttiferi (decreti di emissione) e dunque con modalità idonee ad informare e tutelare il risparmiatore, ove erano indicate le caratteristiche del titolo, nonché ogni altro elemento ritenuto necessario.

Il giudice di Pace di Campobasso, al riguardo invece ha condiviso i principi della sentenza del Tribunale di Termini Imerese n. 306 del 20 maggio 2020; la questione corrisponde al caso tipico di violazione dei principi di buona fede e correttezza, trascorsi i termini previsti per la prescrizione, i sottoscrittori dei BFP hanno diritto al rimborso degli stessi, visto che i titolari dei buoni al momento dell'acquisto non sono posti in condizione di conoscere la scadenza dei titoli. Del resto *"I ricorrenti sono stati messi nelle condizioni di esercitare tempestivamente il loro diritto al rimborso" avuto riguardo anche al "principio per cui la prescrizione inizia a decorrere da quando si è a conoscenza della possibilità di esercitare il proprio diritto. Principio codificato nell'art. 2935 c.c., il quale espressamente dispone che "la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere"*, il che impedisce di considerare come trascorso il termine di prescrizione.

Tale secondo orientamento sembra il più condivisibile e confacente alla realtà, visto che i titolari dei buoni al momento dell'acquisto non sono posti in condizione di conoscere la scadenza dei titoli anche in considerazione che non essendo stato consegnato agli attori, al momento della loro sottoscrizione, alcun foglio informativo, avendo l'intermediario solo prodotto un avviso generale alla clientela con il quale quest'ultima veniva invitata al controllo della scadenza dei propri buoni, tale circostanza non può essere sufficiente a ritenere assolto l'obbligo personale di informazione.

Il giudice di pace di Campobasso ha pertanto rigettato l'eccezione di prescrizione sollevata da P.I., ritenendo che poiché i buoni non riportano indicazioni, a stampa o apposte con timbri, circa la durata e, quindi, circa il termine di scadenza, costituente, come è noto, il *dies a quo* della prescrizione del diritto al rimborso. La domanda promossa da parte attrice va pertanto accolta, condannando P.I. S.p.a. al pagamento in favore della parte attrice, della somma di Euro 1.750,00 oltre agli interessi maturati sino alla scadenza dei titoli, nella misura del 40% su detto capitale, oltre interessi legali dalla domanda sino al soddisfo.

[Qui la sentenza](#)

Diritto Finanziario

Investimento obbligazionario e obblighi informativi: rating dell'emittente e report post-investimento.

Nota a ACF, 6 settembre 2022, n. 5801.

di Antonio Zurlo ([Studio Legale Greco Gigante & Partners](#))

In relazione al rispetto degli obblighi informativi, l'Intermediario ha sostenuto di aver reso puntuale informativa mediante le schede prodotto sottoscritte al momento del conferimento degli ordini. Al riguardo, si rileva che le predette schede contengono informazioni sugli strumenti evidenziando, in entrambi i casi, il *rating* dell'emissione, che già dalla prima operazione rientravano nella categoria speculativa (Ba2 e BB+), per poi declassarsi a Caa2 e CCC- nella scheda successiva, con apposita tabella della scala di *rating* inserita nella scheda.

Per quanto attiene alle principali componenti di rischio, risulta riportato l'indicatore di rischio R del singolo strumento, pari a 13 al momento della prima operazione e 68 al momento del secondo acquisto, e le definizioni di rischio emittente e rischio tasso di interesse. Quanto alla prima è, altresì, esplicitato che *“un peggioramento della situazione finanziaria dell'emittente o del rating può comportare una diminuzione del prezzo dell'obbligazione. In caso di insolvenza dell'emittente, il capitale e gli interessi potranno non essere corrisposti. Poiché il titolo appartiene alla categoria dei titoli speculativi è caratterizzato da alto rischio e alto rendimento atteso”*. Nella scheda sono, poi, contenute informazioni sul piano di rimborso, sul mercato di riferimento e altri dettagli tecnici dell'emissione, definita come *senior unsecured*, appartenente all'ampia categoria delle obbligazioni societarie a tasso fisso.

Per quanto attiene alle informazioni relative all'emittente, va evidenziato che nella scheda datata 17.9.2015, esse non risultano aggiornate, posto che viene indicato che *Portugal Telecom International Finance BV* fosse una società con sede sociale ad Amsterdam, facente parte del gruppo portoghese *Portugal Telecom*, ma nulla è specificato in merito al rapporto con la società di telecomunicazioni brasiliana *OI S.a.*, sebbene fosse già stato perfezionato il trasferimento della controllante portoghese dell'emittente alla società lussemburghese *Altice* nel giugno del 2015 e *OI* ne fosse già divenuta controllante diretta al 100%. Conseguentemente, non risulta aggiornata la sezione relativa al *rating* a lungo termine del “Principale azionista”, che è riportato come privo di *rating*, laddove, per contro, al 17.09.2015, il *rating* di *OI S.a.* risultasse già in area *sub investment grade* (BB e BB+) con *outlook* negativo.

Ne consegue che le informazioni fornite non possano essere scientemente ritenute idonee a comprovare che la Banca abbia assolto in modo congruo a tali obblighi, non avendo consentito ai clienti di associare l'emittente alla società brasiliana che, *medio tempore*, ne era divenuta la controllante diretta.

Al riguardo, la giurisprudenza arbitrale, nell'esaminare ricorsi vertenti su analoghe criticità, ha, invero a più riprese, sottolineato l'importanza che l'investitore sia correttamente informato, segnalando che gli obblighi informativi incombenti sull'intermediario che presta servizi d'investimento vadano assolti “in concreto” e non in modo meramente formalistico, specie in situazioni nelle quali assumono particolare rilievo vicende societarie intervenute.

Nella scheda prodotto sottoscritta in occasione della seconda operazione, del maggio 2016, l'informativa sull'emittente viene aggiornata, con riferimento al profilo aziendale, ma non anche al *rating* del principale azionista, essendo riportato che *Portugal Telecom International Finance Bv* «è una società che fa parte del gruppo brasiliano *OI SA* che la controlla in maniera totalitaria». Tale circostanza fattuale può essere ritenuta elemento sufficiente per consentire al cliente di acquisire contezza del rischio significativamente elevato associato.

Quanto al profilo degli odierni ricorrenti, il Collegio evidenzia come la resistente non abbia prodotto questionari di profilatura riferiti singolarmente a ciascuno dei due investitori (sebbene legati da rapporto di coniugio), ritenendo rilevante il solo profilo del marito, quale soggetto disponente le operazioni contestate e in relazione al quale le medesime dovevano essere valutate. Invero, il questionario MiFID esibito dall'Intermediario e rilevante per le operazioni in esame, riferito a entrambi i clienti, ma sottoscritto dal solo marito, riporta la seguente annotazione «*Ciascun cointestatario autorizza sin d'ora ciascuno degli altri cointestatari ad effettuare l'aggiornamento della Profilatura anche in suo nome e per suo conto. In relazione alla precedente previsione, la firma del cointestatario in corrispondenza del suo nome e cognome deve essere considerata apposta in proprio nonché in nome e per conto di ciascuno degli altri cointestatari. Il Cliente dichiara di aver ricevuto un esemplare del questionario.*». Al di là degli evidenti limiti di un tale *modus operandi*, che non consente di raccogliere in modo puntuale le informazioni riferite a ogni singolo intestatario del rapporto e, consequenzialmente, non permette di individuare l'eventuale diverso grado di conoscenza ed esperienza (ovvero gli specifici obiettivi di investimento), dal questionario esibito emerge in ogni caso un profilo moderato ed un livello di conoscenza media, con una propensione al rischio parimenti "moderata".

Peraltro, l'ACF evidenzia come dal successivo questionario, riferito a conoscenza ed esperienza e strutturato con domande di segno diverso, emerga il basso livello di istruzione del marito (licenza elementare), a cui viene anche attribuito un livello di esperienza e conoscenza medio-basso. Inoltre, gli estratti del dossier titoli dei ricorrenti attestano che trattavasi di investitori non particolarmente attivi. Sulla base delle complessive risultanze in atti, è avviso di questo Collegio che la valutazione di adeguatezza eseguita dall'Intermediario con esito positivo per entrambe le operazioni contestate faccia emergere profili di criticità. A tal proposito, è d'uopo rilevare che, sia per la prima che per la seconda operazione, i ricorrenti fossero stati destinatari di una "Proposta di investimento" e di una "Disposizione di investimento", predisposte dall'Intermediario, rivolte al marito ed elaborate da due diversi dipendenti, che contengono i dati delle operazioni realizzate con l'indicazione "Proposta Adeguata" e l'analisi di coerenza del portafoglio a margine degli acquisti evidenziando che, in entrambi i casi, il portafoglio sarebbe rimasto entro la soglia massima dell'indicatore di rischio previsto per il loro portafoglio. In merito a tali documenti (che, peraltro, non contengono alcuna sottoscrizione da parte degli investitori, né, tantomeno, dei dipendenti della Banca) la resistente nulla ha dedotto, né chiarito, limitandosi a sostenere di aver svolto la valutazione di adeguatezza delle operazioni come previsto dal contratto, in quanto i ricorrenti avevano optato per il regime di consulenza, ma dichiarando che «*le operazioni sono state disposte ad iniziativa del cliente nell'ambito del servizio di ricezione e trasmissione ordini*». Al netto della qualificazione del servizio concretamente prestato, non può non destare fondate

perplessità la circostanza per cui, a fronte di una proposta di investimento valutata come “adeguata”, solo un mese dopo nella comunicazione di coerenza del portafoglio l’Intermediario, pur nell’ambito di un indicatore complessivamente coerente in termini di rischiosità, segnalava per le obbligazioni un eccesso di concentrazione per singolo emittente per strumenti aventi rating inferiore a BBB- per superamento del 10% e della soglia di importo di 10.000,00 euro, circostanze non evidenziate nella proposta di investimento di che trattasi.

Con riferimento alla seconda operazione, fermo restando il giudizio di adeguatezza espresso dalla Banca, il prezzo al quale veniva effettuato il secondo acquisto, drasticamente più contenuto rispetto a quello del primo ed evidentemente sintomatico di un livello di rischiosità decisamente elevato (dopo poco più di un mese il gruppo dell’emittente avrebbe annunciato l’evento di *default*), rappresentava elemento che non poteva passare inosservato al cliente; ciò avrebbe dovuto rappresentare, di per sé, un valido *alert* circa il concreto pericolo di perdita del capitale investito.

Infine, rispetto all’informativa post-investimento, che l’intermediario è tenuto a fornire successivamente agli investimenti, nel contratto-quadro è contenuta una specifica sezione dedicata all’assistenza per il periodo successivo alla sottoscrizione/acquisto, nella quale non si rinvenivano ulteriori obblighi di monitoraggio degli investimenti ove non siano stati oggetto di collocamento da parte della Banca: devesi, dunque, escludere una responsabilità della Banca sotto tale profilo.

[Qui la decisione](#)

Acquisto di azioni: mancato adempimento degli oneri informativi, attribuzione fraudolenta del profilo di rischio e inadeguatezza dell'operazione.

Nota a ACF, 6 settembre 2022, n. 5804.

di **Alessio Buontempo** (Laureando Giurisprudenza – Indirizzo d'impresa dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano)

La controversia in esame sorge a seguito del ricorso presentato dal cliente di una Banca dei cui servizi di investimento si avvaleva, sulla base della presunta violazione degli oneri informativi imposti dalla Comunicazione Consob n. 9019104/2009 in tema di prodotti finanziari illiquidi, in particolare sulle caratteristiche e rischi derivanti dall'acquisto di n. 300 azioni della Banca stessa.

Nel caso di specie, il Collegio ha ritenuto, in prima battuta, infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dall'Intermediario resistente, per la presunta assenza di un nesso di causalità tra i danni lamentati dal Ricorrente e gli inadempimenti contestati, in particolare precisando che, come reiteratamente affermato dallo stesso Arbitro in altre decisioni^[1], carenze probatorie circa la sussistenza del nesso di causalità attengono a questioni di merito e non di inammissibilità^[2]. Allo stesso modo non accolta è l'eccezione di prescrizione quinquennale, in quanto, secondo orientamento costante^[3], l'azione di risarcimento del danno è soggetto al termine di prescrizione ordinario decennale (che nel caso in oggetto non risulta spirato).

Il Collegio, facendo riscontro alla domanda di risarcimento dei danni patrimoniali avanzata dal Ricorrente, in virtù del principio della ragione più liquida, ha accolto la stessa, in particolare ritenendo che non risultassero adempiuti gli obblighi di informazione attiva (ovverosia l'onere di assicurarsi che il cliente, all'atto dell'investimento, sia consapevole degli effettivi rischi, connessi alle azioni acquistate), in quanto il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari consegnato non risultava idoneo a tale scopo (potendo essere tale solo se avente a oggetto gli specifici rischi e caratteristiche degli strumenti finanziari negoziati). In secondo luogo, è stata ravvisata un'ulteriore violazione degli obblighi informativi, relativamente alla mancata rilevazione dell'inadeguatezza dell'operazione rispetto agli obiettivi di investimento del Ricorrente; nello specifico, il Collegio ha ritenuto non adempiuto tale obbligo in presenza della sola comunicazione della non appropriatezza dell'investimento – nel caso di specie avvenuta – ma richiedendo una puntuale e compiuta indicazione dei motivi, tale da permettere al cliente di orientarsi con autentica consapevolezza al momento della immissione dell'ordine^[4].

Infine, nell'esame della domanda presentata in via subordinata dal resistente di quantificare il danno, *ex* artt. 1223 e 1227 c.c., in considerazione di quanto percepito in termini di benefici dalle azioni in questione, il Collegio ha dichiarato non sussistenti i presupposti per il riconoscimento di un **concorso di colpa**, in considerazione della obiettiva difficoltà di disinvestimento degli strumenti finanziati dopo il 2014. Così, in linea con il consolidato orientamento adottato dall'Arbitro, la somma da liquidare a titolo risarcitorio va individuata detraendo

dall'ammontare del capitale investito i benefici in concreto ritratti dalle operazioni di investimento, nonchè quanto il Ricorrente ha (o avrebbe) realizzato, sia a titolo di corrispettivo *up-front* sia a titolo di corrispettivo differito disinvestendo i titoli tramite l'OPA promossa dall'Intermediario nel 2018.

[1] Cfr. *ex multis*, ACF, 9 dicembre 2021, n. 4730.

[2] In particolare richiamando una recente giurisprudenza della Corte di Cassazione (Sent. n. 7905 del 17 aprile 2020) che ha precisato che “*dalla funzione sistematica assegnata all’obbligo informativo gravante sull’intermediario [...] scaturisce una presunzione legale di sussistenza del nesso causale fra inadempimento informativo e pregiudizio, pur suscettibile di prova contraria da parte dell’intermediario*”.

[3] Cfr. tra le molte, ACF, 16 dicembre 2021, n. 4797.

[4] *Ex multis*, ACF, 25 gennaio 2022, n. 5019.

[Qui la decisione](#)

I doveri di informazione dell'intermediario nella fase genetica ed esecutiva degli investimenti.

Nota a ACF, 6 settembre 2022, n. 5799.

[di Laura Fatano](#)

Avvocato

Con la presente decisione ACF torna a pronunciarsi sull'inosservanza dei doveri di informazione e delle regole di profilatura del cliente da parte dell'intermediario. Nella controversia in esame il ricorrente lamenta di aver sottoscritto n. 500 azioni in conseguenza del comportamento scorretto dell'intermediario che non solo avrebbe prospettato l'acquisto come investimento a basso rischio e facilmente liquidabile, ma non avrebbe neanche fornito informazioni sulle caratteristiche e rischiosità effettiva delle azioni. Lo stesso comportamento reticente sarebbe stato tenuto nella fase esecutiva del rapporto, non avendo l'intermediario informato il cliente del deterioramento della situazione dell'emittente. Dunque con ricorso all'Arbitro per le Controversie Finanziarie l'investitore chiede che venga dichiarata l'invalidità del contratto (per nullità *ex art.* 1418 cc o annullabilità *ex artt.* 1427-1439 cc) o la risoluzione *ex art.* 1453 cc con condanna alle relative restituzioni; in subordine che sia accertato l'inadempimento contrattuale *ex art.* 1218 cc e l'intermediario sia condannato al risarcimento del danno, nonché sia accertato l'illecito extracontrattuale *ex art.* 2043 cc.

Il ricorso viene accolto in parte qua: il Collegio accerta la violazione dell'obbligo informativo nella fase genetica degli investimenti e per l'effetto condanna l'intermediario al risarcimento del danno patito dal risparmiatore.

La pronuncia in esame si rivela interessante per la molteplicità di profili procedurali e di merito, affrontati unitamente all'oggetto principale del contendere.

L'intermediario nella memoria difensiva ha prospettato alcune questioni pregiudiziali sull'inammissibilità ed irricevibilità del ricorso. Una breve analisi di queste eccezioni consente di cogliere alcuni aspetti "procedurali" del ricorso all'Arbitro per le Controversie Finanziarie.

L'intermediario censura l'inammissibilità del ricorso per l'inesistenza del nesso di causalità tra l'inadempimento e il danno, tanto precluderebbe all'ACF di esaminare nel merito la questione. Opportunamente il Collegio precisa che la competenza a decidere sul ricorso deve essere valutata sulla scorta del principio della prospettazione ovvero sulla domanda formulata dall'attore. Invece la sussistenza del nesso di causalità attiene a una questione di merito, che deve essere valutata dal giudice, e incide sulla fondatezza del ricorso, piuttosto che sulla sua ammissibilità.

Sempre in tema di competenza il Collegio conferma che è precluso all'ACF adottare decisioni di natura costitutiva. Infatti ai sensi dell'art. 4 co. 1 delibera CONSOB n. 19602/2016 (cd. Regolamento dell'ACF) la cognizione dell'ACF è circoscritta alla violazione degli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza previsti dalla normativa nazionale ed europea. Dunque esulano

dall'ambito di competenza dell'ACF le vicende relative al rapporto contrattuale tra intermediario e risparmiatore, riservate alla cognizione del giudice ordinario. Tuttavia il Collegio precisa che all'Arbitro «*non è precluso rilevare, seppure in via incidentale, l'eventuale annullabilità e risolubilità del vincolo negoziale (...) all'unico fine di esaminare e accogliere la domanda restitutoria*». È una statuizione che non stupisce, in quanto conforme alla recente modifica apportata al Regolamento ACF con la delibera CONSOB n. 21867/2021 (art. 4 co. 1 bis).

Dunque nella controversia in esame il Collegio, *breviter*, esclude che il contratto di investimento possa essere considerato nullo o annullabile o risolubile, secondo le prospettazioni del ricorrente. In tema di nullità il Collegio richiama l'orientamento consolidato nella giurisprudenza di legittimità, a partire dalle cc.dd. Sezioni Unite Rordorf 2007, per cui la violazione dei doveri di comportamento non dà luogo ad una sanzione di invalidità del contratto, ma può legittimare soltanto la richiesta di risarcimento del danno.

La domanda di annullamento è stata ritenuta infondata per inosservanza dell'onere della prova da parte del ricorrente, «*non essendo sufficiente la mera allegazione della violazione delle regole di correttezza e trasparenza*» per dimostrare la sussistenza di un errore essenziale e riconoscibile o del dolo determinante.

Infine è stata esclusa anche la risoluzione del contratto per grave inadempimento, poiché gli obblighi informativi non rientrano tra le obbligazioni oggetto del contratto, ma «*si collocano in un momento antecedente alle singole operazioni di acquisto*».

L'ultima eccezione di rito, sollevata dall'intermediario, attiene all'irricevibilità del ricorso per violazione degli artt. 10, comma 2, lett. b) e 12 del Regolamento ACF. La normativa prevede che il ricorso all'Arbitro debba essere preceduto dal reclamo sulla medesima questione. Il Collegio precisa che il reclamo, «*sia pur sintetico*», sulle doglianze relative al comportamento dell'intermediario è sufficiente per introdurre ritualmente il ricorso, non essendo necessaria un'espressa menzione delle norme del contratto quadro violate, né la quantificazione del danno.

Infine un altro aspetto interessante della decisione riguarda l'eccezione preliminare di merito sulla la prescrizione: l'intermediario rileva la prescrizione del diritto al risarcimento del danno per inutile decorso del termine, sia esso quinquennale o decennale.

Preliminarmente il Collegio chiarisce che la violazione degli obblighi di condotta integra una responsabilità contrattuale, che si prescrive nel termine di 10 anni. Dunque è negata la natura precontrattuale e/o extracontrattuale della responsabilità: una precisazione che ha un valore significativo a fronte del dibattito ancora aperto in giurisprudenza sul regime giuridico della responsabilità precontrattuale.

Tanto precisato, l'eccezione di prescrizione è stata dichiarata infondata: ad avviso del Collegio giudicante i reclami proposti dal ricorrente già nel 2016 e nel 2019 sono da considerare atti interruttivi della prescrizione. La prescrizione si interrompe per effetto di atti che siano idonei a manifestare l'inequivocabile volontà di far valere il proprio diritto, anche quando non contengano un'intimazione di pagamento. Infatti nel caso de quo dai reclami risultava «*inequivocabilmente la volontà di far valere la propria pretesa risarcitoria in merito*».

all'acquisto delle azioni, con espressa riserva solo ed unicamente in ordine alla compiuta quantificazione del danno ma con dettagliata indicazione dei profili di inadempimento posti in essere dall'Intermediario e con chiaro ed indubbio riferimento alla normativa violata».

Passando alla questione di merito oggetto del ricorso, la decisione ribadisce un principio costante nelle pronunce dell'ACF: l'intermediario ha l'onere di provare di aver assolto agli obblighi informativi in concreto e non solo in modo meramente formalistico. Nel caso di specie la consegna del documento sui rischi generali connessi all'utilizzo degli strumenti finanziari non è stata ritenuta sufficiente per il corretto adempimento dell'obbligo informativo. Il difetto di informazioni specifiche sulle caratteristiche dei titoli oggetto dell'operazione ha impedito al cliente di «*valutare le reali caratteristiche (...) e conseguentemente (...) di compiere una consapevole scelta di investimento*».

L'informazione adeguata del consumatore è centrale nella disciplina dei contratti B2C, in cui senza dubbio rientrano anche i contratti bancari e di investimento. Nel dettaglio il TUF prevede una disciplina peculiare per la prestazione di servizi di investimento, ponendo a carico del professionista, unitamente agli obblighi informativi precontrattuali, una valutazione di appropriatezza o di adeguatezza delle operazioni (in base al tipo di servizio offerto, esecutivo o a più alto valore aggiunto). Entrambe prevedono l'acquisizione di informazioni sul profilo del cliente. Nella valutazione di appropriatezza l'intermediario si deve limitare ad accertare se l'operazione sia appropriata alle conoscenze ed esperienze del cliente, mentre nella valutazione di adeguatezza è necessario prendere in considerazione ulteriori criteri come la conformità dell'operazione agli obiettivi di investimento del cliente e la capacità di quest'ultimo di sopportare finanziariamente il rischio connesso all'investimento. Soltanto nella valutazione di adeguatezza l'intermediario si deve astenere dal prestare il servizio in caso di esito negativo, mentre in quella di appropriatezza si limita a darne notizia al risparmiatore.

Nella controversia in esame il Collegio puntualizza che, quando emerga l'inappropriatezza dell'operazione, l'intermediario ha l'onere di «*rappresentare all'investitore, in modo puntuale e compiuto, le relative ragioni*» per consentire al cliente di «*valutare con piena consapevolezza (...) se dare o meno seguito all'investimento*».

La funzione sistematica dell'obbligo informativo è quella di colmare lo squilibrio di conoscenze e competenze tra le parti contrattuali per assicurare al contraente debole una decisione consapevole. Proprio questa peculiare rilevanza dell'obbligo informativo ha indotto la giurisprudenza a ritenere che dal suo inadempimento derivi la «*presunzione legale di sussistenza del nesso causale*» rispetto al pregiudizio patito dal risparmiatore, «*pur suscettibile di prova contraria da parte dell'intermediario (...) che non può consistere nella dimostrazione di una generica propensione al rischio dell'investitore*» (Cass. n. 7905/2020).

Nel caso di specie il Collegio ha ritenuto infondata l'eccezione sulla mancata prova del nesso causale tra l'inadempimento informativo dell'intermediario e il danno lamentato.

È stata, invece, rigettata la questione relativa alla violazione degli obblighi di informazione nel corso del rapporto. Come anticipato l'obbligo di monitoraggio e costante valutazione dell'adeguatezza dell'investimento è prevista soltanto nella prestazione di servizi di gestione patrimoniale e di consulenza. Il contratto

concluso tra le parti, pur prevedendo un servizio di consulenza, esclude espressamente l'obbligo della banca di verificare la composizione del portafoglio del cliente e di rilasciare raccomandazioni personalizzate di propria iniziativa.

Attiene, invece, a un profilo diverso la falsa rappresentazione della condizione finanziaria dell'emittente. Il Collegio ha ritenuto la doglianza inammissibile, poiché le comunicazioni sociali non rientrano tra le regole di condotta poste a carico dell'intermediario nella prestazione dei servizi di investimento, disciplinate dalla Parte II del TUF. Pertanto la questione esula dall'ambito di competenza dell'ACF; la responsabilità extracontrattuale per false comunicazioni sociali grava sugli organi e soggetti apicali della società emittente ed è riservata alla cognizione del giudice ordinario.

Alla luce di queste valutazioni il Collegio ha ritenuto di condannare il risarcimento dal risarcimento del danno per la violazione degli obblighi informativi nella fase genetica del rapporto, poiché la condotta scorretta dell'intermediario ha impedito al risparmiatore di porre in essere scelte di investimento consapevoli.

Il danno non è stato quantificato nell'intero capitale investito, bensì sottraendo dallo stesso i benefici in concreto ritratti dalle operazioni di investimento (i dividendi), nonché quelli che il risparmiatore avrebbe ottenuto a titolo di corrispettivo up front e di corrispettivo differito, se avesse aderito all'Offerta Pubblica di Acquisto.

La richiesta del maggior danno, invece, è stata rigettata in mancanza di un adeguato supporto probatorio.

[Qui la decisione](#)

Violazione degli obblighi di condotta ed esiti delle domande restitutorie avanzate.

Nota a ACF, 9 settembre 2022, n. 5818.

[di Sara Rescigno](#)

Tirocinante ACF

Nella vicenda in esame, parte Ricorrente – in seguito alla sottoscrizione di n. 249 azioni – ha contestato all’Intermediario la violazione degli obblighi informativi, sia in fase genetica che in quella successiva, e l’inosservanza della Comunicazione Consob n. 9019104 del 2 marzo 2009 in materia di distribuzione di prodotti illiquidi, nonché la violazione delle regole in tema di profilatura e di adeguatezza. Alla luce delle suindicate contestazioni, il Ricorrente ha chiesto la condanna dell’Intermediario alla restituzione delle somme investite sulla base dell’accertamento della nullità, annullabilità ovvero risoluzione del contratto d’investimento e al risarcimento del danno per inadempimento contrattuale.

Il Collegio, preliminarmente, ha ritenuto priva di pregio l’eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di competenza dell’ACF a pronunciarsi sulle domande di annullamento ovvero di risoluzione dei contratti. In tale occasione, il Collegio ha infatti ribadito che, esclusa la possibilità di adottare decisioni di natura costitutiva, l’Arbitro può – *incidenter tantum* – conoscere delle domande di annullamento o risoluzione del contratto senza la necessità di un’apposita statuizione sull’annullamento o la risoluzione^[1].

Nel merito, il Collegio non ha accolto le domande restitutorie avanzate dal Ricorrente. In relazione alla domanda di nullità del contratto d’investimento, il Collegio in più occasioni ha affermato che – concordemente a quanto sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità^[2] – la violazione delle regole di condotta da parte dell’intermediario nella prestazione dei servizi di investimento può dare luogo solo al risarcimento del danno. Per quanto riguarda, invece, la domanda di annullamento del contratto d’investimento per errore o dolo, il Ricorrente non ha assolto all’onere probatorio di dimostrare il momento preciso della scoperta dell’errore o del dolo perpetrati in suo danno. Infine, infondata è anche la domanda di risoluzione del contratto d’investimento, dal momento che, secondo il Collegio, gli inadempimenti dell’Intermediario agli obblighi di informazione, collocandosi in un momento antecedente alle singole operazioni di acquisto, non ineriscono direttamente al rapporto contrattuale che si vorrebbe risolvere^[3].

Alla luce di quanto sopra osservato, ritenuto accertato l’inadempimento a carico dell’Intermediario resistente della normativa in materia di obblighi informativi e di adeguatezza su di esso gravante nella prestazione dei servizi di investimento, il Collegio ha accolto la richiesta risarcitoria avanzata dal Ricorrente.

Venendo all’analisi più dettagliata delle specifiche contestazioni che hanno portato alla condanna dell’Intermediario, si osserva che, in merito alla violazione degli obblighi informativi nella fase genetica degli investimenti, quest’ultimo si è limitato, in occasione della stipula del contratto quadro, alla consegna del prospetto informativo e del documento sui rischi generali degli investimenti in

strumenti finanziari. In proposito, il Collegio ha precisato che la consegna, in occasione della stipula del contratto quadro, del documento sui rischi generali dell'investimento non basta al fine di ritenere correttamente adempiuti gli obblighi informativi da parte dell'Intermediario, essendo quest'ultimo tenuto a dimostrare "in concreto" di aver assolto ai relativi obblighi e non in modo meramente formalistico^[4].

Per quanto riguarda gli obblighi informativi successivi alla stipula del contratto d'investimento, il Collegio non ha dato seguito alle doglianze del Ricorrente in quanto l'Intermediario ha versato in atti gli estratti del conto titoli periodicamente inviati al medesimo e recanti l'indicazione dell'illiquidità dei titoli, del *fair value* e del valore di smobilizzo. Allo stesso modo, in merito alla mancanza di informazioni, nel corso del rapporto, del progressivo deterioramento della situazione patrimoniale dell'emittente con connesse difficoltà di negoziazione delle azioni, il Collegio ha osservato che una simile obbligo d'informazione continua si può configurare solo nel caso di gestione patrimoniale o, al più, di prestazione del servizio di consulenza, e non (come nel caso *de quo*) quando sono prestati altri servizi di investimento, soprattutto in assenza di una specifica previsione in tal senso contenuta nel contratto quadro.

Infine, in relazione alla profilatura del cliente, il Collegio ha rilevato che il questionario versato in atti è stato sottoscritto dal Ricorrente congiuntamente ad un altro cointestatario del medesimo contratto quadro, e tale circostanza non ha permesso la raccolta di specifiche caratteristiche riguardanti ogni singolo investitore. In proposito, il Collegio ha ricordato che quando l'intermediario effettua l'attività di somministrazione dei questionari è tenuto al rispetto delle "*Guidelines on certain aspects of the MiFID suitability requirements*", pubblicate dall'ESMA il 6 luglio 2012, in base alle quali quest'ultimo può concordare con le persone interessate chi dovrebbe essere il soggetto di profilatura mediante la predisposizione, a monte, di procedure che garantiscano che la scelta di uno dei contraenti sia compiuta su basi oggettive e razionalmente giustificabili; in assenza di tali accorgimenti – com'è avvenuto nel caso di specie – vi è l'obbligo dell'intermediario di profilare entrambi i ricorrenti e di svolgere la relativa valutazione di adeguatezza tenendo conto del profilo più conservativo^[5].

^[1] *Ex multis*, ACF, 9 dicembre 2021, n. 4730.

^[2] Cfr. Cass., SS.UU, n. 26724/2007.

^[3] Cfr. tra le molte, ACF, 25 febbraio 2021, n. 3486.

^[4] Cfr. tra le molte, ACF, 24 giugno 2022, n. 5573.

^[5] *Ex multis*, ACF, 31 luglio 2019, n. 1770.

[Qui la decisione](#)

Servizio prestato ‘in concreto’ dall’intermediario: indici sintomatici della consulenza.

Nota a ACF, 12 settembre 2022, n. 5821.

Massima redazionale

Relativamente al servizio prestato in concreto dall’intermediario resistente, l’Arbitro per le Controversie Finanziarie rileva che, dalla documentazione versata in atti, si possano trarre una serie di elementi univocamente sintomatici e convergenti nel senso della prestazione da parte dell’intermediario del servizio di consulenza. Più nello specifico, inducono in questo senso:

1. la circostanza che il contratto per la prestazione dei servizi di investimento è stato sottoscritto fuori sede, con contestuale informativa sul diritto di recesso, per il tramite del consulente finanziario;
2. il fatto che tutte le operazioni contestate sono state impartite fuori sede per il tramite di consulenti finanziari;
3. la presenza, per le quote del fondo comune sottoscritte il 18 maggio 2015, del modulo, predisposto dall’intermediario e recante la sottoscrizione del ricorrente, contenente la dichiarazione di quest’ultimo di essere stato informato «*ai sensi del Contratto di Consulenza sottoscritto [...] che l’operazione in oggetto è adeguata*».

In presenza della prestazione del servizio di consulenza, l’inadempimento dell’intermediario, rappresentato dal mancato svolgimento della valutazione di adeguatezza, è dunque *per tabulas*. L’inadempimento è dotato di sicura rilevanza causale. Invero, la pressoché totalità delle perdite derivanti dalle operazioni eseguite tramite l’intermediario sono state sofferte in un periodo successivo alla sottoscrizione da parte del ricorrente di un questionario MIFID che indicava come obiettivo di investimento la protezione del capitale; di talché, risulta evidente che, nello scenario alternativo, in cui l’intermediario avesse svolto la valutazione di adeguatezza, non solo l’esito della stessa sarebbe stato negativo (essendo la conservazione del capitale incompatibile con l’investimento in *certificates* e in quote di fondi comuni), ma anche, in applicazione del principio del «*più probabile che non*», che il ricorrente si sarebbe, sulla base di tale valutazione, astenuto dal dare corso alle operazioni contestate.

[Qui la decisione](#)

Inadempimento degli oneri informativi e violazione delle regole di adeguatezza e appropriatezza dell'investimento.

Nota a ACF, 14 settembre 2022, n. 5833.

[di Alessio Buontempo](#)

Laureando Giurisprudenza – Indirizzo d'impresa dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Nella controversia in esame il Ricorrente, cliente della banca dei cui servizi di investimento al tempo del fatto si avvaleva, afferma la violazione degli obblighi di informazione gravanti sull'Intermediario, nonché le regole sulla adeguatezza e appropriatezza dell'investimento nell'ambito dell'investimento in n. 300 azioni emesse e collocate dalla suddetta Banca.

In particolare il Ricorrente contesta in riferimento al momento genetico dell'investimento che l'attribuzione di una propensione al rischio medio-bassa a seguito della compilazione del questionario Mifid non sia compatibile con l'acquisto di titoli azionari ad alto rischio, anche in considerazione che la concentrazione del patrimonio investito sulle azioni della vecchia Banca (in quanto la stessa è stata, a seguito della attivazione del meccanismo di risoluzione della crisi di enti creditizi, incorporata dalla attuale Banca resistente) è stata sempre superiore al 40%. Si paventa la mancanza osservanza degli obblighi informativi in quanto secondo il Ricorrente la Banca, secondo un contratto di consulenza risalente al 2009 avrebbe dovuto valutare periodicamente l'adeguatezza del portafogli e l'opportunità di diversificare il rischio. In secondo luogo si contesta la mancata consegna di tutti gli ordini relativi alle operazioni effettuate nonostante la richiesta ai sensi degli artt. 117 e 119 TUB, affermando che una tale grave carenza abbia impedito la verifica delle modalità con cui siano stati impartiti gli ordini e se effettivamente impartiti e di conseguenza se la banca abbia adempiuto agli obblighi informativi. In terzo luogo il Ricorrente richiamando un orientamento dello stesso Arbitro e della giurisprudenza di merito afferma la necessità che l'Intermediario provi di aver informato adeguatamente il cliente sull'operazione posta in essere e che l'obbligo raccogliere informazioni sul cliente e di informarlo sulla adeguatezza dell'investimento grava sull'Intermediario anche in corso di rapporto.

L'intermediario resistente ha presentato una serie di eccezioni, tra cui quella di inammissibilità *ex art. 12* del Regolamento ACF, in quanto il ricorso non rientra interamente nell'ambito di operatività dell'Arbitro, come definito all'art.4 del summenzionato Regolamento; e in via pregiudiziale sostiene il difetto assoluto di legittimazione passiva sul presupposto che esso non sarebbe succeduto nel debito risarcitorio vantato dal ricorrente.

Nel merito invece, preliminarmente, il Resistente precisa che le azioni della *vecchia* Banca sono state scaricate e cancellate dal deposito titoli del Ricorrente nel 2017 e che la richiamata attestazione di possesso è stata predisposta ai fini della presentazione di richiesta di indennizzo al FIR. Inoltre, il Resistente fa presente che n. 217 azioni delle 300 azioni della *vecchia* Banca risultavano

presenti nel rendiconto titoli del Ricorrente già alla data del 31 dicembre 2009. L'Intermediario formula così la sua richiesta finale: in via preliminare, in quanto: (i) inammissibile ai sensi dell'art. 12 del Regolamento di attuazione; (ii) totalmente irricevibile ai sensi della Legge n. 145/2018 istitutiva del Fondo Indennizzo Risparmiatori (FIR), che ha posto a carico dello Stato gli oneri connessi alle negoziazioni degli strumenti finanziari emessi dalle banche in LCA. Nel merito: in via principale, in quanto inammissibile per assoluta carenza di legittimazione passiva, al riguardo, l'Intermediario sottolinea come sia fondamentale garantire il rispetto di quanto stabilito dalla Magistratura in via definitiva, allo stato in sede penale, ma comunque in ambito di responsabilità civile, sul tema della carenza di legittimazione passiva dell'Ente ponte.

L'Arbitro ha ritenuto del tutto insussistente l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dal Ricorrente^[1]; allo stesso modo ritenuta infondata è l'eccezione di irricevibilità del ricorso motivata dall'Intermediario in ragione della intervenuta istituzione del Fondo Indennizzo Risparmiatori, in quanto la legge di riferimento non preclude la possibilità di accedere agli indennizzi ivi previsti nella ipotesi in cui sia previamente presentato ricorso all'ACF^[2].

Con riguardo al difetto di legittimazione passiva l'Arbitro richiama quanto affermato in precedenti pronunce che hanno affermato la legittimazione passiva in capo agli Intermediari, in qualità di incorporanti della nuova Banca, a stare in giudizio nei procedimenti ACF aventi ad oggetto la violazione di regole di condotta nella vendita di azioni della *vecchia* Banca.

Risulta, ad ogni modo, fondata l'eccezione di intervenuta prescrizione decennale di ogni pretesa risarcitoria e restitutoria da parte del Ricorrente per gli acquisti effettuati in data antecedente al 5 agosto 2010, ovverosia dieci prima dell'invio del reclamo datato 5 agosto 2020, primo atto interruttivo; Risultava infondata la domanda di risoluzione della sottoscrizione di 42 azioni nel 2011 per grave inadempimento, peraltro formulata solo nella richiesta finale, in quanti gli inadempimenti posti in essere dall'Intermediario in fase di sottoscrizione di strumenti finanziari, collocandosi in un momento antecedente alle singole operazioni di acquisto, non possono operare come causa di risoluzione delle stesse ai sensi dell'art. 1453 c.c.; risulta, invece, fondata la contestazione relativa alle carenze informative in sede di esecuzione dell'operatività di che trattasi non avendo parte resistente dimostrato di aver fornito informazioni specifiche sull'investimento in titoli della *vecchia* Banca, avendo fatto riferimento alle informazioni generali e standardizzate contenute nel contratto quadro sottoscritto nel 2007, al riguardo, va richiamato il consolidato orientamento del Collegio per cui l'intermediario è tenuto a dimostrare di aver assolto agli obblighi informativi "in concreto" e non solo in modo meramente formalistico.

Deve poi ritenersi fondata la domanda di risarcimento del danno "*sotto l'assorbente profilo della mancata informativa sulle caratteristiche e sulla rischiosità delle azioni acquistate*", nonché della mancata prova della valutazione di appropriatezza e del suo esito positivo da parte dell'Intermediario onerato. Infondata è invece la doglianza di violazione degli obblighi informativi in corso di rapporto, non risultando contrattualizzato un obbligo informativo successivo all'investimento.

In conclusione si ritiene che l'inadempimento dell'Intermediario agli specifici obblighi informativi e di valutazione di appropriatezza su di esso gravanti nella prestazione dei servizi di investimento abbia impedito a Parte Ricorrente di porre

in essere scelte di investimento consapevoli, inducendola a sottoscrivere i prodotti in questione sulla base di informazioni e valutazioni di appropriatezza caratterizzate dalle predette carenze, il che fonda il suo diritto a vedersi risarcire il danno subito. Applicando il criterio utilizzato in casi analoghi^[3], il Ricorrente ha diritto al risarcimento del 70% del capitale investito, avendo lo stesso già ottenuto un ristoro parziale a valere sull'apposito fondo pubblico FIR, pari al 30% del capitale complessivamente investito e perduto dall'investitore.

^[1] Sul punto si richiama quanto già affermato dallo stesso Arbitro in precedenti decisioni, *ex multis* ACF, 22.02.2020, n. 2287.

^[2] *Ex multis*, ACF, 06.10.2021, n. 4299.

^[3] Cfr. ACF, 05.11.2021, n. 4515.

[Qui la decisione](#)

Crowdfunding e “fatto nuovo significativo” per l’esercizio della revoca.

Nota a ACF, 20 settembre 2022, n. 5855.

[di Antonio Zurlo](#)

Studio Legale Greco Gigante & Partners

La controversia attiene alla violazione da parte del gestore di un portale per la raccolta di capitali per le piccole e medie imprese delle regole di comportamento prescritte dall’art. 50quinques TUF, sì come declinate dal Regolamento Crowdfunding. Trattandosi della prima occasione in cui viene affrontato il tema *de quo*, il Collegio, in via preliminare, sottolinea come, sebbene nel caso in esame l’attività di gestione del portale non sia svolta da un intermediario autorizzato anche alla prestazione dei servizi di investimento, bensì da un soggetto semplicemente iscritto nell’apposito registro all’uopo istituito, tale circostanza non valga comunque a escludere la competenza per materia dell’arbitro.

Tanto premesso, nel merito, la vicenda attiene alla valutazione di che cosa debba intendersi per «fatto nuovo significativo» tale da «influire sulla decisione dell’investimento» e che, ove sopravvenuto tra il momento dell’adesione ad un’offerta promossa tramite il portale e la sua definitiva chiusura, legittima l’esercizio del diritto di revoca, e poi, in particolare, se esso possa identificarsi (come accaduto nella specie) più ancora che nella mera proroga del termine per l’adesione all’offerta nel fatto, piuttosto (come segnalato dalla società ricorrente nella comunicazione con cui ha inteso esercitare tale diritto), che, tra il momento dell’adesione e la chiusura definitiva, posticipata grazie alla proroga, l’emittente abbia convocato un’assemblea per modificare lo statuto.

Ebbene, è avviso del Collegio che il fatto dedotto nella comunicazione dell’adesione sia almeno astrattamente suscettibile di integrare il presupposto del fatto nuovo legittimante la revoca, perché evidentemente gli assetti statuari di una società concorrono alla conformazione delle caratteristiche del bene partecipazione sicché, nell’ambito dei mercati finanziari, eventuali modifiche finiscono per incidere sull’oggetto stesso dell’investimento.

Pur tuttavia, prima di poter entrare davvero nel merito della questione occorre vagliare l’eccezione del resistente, secondo cui la società ricorrente non fosse titolata a rivolgersi all’Arbitro, dal momento che successivamente all’adesione all’offerta essa ha chiesto di essere riclassificata come “cliente professionale”, perdendo così la qualità soggettiva richiesta a tal fine dall’art. 2, comma 1, lett. g), Regolamento ACF. Siffatta eccezione è fondata. Nel caso in esame è documentato in atti non solo che la società ricorrente avesse avanzato espressamente, nel mese di gennaio 2021, tale istanza al gestore del portale, producendo all’uopo una dichiarazione, rilasciata nel 2016 da un primario intermediario finanziario, che attestava l’accoglimento della richiesta di *up-grade* a cliente professionale, ma anche che è la stessa ricorrente ad aver dichiarato, nello scambio di corrispondenza con il resistente che «nulla è variato rispetto alla qualifica di professionale su richiesta attestata nel 2016 già a Vostre mani». In altri termini, è la stessa società ricorrente

ad ammettere di essere, ancora nel gennaio 2021, cliente professionale su richiesta, seppure qualificato come tale da altro intermediario. Ne consegue che alla data dell'introduzione del ricorso la società risultasse priva dei requisiti soggettivi indispensabili per adire l'ACF.

[Qui la decisione](#)

Mancanza di un obbligo a carico dell'intermediario di sostituirsi al cliente per evitare scelte di investimento azzardate.

Nota a ACF, 4 ottobre 2022, n. 5887.

[di Virginia Troianelli](#)

Tirocinante ACF

La controversia in esame verte sull'acquisto del Ricorrente di ETC "WisdomTree WTI Crude Oil 3x Daily Leveraged" (di seguito ETC) nel gennaio-marzo 2020. In particolare, l'Investitore lamentava una violazione degli obblighi informativi da parte dell'Intermediario sulle caratteristiche dello strumento finanziario e sull'imminente delisting degli ETC; inoltre il Cliente sosteneva che, nonostante non fosse stato prestato il servizio di consulenza, l'Intermediario avrebbe dovuto ugualmente segnalare l'inadeguatezza e l'inappropriatezza dello strumento rispetto al suo profilo di investitore. In punto di decisione, l'ACF ha ritenuto di rigettare il ricorso avendo riscontrato che il Ricorrente fosse in possesso di tutti gli elementi per valutare la convenienza dell'operazione.

Preliminarmente il Collegio ha evidenziato come la scelta del Cliente di investire negli ETC per oltre tre anni, quantunque in assenza delle adeguate informazioni, possa considerarsi opportunistica ed espressiva di un vero e proprio moral hazard. Pertanto, tale condotta, volta ad incrementare i rischi che poi graverebbero solo sull'Intermediario in ragione dell'inadempimento iniziale, determina che l'eventuale danno sofferto dovrebbe essere imputabile allo stesso investitore.

Ad ogni modo, nel caso di specie, il Collegio ha reputato che l'Intermediario, avendo dato prova dell'avvenuta consegna del KID dello strumento in occasione della prima operazione, ha dimostrato di aver assolto gli obblighi informativi. Ad avviso dell'ACF in tale documento, seppur sintetico, risultava essere evidente la complessità dello strumento e la mancanza di una garanzia del capitale da non apparire plausibile un misunderstanding sulle caratteristiche dell'ETC ad opera di un cliente con un certo livello di istruzione (laurea).

In aggiunta, l'Intermediario ha anche provato di aver svolto le valutazioni di adeguatezza e appropriatezza fin dalla prima operazione. Particolarmente rilevante, ai fini della decisione, è la circostanza per cui il Ricorrente abbia disposto le operazioni in oggetto, sebbene tutte le valutazioni comunicategli abbiano sempre dato esito negativo. Al riguardo, il Collegio sottolinea come la logica dell'"accudimento del cliente", a cui anche la Mifid è ispirata, non può spingersi fino a sostenere che l'intermediario abbia un obbligo di sostituirsi all'investitore e bloccare la sua operatività nel momento in cui, avvertito dell'inadeguatezza e inappropriatezza dell'operazione, decida comunque di procedervi.

Infine, circa l'omesso avviso da parte dell'Intermediario dell'imminente delisting dello strumento finanziario, il Collegio ha rilevato che anche in questo caso la contestazione non è accoglibile. Sebbene la doglianza sia di per sé fondata – avendo l'intermediario depositario l'obbligo di render note al cliente tutte le informazioni sull'emittente, quant'anche si tratti di emittente estero, in grado di influire sulle

scelte di investimento/disinvestimento (tra cui il delisting) – nel caso di specie, anche se avvertito, il Cliente non avrebbe potuto comunque realizzare una strategia di disinvestimento volta a minimizzare le perdite. Difatti quando la notizia di delisting è stata resa nota al mercato, il volume degli scambi era ormai nullo, al punto da condurre all'adozione nella medesima giornata di un provvedimento di sospensione delle negoziazioni.

[Qui la decisione](#)

Il semplice svolgimento di un'attività di raccolta ed esecuzione di ordini non è bastevole per esimere dall'adempimento degli obblighi di informazione attiva nei confronti del cliente.

Nota a ACF, 14 ottobre 2022, n. 5912.

[di Antonio Zurlo](#)

Studio Legale Greco Gigante & Partners

Nella specie, a giudizio del Collegio, non è revocabile in dubbio che ambedue gli intermediari resistenti fossero tenuti, anche rispetto a un servizio di investimento di natura prettamente esecutiva, ad assolvere gli obblighi informativi sulle caratteristiche dello strumento finanziario, in modo da mettere in condizione il cliente di decidere in maniera consapevole se procedere o meno all'acquisto; per converso, nessuno dei due ha comprovato di aver reso al ricorrente le informazioni sulle caratteristiche delle azioni e sul rischio a esse sottese. Invero, il semplice svolgimento di un'attività di raccolta ed esecuzione di ordini non basta per esimere l'intermediario dall'adempiere gli obblighi di informazione attiva nei confronti del cliente. Siffatta circostanza è di per sé sufficiente a giustificare l'affermazione di responsabilità di entrambi gli intermediari.

Peraltro, nel caso in esame, il secondo intermediario era legato al ricorrente anche da un contratto che prevedeva la prestazione del servizio di consulenza. Tale contratto non è stato prodotto nella sua interezza, sicché non è possibile affermare che tale prestazione non fosse prevista per ogni ipotesi di collocamento di ordini per conto del cliente (che è appunto quanto il secondo intermediario ha sicuramente fatto). In un simile contesto deve, dunque, concludersi che il secondo intermediario, oltre ad essere tenuto, al pari del primo, a rendere le informazioni necessarie per permettere al ricorrente di assumere una consapevole scelta di investimento, era tenuto altresì a svolgere la valutazione di adeguatezza, che nel caso di specie non risulta essere stata, invece, condotta.

Gli inadempimenti dei due intermediari sono dotati di sicura rilevanza causale nella produzione del danno. In ossequio, infatti, al principio del "più probabile che no" si deve ritenere che se i due intermediari, ciascuno tenuto in ragione del servizio prestato ancorché solo esecutivo, avessero assolto gli obblighi di informazione sulle caratteristiche dello strumento finanziario, il ricorrente si sarebbe astenuto dal dare esecuzione alle operazioni di investimento per cui è controversia, così come si deve assumere che se il secondo intermediario avesse svolto il giudizio di adeguatezza sarebbe sicuramente emerso il carattere non adeguato degli investimenti per eccesso di concentrazione, e il ricorrente si sarebbe astenuto, sempre in ossequio ai richiamati principi di inferenza probabilistica, dal darvi esecuzione.

In conclusione, i due intermediari resistenti devono essere dichiarati responsabili, in solido, del danno sofferto dal ricorrente, con una ripartizione in quote sostanzialmente paritetiche, attesa la pari incidenza causale dei descritti inadempimenti. Con riferimento al *quantum*, l'ammontare può essere liquidato

nella misura pari alla differenza tra il controvalore degli investimenti eseguiti e il valore delle azioni ancora detenute in portafoglio, calcolato al momento della loro riammissione a quotazione.

[Qui la decisione](#)

Modus procedendi dell'operazione di investimento e valutazione di appropriatezza.

Nota a ACF, 17 ottobre 2022, n. 5923.

Massima redazionale

Nel caso di specie, il Collegio rileva, in primo luogo, come le operazioni d'investimento attenzionate fossero state effettuate in virtù di accordi intervenuti tra le parti, mediante ordini di acquisto impartiti telefonicamente da parte ricorrente. A tal riguardo, l'intermediario ha versato in atti le trascrizioni relative agli ordini in questione, circostanza che è, in sé, elemento sufficiente per ritenere infondata la domanda di nullità. Quanto alle doglianze afferenti agli obblighi di diligenza informativa e comportamentale, gravanti sul resistente, deve, anzitutto, rilevarsi che non vi sia stata prova, anche solo indiziaria, che le operazioni di che trattasi fossero state effettuate nell'ambito di un servizio di consulenza, conseguendone che l'intermediario fosse tenuto a effettuare unicamente valutazione di appropriatezza.

Ciò posto, dal questionario MiFID e dall'esame del dossier titoli della cliente, emerge un profilo di investitrice del tutto compatibile con le caratteristiche e con i rischi connessi ai titoli *de quibus*. Ulteriori elementi in tal senso si ricavano, oltretutto, dal tenore delle conversazioni telefoniche versate in atti tramite le quali la ricorrente, d'intesa con il figlio, ha impartito le disposizioni di acquisto; si evince, invero, che, in ambedue le occasioni, parte ricorrente abbia contattato l'intermediario con il chiaro e preciso intento di disporre le operazioni dedotte in lite, poste in essere in accordo con il figlio e attuando una precisa strategia («*non banale e indubbiamente indicativa di una più che apprezzabile conoscenza e dimestichezza con l'operatività sui mercati finanziari*»), nell'ambito della quale quest'ultimo ha ceduto le obbligazioni detenute sul proprio deposito titoli pochi istanti prima di farle acquistare dalla madre. Un tale *modus procedendi* è attestativo, non solo di una univoca volontà di procedere in piena autonomia con l'effettuazione delle operazioni censurate, ma anche di una scelta strategica articolata e chiaramente perseguita, attestativa, a sua volta, di un livello di conoscenza ed esperienza in materia finanziaria particolarmente evoluto, tale per cui la valutazione di appropriatezza dell'intermediario non poteva che avere esito positivo, con l'effetto che ogni eventuale profilo di censura a carico del resistente quanto al puntuale adempimento degli obblighi informativi, ove pure prospettabile, in ogni caso non potrebbe ad avviso di questo Collegio portare all'accoglimento della domanda di ristoro formulata.

[Qui la decisione](#)

Limiti del mandato conferito all'Intermediario: la decisione dell'ACF.

Nota a ACF, 2 novembre 2022, n. 6008.

[di Virginia Troianelli](#)

Tirocinante ACF

A seguito della riunione di due ricorsi presentati dal medesimo investitore, il Collegio ha avuto modo di pronunciarsi sulla non corretta esecuzione dell'ordine di acquisto impartito dal cliente e sulla non correttezza del comportamento dell'intermediario che ha eseguito discrezionalmente l'ordine, pur in assenza della provvista, creando una esposizione debitoria a carico del ricorrente.

Preliminarmente, l'ACF ha ritenuto il ricorso presentato per ultimo inammissibile in ossequio del principio del ne bis in idem, avendo i due ad oggetto la medesima vicenda sostanziale.

Giova ricordare, al riguardo, che neanche le doglianze ulteriori presentate nel secondo ricorso possono infatti far giungere ad esito differente, in quanto la giurisprudenza esclude l'ammissibilità del frazionamento delle domande laddove il creditore -che nel caso di specie, nel primo ricorso non aveva neanche presentato delle deduzioni integrative- non abbia un interesse oggettivamente apprezzabile alla proposizione separata di azioni attinenti i crediti riferibili all'identico rapporto di durata ed inscrivibili nello stesso ambito oggettivo di un ipotizzabile giudicato, ovvero fondati sui medesimi fatti.

Differentemente, il Collegio ha ritenuto il primo ricorso accoglibile. L'Arbitro fonda la propria decisione sul principio generale sancito dall'art. 1710, comma 2, c.c. ai sensi del quale "il mandatario è tenuto a rendere note al mandante le circostanze sopravvenute che possono determinare la revoca o modificazione del mandato".

Tale disposizione, applicabile in ogni operazione eseguita per conto altrui, risulta essere imperativa anche per l'intermediario nell'ambito del servizio di esecuzione di ordini e di negoziazione.

L'inadempimento del resistente si è concretizzato nel momento in cui ha ritenuto di dare esecuzione all'ordine di acquisto senza preventivamente informare il cliente, sebbene l'operazione comportasse un esborso per il ricorrente superiore alla provvista presente sul conto.

Ad avviso dell'Arbitro, la circostanza che l'esecuzione dell'ordine, seppur a prezzo di mercato, avrebbe determinato una esposizione debitoria del cliente rientrava certamente nel novero delle "circostanze sopravvenute" di cui all'art. 1710, comma 2, c.c.

L'intermediario-mandatario era pertanto obbligato a comunicare al cliente-mandante tale informazione, in modo da consentirgli di decidere se confermare l'ordine, accettando lo scoperto, oppure revocarlo integralmente ovvero modificarlo, riducendo il quantitativo oggetto dell'operazione così da mantenerla nei limiti della provvista esistente.

Per completezza, l'ACF esclude anche come la disapplicazione del Codice Civile, e l'esclusione

dell'inadempimento del resistente, possa derivare dalla presenza di una apposita clausola delle condizioni generali di contratto in cui si lascia una assoluta discrezionalità all'intermediario di decidere se onorare l'ordine allo scoperto.

Infatti, con una tale previsione, apparentemente anche vessatoria, si esonererebbe l'intermediario dall'obbligo di avere un confronto preventivo con il cliente-mandante circa la sua volontà di essere esposto al rischio di scoperto. Ciò significherebbe permettere all'intermediario di costringere il cliente a subire, senza la sua volontà, una concessione di credito per effettuare un'operazione su uno strumento finanziario che, oltretutto, integra un servizio accessorio di investimento e che come tale, ai sensi del combinato disposto degli art. 23 TUF e 37, comma 4, Reg. Intermediari, dovrebbe essere disciplinato sulla base di un apposito contratto scritto.

[Qui la decisione](#)

Sugli obblighi di informazione pre e post contrattuale.

Nota a ACF, 3 novembre 2022, n. 6017.

Massima redazionale

Secondo il costante orientamento dell'Arbitro, infatti, avvalorato dalla giurisprudenza di legittimità, la violazione da parte dell'Intermediario di regole di condotta, nella prestazione di servizi di investimento, non determina, di per sé, la nullità delle operazioni, potendo dare luogo esclusivamente al risarcimento del danno^[1].

Con riferimento alla domanda di annullamento, anch'essa non può dirsi suscettibile di accoglimento; invero, nel caso di specie, parte ricorrente non ha provato che l'Intermediario ha fornito informazioni inesatte, né, tantomeno, ha fornito idonee evidenze circa la sussistenza del dolo o di un errore essenziale e riconoscibile, essendosi limitata ad allegare la violazione degli obblighi informativi e della disciplina in materia di valutazione di adeguatezza/appropriatezza, senza tuttavia fornire alcun specifico ragguaglio a fondamento della domanda. Parimenti infondata risulta essere la domanda di risoluzione degli investimenti per grave inadempimento: a tal proposito, l'ACF ha già avuto modo di rilevare (in casi analoghi a quello in esame) che inadempimenti siffatti, anche ove accertati, collocandosi in un momento antecedente all'effettuazione delle operazioni, non possono in sé operare come causa di risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c.

Anche l'eventuale violazione degli obblighi informativi nella fase successiva all'investimento, nonché la violazione delle regole di trasparenza *ex post* sono inidonee, ove acclamate, a poter fondare l'accertamento di un inadempimento rilevante ai fini di una pronuncia di risoluzione. Con precipuo riferimento all'eccezione di prescrizione, la giurisprudenza arbitrale ha ripetutamente affermato che all'azione risarcitoria connessa alla violazione delle regole di condotta si applica il termine di prescrizione decennale e, in merito al *dies a quo*, della relativa decorrenza, ha ritenuto di condividere quell'indirizzo interpretativo^[2] per cui, nelle ipotesi di responsabilità contrattuale, la prescrizione è regolata dal combinato disposto degli artt. 2935 e 2946 c.c., sicché comincia a decorrere dal momento in cui il diritto può essere fatto valere, da individuarsi in quello in cui l'inadempimento si consuma e in cui conseguentemente si realizza la lesione del bene protetto (ossia la lesione del diritto del cliente di poter orientare consapevolmente le proprie scelte di investimento) e non già nel giorno in cui si manifesta la perdita sull'investimento compiuto; 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. Ciò posto, il *dies a quo* della prescrizione decennale della pretesa risarcitoria, fondata sulla violazione delle regole di condotta nella fase genetica degli investimenti coincide con le date di esecuzione degli investimenti, con la conseguenza che non è da ritenersi prescritta in relazione a tutti gli investimenti effettuati da parte ricorrente, rappresentando l'esecuzione dell'ordine

il momento ultimo entro cui l'Intermediario è tenuto ad assolvere gli obblighi attinenti alla fase genetica degli investimenti^[3].

Per converso, risultano fondate le doglianze in ordine alla violazione degli obblighi di informazione precontrattuale. L'intermediario resistente non ha, difatti, provato di avere congruamente assolto siffatti obblighi e in modo tale da consentire alla ricorrente di acquisire consapevolezza dei rischi derivanti dall'operatività in esame. Parte resistente ha prodotto soltanto la copia dell'ordine recante l'indicazione dei titoli, dalla quale nulla si può desumere in merito al servizio prestato (e, quindi, alla valutazione di appropriatezza/adequatezza), né, tantomeno, alle informazioni fornite prima del conferimento dell'ordine. Quanto, invece, alla doglianza relativa alla mancata informazione successiva agli acquisti in lite, il Collegio rileva che, sebbene ciò non fosse previsto dal contratto-quadro sottoscritto, l'Intermediario abbia prodotto gli estratti del conto titoli periodicamente inviati, sicché nessun inadempimento è rilevabile.

Dalla documentazione in atti nulla si può desumere sul servizio prestato e, quindi, sulla effettiva valutazione di adeguatezza/appropriatezza, né sulle caratteristiche del titolo, di talché anche la detta contestazione risulta fondata. Pur volendo accettare la tesi dell'Intermediario che non fosse tenuto a valutare l'adequatezza dell'operazione, bensì la mera appropriatezza, si rileva qui che è costante l'orientamento del Collegio secondo cui, per assolvere correttamente ai propri doveri, l'Intermediario non può in ogni caso limitarsi a rilevare la (eventuale) non appropriatezza di un'operazione, senza rappresentare all'investitore, in modo puntuale e compiuto, le relative ragioni "giacché la mancata indicazione dei motivi posti a fondamento di tale valutazione [di non appropriatezza] impedisce al cliente di orientarsi con autentica consapevolezza nel momento in cui è chiamato a decidere se confermare l'ordine ovvero revocarlo"^[4]. La produzione documentale non è, in buona sostanza, idonea a comprovare che la Banca abbia al tempo agito correttamente ed in conformità con la normativa di settore.

Tanto ritenuto, si deve allora ragionevolmente ritenere che, ove la Banca avesse al tempo agito con tutta la specifica diligenza richiesta, la ricorrente non si sarebbe determinata nel senso di procedere con l'esecuzione dell'investimento per cui è controversia.

^[1] Cfr. ACF, 20 maggio 2021, n. 3784.

^[2] Cfr. Cass. 28 gennaio 2004, n. 1547.

^[3] Cfr. ACF, 3 novembre 2021, n. 4494.

^[4] Cfr. ACF, 3 settembre 2020, n. 2860.

[Qui la decisione](#)

Negoziazione a distanza di opzioni: l'inadempimento degli oneri informativi implica il ristoro delle perdite subite.

Nota a ACF, 27 dicembre 2022, n. 6219.

[di Antonio Zurlo](#)

Studio Legale Greco Gigante & Partners

Nella fattispecie oggetto del ricorso, l'investitore aveva posto in essere un'articolata operatività, tramite negoziazione a distanza, in prodotti finanziari complessi (segnatamente, opzioni), senza la preventiva sottoscrizione del questionario di profilatura specificamente dedicato a siffatta tipologia di strumenti finanziari.

Al netto dell'asserita bastevolezza dei *pop-up* generati dalla piattaforma dell'intermediario, a costituire idoneo *warning* sull'impossibilità di porre in essere la valutazione di appropriatezza di ciascuna operazione, il Collegio, accogliendo parzialmente la doglianza del ricorrente, rileva l'inadempimento degli obblighi informativi, relativamente alle caratteristiche dei prodotti finanziari acquistati, verificatosi in occasioni del compimento di ciascuna negoziazione (protrattesi per un lasso temporale ragguardevole). Inverso, l'intermediario resistente si è limitato ad allegare che il cliente avesse «*preso visione, al momento della sottoscrizione del contratto quadro, dell'informativa generale sui rischi implicati dall'operatività in opzioni*», senza fornire alcuna prova del corretto adempimento degli oneri informativi, in relazione ai prodotti oggetto della concreta operatività contestata. Difatti, la mancata sottoscrizione del questionario di profilatura non può, in ogni caso, ritenersi elemento assorbente, né, tantomeno, escludente gli obblighi gravanti sull'intermediario, specialmente in precipua considerazione della "complessità" del prodotto acquistato (si badi, opzioni). D'altro canto, la dematerializzazione del rapporto bancario (trattandosi, nella specie, di negoziazione a distanza) non può tradursi in un surrettizio depauperamento di tutti quei presidi tutelari posti a salvaguardia degli interessi dell'investitore, specie laddove trattasi di clientela *retail* e di strumenti finanziari strutturati.

[Qui la decisione](#)

Il metaverso approda in Tribunale: la prima pronuncia di inibitoria di produzione e commercializzazione NFT. Il caso Juventus.

[di Marco Chironi](#)

Studio Legale Greco Gigante & Partners

Con provvedimento del 20.7.2022, il Tribunale di Roma, sez. imprese, si è pronunciato sulla domanda inibitoria di produzione e commercializzazione di prodotti NFT (*non fungible token*).

La pronuncia è la prima, in ambito europeo, a disporre un ordine di inibitoria dalla produzione e dalla commercializzazione di non fungible token di marchi registrati. Di seguito i fatti alla base della controversia.

Una società produceva e commercializzava NFT raffiguranti cards che riportavano la figura di un ex calciatore, il quale aveva ceduto alla società i suoi diritti di immagine, con la maglia della Juventus.

Juventus Football Club S.p.a., titolare dei marchi JUVE e JUVENTUS, nonché del marchio raffigurante la maglia e i colori sociali, domandava al Tribunale di Roma di inibire la produzione, la vendita e la promozione degli NFT e dei relativi contenuti digitali raffiguranti i marchi di cui è proprietaria.

Al contempo, chiedeva di ordinare alla società resistente di ritirare dal commercio gli NFT già esistenti e di rimuovere o, comunque, oscurare gli NFT e i prodotti digitali presenti sui vari siti internet.

Si costituiva la società, eccependo l'insussistenza del *periculum in mora* e di una tutela dei marchi Juventus relativamente a prodotti virtuali scaricabili.

Il Tribunale di Roma ha, dapprima, accertato la titolarità dei marchi della ricorrente e la loro notorietà, nonché l'esistenza di un'attività di merchandising sul web in vari settori.

Successivamente, ha osservato che Juventus avesse già avviato un progetto di commercializzazione e di vendita di token, consistenti in cards raffiguranti calciatori del presente e del passato, con conseguente presenza nel mercato secondario.

Ciò premesso, il giudicante ha accolto la domanda. La società resistente, infatti, con la creazione e commercializzazione delle cards ha utilizzato, non solo l'immagine del calciatore, ma anche, senza autorizzazione, i marchi della ricorrente.

Pertanto, la creazione e la commercializzazione delle Cards ha comportato una contraffazione dei marchi, con il concreto rischio di confusione circa la riconducibilità di detti prodotti alla società Juventus.

Alla luce delle considerazioni svolte, il Tribunale di Roma ha disposto l'inibizione dell'ulteriore produzione e commercializzazione dei prodotti NFT e, contestualmente, di ordinare il ritiro del commercio dei prodotti già esistenti, con rimozione degli stessi dai siti internet. Al contempo, ha fissato una penale di € 500,00 per ogni giorno di ritardo.

[Qui la sentenza](#)

La duplice inadeguatezza dell'investimento in azioni di una Banca Popolare: la nuova sentenza del Tribunale di Bari.

Nota a Trib. Bari, Sez. IV, 1 agosto 2022, n. 3066.

Segnalazione a cura dell'Avv. Massimo Melpignano.

[di Antonio Zurlo](#)

Studio Legale Greco Gigante & Partners

Le circostanze fattuali.

Nella specie, parte attrice citava, innanzi al Tribunale di Bari, la Banca convenuta per l'accertamento di una pluralità di violazioni, a sfondo informativo, afferenti all'operazione di acquisto di titoli azionari, emessi e negoziati dallo stesso Istituto. Segnatamente, l'investitore lamentava la violazione:

- dell'art. 23, comma 1, TUF e degli artt. 1418, comma 2, 1325 e 1343 c.c., per l'assenza di valido contratto-quadro;
- degli artt. 39 e 40 delibera Consob n. 16190/2007;
- dell'art. 21 TUF e della Comunicazione Consob n. 9019104/2009, sui prodotti illiquidi;
- dell'art. 21, comma 1bis, TUF;
- dell'art. 31, comma 1, delibera Consob n. 16190/2007;
- dell'art. 2358 c.c.

Chiedeva, altresì, risarcimento del danno patrimoniale subito, quale conseguenza immediata e diretta della condotta posta in essere dalla Banca popolare, sia sotto forma di danno emergente (pari alla somma originariamente investita, oltre rivalutazione e interessi, dalla data di effettuazione del primo acquisto), sia di lucro cessante (rinvenibile nel mancato percepimento dei dividendi ed interessi legali e, contestualmente, nel mancato lucro per il reimpiego di dette somme).

Costituendosi in giudizio, l'Istituto, contestando integralmente quanto *ex adverso* dedotto, produceva copia del contratto-quadro, debitamente sottoscritto, oltre che della scheda prodotto (anch'essa sottoscritta).

La decisione del Tribunale di Bari.

Elisa la domanda avente a oggetto la dichiarazione di nullità del contratto-quadro, ai sensi dell'art. 23 TUF, il giudice barese attenziona i molteplici profili di censura afferenti all'asserito inadempimento degli oneri informativi, ritendendo, in esito a una «*valutazione globale della natura e dell'investimento e del profilo di rischio dell'attrice*» comprovata la loro sussistenza.

Invero, in ordine alla natura degli investimenti, è lapalissiano come le azioni della Banca convenuta debbano scientemente rientrare nel novero dei titoli non quotati, costituendo, pertanto, titoli di rischio alto (o, quantomeno, medio-alto), assimilabili a quelli illiquidi, ovverosia «*a titoli per i quali vi è una potenziale difficoltà di liquidazione, ossia, ancor più chiaramente, titoli che determinano per l'investitore*

ostacoli o limitazioni allo smobilizzo entro un lasso di tempo ragionevole a condizioni di prezzo significative, tali da garantire buona pluralità di interessi in acquisto e vendita.». Siffatte azioni, risultando scambiabili non in un mercato regolamentato, ma esclusivamente tra lo stesso Istituto emittente o direttamente tra i soci-azionisti, scontano una difficoltà elevata di trasferimento e di recupero delle somme impiegate nel loro acquisto. È premura del Tribunale di Bari evidenziare, inoltre, come tale valutazione di illiquidità debba prescindere dal rischio “in concreto” verificatosi *ex post* o dalla maggiore solidità dell'Istituto all'atto di acquisto, dovendosi, per converso, ricondurre all'astratto rischio di criticità del trasferimento, che rappresenta elemento informativo imprescindibile per la ponderata determinazione dell'investitore.

Nella specie, il profilo di rischio, all'esito della compilazione del questionario MiFID, era risultato “medio-alto”, con un'esperienza finanziaria ugualmente “medio-alta”; più nello specifico, con riguardo agli obiettivi di investimento, la cliente dichiarava di ambire a una crescita del capitale nel medio-lungo periodo, con una tolleranza contenuta del rischio di perdita del capitale. Nel successivo questionario, risultava confermata l'esperienza finanziaria medio-alta, ma con un contestuale abbassamento del profilo di rischio, a medio-basso.

Al netto di quest'ultima variazione, a giudizio del Tribunale barese, l'investimento in titoli illiquidi non poteva ritenersi compatibile con l'obiettivo di investimento dichiarata, poiché, implicante, in astratto, il rischio di azzeramento totale dell'investimento, a fronte della dichiarazione espressa (da parte della cliente-investitrice) di ambire a una crescita del capitale, nel medio-lungo periodo.

Del pari, ulteriore profilo di inadeguatezza è rinvenuto nell'eccesso di concentrazione dei titoli illiquidi *de quibus*, rispetto alla situazione finanziaria e alla composizione del portafoglio della stessa parte attrice. Al riguardo, il giudice richiama la pluralità degli obblighi ascritti in capo all'intermediario finanziario, che devono essere evidentemente funzionalizzati al fine unitario di segnalare al cliente l'eventuale non-adequazione delle operazioni di acquisto. In tal senso, è lapidario l'art. 40 Reg. Consob, che impone la valutazione di congruenza tra la specifica operazione e gli obiettivi di investimento, sì da risultare la prima finanziariamente sostenibile rispetto ai secondi. Nel caso di specie, tale adeguatezza risulta insussistente, sotto ambedue i profili attenzionati (segnatamente, per incompatibilità con gli obiettivi di investimento dichiarati e, al contempo, per eccessiva concentrazione).

L'inosservanza dei prefati obblighi di informazione e segnalazione, nonché di astensione dall'esecuzione, configura un inadempimento colpevole della Banca convenuta, dovendosi ritenere, in tal guisa, che, ove correttamente e compiutamente informata, la cliente-investitrice non avrebbe posto in essere l'operazione. Tali considerazioni conducono, *de plano*, alla risoluzione, *ex art.* 1453 c.c., con assorbimento di tutti gli ulteriori addebiti formulati.

[Qui la sentenza](#)

Il contratto di interest rate swap tra svuotamento della funzione economica del contratto e valorizzazione del concreto interesse perseguito dalle parti.

Nota a App. Palermo, 6 agosto 2022, n. 1359.

[di Sara Rescigno](#)

Tirocinante ACF

Nella controversia presa in esame – avente ad oggetto la sottoscrizione di diversi contratti di *swap* – la società appellante, le cui domande sono state disattese dal giudice di prime cure, ha chiesto la pronuncia del giudice di secondo grado circa: a) l'omessa valutazione della nullità del contratto quadro; b) l'omessa statuizione della nullità dei contratti di *interest rate swap* per mancanza di causa in concreto; c) la violazione degli obblighi sanciti dal TUF e dalla delibera Consob n. 11522/1998; d) l'omessa valutazione delle prove che dimostrano l'assenza della qualifica di operatore qualificato.

In merito all'asserita nullità del contratto quadro intercorso tra la società appellante e la banca appellata, il giudice ha preliminarmente ritenuto inammissibile la questione ex articolo 345 c.p.c.: l'appellante ha avanzato in primo grado la sola nullità dei singoli contratti di *swap*, pertanto, la relativa domanda di nullità del contratto quadro, non essendo mai stata prospettata nel giudizio di primo grado, ha violato il divieto di “*nova*” in appello[1].

La società appellante, inoltre, nelle proprie deduzioni ha lamentato l'erroneità della decisione del primo giudice nella misura in cui, in relazione alla stipula dei singoli contratti di *swap*, ha ritenuto sussistente l'alea bilaterale e valida la causa concreta del negozio.

Sul punto, va innanzitutto effettuato un chiarimento riguardo il profilo della meritevolezza dell'operazione finanziaria ex art. 1322 c.c., contestato da parte appellante, che, invece, nel caso *de quo*, sussiste. Dopo aver specificato che tali contratti, quando sono stipulati con finalità di copertura (come nel caso di specie), hanno la funzione di realizzare l'interesse individuale dei contraenti di investire i rischi di cui sono rispettivamente titolari[2], il giudice d'appello, ha richiamato l'orientamento della Suprema Corte, in base al quale: “*il contratto di swap non è in sé immeritevole [...], in quanto i contratti aleatori sono previsti dall'ordinamento e non vanno certo incontro in sé stessi ad un giudizio di immeritevolezza, mentre la valutazione del contratto va almeno compiuta secondo una valutazione operata ex ante, non ex post, sì da giudicare meritevoli i contratti di swap in cui l'investitore ha guadagnato e immeritevoli quelli in cui ha perso*”[3]. Se è vero, dunque, che ogni negoziazione risulta circondata da un certo grado di aleatorietà connessa all'incertezza relativa al conseguimento degli interessi che le parti intendono realizzare attraverso il contratto (cd. alea economica)[4], tuttavia, l'alea qui richiamata è la cd. alea giuridica, la quale, in quanto caratteristica che riguarda il contratto e non la singola prestazione, deve essere condivisa dai contraenti, altrimenti priva di giustificazione causale un'operazione economica aleatoria come quella che connota il contratto di *interest rate swap*[5]. A rilevare non è quindi lo sbilanciamento, ma

che l'alea sia presente per entrambe le parti contraenti, e che questa possa appunto misurarsi *ex ante*, secondo parametri certi e riconoscibili per entrambi i contraenti. Quello che, in definitiva, incide sul profilo causale del negozio è la razionalità dello strumento negoziale rispetto al caso concreto, e non la razionalità della scelta del cliente. Bisogna chiedersi, in altri termini, se quegli specifici contratti di *interest rate swap* siano strumenti razionali di gestione di quegli specifici rischi finanziari di cui le parti risultano titolari. Razionalità ravvisabile – secondo il giudice di appello – laddove siano esplicitati e condivisi gli elementi che consentono di conoscere la misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti e oggettivamente condivisi, tramite l'esplicitazione dei costi impliciti, del *mark to market* e, soprattutto, dei cd. scenari probabilistici[6]. Alla luce delle suindicate considerazioni, il giudice d'appello ha ritenuto che i contratti di *interest rate swap* soddisfacessero i requisiti di meritevolezza e di completezza delle informazioni sul contenuto delle singole clausole, sui tassi da applicare, sul nozionale di riferimento, sulle esigenze di copertura che emergono dalle singole clausole.

Venendo al profilo afferente agli obblighi informativi in capo alla banca appellata, la società appellante li ha ritenuti disattesi, nella misura in cui ha sostenuto che la dichiarazione di rientrare tra gli operatori qualificati ex art. 31 del Regolamento Consob (*ratione temporis* applicabile) è stata resa dalla medesima inconsapevolmente. Sul punto, l'articolo 6 del TUF, prevede una graduazione degli obblighi di comportamento posti in capo agli intermediari a seconda che il cliente (destinatario del servizio di investimento) sia un cliente *retail* oppure un operatore qualificato[7], che giustificano la disapplicazione di alcune regole di condotta[8] quando il cliente rientra in tale ultima categoria.

Il giudice d'appello, nel caso di specie, ha rilevato la presenza di alcuni elementi che hanno propeso sfavore della società appellante. Benché l'esistenza della dichiarazione di operatore qualificato fosse di per sé sufficiente ad integrare la prova presuntiva semplice della qualità di investitore qualificato in capo alla persona giuridica[9], tale circostanza non esonerava comunque la società appellante (della cui qualifica si controverte) dal provare non solo come tali requisiti non fossero esistenti, ma anche che in tale circostanza la banca appellata fosse consapevole, ovvero che quest'ultima fosse in possesso di dati ed elementi oggettivi atti a consentire una diversa valutazione[10]. Dalla documentazione versata in atti, invece, è emerso che non solo tale dichiarazione da parte della società appellante è stata resa due volte (la prima, in occasione della stipula del contratto quadro del 2004, la seconda, invece, in occasione della stipula del successivo contratto del 2005), ma anche che quest'ultima disponeva di una struttura imprenditoriale certamente avveza a trattare col comparto bancario. Nello specifico, rilevanti per la valutazione del giudice sono state le voci di spesa per l'attività imprenditoriale posta in essere, con accensione di mutui di relevantissimo importo, tali da delineare un assetto societario con presenza di professionalità coerenti con quanto desumibili dalla dichiarazione di operatore qualificato poi contestata.

In conclusione, non essendo emersi elementi idonei ad integrare una responsabilità della banca appellata, il giudice d'appello, dopo aver specificato – tra le altre cose – che la violazione degli obblighi di informazione rientra nell'alveo delle regole di

condotta e non di quelle di validità^[11], ha rigettato le doglianze proposte dalla società appellante ed ha confermato le statuizioni della sentenza impugnata.

[1] Sul punto, si veda anche quanto statuito dalla recente giurisprudenza di legittimità, secondo la quale: “*in tema di intermediazione finanziaria, ove sia stata dedotta dall’investitore la nullità dei soli ordini di investimento, deve escludersi che il giudice, anche in sede di appello possa rilevare d’ufficio la nullità del contratto quadro per difetto del requisito della forma scritta. Invero [...] il principio del rilievo officioso della nullità va coordinato, nel giudizio di gravame, con quello del divieto di domande nuove, cosicché l’istanza, ivi formulata per la prima volta, di declaratoria della nullità non può essere esaminata, potendo solo convertirsi nella corrispondente eccezione*”. Cfr. Cass., sez. I, n. 5249 del 16/03/2016).

[2] La struttura del contratto di *interest rate swap* prevede essenzialmente uno scambio, a scadenze prefissate, di un importo parametrato a tassi differenti fra le parti, rapportato ad un capitale di mero riferimento (cd. nozionale).

[3] Cfr. Cass., sez. I, n. 24014 del 16/09/2021.

[4] In proposito, cfr. BUTTARO L., *Del giuoco e della scommessa*, in *Commentario Scialoja-Branca*, 1959, p. 69 ss.

[5] Cfr. BARCELLONA M., *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, in *Maffei* (a cura di), *Swap tra banche e clienti*, Milano, 2014, p. 173 ss.

[6] Cfr. Cass., n. 21830 del 29/07/2021.

[7] È importante precisare che tale distinzione tra clienti *retail* e operatori qualificati rilevava prima dell’entrata in vigore della Direttiva n. 2004/39/CE, cd. MiFID, la quale invece ha individuato tre diverse categorie di investitori: clienti *retail*, clienti professionali e controparti qualificate. Per maggiori dettagli, si veda ANNUNZIATA F., *La disciplina del mercato mobiliare*, Giappichelli, Torino, 2020, pagg. 161 e ss.

[8] Nello specifico, l’articolo 31 del Regolamento Consob (rilevante *ratione temporis*), in conformità con quanto previsto dall’ articolo 6 del TUF, prevede la disapplicazione, nel rapporto tra intermediari autorizzati e operatori qualificati, delle disposizioni di cui agli articoli 27, 28, 29 e 30 comma 1 del TUF, fatta eccezione per il servizio di gestione.

[9] Cfr. Cass., n. 8343 del 04/04/2018.

[10] Cfr. Cass., n. 12138 del 2009.

[11] Cfr. Cass., SS.UU., n. 26724 del 2007.

[Qui la sentenza](#)

La monetizzazione del rischio finanziario come “scommessa razionale” socialmente utile.

Nota a App. di Firenze, Sez. II, 21 ottobre 2022.

di Valerio Maria Pennetta

Avvocato

Con sentenza del 21 ottobre 2022, la Corte d’Appello di Firenze ha svolto un approfondito esame sugli elementi essenziali del contratto di *swap* e, in particolare, sulla relativa causa.

La questione è stata oggetto di una pronuncia resa dalle Sezioni Unite della Suprema Corte (n. 8770/2020[1]), alla quale la Corte distrettuale ha aderito.

Al fine di inquadrare correttamente la decisione in commento è necessario riassumere – seppur brevemente e nei limiti di quanto di rilievo ai fini del presente scritto – i fatti alla base della vicenda processuale.

Il Cliente conveniva in giudizio l’Istituto di Credito al fine di ottenere la nullità del contratto di Interest Rate Swap (IRS), sottoscritto al fine di *coprire* lo stesso dal rischio di oscillazione dei tassi di interesse in relazione all’esposizione debitoria dipendente da un mutuo fondiario[2].

In primo grado il Tribunale di Firenze, in accoglimento della domanda attorea, dichiarava nullo il contratto di IRS per difetto di forma, sul presupposto che al momento della relativa sottoscrizione mancava il contratto quadro[3].

La sentenza veniva impugnata dall’Istituto di credito, nonché – incidentalmente – dallo stesso Cliente, che insisteva per la declaratoria di nullità del contratto, quando non per le doglianze già formulate in primo grado, tra l’altro[4], in quanto asseritamente manchevole dell’indicazione degli elementi caratterizzanti l’alea del contratto ovvero, in subordine, sotto il profilo dell’unilateralità dell’alea, asseritamente posta ad esclusivo carico dello stesso appellante incidentale.

Sebbene l’appello principale sia dotato di particolare rilievo pratico (oltreché processuale)[5], il presente contributo si propone l’obiettivo di vagliare gli *swap* sotto il profilo causale.

Ad avviso di chi scrive, per individuare la chiave di lettura del provvedimento in commento occorre anzitutto considerare gli *swap*, sebbene con le specificità determinate dalla complessità di questi strumenti nonché dalla loro aleatorietà, come “semplici” contratti, validi se e in quanto perseguono interessi meritevoli di tutela, giusto il disposto di cui all’art. 1322 c.c.

Ed è proprio su questo punto che la sentenza della Corte Distrettuale, richiamato l’insegnamento delle Sezioni Unite, ha affermato che per essere validi sotto il profilo causale, è necessario che dal contratto di *swap* risulti un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell’alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi, pur con la necessaria precisazione che *«tale accordo non si può limitare al “mark to market”, ossia al costo, pari al valore effettivo del derivato ad una certa data, al quale una parte può anticipatamente chiudere tale contratto od un terzo estraneo all’operazione è disposto a subentrarvi, ma deve investire, altresì, gli scenari probabilistici e concernere la misura*

qualitativa e quantitativa della menzionata alea e dei costi, pur se impliciti, assumendo rilievo i parametri di calcolo delle obbligazioni pecuniarie nascenti dall'intesa, che sono determinati in funzione delle variazioni dei tassi di interesse nel tempo».

Se il regolamento negoziale contiene siffatta valutazione [6], allora il contratto persegue interessi meritevoli di tutela, non potendosi ipotizzare una invalidità *ex sé* del contratto, in quanto «*il legislatore autorizza questo genere di “scommesse razionali” sul presupposto dell'utilità sociale delle scommesse razionali, intese come specie evoluta delle antiche scommesse di pura abilità».*

Per ciò che concerne, invece, la denunciata unilateralità dell'alea, il Giudice di merito, sul presupposto che la causa del contratto di *swap* vada rinvenuta nella negoziazione e monetizzazione di un rischio finanziario, osserva che «*Il contratto, quindi, può ritenersi nullo per difetto di causa esclusivamente laddove il contratto non preveda affatto l'ipotesi che una delle parti ottenga un vantaggio dall'operazione»*, non rilevando in proposito lo sbilanciamento dell'alea a vantaggio dell'una o dell'altra parte, essendo questa una pattuizione rimessa alla libera contrattazione delle parti.

In conclusione, la Corte d'Appello di Firenze ha accolto l'appello principale e rigettato integralmente quello incidentale formulato dal Cliente.

[1] Per una lettura parzialmente critica della sentenza si segnala R. Lener – C. Cipriani, *I derivati, le Sezioni Unite e l'Europa*, in *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 2021, 6, II, 767.

[2] Ancorché non connessa alla vicenda di cui trattasi, è opportuno segnalare la recentissima sentenza n. 33719/2022 resa a Sezioni Unite dalla Cassazione Civile in tema di validità del contratto di mutuo fondiario in ipotesi di superamento del limite di finanziabilità, in questa Rivista.

[3] In particolare, il Tribunale riteneva ininfluenza che il Cliente avesse sottoscritto una dichiarazione di operatore qualificato, in assenza di prova del fatto che tale dichiarazione fosse precedente alla stipula del contratto, escludendo al contempo l'effetto sanante della successiva sottoscrizione del contratto quadro.

[4] Ancorché non oggetto di approfondimento nel presente contributo, per completezza, si rileva che l'appello incidentale verteva altresì sui seguenti motivi di impugnazione: presunta presenza di costi occulti applicati dalla Banca e non comunicati al Cliente; mancata esplicitazione, sia verbale che scritta, della facoltà di esercitare il diritto di recesso per le c.d. “offerte fuori sede”, giusta la regola sancita dall'art. 30 TUF; asserita nullità del contratto perché sottoscritto solo dal Cliente.

[5] Ossia la portata probatoria dell'autodichiarazione di operatore qualificato sottoscritta dal legale rappresentante di una società ai fini dell'esclusione dell'applicabilità della disciplina del TUF in tema di forma dei contratti relativi a servizi di investimento.

[6] Che tradizionalmente viene manifestata dalla presenza di taluni elementi essenziali del contratto derivato in commento, ossia *i*) la data di stipulazione, *ii*) le date di inizio di decorrenza degli interessi, di scadenza e di pagamento e *iii*) il capitale di riferimento (c.d. nozionale) unitamente ai diversi tassi di interesse ad esso applicabili.

[Qui la sentenza](#)

Diamanti da investimento: prima condanna anche per la Banca non attinta dalla sanzione dell'antitrust e nuove prospettive di protezione dell'investitore.

Nota a Trib. Monza, Sez. I, 21 novembre 2022, n. 2342.

[di Vincenzo Cusumano](#)

Avvocato e PhD presso Unipd

Con sentenza del 2342 del 21.11.2022, il Tribunale di Monza ha condannato a risarcire il danno dovuto all'acquisto dei diamanti da investimento.

Si tratta della **prima sentenza** di condanna nei confronti di una banca diversa da quelle sanzionate con le note delibere dell'AGCM.

Le circostanze fattuali.

L'attore è stato per anni cliente correntista della Banca Popolare convenuta (poi incorporata in altro Istituto di credito). Nel 1998, un impiegato della Banca, in occasione di un incontro in filiale per decidere come impiegare il proprio capitale, gli suggeriva di acquistare diamanti da investimento, in quanto si trattava di un'operazione sicura e priva di rischi avendo ad oggetto un bene cd. "rifugio" per eccellenza, agevolmente liquidabile, quotato a livello internazionale e certificato dai più autorevoli istituti gemmologici mondiali. Egli, pertanto, facendo esclusivo affidamento su quanto riferitogli dalla Banca e assicurato dai grafici, dalle quotazioni di mercato rammostrate e dal fatto che lo stesso impiegato che curava normalmente la sua posizione lo aveva assistito durante le operazioni di acquisto, aveva deciso di investire la somma complessiva di Lire 93.295.000,00 (pari ad € 48.182,84) per l'acquisto di otto diamanti. Il predetto impiegato diversi anni dopo gli consegnava un documento datato 17.01.2014, nel quale comparivano il codice investimento e il nome della banca, da cui si evinceva che il suo investimento aveva reso, nel corso degli anni, il 77,64%, passando da € 48.182,84 ad € 85.592,77. Solo in seguito, tramite articoli di giornale e servizi televisivi, si era reso conto che l'investimento in diamanti non era un'operazione sicura e che i valori pubblicati su "IlSole24Ore" – che gli erano stati mostrati – erano valori in realtà fissati dalla stessa società venditrice, mentre l'effettivo valore dei diamanti era notevolmente inferiore rispetto a quello che gli era stato fatto credere.

Parte convenuta sostiene che i propri dipendenti non avessero mai consigliato al cliente-attore di acquistare i diamanti oggetto di causa, né avevano mai assicurato alcun tipo di rendita. E che l'allora Banca Popolare non fosse stata oggetto dell'accertamento dell'AGCM che ha sanzionato altri primari istituti di credito che, in cambio di laute commissioni, avevano spinto i propri clienti ad acquistare diamanti da investimento dalla società IDB ad un prezzo notevolmente maggiore a quello di vendita.

Le questioni di diritto.

La prescrizione. La Banca ha preliminarmente sollevato l'eccezione di prescrizione dell'azione risarcitoria a titolo contrattuale con riguardo a tutti i corrispettivi versati ad IDB relativamente ai contratti di acquisto di diamanti di cui è causa, essendo trascorsi più di dieci anni tra la data di compravendita dei singoli diamanti (dicembre 1998) e la data di notifica dell'atto introduttivo del presente giudizio nei confronti della Banca avvenuta in data 14 settembre 2020.

Il giudice di Monza ha ritenuto che l'inadempimento della Banca fosse riconducibile ad una condotta istantanea realizzata nel momento in cui ha favorito, o comunque consentito, la conclusione del contratto di acquisto dei diamanti, ma che tale inadempimento si è perpetrato per tutto il periodo di durata della gestione dei prodotti da investimento acquistati. Analogamente, il danno, per quanto si fosse verificato già al momento dell'acquisto, si è consolidato solo nel corso del rapporto nel momento in cui si è reso percepibile a seguito delle notizie di stampa e del fallimento della venditrice, allorché l'unica possibilità per l'investitore sarebbe stata quella di vendere i beni sul libero mercato, al di fuori del meccanismo di ricollocazione prospettato all'atto dell'acquisto. Per tali ragioni il Giudice ha respinto l'eccezione di prescrizione.

La natura della responsabilità della Banca. Ai sensi dell'articolo 1856 cod. civ., la banca "risponde secondo le regole del mandato per l'esecuzione di incarichi ricevuti dal correntista o da altro cliente", ma è tenuta, più in generale, per il fatto che svolge un'attività di servizio organizzata e che comprende, contrattualmente, una molteplicità di prestazioni di servizio, gestorie e di custodia, nell'interesse del cliente, anche al rispetto degli obblighi ricollegabili alle prestazioni principali ed accessorie proprie delle singole tipologie negoziali, nonché del mandato, del deposito e dei precetti di carattere primario come la correttezza e la diligenza, con la precisazione che la diligenza della banca nell'adempimento dei suoi doveri di mandataria deve essere valutata non in base al parametro dell'osservatore medio, ma secondo il maggior grado di attenzione e prudenza richiesto dalla professionalità del servizio espletato, posto che la prestazione inerisce all'esercizio di un'attività professionale.

Secondo il giudice *"appare evidente come siffatto specifico dovere di diligenza e correttezza, rapportato al concetto di professionalità, non possa ritenersi meramente ripetitivo della già più rigorosa attenzione richiesta dalle norme comuni al mandatario, cosicché si deve immaginare che il legislatore abbia voluto porre a carico dell'operatore istituzionale nel campo dei servizi bancari un dovere di diligenza e buona fede del tutto peculiari nell'esercizio delle sue incombenze, e soprattutto nei rapporti con il cliente (e non già mero contraente!), la cui connotazione caratteristica è resa manifesta dagli obblighi di collaborazione, informativi, conoscitivi e di protezione verso la clientela e da quelli che attengono alla razionalizzazione della propria organizzazione interna, finalizzati ad assicurare la più ampia tutela della clientela."*

Dunque, la mancata esplicitazione da parte dell'intermediario bancario di informazioni protettive, "esaurienti ed appropriate", relative ai prodotti comunque negoziati suo tramite è idonea a provocare una scelta non consapevole del cliente i cui effetti pregiudizievoli non possono essere ascrivibili alla sua reale volontà. Tale comportamento viola gli artt. 1337 e 1338 cod. civ. (in ordine alle trattative) e l'art. 1375 cod. civ. (relativo alla fase esecutiva del contratto)

Diamanti come strumenti finanziari. Il Giudice, pur non applicando tutte le norme in materia di intermediazione finanziaria, sembra attribuire alla banca una responsabilità molto simile a quella che prevede l'art. 21 del TUF. **È la prima volta che una sentenza in tema di diamanti afferma chiaramente:** *“Il parametro di riferimento per chi opera nel campo dell’offerta dei servizi di investimento e degli strumenti finanziari al fine di valutare se i prodotti da raccomandare alla clientela siano adeguati è dato dalla chiara rappresentazione della reale misura della tolleranza del cliente al rischio e della sua capacità di sostenere eventuali perdite economiche.*

Tale dovere, peraltro, opera non solo con riguardo alla fase iniziale del rapporto, ma presuppone che sia costantemente monitorato, nella fase esecutiva, dall’intermediario l’insieme delle informazioni relative alla persistenza dell’adeguatezza dell’operazione rispetto alle caratteristiche personali ed agli obiettivi del cliente, imponendogli di intervenire con opportuni correttivi, ove non già previsti in fase negoziale, al fine di assicurare effettiva protezione alla posizione del cliente nel caso in cui si possa determinare, anche a fronte di eventi anomali sopravvenuti o, comunque, non correttamente valutati o difficilmente valutabili all’origine, una condizione di squilibrio non preventivata.

Nella specie, l’acquisto dei diamanti quale prodotto da investimento non era adeguato già nel momento in cui era stato raccomandato od offerto proprio in quanto non rispondente al miglior interesse del cliente, perché il raggiungimento di quell’effetto positivo prospettato dall’operazione, che avrebbe potuto comprendere anche l’assunzione di un rischio di perdita ma non superiore a quello determinato dalla variabilità del mercato, non era veritiero, posto che tale fattore, per quanto prospettato, avrebbe dovuto essere sempre controllabile tramite quotazioni rese pubbliche, che tuttavia, in realtà, non erano rappresentative del reale valore di mercato delle pietre.”

Quantificazione del danno. Il giudice ritiene che si debba quantificare il danno nella differenza tra il prezzo di acquisto e il valore di attuale realizzo. Si badi che il valore di realizzo è più basso dei listini Rapaport di circa il 30% in quanto rispecchia la cifra che un commerciante di diamanti sarebbe disposto a pagare per acquistare il diamante dall’attore.

[Qui la sentenza](#)

Il «contegno anomalo» dell'investitore nella prestazione dei servizi di investimento.

Nota a Cass. Civ., Sez. VI, 25 ottobre 2022, n. 31453.

[di Sara Rescigno](#)

Tirocinante ACF

Nella controversia presa in esame, l'Intermediario ha proposto ricorso in Cassazione avverso la sentenza della Corte di Appello che l'aveva condannato, in solido con il promotore finanziario, al risarcimento dei danni subiti dall'investitore.

I principali motivi di doglianza dell'Intermediario sono rappresentati dalla circostanza che il giudice di appello, nel riconoscere la sua responsabilità in solido con quella del promotore finanziario per i danni causati da quest'ultimo, non ha tenuto conto dei «molteplici elementi dimostrativi della *anomalia* e delle modalità estranee alla normale prassi bancaria» con cui l'investitore ha effettuato le operazioni di investimento e non ha considerato il «contegno anomalo» del medesimo come fatto colposo concorrente con l'illecito del promotore finanziario, in funzione di diminuzione del risarcimento.

Il giudice di legittimità, dopo aver analizzato le seguenti prospettazioni dell'Intermediario, ha accolto il primo motivo di ricorso e ha dichiarato assorbito il secondo.

In relazione al primo motivo di ricorso, il giudice di legittimità, al fine di verificare la sussistenza della responsabilità solidale dell'Intermediario ex articolo 31, comma 3, TUF[1], per i danni causati a terzi dal consulente finanziario nello svolgimento delle incombenze affidategli, si è soffermato sul cd. nesso di occasionalità necessaria, che costituisce il presupposto di esistenza di detta responsabilità[2].

Secondo la Cassazione, la sussistenza di tale nesso, che giustifica la responsabilità dell'intermediario per il fatto del promotore, può essere esclusa dal contegno del danneggiato, allorché la sua condotta sia caratterizzata da «anomalie» tali da evidenziare, se non la collusione, quantomeno la consapevole quiescenza alla violazione delle regole gravanti sul promotore[3].

Nel caso di specie, il giudice di legittimità, dopo aver passato in rassegna i diversi elementi sintomatici di un contegno significativamente anomalo[4], ha ritenuto determinante, ai fini dell'accertamento di detto contegno, la circostanza che l'investitore abbia consegnato al promotore somme di denaro in contanti senza richiesta di quietanza. In particolare, ha destato sospetti il fatto che l'investitore ha versato le somme di denaro in contanti e in assenza di alcun rapporto con l'Intermediario, in violazione di specifiche norme giuridiche[5].

La sentenza della Corte di Appello, in definitiva, è stata censurata nella parte in cui non ha posto la dovuta attenzione alla rilevanza di tali anomalie in funzione della dimostrazione della collusione o, quantomeno, della consapevole acquiescenza dell'investitore rispetto al contegno illecito del consulente finanziario.

[1] La Cassazione ha più volte messo in evidenza la relazione di continuità tra la norma speciale contenuta nell'articolo 31, comma 3, TUF e la disposizione generale sulla responsabilità dei preponenti di cui all'articolo 2049 c.c. Cass., n. 20588 del 22.10.2004; Cass., n. 26172 del 13.12.2007; Cass., n. 18928 del 31.07.2017.

[2] «Il fondamento di questa responsabilità va ravvisato nel rilievo che l'agire del promotore è uno degli strumenti dei quali l'intermediario si avvale nell'organizzazione della propria impresa, traendone benefici ai quali è ragionevole far corrispondere i rischi, in ossequio al principio *ubi commoda ibi et incommoda*». Si veda, in tal senso, Cass., n. 5020 del 04.03.2014.

[3] *Ex multis*, Cass., n. 27925 del 13.12.2013; Cass., n. 18928 del 31.07.2017; Cass., n. 17947 del 27.08.2020.

[4] Secondo la Cassazione, elementi presuntivi sintomatici di un contegno significativamente anomalo dell'investitore possono ricavarsi «dal numero o dalla ripetizione delle operazioni poste in essere con modalità irregolari, dal valore complessivo delle stesse, dall'esperienza acquisita nell'investimento di prodotti finanziari, dalla conoscenza da parte dell'investitore, del complesso *iter* funzionale alla sottoscrizione di programmi di investimento e dalle sue complessive condizioni culturali e socio-economiche». Cass., n. 27925 del 13.12.2013; Cass., n. 30161 del 17.01.2020; Cass., n. 857 del 17.01.2020.

[5] In particolare, i giudici di legittimità hanno richiamato la violazione dell'articolo 31, comma 2-*bis*, TUF e l'articolo 108 del regolamento Consob adottato con delibera n. 16190 del 2007.

[Qui l'ordinanza](#)

Le criptovalute sono prodotti finanziari.

Nota a Cass. Pen., Sez. II, 26 ottobre 2022, n. 44378.

Massima redazionale

La valuta virtuale deve essere considerata strumento di investimento perché consiste in un prodotto finanziario, per cui deve essere disciplinata con le norme in tema di intermediazione finanziaria (art. 94 ss. T.U.F.), le quali garantiscono attraverso una disciplina unitaria di diritto speciale la tutela dell'investimento; pertanto, chi eroga detti servizi è tenuto ad un innalzamento degli obblighi informativi verso il consumatore, al fine di consentire allo stesso di conoscere i contenuti dell'operazione economico-contrattuale e di maturare una scelta negoziale meditata.

[Qui la sentenza](#)

Profilatura del cliente al momento della conclusione del contratto-quadro: il principio di diritto statuito dalla Prima Sezione Civile della Cassazione.

Nota a Cass. Civ., Sez. I, 4 novembre 2022, n. 32631.

Massima redazionale

La Prima Sezione Civile, con la recente ordinanza in oggetto, ha statuito il seguente principio di diritto:

«L'obbligo di acquisizione da parte dell'intermediario delle informazioni richieste dall'art. 28 Reg. Consob n. 11522 del 1998 al fine di determinare la profilatura di rischio dell'investitore e la valutazione di adeguatezza delle singole operazioni deve essere adempiuto al momento della conclusione del contratto quadro, non potendo essere sostituito da informazioni disponibili provenienti da altri rapporti contrattuali salvo il caso in cui l'investitore stesso si sia rifiutato di fornire le notizie richieste e tale rifiuto risulti dal contratto quadro ovvero da apposita dichiarazione scritta.»

[Qui l'ordinanza](#)

Regole di condotta nello svolgimento dei servizi ed attività di investimento: principio di adeguatezza e di appropriatezza a confronto con l'attività pregressa del cliente-investitore. Quali incidenze e quali ripercussioni?

Nota ad ACF, 21 settembre 2022, n. 5862.

[di Lucia Carpinelli](#)

Avvocato

La decisione, oggetto del presente commento, ha ad oggetto la presunta violazione degli obblighi di condotta ed informativi posti in essere da un intermediario sottoposto a procedura di risoluzione *ex d. lgs. n. 180/2015*.

Nelle rimostranze sollevate dal ricorrente si rinvengono alcune questioni preliminari in rito come la legittimazione passiva dell'ente-ponte, che di fatto è subentrato nelle posizioni attive e passive dalla “vecchia banca” sottoposta a LCA. Sulla predetta eccezione l'Arbitro, in linea con le precedenti pronunce^[1], ha ritenuto sussistente la legittimazione passiva dell'ente-ponte in virtù del provvedimento di Banca d'Italia del 22 novembre 2015 con il quale è stato definito il perimetro dell'azienda bancaria ceduta alla Nuova Banca, da cui risulta che oggetto della cessione sono state tutte le situazioni giuridiche attive e passive facenti capo alla Vecchia Banca, eccezione fatta per quelle ivi espressamente escluse^[2]. Tale orientamento induce a ritenere che l'obiettivo opportunamente perseguito sia stato quello di “includere il più possibile” e di “escludere il meno possibile” dal perimetro oggetto della cessione, così da preservare la continuità aziendale, a fondamento della quale si pone indissolubilmente anche la continuità dei rapporti contrattuali (attivi e passivi) con la relativa clientela.

Tra le questioni di merito decise dal Collegio, invece, la tematica che suscita particolare interesse è quella relativa agli obblighi di condotta ed informativi a cui l'intermediario, che presta servizi e attività d'investimento, è tenuto; questa volta con un particolare *focus* sul profilo dell'adeguatezza e dell'appropriatezza degli investimenti alla luce delle operazioni pregresse realizzate dall'investitore, c.d. *trading history*.

Il ricorrente chiede la risoluzione per inadempimento del contratto di acquisto delle azioni e per effetto la condanna alla restituzione delle somme investite, di accertare e dichiarare la violazione degli obblighi incombenti sull'intermediario finanziario e per effetto condannare la Banca al risarcimento del danno subito; in ultima istanza e nella denegata ipotesi di rigetto di una delle due domande dichiarare la nullità degli acquisti di solo una parte dei titoli azionari.

L'intermediario ha evidenziato che l'operatività è stata eseguita sulla base del contratto-quadro regolarmente sottoscritto e consegnato all'investitore in conformità dell'art. 23 T.U.F.

La controversia esaminata dall'ACF si incentra sull'omessa valutazione di appropriatezza da parte della “vecchia Banca” sui titoli divenuti poi oggetto di contestazione (annualità 2009-2011), a fronte però di un questionario MIFID ed

una trading history del ricorrente attestanti l'esperienza e la conoscenza *inter alia* degli strumenti azionari ed ETF.

Appare opportuno soffermarsi, se pur brevemente, su due importanti profili, che sono rafforzati dalla MIFID II e posti a tutela del l'investitore *retail* in virtù di quella fisiologica asimmetria informativa che contraddistingue il rapporto tra intermediario e cliente.

Il riferimento è all'adeguatezza ed all'appropriatezza, valutazioni a cui l'intermediario è tenuto in determinate circostanze e vevoli come regole di condotta che devono essere osservate nel processo di intermediazione finanziaria al fine di garantire il corretto svolgimento dei servizi e delle attività di investimento, oltre che dei servizi accessori^[3].

Infatti, per lo svolgimento dei servizi di consulenza e di gestione di portafogli viene richiesta dalla normativa secondaria, un'ampia conoscenza del cliente e per effetto un'approfondita e dettagliata valutazione di adeguatezza di quest'ultimo rispetto alle possibili operazioni che lo stesso può realizzare.

La *ratio* di tale decisione è da individuarsi nel fatto che l'impresa di investimento, nel servizio di consulenza o gestione portafogli, gode di una discrezionalità tale da poter incidere sulla formazione della volontà negoziale dell'investitore.^[4]

Diversamente, in tutti gli altri servizi di investimento, è sufficiente una ridotta conoscenza del cliente, limitata di fatto alla sua consapevolezza ed esperienza riguardo al tipo specifico di strumento o di servizio proposto o richiesto, al fine di determinare se quest'ultimo risulti appropriato per il cliente o potenziale cliente.^[5]

La normativa, ad ogni modo, prevede una deroga al suddetto principio, ed è proprio su questa eccezione che si incentra la difesa dell'intermediario resistente.

Gli artt. 25, 4 comma T.U.F. e 43, 1 comma, lett. a), Reg. Intermediari, infatti, individuano nella modalità dell'*execution only*, l'unica eccezione ai principi posti a tutela del cliente *retail*. Solo in tale circostanza, infatti, "gli Stati membri autorizzano le imprese di investimento, quando prestano servizi di investimento che consistono unicamente nell'esecuzione o nella ricezione e trasmissione di ordini del cliente con o senza servizi accessori — esclusa la concessione di crediti o prestiti ex allegato I, sezione B 1 non consistenti in limiti di credito di prestiti, conti correnti e scoperti di conto già esistenti dei clienti — a prestare detti servizi di investimento ai loro clienti senza che sia necessario ottenere le informazioni o procedere alla determinazione di cui al paragrafo 3 quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) i servizi sono connessi ad uno dei seguenti strumenti finanziari: i) azioni ammesse alla negoziazione in un mercato regolamentato o in un mercato equivalente di un paese terzo o in un sistema multilaterale di negoziazione se si tratta di azioni di società e ad esclusione delle azioni di organismi di investimento collettivo diversi dagli OICVM e delle azioni che incorporano uno strumento derivato; ii) obbligazioni o altre forme di debito cartolarizzato, ammesse alla negoziazione in un mercato regolamentato o in un mercato equivalente di un paese terzo o in un sistema multilaterale di negoziazione, ad esclusione di quelle che incorporano uno strumento derivato o una struttura che rende difficile per il cliente comprendere il rischio associato; iii) strumenti del mercato monetario, ad esclusione di quelli che incorporano uno strumento derivato o una struttura che rende difficile per il cliente comprendere il rischio associato; iv) azioni o quote in OICVM ad esclusione degli OICVM strutturati di cui all'articolo 36, paragrafo 1, secondo comma, del regolamento (UE) n. 583/2010; L 173/410 IT

Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 12.6.2014 v) depositi strutturati, ad esclusione di quelli che incorporano una struttura che rende difficile per il cliente com prendere il rischio del rendimento o il costo associato all'uscita dal prodotto prima della scadenza; vi) altri strumenti finanziari non complessi ai fini del presente paragrafo. Ai fini della presente lettera, se i requisiti e la procedura stabiliti all'articolo 4, paragrafo 1, terzo e quarto comma, della direttiva 2003/71/CE sono rispettati, un mercato di un paese terzo è considerato equivalente a un mercato regolamentato. b) il servizio è prestato a iniziativa del cliente o potenziale cliente; c) il cliente o potenziale cliente è stato chiaramente informato che, nel prestare tale servizio, l'impresa di investimento non è tenuta a valutare l'appropriatezza dello strumento finanziario o del servizio prestato o proposto e che pertanto egli non beneficia della corrispondente protezione offerta dalle pertinenti norme di comportamento delle imprese. Tale avvertenza può essere fornita utilizzando un formato standardizzato; d) l'impresa di investimento rispetta i propri obblighi a norma dell'articolo 23."

Trattandosi di una deroga che incide fortemente sulla tutela dell'investitore *retail*, il legislatore ha sentito avvertito la necessità di dover prevedere in modo dettagliato e predeterminato i soli casi in cui l'intermediario finanziario è autorizzato ad utilizzare procedure semplificate, evitando così di ricorrere anche alla valutazione di appropriatezza.

Va da sé che, una previsione normativa così elaborata non consente alcun margine di modifica da parte degli intermediari, i quali si trovano a poter invocare la suddetta deroga al solo verificarsi contestuale delle quattro condizioni normativamente previste.

Nel caso di specie, invece, le condizioni previste per la fattispecie derogatoria non sembrano in alcun modo essersi configurate, anzi le stesse sono state di fatto sostituite "arbitrariamente" da evenienze di fatto, che hanno poi spinto l'Arbitro a propendere per il rigetto del ricorso.

Di talché, non si ritiene totalmente condivisibile il ragionamento logico-giuridico posto alla base della decisione assunta dal Collegio, in quanto l'omessa valutazione di appropriatezza da parte dell'intermediario sembrerebbe essere giustificata da fattori puramente collegati al caso concreto e non aderenti ai presupposti previsti dall'art. 25, 4 comma del TUF.

Tra questi, una forte incidenza è riconducibile alla natura degli strumenti, oggetto dell'operatività contestata, ed alla stretta connessione di questi con l'attività finanziaria pregressa del cliente. Difatti, il resistente pone l'attenzione sulla composizione delle azioni contestante, composte in parte da azioni collegate all'esercizio del diritto di opzione ed in parte a quello del diritto di prelazione.

Nel richiamare la disciplina civilistica, l'art. 2441 c.c. [6], rubricato diritto di opzione, stabilisce che "le azioni di nuova emissione e le obbligazioni convertibili in azioni devono essere offerte in opzione ai soci in proporzione al numero delle azioni possedute. Se vi sono obbligazioni convertibili il diritto di opzione spetta anche ai possessori di queste, in concorso con i soci, sulla base del rapporto di cambio". Presupposto logico, dunque, per l'esercizio di suddetto diritto è rappresentato dalla preventiva detenzione da parte dell'azionista delle medesime azioni della società.

Nel caso di specie, l'investitore era già in possesso di azioni analoghe, per cui con l'esercizio del diritto di opzione, la discrezionalità della vecchia Banca nell'offerta di azioni per l'aumento di capitale, risultava essere fortemente limitata.

La pregressa detenzione in portafoglio di azioni della medesima natura ha, quindi, consentito di far presupporre che l'investitore fosse adeguatamente informato già prima di aderire all'offerta di aumento di capitale.

Ma può questo aspetto essere una condizione necessaria e sufficiente per aggirare la deroga normativa prevista dal legislatore a tutela dell'investitore *retail*?

In verità e da un'attenta analisi della decisione, la *c.d.* trading history non sembrerebbe poter assurgere a condizione rimediabile in virtù del mancato adempimento degli obblighi informativi, che l'intermediario è in ogni caso tenuto a rispettare.

Specificamente, la Suprema Corte di Cassazione è concorde nel ritenere che *“a nulla rileva che l'investitore abbia già compiuto ulteriori operazioni di investimento; le informazioni, infatti, devono essere concrete e specifiche, come propriamente ritagliate sul singolo prodotto di investimento e devono essere trasmesse indipendentemente dalle peculiari caratteristiche dell'esperienza dell'investitore e di peso dell'investimento rispetto al patrimonio complessivamente investito”*^[7]

Da tanto ne consegue che, neppure l'ulteriore profilo invocato dal resistente, ovvero quello del documento informativo sottoposto al cliente al momento della stipula del contratto quadro, con il quale si dava atto della *“politica di esecuzione e trasmissione di ordini avente ad oggetto azioni del gruppo societario trattate in un mercato interno non regolamentato”*, possa rappresentare un valido strumento alternativo agli obblighi informativi, ai quali gli intermediari sono tenuti per ogni singola operazione richiesta dal cliente o possibile cliente.

Con questo particolare inciso, quindi, la vecchia Banca ha ritenuto di aver adeguatamente ottemperato all'obbligo informativo nei confronti del cliente o possibile cliente per tutte le operazioni future. Invero, anche questa impostazione sembrerebbe mal conciliarsi con l'impianto garantista che il legislatore ha previsto a tutela del cliente *retail*^[8].

L'Arbitro, invece discostandosi da dall'orientamento sopra richiamato, e pur rilevando l'assenza di una valutazione di ritiene che *“diversamente da quella di adeguatezza (che tuttavia nel caso in esame non era dovuta, giacché non è provata la prestazione di un servizio di consulenza) – la valutazione di appropriatezza implica esclusivamente un'analisi di coerenza dell'investimento con il livello di conoscenza ed esperienza in materia finanziaria vantato dal cliente. Orbene, nel caso di specie, in occasione degli investimenti del 2009 e 2011 la conoscenza degli strumenti azionari era dimostrata in re ipsa dalla presenza degli stessi titoli già da molti anni prima nel portafoglio del ricorrente, oltre ad essere stata comunque espressamente dichiarata dal ricorrente in occasione della sottoscrizione del questionario di profilatura.”*^[9]

La chiave di lettura riconosciuta alla trading history sembrerebbe essere quella di cartina di tornasole tutte le volte in cui che le condizioni previste dall'art. 25, 4 comma, T.U.F., non risultino ampiamente soddisfatte.

Appare di tutta evidenza che un principio di tale portata apre inevitabilmente la strada ad un variegato spettro di approfondimenti e valutazioni da parte della dottrina e della giurisprudenza, non potendosi, *sic et simpliciter*, ritenere correttamente adempiuto l'obbligo informativo previsto per legge mediante il suppletivo ricorso dell'intermediario alla trading history del cliente.

Diversamente, un riconoscimento così incisivo sia delle operazioni pregresse dell'investitore che del *set* informativo reso in sede di stipula del contratto quadro

per tutte le operazioni future, finirebbe ad assurgere per l'Arbitro ad elemento indiziario nella valutazione delle condotte poste in essere dall'intermediario e per l'intermediario stesso a prova presuntiva laddove quest'ultimo riuscisse a fornire elementi probatori chiari, precisi e concordanti.

[1] *Ex multis* ACF, n. 5833/22; ACF n. 2287/2020; ACF n. 165/2018.

[2] Provvedimento Banca d'Italia del 22 novembre 2015: “Fatto salvo quanto previsto al successivo punto 2, tutti i diritti, le attività e le passività costituenti l'azienda bancaria della banca in risoluzione, ivi compresi i 6 diritti reali sui beni mobili e immobili, i rapporti contrattuali e i giudizi attivi e passivi, incluse le azioni di responsabilità, risarcitorie e di regresso, in essere alla data di efficacia della cessione, sono ceduti, ai sensi degli artt. 43 e 47 del d.lgs. 180/2015, all'ente ponte”; il successivo punto 2: “Restano esclusi dalla cessione.... soltanto le passività, diverse dagli strumenti di capitale, come definiti dall'art. 1, lettera ppp) del d.lgs. n. 180/2015, in essere alla data di efficacia della cessione, non computabili nei fondi propri, il cui diritto al rimborso del capitale è contrattualmente subordinato al soddisfacimento di tutti i creditori non subordinati dell'ente in risoluzione”

[3] Gaffuri – “La valutazione dell'adeguatezza e dell'appropriatezza di strumenti finanziari e servizi di investimento.” – Il Caso.it – doc. 128/08.

[4] Art. 41 del Reg. Intermediari, aggiornato con delb. N. 22430/22.

[5] Art. 42 del Reg. Intermediari, aggiornato con delb. N. 22430/22.

[6] Della Tommasina, *La produzione e la distribuzione di strumenti finanziari (tra servizi di investimento esecutivi, aumenti di capitale senza consulenza e derivati over the counter)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2021, p. 262, sul punto evidenzia che l'aumento di capitale, non escludendo né limitando il diritto di opzione, non risponde a scelte di natura commerciale in quanto in tale operazione la discrezionalità dell'intermediario è azzerata dal disposto dell'art. 2441 c.c. Ne discende, quindi, la necessità di programmare canali di distribuzione vincolati al regime di appropriatezza, l'unico che consente un'interazione non conflittuale tra le regole societarie e la disciplina del mercato finanziario, preservando la libertà di autodeterminazione dell'investitore e garantendo al contempo un'istruzione adeguata del suo “profilo”.

[7] *Ex multis* Cass. Civ. n. 3914/2018; Cass. Civ. 16318/2017; Cass. Civ. n. 8619/2017; Cass. Civ. n. 20617/2017.

[8] Un risalente filone della Giurisprudenza di legittimità ha sostenuto il principio secondo cui l'obbligo informativo posto a carico dell'intermediario abbia la funzione di orientare il cliente nelle scelte di investimento realmente consapevoli per cui, violando gli obblighi informativi si ingeneri una presunzione di riconducibilità dell'operazione a tale inadempimento. L'intermediario potrà vincere tale presunzione provando l'interruzione del nesso causale ma a ciò non potrà contribuire una generica propensione al rischio desunta da scelte intrinsecamente rischiose pregresse.

[9] ACF, n. 4514/21.

[Qui la decisione](#)

Diritto societario e crisi d'impresa

Crisi da sovraindebitamento: la Banca è responsabile ex art. 124bis TUB per aver omesso di valutare il merito creditizio del debitore.

Nota a Trib. Lecce, Sez. III, 28 marzo 2022.

[di Beatrice Capoccia](#)

Studio Legale Greco Gigante & Partners

Nel caso in commento, il Giudice – in applicazione del riformato art. 12 *bis*, comma 3 *bis*, legge n. 3/2012 – ha omologato il piano falciando l’ammontare complessivo del credito nella misura del 66% e rigettando le contestazioni avanzate dalla banca creditrice che, al momento della concessione del finanziamento, non ha provveduto alla verifica del merito creditizio della debitrice ex art. 124 *bis* D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (d’ora innanzi, TUB). Tale previsione, infatti, nel solco del principio del “prestito responsabile”, impone al finanziatore di procedere ad una verifica preventiva circa la effettiva sostenibilità del finanziamento attraverso le informazioni ricevute dal consumatore ovvero avvalendosi di banche dati pertinenti.

Più in particolare, il Giudice ha ritenuto che le risultanze documentali in atti potessero far ritenere “*come lo stato di crisi finanziaria ed economica del debitore, e quindi lo stato di bisogno del medesimo, poteva essere a conoscenza degli Istituti Finanziatori attraverso la semplice interrogazione della banca dati pubblica Crif*”, assodato che in capo all’ente finanziatore vi è “*l’onere di vagliare la posizione finanziaria di colui che richiede l’accesso al finanziamento non potendo, poi, in caso di inadempimento di quest’ultimo, far valere la situazione di difficoltà economica in cui versava già al momento della stipula del contratto di finanziamento*” [1].

In un caso non dissimile, tra l’altro, il Tribunale di Lecce ha ritenuto che la sussistenza di una segnalazione a sofferenza in Centrale dei rischi rappresentasse una presunzione *iuris tantum* della illegittimità delle condotte poste in essere dall’istituto di credito; con la conseguenza che, il debitore che eccepisce l’inammissibilità del reclamo per violazione dell’art. 124 TUB sulla scorta di una segnalazione a sofferenza, sarà sgravato dall’onere di allegare ulteriori circostanze idonee a dimostrare la colpevolezza dell’istituto di credito, sul quale invece ricadrà l’onere di rappresentare e provare la propria diligenza [2].

Per la valorizzazione della diligenza del creditore depono, altresì, il nuovo Codice della Crisi di Impresa e dell’Insolvenza (CCII) che, all’art. 68, terzo comma, prevede che l’OCC nella sua relazione debba indicare anche se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore, valutato in relazione al suo reddito disponibile, dedotto l’importo necessario al mantenimento di un dignitoso tenore di vita.

Tra le conseguenti sanzioni attivabili in capo al creditore che abbia violato siffatto obbligo, vi è la norma di cui all’art. 69, co. 2, secondo la quale il creditore che ha colpevolmente determinato la situazione di indebitamento o il suo aggravamento o che ha violato i principi di cui all’art. 124 *bis* del TUB, non può presentare

opposizione o reclamo in sede di omologa, anche se dissenziente, né far valere cause di inammissibilità che non derivino da comportamenti dolosi del debitore.

In conclusione, in merito alle osservazioni della banca creditrice circa l'eccessiva falcidia del credito, pacificamente chirografario, il Giudice osserva che la percentuale del 34,00% del credito vantato rappresenta una *“misura ragionevole di soddisfazione del credito”*, atteso che, nella valutazione canoni dettati dalla legge n. 3/2012, è necessario contemperare *“lo sforzo economico profuso dal debitore e le alternative concrete al piano, nell'interesse non solo del debitore ma anche del ceto creditorio”*.

[1] Conforme, tra le altre, Tribunale Messina 20 dicembre 2021, ove si legge: *“Pertanto, nella valutazione della meritevolezza non può solo guardarsi alla condotta del debitore che, al fine di far fronte alla sua situazione debitoria e ad esigenze anche sopravvenute, assume ulteriori obbligazioni, dovendosi anche avere riguardo alla diligenza del creditore e al rispetto da parte di questi del precetto di cui all'art. 124 bis TUB, norma posta a presidio sia di interessi privatistici a tutela del consumatore, sia di interessi pubblicistici connessi al mercato creditizio. Sicché l'assenza di colpa del consumatore nella determinazione del proprio sovraindebitamento può essere desunta dalla positiva valutazione, a monte, del c.d. merito creditizio da parte del soggetto finanziatore”*.

[2] V. CASTAGNOLI E., *Valutazione del merito creditizio e carattere presuntivo delle segnalazioni in Centrale dei Rischi*, in *ilFallimentarista.it*, 2021.

[Qui la sentenza](#)

Composizione negoziata crisi d'impresa: presupposti della proroga delle misure protettive e andamento favorevole delle trattative.

Nota a Trib. Padova, Sez. I, 12 ottobre 2022.

[DI TULLIO CHIEREGO](#)

STUDIO LEGALE MIGLIORINI

[DI VALERIA SCATTOLIN](#)

FONTANA BACCO SAVIO & PARTNERS

Nell'ambito del procedimento di composizione negoziata della crisi, valorizzato il parere dell'esperto in ordine all'effettiva disponibilità dei creditori strategici allo svolgimento delle trattative e alla prosecuzione delle stesse nella prospettiva del risanamento, è ammissibile la richiesta di proroga dell'efficacia delle misure protettive per ulteriori centoventi giorni dalla scadenza del termine originariamente fissato, in attesa di poter verificare i risultati ragionevolmente attesi nella gestione dell'impresa e quindi definire in maniera specifica le conseguenti soluzioni per il risanamento.

[Qui il provvedimento](#)

Il contratto di mutuo funzionale all'acquisto dell'azienda, se ceduta, non va ammesso al passivo.

Nota a Cass. Civ., Sez. I, 24 ottobre 2022, n. 31313.

[di Monica Mandico](#)

Mandico & Partners

Il contratto di mutuo per l'acquisto dell'azienda, non può dirsi inerente all'esercizio dell'azienda, perché è volto all'acquisizione di essa, e perciò si configura come atto di organizzazione, che, secondo autorevole dottrina, va distinto dall'atto dell'organizzazione, al fine di scongiurare l'indiscriminata assimilazione dell'attività organizzativa a quella di produzione organizzata (traccia di questa distinzione v'è in Cass. n. 15769/04, secondo cui in mancanza di apparato aziendale anche atti preparatori possono segnare l'effettivo esercizio dell'attività d'impresa, purché, però, permettano di individuare l'oggetto dell'attività e il suo carattere commerciale, come nel caso del mercante d'arte che acquisti, per la rivendita, numerose opere d'arte, e svolga attività promozionali). Questa distinzione risalta viepiù nella specie, poiché si ha riguardo a un imprenditore individuale, che assume la qualifica, ai fini civilistici, solo in conseguenza dell'esercizio effettivo dell'attività (Cass. n. 23157/18; n. 6968/19), anche di là dalla mera titolarità del compendio aziendale e del numero di partita iva. La titolarità statica dell'azienda si distingue, difatti, dall'esercizio dinamico dell'impresa, al punto che, al cospetto di una pluralità di contitolari dell'azienda, non si esclude la possibilità che solo uno di essi assuma l'effettiva gestione dell'attività commerciale, e la correlativa veste imprenditoriale, mentre un altro ne resti estraneo e si limiti a conservare il diritto dominicale spettantegli pro quota sui beni aziendali (Cass. n. 4986/97). Ne deriva che gli obblighi che si trasferiscono in capo all'acquirente sono quelli che il venditore si è assunto in quanto imprenditore (Cass. n. 5495/01). Posto, dunque, che sia l'art. 2558, sia l'art. 2560 c.c. riguardano l'esercizio dinamico dell'impresa, da entrambe le norme evocato, il contratto di mutuo, che esula da quest'ambito, è estraneo alla sfera di applicazione della successione e nel contratto, e nel debito da esso scaturente.

[Qui l'ordinanza](#)

Zibaldone

Possibilità di sequestro conservativo su beni del condebitore.

Nota a Trib. Reggio Emilia, 26 settembre 2022.

Massima redazionale

Il debitore solidale può ottenere sequestro conservativo sui beni del condebitore verso il quale intende agire in regresso, solo ove abbia effettuato il pagamento, ovvero sia stato evocato in giudizio per ottenere il pagamento da parte del creditore.

[Qui l'ordinanza](#)

Improcedibilità della domanda per incompetenza (territoriale) dell'Organismo di conciliazione.

Nota a Trib. Grosseto, 29 novembre 2022, n. 734.

[di Alessia Albanese](#)

Praticante Avvocato e borsista di ricerca presso Unisalento

La sentenza di cui in commento attesta l'improcedibilità della domanda giudiziale essendo stata preceduta da un tentativo di mediazione svoltosi presso un organismo di conciliazione incompetente per territorio per la causa di merito.

Preliminarmente occorre evidenziare che la domanda di mediazione presentata unilateralmente dinanzi ad un organismo che non ha competenza territoriale, non produce effetti e, dunque, deve essere dichiarata improcedibile. Difatti, l'art. 84 D.L. 69/2013 – convertito con modificazioni dalla Legge 9 agosto 2013 n.98 – prevede che l'istanza di mediazione va presentata mediante deposito presso un organismo nel luogo del giudice competente per la controversia, ponendo una corrispondenza tra luogo della mediazione e luogo del giudizio.

Nel caso di specie, la società attrice ha instaurato il procedimento di mediazione presso la sede secondaria di Napoli dell'organismo accreditato presso il Ministero della Giustizia, con ciò derogando alla suindicata regola di competenza territoriale, né risultando convenute dalle parti né essendo documentate clausole derogatorie alla competenza territoriale ed avendo la banca convenuta tempestivamente eccepito il difetto di competenza territoriale dell'organismo di mediazione già in sede di invito alla mediazione.

Non sono state neppure accolte le ragioni di parte attrice di ritenere effettivamente svolta la mediazione fondate sulla circostanza che l'organismo di mediazione in questione fosse accreditato su tutto il territorio nazionale, in quanto l'invito alla procedura di mediazione è stato formulato per un incontro presso la sede napoletana dell'organismo prescelto, a nulla rilevando che lo stesso abbia sedi presso tutto il territorio nazionale, né che la mediazione sia stata svolta con modalità telematica in quanto tale modalità è rimessa alla volontà di chi è chiamato e non strumentalmente utilizzabile da chi introduce il procedimento per derogare al disposto dell'art. 4 trattandosi, infatti, di mera modalità di svolgimento dell'incontro che non può incidere – vanificandola- sulla regola di competenza.

Per questi motivi il Tribunale di Grosseto dichiara l'improcedibilità della domanda condannando la società attrice a rimborsare alla banca convenuta le spese processuali, oltre al rimborso forfettario delle spese generali come per legge.

[Qui la sentenza](#)

Validità del precetto e avvertimento di poter ricorrere alla procedura di sovraindebitamento: la sentenza della Cassazione.

Nota a Cass. Civ., Sez. III, 26 luglio 2022, n. 23343.

Massima redazionale

Con la recente sentenza in oggetto, la Terza Sezione Civile ha statuito il seguente principio di diritto:

«L'omissione dell'avvertimento di cui all'art. 480, comma 2, secondo periodo c.p.c. (introdotto dall'art. 13, comma 1, lett. a), del d.l. n. 83 del 2015, conv. in legge n. 132 del 2015) – che prescrive che il creditore precettante debba informare il debitore intimato dell'opportunità di proporre una procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento di cui alla legge n. 3 del 2012 – costituisce mera irregolarità e non determina la nullità del precetto, giacché la nuova disposizione non commina espressamente tale sanzione, né essa è altrimenti desumibile, la novella non essendo posta a presidio della posizione processuale del debitore, bensì avendo soltanto l'obiettivo di promuovere o stimolare un più massiccio ricorso a dette nuove procedure.».

[Qui la sentenza](#)

Ammissibilità dell'azione revocatoria ordinaria e qualificazione quale “atto dispositivo pregiudizievole” dell'atto di scissione in frode ai creditori.

Nota a Cass. Civ., Sez. III, 14 ottobre 2022, n. 30184.

[di Alessio Buontempo](#)

Praticante Avvocato

La Suprema Corte di Cassazione ha avuto occasione di pronunciarsi nuovamente sul tema confermando ancora una volta l'ammissibilità dell'azione revocatoria ordinaria dell'atto di scissione, anche nelle ipotesi di concorso con l'opposizione preventiva dei creditori sociali *ex art. 2503 cod. civ.*

In particolare la Suprema Corte dopo aver ritenuto in parte inammissibili e in parte infondati i motivi di ricorso presentati dal ricorrente avverso sentenza della Corte d'Appello di Milano, ricorda che la stessa aveva già avuto modo di affermare che in conformità alla recente pronuncia della Corte di Giustizia, 30/01/2020, C-394/18^[1], sia senz'altro ammissibile l'azione revocatoria dell'atto di scissione societaria seppur in concorso con l'opposizione preventiva dei creditori sociali^[2] nonostante la costante presenza dell'opinione opposta di parte della giurisprudenza di merito e della dottrina.

Si sottolinea come l'accoglimento della tesi della revocabilità dell'atto di scissione sia di rilievo in quanto costituisce rimedio diretto alla dichiarazione di inefficacia dell'atto che rende opponibile lo stesso al solo creditore a questi fini pregiudicato, diversamente dalla previsione di cui all'art. 2503 cod. civ. diretta a dichiararne la invalidità per nullità o annullamento, la quale si ritiene costituire uno strumento aggiuntivo per i creditori e non sostitutivo dell'azione revocatoria ordinaria, a fronte di atti societari in cui vi si ricomprende, anche in via indiretta e mediata, qualsiasi attribuzione patrimoniale a sua volta indiretta.

Ritenendo a tal fine: a) non decisiva la questione della natura traslativa o solo organizzativa della scissione; b) che la revocatoria *ex art. 2901* abbia un diverso ambito di rilevanza rispetto a quello *ex art. 2504 quater*, co 3^[3], in quanto la prima riguarda l'inefficacia e la seconda la validità; c) la strumentalità dell'azione revocatoria ai fini della attuazione della responsabilità sussidiaria di cui all'art. 2506 *quater*, co. 3, e della autonoma e specifica utilità dell'azione revocatoria rispetto alla tutela della responsabilità sussidiaria, in quanto il creditore vittorioso in revocatoria ha prelazione sul valore del bene in fase di esecuzione sia nei confronti del terzo revocato che dei creditori di quest'ultimo; d) e infine la diversità del pregiudizio che deriva dall'atto di scissione ai sensi dell'art. 2504 *bis*, co. 1, cod. civ. per cui la società che risulta dalla stessa assume diritti e obblighi delle società che voi hanno dato luogo, proseguendo in tutti i loro rapporti, compresi quelli processuali, anteriori.

Detti principi, che hanno trovato conferma anche nella pronuncia della Corte di Giustizia sopra citata, sono stati pienamente applicati dalla sentenza di merito impugnata dal ricorrente, per cui la Suprema Corte concorda sul fatto che si tratti, con riguardo all'atto di scissione di “un atto dispositivo” tale da rientrare

nell'ambito di applicazione degli atti revocabili *ex art. 2901 cod. civ.* “*dovendo ritenersi che la scissione costituisca una fattispecie complessa a formazione progressiva diretta a modificare la struttura della società anche mediante l'assegnazione alla beneficiaria di tutto o di una parte del patrimonio della scissa*”, e in secondo luogo ritiene che la revocabilità dell'atto di scissione non sia in grado di impattare sulla stabilità e certezza dei relativi atti societari, in quanto non ogni scissione è suscettibile di revocatoria ma solo quelle operazioni il cui effetto traslativo abbia comportato un consapevole depauperamento della garanzia patrimoniale, limitandosi esclusivamente alle scissioni in frode ai creditori, ossia finalizzate ad eludere la garanzia patrimoniale degli stessi.

[1] La Corte di Giustizia UE risolvendo delle questioni pregiudiziali in materia di revocatoria ordinaria della scissione ritiene che né l'opposizione consentita prima della conclusione della procedura, né le regole sulla nullità impediscano ai creditori l'esercizio di una azione revocatoria ordinaria ove ne sussistano i presupposti. Di fatto tale azione non compromette affatto la validità della scissione ma si limita a far sì che la stessa risulti inefficace verso i creditori che l'hanno esercitata. Viene sottolineato così che una azione *ex art. 2901 cod. civ.* ha l'obiettivo di rendere inefficace il trasferimento di patrimonio, non di determinare l'estinzione della società beneficiaria di esso. Inoltre, viene posto in evidenza che la responsabilità solidale delle beneficiarie non è rimedio equivalente alla revocatoria: se così non fosse, il diritto comunitario non prenderebbe in considerazione gli interessi dei creditori e non gli consentirebbe, quanto meno, di ottenere garanzie nelle ipotesi in cui la scissione possa pregiudicarli.

[2] Si veda Cass., 6/5/2021, n. 12047; Cass., 29/1/2021, n. 2153.

[3] Il quale prevede che “*ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico*”.

[Qui l'ordinanza](#)

Inoppugnabilità per cassazione dell'ordinanza di inammissibilità dell'appello ex art. 348 ter c.p.c.

Nota a Cass. Civ., Sez. I, 29 novembre 2022, n. 35118.

[di Virginia Troianelli](#)

Tirocinante ACF

Nel caso in esame il ricorrente ha proposto ricorso avverso l'ordinanza ex 348 ter c.p.c. della Corte d'Appello che aveva dichiarato inammissibile l'impugnazione della sentenza di primo grado in cui il Tribunale aveva respinto tutte le domande attoree circa l'accertamento dell'usura sopravvenuta nel rapporto di conto corrente.

Secondo i giudici della Suprema Corte, il ricorso è inammissibile dal momento che, anche alla luce di quanto affermato dalle Sezioni Unite con sentenza n.1914 del 2016, non è effettivamente proponibile ricorso per cassazione, ordinario o straordinario ex art. 111, co.7, Cost., avverso l'ordinanza ex 348ter c.p.c. di inammissibilità dell'appello, essendo la stessa stata adottata per mancanza di ragionevole probabilità di accoglimento del gravame.

In particolare, la pronuncia del 2016 ha chiarito che avverso il c.d. filtro in appello (introdotto dall'art.54 d.l.83/2012, conv. con modifiche dalla l. n. 134/2012) è proponibile ricorso straordinario per cassazione limitatamente ai suoi vizi propri costituenti violazioni della legge processuale (artt. 348bis e 348ter c.p.c.), avendo l'ordinanza, negli altri casi, natura decisoria e definitiva.

Successivamente le stesse S.U. hanno precisato che la decisione sull'inammissibilità dell'appello per ragioni processuali, seppur adottata con ordinanza, è impugnabile con ricorso ordinario per cassazione trattandosi, nella sostanza, di una sentenza di carattere processuale (solo in rito) e, come tale, non contenente alcun giudizio prognostico negativo sulla fondatezza, nel merito, del gravame.

La Cassazione ha poi continuato ad esprimersi sull'argomento, specificando che l'ordinanza ex 348ter c.p.c. non è impugnabile con ricorso per cassazione quando confermi le statuizioni di primo grado pur se attraverso proprie argomentazioni o un percorso argomentativo "parzialmente diverso" da quello seguito nella pronuncia impugnata, "non configurandosi, in tale ipotesi, una decisione fondata su una *ratio decidendi* autonoma e diversa né sostanziale né processuale" (cfr. Cass. n. 23334/2019, n. 13835/2019, n. 26915/2020).

Alla luce di quanto esposto, la I Sez. Civ. della Cassazione ha dichiarato che, in presenza di un'ordinanza ex 348 ter c.p.c. emanata correttamente a conferma della sentenza di primo grado e destituente di fondamento l'appello, l'unico rimedio esperibile nel caso di specie consisteva proprio nell'impugnazione della sentenza di primo grado.

Procura speciale per il ricorso in Cassazione: la sentenza delle Sezioni Unite.

Nota a Cass. Civ., Sez. Un., 9 dicembre 2022, n. 36057.

Massima redazionale

Le Sezioni Unite Civili hanno statuito il seguente principio di diritto:

«A seguito della riforma dell'art. 83 cod. proc. civ. disposta dalla legge n. 141 del 1997, il requisito della specialità della procura, richiesto dall'art. 365 cod. proc. civ. come condizione per la proposizione del ricorso per cassazione (del controricorso e degli atti equiparati), è integrato, a prescindere dal contenuto, dalla sua collocazione topografica; nel senso che la firma per autentica apposta dal difensore su foglio separato, ma materialmente congiunto all'atto, è in tutto equiparata alla procura redatta a margine o in calce allo stesso. Tale collocazione topografica fa sì che la procura debba considerarsi conferita per il giudizio di cassazione anche se non contiene un espresso riferimento al provvedimento da impugnare o al giudizio da promuovere, purché da essa non risulti, in modo assolutamente evidente, la non riferibilità al giudizio di cassazione; tenendo presente, in ossequio al principio di conservazione enunciato dall'art. 1367 cod. civ. e dall'art. 159 cod. proc. civ., che nei casi dubbi la procura va interpretata attribuendo alla parte conferente la volontà che consenta all'atto di produrre i suoi effetti».

**Sezioni Unite Civili – Sulla possibilità di “sanare”
l’inesistenza o la mancanza in atti della procura alla lite ex art.
182, co. 2, c.p.c.**

Nota a Cass. Civ., Sez. Un., 21 dicembre 2022, n. 37434.

Massima redazionale

Le Sezioni Unite Civili, con la recentissima sentenza in oggetto, hanno statuito il seguente principio di diritto:

«Il vigente art. 182, comma secondo, cod. proc. civ., non consente di “sanare” l’inesistenza o la mancanza in atti della procura alla lite».

Tutela della famiglia o richiamo alla coerenza? Nota alla sentenza della Corte Costituzionale in tema di IMU e “abitazione principale”.

Nota a Corte Cost., 13 ottobre 2022, n. 209.

Massima redazionale

Sono costituzionalmente illegittimi gli artt. art. 13, comma 2, quarto periodo, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 (Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, nella legge 22 dicembre 2011, n. 214, come modificato dall'art. 1, comma 707, lettera b), della legge 27 dicembre 2013, n. 147, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2014)», nella parte in cui stabilisce: «[p]er abitazione principale si intende l'immobile, iscritto o iscrivibile nel catasto edilizio urbano come unica unità immobiliare, nel quale il possessore e il suo nucleo familiare dimorano abitualmente e risiedono anagraficamente», anziché disporre: «[p]er abitazione principale si intende l'immobile, iscritto o iscrivibile nel catasto edilizio urbano come unica unità immobiliare, nel quale il possessore dimora abitualmente e risiede anagraficamente», nonché, in via consequenziale, l'art. 1, comma 741, lettera b), primo periodo, della legge 27 dicembre 2019, n. 160 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022), nella parte in cui stabilisce: «per abitazione principale si intende l'immobile, iscritto o iscrivibile nel catasto edilizio urbano come unica unità immobiliare, nel quale il possessore e i componenti del suo nucleo familiare dimorano abitualmente e risiedono anagraficamente», anziché disporre: «per abitazione principale si intende l'immobile, iscritto o iscrivibile nel catasto edilizio urbano come unica unità immobiliare, nel quale il possessore dimora abitualmente e risiede anagraficamente»

Sono parimenti illegittime (in via consequenziale) altre disposizioni che nella parte in cui, ai fini del riconoscimento della relativa agevolazione, definisce quale abitazione principale quella in cui si realizza la contestuale sussistenza del duplice requisito della residenza anagrafica e della dimora abituale non solo del possessore, ma anche del suo nucleo familiare, violano l'art. 3 Cost., determinando un'irragionevole, ingiustificata, contraddittoria e incoerente disparità di trattamento «fondata su un neutro dato geografico [...] a parità di situazione sostanziale» tra il possessore componente di un nucleo familiare residente e dimorante in due diversi immobili dello stesso comune e quello il cui nucleo familiare, invece, risiede e dimora in distinti immobili ubicati in comuni diversi, nonché : la «parità dei diritti dei lavoratori costretti a lavorare fuori dalla sede familiare» (artt. 1, 3, 4 e 35 Cost.); il «diritto alla parità dei contribuenti coniugati rispetto a partner di fatto» (artt. 3, 29 e 31 Cost.); i principi di capacità contributiva e progressività dell'imposizione (art. 53 Cost.); la famiglia quale società naturale (art. 29 Cost.); l'«aspettativa rispetto alle provvidenze per la formazione della famiglia e [l']adempimento dei compiti relativi» (art. 31 Cost.); infine, la tutela del risparmio (art. 47 Cost.).

Il diritto vivente ha ritenuto che per fruire del beneficio in riferimento a una determinata unità immobiliare sia necessario che «tanto il possessore quanto il suo nucleo familiare non solo vi dimorino stabilmente, ma vi risiedano anche anagraficamente» (Corte di cassazione, ordinanza n. 4166 del 2020; ribadita in ordinanze n. 17408 del 2021 e n. 4170 del 2020): l'esenzione è stata quindi subordinata alla contestuale residenza e dimora unitaria del contribuente e del suo nucleo familiare.

Ma, in tal modo, nel ricollegare l'abitazione principale alla contestuale residenza anagrafica e dimora abituale del possessore e del nucleo familiare si viene a riconoscere il diritto all'esenzione IMU (o alla doppia esenzione) solo in caso di «frattura del rapporto di convivenza tra i coniugi» e conseguente «disgregazione del nucleo familiare», in senso antitetico alla tutela della famiglia, anche perché, in caso di residenze e dimore abituali disgiunte, una coppia di fatto godrebbe di un doppio beneficio, che risulterebbe invece precluso, senza apprezzabile motivo, a quella unita in matrimonio o unione civile.

In un contesto come quello attuale, infatti, caratterizzato dall'aumento della mobilità nel mercato del lavoro, dallo sviluppo dei sistemi di trasporto e tecnologici, dall'evoluzione dei costumi, è sempre meno rara l'ipotesi che persone unite in matrimonio o unione civile concordino di vivere in luoghi diversi, ricongiungendosi periodicamente, ad esempio nel fine settimana, rimanendo nell'ambito di una comunione materiale e spirituale.

Nel nostro ordinamento costituzionale non possono trovare cittadinanza misure fiscali strutturate in modo da penalizzare coloro che, così formalizzando il proprio rapporto, decidono di unirsi in matrimonio o di costituire una unione civile.

[Qui il comunicato](#)

Allegato I

The logo consists of the letters 'DR' in white, set against a red diamond shape with a white border. The diamond is tilted and has a white arrow-like shape pointing to the right, partially overlapping the letters.

DR

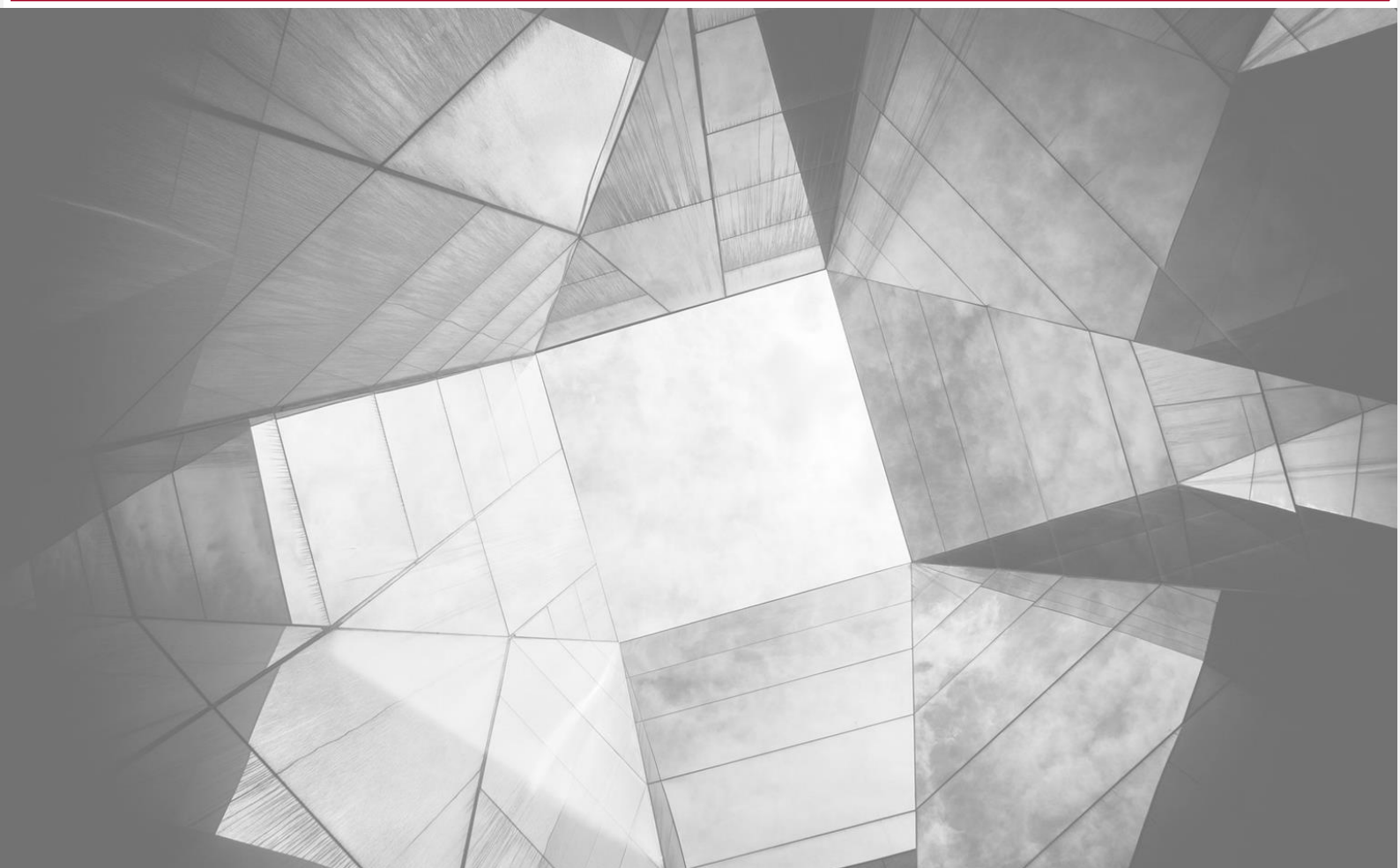
Diritto del
Risparmio



ATTI DEL CONVEGNO

**“Contrattualistica bancaria, finanziaria e assicurativa:
tutele, sviluppi e prospettive”**

Lecce, Aula Magna della Corte d'Appello -24 giugno 2022

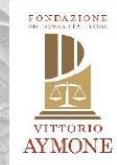




UNIVERSITÀ
DEL SALENTO



DIPARTIMENTO
di SCIENZE GIURIDICHE



DR
Diritto del
Risparmio

Contrattualistica bancaria, finanziaria e assicurativa: tutele, sviluppi e prospettive.

VENERDÌ 24 GIUGNO 2022, ORE 15.30
LECCE – AULA MAGNA DELLA CORTE D'APPELLO

SALUTI ISTITUZIONALI

Dott. Lanfranco VETRONE (*Presidente Corte d'Appello di Lecce*)

Prof. Avv. Antonio DE MAURO (*Presidente dell'Ordine degli Avvocati di Lecce*)

Prof. Luigi MELICA (*Direttore Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Unisalento*)

INTRODUCE

Dott.ssa Ida CUBICCIOTTI (*Referente Formazione Decentrata SSM*)

MODERA:

Prof. Avv. Fernando GRECO (*Direttore Master in "Banking, Financial and Insurance Law"*)

INTERVENGONO

Dott.ssa Margherita CARTECHINI (Servizio Tutela individuale dei clienti – Banca d'Italia)
La tutela del cliente a prova di futuro: giustiziabilità dei presidi rimediali.

Prof. Avv. Emanuele LUCCHINI GUASTALLA (Ordinario di Diritto Privato - Università Bocconi)
Credit protection e assicurazione sulla vita.

Prof. Avv. Giuseppe GUIZZI (Ordinario di Diritto Commerciale – Università di Roma "Tor Vergata")
La contrattualistica alla prova delle nuove forme di intermediazione finanziaria.

Dott. Luigi SCOPANO (Segreteria tecnica dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie)
L'informazione contrattuale e la conoscenza dell'investitore nell'intermediazione finanziaria.

Dott.ssa Adele FERRARO (Cons. Corte d'Appello di Lecce)
Il cliente "alla prova": analisi dei profili probatori e processuali

L'evento è stato realizzato nell'ambito dell'attività dell'Unità di Ricerca in "Business Law and Economics", istituita presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università del Salento.

COMITATO SCIENTIFICO: Prof. Avv. Fernando Greco – Dott.ssa Ida Cubicciotti – Avv. Raffaele Cappiello.

COMITATO ORGANIZZATORE: Avv. Antonio Zurlo – Avv. Laura Albanese – Avv. Marco Chironi.

L'evento è accreditato dal COA di Lecce per n. 4 crediti formativi. L'attribuzione dei crediti sarà effettuata agli iscritti su RICONOSCO, che vidimeranno il tesserino in ingresso e in uscita.

**L’INFORMAZIONE CONTRATTUALE E LA CONOSCENZA
DELL’INVESTITORE
NELL’INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA.**

**A cura del Dott. Luigi SCOPANO (Segreteria tecnica dell’Arbitro per le
Controversie Finanziarie)**

L’informativa contrattuale e la conoscenza dell’investitore rivestono una grande importanza all’interno delle regole di settore che mirano a disciplinare la relazione tra intermediario e cliente. In proposito, basti considerare che l’informativa contrattuale ha come finalità quella di mettere l’investitore in condizioni di assumere decisioni di investimento consapevoli, in quanto – appunto – informate. La conoscenza dell’investitore, dal canto suo, costituisce il presupposto indispensabile per la corretta attuazione, da parte dell’intermediario, di quelle che sono state definite le regole di condotta “caratterizzanti” la prestazione dei servizi di investimento, vale a dire quei controlli di coerenza (differentemente modulati a seconda della tipologia di servizio prestato) che l’intermediario è chiamato a compiere tra la singola operazione e il profilo finanziario dell’investitore stesso, la cui conoscenza – appunto – ne costituisce un presupposto essenziale.

Gli obblighi imposti agli intermediari in materia di informativa contrattuale e conoscenza dell’investitore meritano inoltre una particolare attenzione anche perché la loro violazione rappresenta indubbiamente il motivo di doglianza più frequentemente contenuto nei ricorsi che gli investitori presentano all’Arbitro per le Controversie Finanziarie e, quindi, il momento in cui, almeno nella

percezione degli investitori che si rivolgono all’ACF, entra più spesso in crisi la relazione con l’intermediario di riferimento.

Partendo dall’informativa contrattuale, può anzitutto rilevarsi che – nella relazione intermediario/cliente – sono individuabili dei passaggi in cui l’ordinamento attribuisce alla “forma” un ruolo importante anche in un’ottica di trasparenza. Basti pensare, ad esempio, al requisito di forma scritta previsto a pena di nullità per i contratti quadro per la prestazione della maggior parte dei servizi di investimento, in cui la forma assume – anche in funzione informativa – una connotazione composita; comprensiva, cioè, non solo della forma scritta del contratto ma anche della consegna del relativo documento. Vi sono poi alcuni tipi di informazioni (ad esempio, informazioni generali sull’intermediario stesso e sui servizi prestati, descrizione delle misure adottate per assicurare la protezione degli strumenti finanziari e dei fondi detenuti dal cliente presso l’intermediario, descrizione della politica sui conflitti di interessi adottata dall’intermediario, descrizione generale della natura e dei rischi degli strumenti finanziari) che, per loro natura, sono tendenzialmente stabili nel tempo e veicolabili attraverso la consegna di documenti che, stante il loro carattere generale, risultano abbastanza standardizzabili. Per tali informazioni gli obblighi informativi vengono quindi adempiuti attraverso la consegna – *una tantum* – di tali documenti, spesso contestualmente alla conclusione, tra le parti, del contratto quadro per la prestazione dei servizi di investimento.

Gli adempimenti informativi richiesti all’intermediario non si esauriscono però in quelli appena enunciati, dal momento che all’intermediario è altresì richiesto di illustrare al cliente le caratteristiche del tipo specifico di strumento interessato e i rischi associati specificatamente a tale strumento nel momento in cui va a porre in essere (nel quadro della generale relazione instaurata con l’intermediario per la prestazione di servizi di investimento) i singoli investimenti. È questo,

nell’esperienza dell’ACF, il momento in cui più spesso entra in crisi la relazione tra intermediario e cliente sul piano dell’informativa.

Rispetto a tale momento, l’accertamento del corretto adempimento degli obblighi informativi non può fare affidamento su formalismi di sorta, ma deve sostanziarsi in una verifica che le informazioni trasmesse sulle caratteristiche e sui rischi specifici del tipo di strumento finanziario interessato siano state – in concreto – sufficientemente dettagliate in modo tale da consentire al cliente di adottare decisioni di investimento informate. Ciò con intuibili implicazioni sul versante dell’onere – gravante sull’intermediario – di dimostrare di avere correttamente assolto agli obblighi informativi. In proposito, l’ACF si è infatti costantemente espresso nel senso che l’intermediario è tenuto a dimostrare di avere assolto agli obblighi informativi “in concreto”, e non solo in modo meramente formalistico, in quanto solo il loro effettivo assolvimento può consentire al cliente di valutare le reali caratteristiche dell’operazione finanziaria che sta meditando di effettuare e, conseguentemente, permettergli di compiere una consapevole scelta di investimento.

Ne deriva, allora, che la sola generica dichiarazione sottoscritta dal cliente, presente nella modulistica predisposta dall’intermediario, di “aver preso visione della documentazione informativa” o di “aver ricevuto l’informativa sui rischi dell’investimento” non può ritenersi sufficiente a far ritenere provato l’assolvimento, in concreto, degli obblighi informativi. Allo stesso modo, non viene considerata sufficiente a tal fine neppure la messa a disposizione dell’investitore del prospetto di offerta in quanto tale documento è predisposto dall’emittente per la generalità degli investitori, mentre gli obblighi informativi che gravano sull’intermediario nella prestazione dei servizi di investimento devono essere funzionali a rendere comprensibili le caratteristiche e i rischi del tipo specifico di strumento finanziario a quello specifico cliente a cui

l’intermediario eroga la sua prestazione. Se poi, come abbiamo detto, le informazioni devono essere tarate sul tipo specifico di strumento finanziario oggetto dell’operazione, neppure possono essere ritenute sufficienti allo scopo le sole informazioni generali sulle caratteristiche e i rischi delle varie tipologie di strumenti finanziari che pure l’intermediario è tenuto a fornire all’investitore.

La modalità attraverso cui veicolare tale tipo di informazioni al cliente risulta standardizzata solo in relazione ad alcune tipologie di prodotti finanziari: quote o azioni di organismi di investimento collettivo del risparmio armonizzati e prodotti di investimento pre-assemblati destinati ai clienti al dettaglio – PRIIPs, tra cui rientrano – ad esempio – molti prodotti di natura finanziario-assicurativa. Per essi è prevista la consegna di un documento denominato “Informazioni Chiave per gli Investitori” i cui contenuti, lunghezza e caratteristiche grafiche sono già stabiliti a livello normativo. Per il resto spetta invece all’intermediario scegliere il formato da utilizzare per veicolare le informazioni; il che implica che la verifica dell’adempimento degli obblighi informativi richiede un esame concreto, da effettuarsi caso per caso, dell’idoneità della soluzione adottata dall’intermediario.

L’innovazione digitale e tecnologica, incidendo sulle modalità di interazione tra intermediari e clienti, può senz’altro impattare sulle modalità attraverso cui può realizzarsi l’informativa contrattuale. Anche nell’ambito del contenzioso dinanzi all’ACF, abbiamo peraltro assistito ad un aumento di casi riguardanti investitori che operano sul mercato avvalendosi, ad esempio, dei servizi di *trading online* messi a disposizione dell’intermediario.

Tale crescente fenomeno non va necessariamente giudicato in termini negativi in quanto la fornitura di informazioni in formato digitale potrebbe anche contribuire ad un miglioramento delle informazioni attraverso tecniche che

consentano di evitare la fornitura di informazioni sovrabbondanti, di focalizzare l’attenzione del cliente (anche mediante particolari soluzioni grafiche) sulle informazioni veramente importanti e qualificanti un certo prodotto o servizio nonché di rendere più praticabile il confronto tra vari strumenti finanziari. È tuttavia evidente che il fatto che, in questi casi, l’interazione tra intermediario e investitore non avviene attraverso incontri fisici potrebbe esporre a specifici rischi associati ad una modalità di comunicazione più indiretta e impersonale.

Va anzitutto precisato che la disciplina di settore non prevede che l’intermediario, qualora presti i servizi attraverso sistemi telematici, debba rispettare obblighi diversi in materia di informativa contrattuale. Come evidenziato dall’ACF fin dalle sue prime pronunce in materia, vige – in buona sostanza – il principio di c.d. “*neutralità tecnologica*” in base al quale all’operatività *online* si applicano i medesimi obblighi di informazione previsti per le modalità più tradizionali di interazione senza che, per un verso, possano essere applicate regole più rigorose e senza che, per altro verso, possa trovare giustificazione alcun abbassamento della soglia di diligenza richiesta all’intermediario né tantomeno una minore protezione dell’investitore.

In applicazione di tale principio, l’ACF ha ad esempio ritenuto che, quando l’intermediario presta servizi di investimento tramite il canale telematico, non è sufficiente che egli metta a disposizione della clientela l’informativa sulla propria piattaforma di *trading online* rendendo possibile l’accesso alla stessa tramite un *link*, in quanto tale modalità rimette sostanzialmente all’investitore la scelta se accedere o meno a tali informazioni e non risulta equipollente alla consegna materiale del documento richiesta in caso di erogazione dei servizi “in presenza”. Ferma restando la possibilità per gli intermediari di strutturare altre procedure che possano produrre effetti equipollenti alla consegna fisica, l’ACF ha ritenuto equivalenti, ad esempio, quelle procedure in cui la visualizzazione della scheda

prodotto rappresenta un passaggio obbligato per poter disporre l’investimento oppure in cui tutte le informazioni rilevanti risultino inserite direttamente nella schermata dove si trova il comando per impartire l’ordine.

Con riferimento alla conoscenza del cliente, solitamente gli intermediari procedono alla raccolta delle informazioni necessarie sottoponendo all’investitore un questionario contenente domande sulla sua conoscenza ed esperienza in materia finanziaria, sulla sua situazione finanziaria e sui suoi obiettivi di investimento che l’investitore è chiamato a compilare e a sottoscrivere.

In tale ambito risulta anzitutto evidente la centralità che assume il ruolo del cliente stesso, nel cui interesse viene effettuata tale tipo di attività e che per primo dovrebbe avere cura di fornire informazioni corrette, essendo peraltro il detentore diretto delle stesse. In ragione di ciò, l’ACF ha sin dalle sue prime pronunce richiamato, in tale ambito, il c.d. “principio di auto-responsabilità” in forza del quale il cliente, con la sottoscrizione del questionario, assume la paternità delle dichiarazioni rese e deve ritenersi alle stesse vincolato. Dall’applicazione di tale principio, l’ACF ha fatto conseguire che per porre nel nulla le risposte rese nel questionario non è sufficiente per il cliente allegare genericamente che l’intermediario le abbia autonomamente predisposte e che egli si è limitato a sottoscriverle in quanto, proprio in ossequio al richiamato principio di auto-responsabilità, il cliente deve operare quale parte attiva del processo rendendosi conto di ciò che sottoscrive e non accettando supinamente eventuali comportamenti non corretti dell’intermediario.

È pur vero tuttavia che, in base alla disciplina di settore, l’intermediario può legittimamente fare affidamento sulle informazioni fornite dai clienti fino ad un certo punto e, in particolare, a meno che non sia al corrente, o in condizione di

esserlo, che esse sono manifestamente superate, inesatte o incomplete. Anche la posizione dell’intermediario, quindi, non può essere meramente passiva essendo esso tenuto a porre in essere misure volte a garantire che le informazioni siano affidabili e coerenti e a segnalare al cliente eventuali incongruenze affinché egli possa fornire i dovuti chiarimenti. Per tali ragioni, l’ACF ha più volte affermato che – fermo il richiamato principio di auto-responsabilità – sussiste la responsabilità dell’intermediario per non avere correttamente svolto l’attività di profilatura del cliente quando: a) sono riscontrabili incoerenze interne del quadro informativo desumibili dal questionario oppure dai diversi questionari compilati nel tempo; b) è ravvisabile un contrasto tra le risultanze del questionario e taluni elementi obiettivi riguardanti il cliente, noti all’intermediario o che comunque quest’ultimo avrebbe potuto e dovuto conoscere (tra questi, età anagrafica, professione esercitata e titolo di studio); c) le risposte rese nel questionario risultano incongruenti rispetto al profilo sintetico di rischio assegnato dall’intermediario al cliente sulla base delle informazioni raccolte.

Anche rispetto all’adempimento degli obblighi connessi alla conoscenza dell’investitore, il ricorso a nuove tecnologie e strumenti (ad esempio, questionari *online*, compilazione del questionario in presenza ma tramite *tablet*, nuovi sistemi di acquisizione della firma del cliente – firma grafometrica) potrebbe presentare dei benefici ma esporre anche il cliente ad ulteriori rischi. L’utilizzo di sistemi automatizzati potrebbe, infatti, per un verso, consentire controlli di coerenza più rigorosi in quanto non rimessi alla discrezionalità dell’operatore. Per altro verso, il rischio che i clienti possano sopravvalutarsi potrebbe risultare più elevato quando sono chiamati a fornire informazioni attraverso un sistema automatizzato (o semi-automatizzato), dove vi è un’interazione umana molto limitata o nulla tra il cliente e il personale dell’intermediario.

Nell’ambito del contenzioso portato alla sua attenzione in questi anni, l’ACF ha avuto modo di affrontare questioni attinenti alla compilazione del questionario tramite *tablet* in cui era altresì prevista l’apposizione, alla fine, della firma grafometrica del cliente su un dispositivo separato che, al momento della sottoscrizione, non rendeva visibile l’intero testo del documento e dunque le risposte registrate dal sistema. In proposito, l’ACF – pur sottolineando i potenziali rischi insiti nel ricorso a sistemi di firma grafometrica – ha affermato che l’utilizzo di tali sistemi non esclude di per sé l’applicabilità del principio di auto-responsabilità, ma ha al contempo precisato che detto principio può essere messo tuttavia in discussione laddove sussistano particolari circostanze soggettive (per esempio legate a condizioni di debolezza cognitiva dell’investitore per ragioni di età, salute e/o livello di istruzione) che rendano meno agevole per il cliente rilevare con immediatezza la difformità tra quanto riportato nel questionario e le risposte effettivamente rese alle singole domande.

A tale ultimo proposito, l’ACF ha avuto modo di precisare che la raccolta delle informazioni presso clienti di età avanzata dovrebbe essere svolta con particolare cura e attenzione, adottando – se del caso – presidi particolari in ossequio al dovere generale di comportarsi con correttezza nell’attuazione del rapporto obbligatorio. L’ACF ha osservato che, in tal caso, una procedura che assegni un ruolo estremamente rilevante al consulente che, ad esempio, provvede ad inserire nel *tool* informatico le risposte dategli verbalmente dai clienti, rischia di creare, per gli investitori più vulnerabili, un’eccessiva dipendenza dal consulente, rendendoli più facilmente esposti al rischio che alcune risposte possano essere erroneamente apprezzate dal consulente stesso con conseguente alterazione del loro profilo; alterazione che i clienti potrebbero poi non essere del tutto in grado di intercettare in sede di firma.

Altra questione affrontata dall’ACF è stata quella dell’utilizzo da parte dell’intermediario di algoritmi deputati a valutare le informazioni raccolte dal cliente e ad assegnare al cliente un profilo sintetico. L’ACF – in linea con il principio di “*neutralità tecnologica*” – ha affermato che in sede di accertamento dell’attendibilità di tali strumenti dovrebbero evitarsi apriorismi e presunzioni ed evitare di assumere che essi, per loro natura, restituiscano risultati necessariamente attendibili. Anche in questi casi l’attendibilità dei risultati andrebbe valutata in concreto, a prescindere dal metodo impiegato e, ove il risultato risultasse inattendibile, anche il metodo utilizzato potrebbe essere considerato errato con conseguente addebito di responsabilità all’intermediario che, in ragione della sua libertà di organizzazione, può senz’altro legittimamente scegliere di utilizzare un algoritmo, ma è chiamato poi a rispondere del suo utilizzo, analogamente a quanto avviene in caso di illecito dei propri ausiliari.

Volendo a questo punto parlare di prospettive future della regolamentazione dei fenomeni illustrati, si segnala che lo scorso aprile l’ESMA (Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati) ha pubblicato un rapporto finale su alcuni aspetti relativi alla tutela dell’investitore al dettaglio in risposta ad una richiesta di parere della Commissione Europea riguardante anche i profili di innovazione tecnologica nell’ambito della prestazione dei servizi di investimento.

Tra le raccomandazioni formulate dall’ESMA nel predetto rapporto va anzitutto segnalato, con riferimento agli obblighi di informazione, l’auspicio che, proprio in considerazione dell’incremento di servizi di investimento forniti *cross-border* tramite sistemi digitali, venga elaborato un *format* europeo per la fornitura delle informazioni ai clienti che possa essere utilizzato per tutte le tipologie di strumenti finanziari.

Con specifico riguardo all’assolvimento degli obblighi informativi tramite strumenti telematici, l’ESMA ha espresso l’opinione che dovrebbe essere tenuto fermo il principio di “*neutralità tecnologica*” ed ha escluso la necessità di introdurre una diversa disciplina a livello normativo, che peraltro rischierebbe di cristallizzare dei fenomeni che, per loro natura, sono in costante e rapida evoluzione. Piuttosto, l’ESMA ha consigliato di modificare la MiFID 2 per includervi uno specifico mandato da conferire all’ESMA stessa per lo sviluppo di linee guida in materia di informativa tramite canali digitali e utilizzo da parte degli intermediari di tecniche e strumenti digitali. Tali linee guida dovrebbero avere lo scopo di assicurare, tra l’altro, che:

- a) le informazioni siano facilmente consultabili incrementando la “navigabilità” delle stesse attraverso la visualizzazione immediata delle informazioni essenziali, una presentazione stratificata delle stesse in cui il cliente può accedere ad informazioni via via più specifiche e un sistema di blocchi temporali durante i quali il cliente possa riflettere sulle informazioni lette;
- b) le informazioni siano facilmente convertibili in *file* scaricabili che possano essere salvati, conservati e stampati dal cliente;
- c) le informazioni risultino adattate al *device* utilizzato dal cliente in modo da risultare perfettamente leggibili e assistite da effetti grafici che valorizzino e rendano evidenti quelle informazioni su cui è necessario che sia maggiormente attratta l’attenzione del cliente;
- d) gli intermediari conservino copia di tutte le versioni delle informazioni fornite tempo per tempo ai clienti;
- e) vengano mitigati i rischi di *phishing* e i rischi alla sicurezza informatica;
- f) i mezzi di comunicazione utilizzati siano proporzionati alla complessità dei servizi prestati;
- g) gli intermediari monitorino l’efficacia delle modalità di trasmissione delle informazioni analizzando il comportamento dei propri clienti.

Con riferimento all’obbligo di conoscere la propria clientela, l’ESMA ha ricordato di avere già fornito alcune indicazioni al riguardo nei propri orientamenti in materia di valutazione di adeguatezza (2018). In tali orientamenti l’ESMA, tenendo anche in questo caso fermo il principio di “*neutralità tecnologica*”, ha evidenziato, per un verso, la necessità che il cliente venga in qualche modo responsabilizzato rispetto all’utilizzo di certi strumenti tecnologici e, per altro verso, che tali strumenti risultino concretamente idonei allo scopo e producano risultati soddisfacenti, anche attraverso l’implementazione di controlli di coerenza. L’ESMA ha poi osservato che il fenomeno della c.d. “consulenza robotica” – che coinvolgerebbe in modo importante le modalità di adempimento degli obblighi di conoscenza del cliente – non sta registrando ancora una crescita significativa e che, pertanto, non sarebbero necessarie, allo stato, specifiche modifiche del quadro normativo.

Allegato II

The logo consists of the letters 'DR' in white, set against a red diamond shape with a white border. The diamond is tilted and has a white arrow-like shape pointing to the right, partially overlapping the letters.

DR

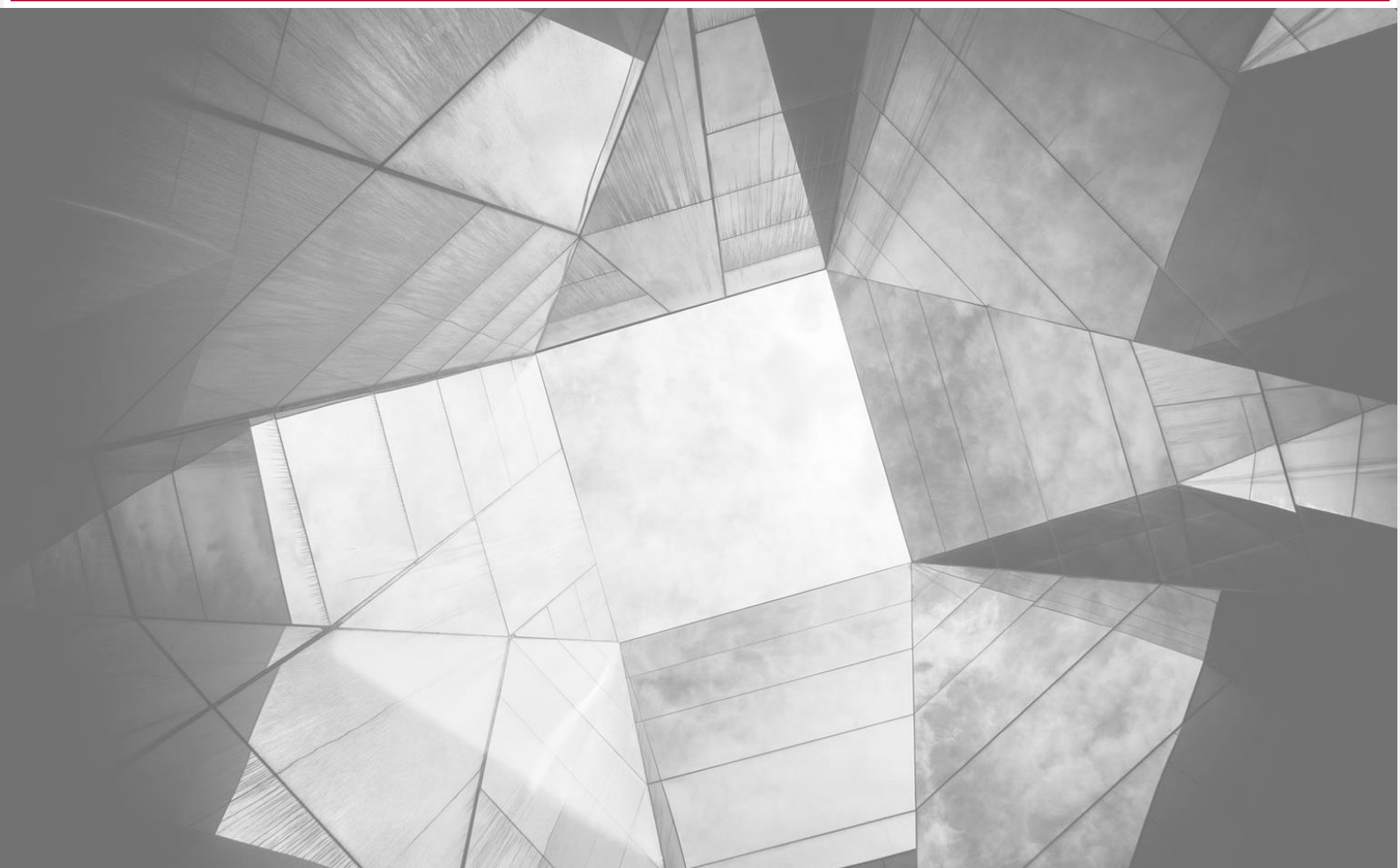
Diritto del
Risparmio



ATTI DEL CONVEGNO

**“Contrattualistica bancaria, finanziaria e assicurativa:
tutele, sviluppi e prospettive”**

Lecce, Aula Magna della Corte d'Appello -24 giugno 2022



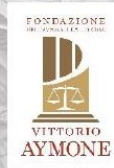
Atti del Convegno
“Contrattualistica bancaria, finanziaria e assicurativa: tutele, sviluppi e prospettive”
Lecce, Aula Magna della Corte d’Appello – 24 giugno 2022



UNIVERSITÀ
DEL SALENTO



DIPARTIMENTO
DI SCIENZE GIURIDICHE



Contrattualistica bancaria, finanziaria e assicurativa: tutele, sviluppi e prospettive.

VENERDÌ 24 GIUGNO 2022, ORE 15.30
LECCE – AULA MAGNA DELLA CORTE D’APPELLO

SALUTI ISTITUZIONALI

Dott. Lanfranco VETRONE (*Presidente Corte d’Appello di Lecce*)

Prof. Avv. Antonio DE MAURO (*Presidente dell’Ordine degli Avvocati di Lecce*)

Prof. Luigi MELICA (*Direttore Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Unisalento*)

INTRODUCE

Dott.ssa Ida CUBICCIOTTI (*Referente Formazione Decentrata SSM*)

MODERA:

Prof. Avv. Fernando GRECO (*Direttore Master in “Banking, Financial and Insurance Law”*)

INTERVENGONO

Dott.ssa Margherita CARTECHINI (*Servizio Tutela individuale dei clienti – Banca d’Italia*)
La tutela del cliente a prova di futuro: giustiziabilità dei presidi rimediali.

Prof. Avv. Emanuele LUCCHINI GUASTALLA (*Ordinario di Diritto Privato - Università Bocconi*)
Credit protection e assicurazione sulla vita.

Prof. Avv. Giuseppe GUIZZI (*Ordinario di Diritto Commerciale – Università di Roma “Tor Vergata”*)
La contrattualistica alla prova delle nuove forme di intermediazione finanziaria.

Dott. Luigi SCOPANO (*Segreteria tecnica dell’Arbitro per le Controversie Finanziarie*)
L’informazione contrattuale e la conoscenza dell’investitore nell’intermediazione finanziaria.

Dott.ssa Adele FERRARO (*Cons. Corte d’Appello di Lecce*)
Il cliente “alla prova”: analisi dei profili probatori e processuali

L’evento è stato realizzato nell’ambito dell’attività dell’Unità di Ricerca in “Business Law and Economics”, istituita presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università del Salento.

COMITATO SCIENTIFICO: Prof. Avv. Fernando Greco – Dott.ssa Ida Cubicciotti – Avv. Raffaele Cappiello.

COMITATO ORGANIZZATORE: Avv. Antonio Zurlo – Avv. Laura Albanese – Avv. Marco Chironi.

L’evento è accreditato dal COA di Lecce per n. 4 crediti formativi. L’attribuzione dei crediti sarà effettuata agli iscritti su RICONOSCO, che vidimeranno il tesserino in ingresso e in uscita.

LA TUTELA DEL CLIENTE A PROVA DI FUTURO: GIUSTIZIABILITÀ DEI PRESIDI RIMEDIALI.

A cura della Dott.ssa Margherita Laura CARTECHINI (Vice Capo del Servizio Tutela Individuale dei Clienti di Banca d’Italia)

Questo interessante convegno mi consente di fare qualche riflessione sull’attività dell’Arbitro Bancario Finanziario (ABF) nell’ambito della tutela del cliente “alla prova del futuro” e di formulare qualche riflessione sul tema della giustiziabilità dei presidi rimediali.

Nell’ambito del nuovo Dipartimento della Banca d’Italia dedicato alla funzione di tutela e all’educazione finanziaria (nato oramai due anni fa, a giugno del 2020) l’Arbitro Bancario Finanziario (istituito nel 2009) insieme alla gestione degli esposti presentati alla Banca d’Italia rappresenta uno strumento di raccolta di informazioni utile e preziosissimo per capire dove e come intervenire ...e come le controversie possano essere evitate.

In Banca d’Italia parliamo spesso della c.d. tutela “integrata”. Mi spiego meglio, come Dipartimento Tutela della clientela ed educazione finanziaria (TEF) lavoriamo sui 4 pilastri della tutela, in linea con le migliori prassi internazionali: buone norme (spesso di derivazione europea), vigilanza sui comportamenti di banche e intermediari (normativa e controlli sempre più orientati sulla correttezza sostanziale dei comportamenti degli intermediari piuttosto che sulla trasparenza formale) e strumenti di tutela individuale per i singoli clienti (ovvero esposti e ricorsi all’Arbitro che ho citato prima). Il quarto pilastro è costituito dall’educazione finanziaria: tutti gli altri pilastri non funzionano se non accresciamo le competenze e le difese dei singoli cittadini per garantire scelte consapevoli e adeguate ai propri bisogni.

Vorrei iniziare dall’importanza dei meccanismi di *alternative dispute resolution* (ADR) che negli ultimi anni hanno assolto funzioni diverse e sempre più importanti. Oltre alla

funzione (primaria) di risolvere le singole controversie, gli organismi ADR si sono distinti sempre più per la funzione svolta come importante strumento di tutela.

Negli ultimi dieci anni la rilevanza degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie è cresciuta ovunque. Gli organismi ADR (al di là del modello ... decisorio o conciliativo, facilitativo o consensuale) svolgono in generale un importante ruolo complementare (oltre che sostitutivo) a quello della giustizia ordinaria.

Nel sistema disegnato dal legislatore italiano il tentativo obbligatorio di mediazione, cui l’ABF è equiparato ai fini del soddisfacimento della condizione di procedibilità della domanda giudiziale, in gran parte delle controversie civili è finalizzato a una risoluzione più rapida ed economica delle liti, innanzitutto nell’interesse delle parti coinvolte. Al contempo, il ricorso a strumenti stragiudiziali di definizione delle controversie comporta un alleggerimento del carico giudiziario ed è quindi funzionale all’efficienza dell’amministrazione della giustizia pubblica. In ragione degli obiettivi di interesse generale perseguiti, l’obbligo di mediazione è stato ritenuto dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea¹ conforme al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, sancito dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (artt. 6 e 13) e ribadito dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 - art. 47), questo tenuto conto che la condizione di procedibilità della domanda

giudiziale non impedisce alle parti di esercitare in un secondo momento il loro diritto di accesso al sistema giudiziario.

Ma gli organismi ADR svolgono anche e soprattutto una funzione complementare alla giustizia ordinaria, in quanto spesso raccolgono esigenze di tutela da parte di cittadini che non accedrebbero al sistema giudiziario (ad esempio per controversie di ammontare contenuto o per un problema di costi nell’assistenza legale, c.d. *small claims*)

¹ Cfr. Sentenza della CGUE del 18 marzo 2010 cause riunite da C-317/08 a C-320/08 e sentenza della CGUE del 14 giugno 2017 causa C-75/16.

e per questa via contribuiscono ad accrescere (o ristabilire) la fiducia nelle relazioni tra cliente e intermediario, la fiducia tra gli operatori nello scambio di servizi.

Come dicevo, gli strumenti ADR in ambito bancario e finanziario hanno nel tempo iniziato a svolgere funzioni ulteriori rispetto alla risoluzione delle controversie, tra cui quelle di:

- consulenza verso clienti e produttori/intermediari;
- educazione finanziaria, che è un’esigenza generale per tutti i sistemi finanziari (cui gli strumenti ADR contribuiscono con le loro decisioni);
- raccolta e aggregazione dei dati che consente, attraverso un’analisi delle informazioni sugli esiti e su ciò che arriva come domanda, di individuare le criticità dei mercati e, tramite le decisioni degli organismi ADR, di orientamento nei confronti degli intermediari e quindi di pressione nei confronti del mercato stesso verso condotte virtuose e rispettose della correttezza con i clienti (c.d. effetto conformativo).

Rispetto agli altri strumenti ADR europei, che conosciamo anche tramite la rete Fin-Net istituita dalla Commissione Europea tra gli organismi ADR operanti in ambito bancario e finanziario, l’ABF è considerato una buona prassi.

Ma veniamo al sistema ABF e ai risultati conseguiti nel 2021 (per maggiori riferimenti: cfr. <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/abf/relazione-annuale/index.html>).

Nel 2021 i ricorsi presentati all’ABF per sono stati oltre 22.300: registriamo un calo delle controversie di circa il 28 per cento rispetto al 2020. Sulla riduzione del numero dei ricorsi ha inciso soprattutto la sensibile flessione delle controversie in tema di finanziamenti contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione (CQS) e di quelle in materia di buoni fruttiferi postali (BFP). Abbiamo notato al contrario un aumento significativo dei ricorsi connessi con l’utilizzo di servizi e strumenti di pagamento, che hanno rappresentato un terzo del contenzioso nel 2021. Questo aspetto è sicuramente connesso con il più diffuso uso degli strumenti di pagamento elettronici nel periodo pandemico e con un aumento delle frodi a danno dei clienti a cui si associa

spesso un basso livello di conoscenza da parte degli utenti dei rischi e delle cautele da adottare nel loro utilizzo.

Sul fronte dell’offerta, i dati sono in linea con il precedente biennio: le decisioni assunte dai Collegi dell’Arbitro sono state circa 27.400. Di queste, il 65 per cento delle pronunce è risultato sostanzialmente favorevole alla clientela con l’accoglimento totale o parziale dei ricorsi o con la cessazione della materia del contendere nel caso in cui il cliente abbia visto soddisfatta la sua pretesa nel corso della procedura.

Per effetto di queste decisioni sono stati riconosciuti dai Collegi ABF circa 31 milioni di euro (29 nel 2020); di questi, tenuto conto degli inadempimenti degli intermediari (fenomeno che è concentrato soltanto su 2 materie, le CQS e i BFP) sono stati restituiti oltre 20 milioni di euro ai clienti. Tra il 2015 e il 2021 sono stati restituiti oltre 135 milioni di euro.

Siamo soddisfatti anche della durata dei procedimenti, di gran lunga inferiore a quella della giustizia ordinaria. L’anno scorso la durata media della procedura è stata di 137 giorni, significativamente al di sotto di quella massima prevista dalla normativa di derivazione europea (180 giorni), entro la quale si è concluso l’85 per cento dei procedimenti.

L’ABF - per funzionare e svolgere con effettività il proprio ruolo - deve essere facilmente attivabile dai clienti. Per questo, l’accesso alla procedura ABF è stato nel tempo facilitato attraverso un portale online, attivo dal febbraio 2018.

Abbiamo anche avviato un progetto informatico (che è ora in via di sviluppo) per l’applicazione al procedimento ABF di tecniche di intelligenza artificiale. La nostra idea è quella di utilizzare strumenti di machine learning e text mining per accrescere la funzionalità del sistema, agevolare l’attività istruttoria dei ricorsi e la tendenziale uniformità degli orientamenti dell’ABF, ferma restando l’autonomia dei Collegi nel decidere la controversia (aspetto quest’ultimo che per noi è imprescindibile affinché si esplichino l’effetto conformativo delle decisioni).

Come ogni anno abbiamo promosso apposite survey per misurare la tenuta e l’efficacia del sistema attraverso indicatori per certi versi “esterni”. Nella relazione sono disponibili maggiori dettagli sulle risultanze delle nuove survey condotte con gli intermediari² (per apprezzare la tenuta delle decisioni dei Collegi nei casi in cui le controversie siano state successivamente sottoposte all’attenzione dell’Autorità giudiziaria ordinaria) e con i ricorrenti (per misurare il loro livello di soddisfazione).

I dati ci dicono che in pochissimi casi (1,4 per cento) le pronunce dell’Arbitro hanno avuto un seguito presso la giustizia civile; nell’87 per cento dei casi è stato il cliente a rivolgersi all’Autorità giudiziaria. Dove però c’è stato un seguito presso la magistratura, gli orientamenti ABF sono stati confermati nell’82 per cento dei casi; per noi è un dato buono, specie se consideriamo che la mancata conferma dell’esito del ricorso ABF risulta legata a ragioni di diversa natura. Quando non è dovuta alla complessità del quadro normativo e alle incertezze interpretative (ad es. in materia di CQS e BFP), è spesso riconducibile a una differente valutazione dell’onere della prova o a divergenze nella ricostruzione dei fatti (ricordiamoci che l’ABF è un sistema documentale, senza possibilità di attivare altri mezzi di prova, al fine di assicurare la celere definizione del procedimento) e nella formulazione delle domande dalle parti, senza per questo implicare un diverso orientamento sul piano dei principi giuridici applicabili.

Relativamente alla *customer satisfaction* (sono stati contattati circa 7.800 ricorrenti, dei quali oltre 1.600 hanno risposto al questionario), l’87 per cento ha trovato agevolmente le informazioni su come presentare il ricorso e circa l’80 per cento degli intervistati ha affermato che la presentazione del ricorso è stata facile e la procedura chiara; il 70 per cento consiglierebbe di rivolgersi all’ABF in caso di necessità; il 61 per cento ha considerato adeguata la durata della procedura e il 53 per cento non ha ritenuto necessaria l’assistenza di una figura professionale per la presentazione del ricorso.

² Si tratta di 24 intermediari selezionati tra quelli che hanno ricevuto il maggior numero di ricorsi; a questi sono riconducibili oltre l’85 per cento dei ricorsi decisi dall’ABF nel triennio 2019-2021.

Nella rilevazione di quest’anno è stata introdotta una specifica sezione riguardante il giudizio dei ricorrenti sulla comprensibilità della decisione. Il 92 per cento degli intervistati ha dichiarato di avere letto la decisione del Collegio e l’87 per cento ha ritenuto che la stessa sia stata scritta in maniera chiara; quest’ultima percentuale è risultata più contenuta per coloro il cui ricorso è stato respinto. Il 71 per cento ha affermato inoltre che la lettura della decisione è stata semplice e il 67 ha compreso il ragionamento giuridico alla base della stessa.

Ci sembrano risultati soddisfacenti, ma continueremo a impegnarci per migliorare il servizio offerto alla clientela.

Un cenno vorrei farlo sulle iniziative che abbiamo in corso (oltre al progetto sull’intelligenza artificiale che ho menzionato prima), considerato il riferimento al futuro inserito nel titolo del mio intervento.

Stiamo ragionando su vari fronti, sia nazionali che internazionali, a cominciare da una maggiore efficienza del procedimento, grazie al ricorso ai nuovi poteri presidenziali e alla leva tecnologica (stiamo lavorando anche a una nuova procedura informatica).

Vogliamo rafforzare ancora di più il canale di confronto con la Magistratura (tramite la Scuola Superiore della Magistratura, con cui organizziamo annualmente un convegno e abbiamo avviato tavoli tecnici su materie di comune interesse), oltre che con l’Accademia. Vogliamo impegnarci di più sul fronte della comunicazione esterna (l’ABF è ancora poco conosciuto, lo sappiamo) e vorremmo rafforzare ulteriormente la collaborazione con altre Autorità come IVASS (una volta che sarà operativo l’Arbitro Assicurativo) e con la Consob (in linea con quanto previsto dal Protocollo d’Intesa riguardante l’ACF e l’ABF). Dicevo del fronte internazionale... anche qui il nostro impegno è volto a far conoscere l’ABF tra gli altri organismi ADR e intercettare best practices da replicare anche nel procedimento dell’Arbitro.

Il confronto che abbiamo già realizzato con gli altri ADR ci mostra che in alcune realtà le decisioni degli Ombudsman sono vincolanti per le parti sempre (es. per l’Ombudsman irlandese, il *Financial Services and Pension Ombudsman* – FSPO) mentre in

altri casi sono vincolanti solo se accettate dai clienti: faccio riferimento al Financial Ombudsman Service in UK per il quale le decisioni diventano vincolanti solo se accettate entro un termine dai ricorrenti. Sempre dal confronto internazionale è emerso che in alcuni casi i sistemi ADR perseguono inizialmente obiettivi di tipo conciliativo, favorendo il raggiungimento di un accordo tra le parti eventualmente attraverso una specifica fase preliminare, e svolgono una funzione decisoria solo in via sussidiaria. Ma non abbiamo una evidenza specifica di superiorità di un modello rispetto a un altro (conciliativo/decisorio) e soprattutto, al di là della non vincolatività delle decisioni dell’ABF, il tasso di adesione da parte degli intermediari è sempre stato elevatissimo, prossimo al 100 per cento (se escludiamo il contenzioso che insiste su specifiche materie...). In ogni caso, per favorire ulteriormente lo scambio di best practices, intendiamo organizzare un nuovo convegno internazionale al quale invitare gli organismi ADR aderenti a Fin-Net e anche esponenti della Commissione europea.

Gli scambi di informazioni, un maggiore coordinamento con le altre Autorità di tutela nazionali e il confronto con altre Autorità estere sono fondamentali anche per la gestione degli esposti che, come detto, costituiscono uno strumento di ascolto cruciale (nello scorso mese di luglio abbiamo pubblicato la seconda Relazione sugli esposti dei clienti delle banche e delle finanziarie)³. Su questo ambito, mi fa piacere richiamare l’importanza dell’interazione con le associazioni dei consumatori che costituiscono un fondamentale canale di ascolto. Abbiamo in progetto un rafforzamento delle attività di supporto all’utenza anche attraverso la realizzazione di nuovo numero verde; miglioreremo ulteriormente le interazioni con le altre funzioni della Banca attraverso l’utilizzo delle tecniche di intelligenza artificiale nell’analisi delle segnalazioni ricevute.

Prima di concludere vorrei svolgere qualche ultima riflessione sulla possibile “giustiziabilità” dei profili rimediali e sul ruolo che può avere in questo senso l’Arbitro Bancario Finanziario.

³ Disponibile all’indirizzo <https://www.bancaditalia.it/media/notizia/relazione-sugli-esposti-dei-clienti-delle-banche-e-delle-finanziarie-anno-2021/>.

In una simile prospettiva non possiamo che partire dai principi espressi dalla Corte Costituzionale con l’ordinanza n. 218 del 21 luglio 2011 che ha affrontato il tema se l’ABF possa o meno sollevare questioni di legittimità costituzionale. Tema questo che è a mio avviso strettamente connesso con quello se l’ABF possa sollevare questioni pregiudiziali innanzi alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea, interrogativo che è emerso ed è spiccatamente attuale specie dopo la sentenza della CGUE sul caso *Lexitor* che tutti conosciamo.

Questi argomenti hanno richiamato l’attenzione di numerosi e autorevoli commentatori e sappiamo che sono ancora in corso riflessioni da parte della dottrina.

Ma partiamo dai principi espressi dalla Corte Costituzionale, che nel 2011 aveva risolto negativamente il dubbio se l’ABF possa sollevare questioni di legittimità costituzionale. La Corte Costituzionale aveva negato all’ABF la qualità di “autorità giurisdizionale” facendo leva sul fatto che l’Arbitro, pur istituito sulla base di una disposizione di carattere legislativo, quale l’art. 128-bis TUB, ha poi trovato la propria disciplina esclusivamente in disposizioni di carattere amministrativo e che rispetto agli organi giurisdizionali sarebbe privo del fondamento costituzionale. La Corte aveva poi richiamato, oltre al fatto che la decisione ABF non è vincolante per le parti e che la stessa è preclusa laddove la controversia sia stata sottoposta all’AGO, anche i criteri e i requisiti di nomina dei componenti dei Collegi ABF (e il complesso delle regole deontologiche) che non sarebbero paragonabili a quelli previsti per organismi chiamati a svolgere funzioni giurisdizionali.

Sono state da ultimo svolte riflessioni dall’Accademia sulla questione parallela che ho già citato, cioè l’ipotesi che l’ABF possa (o meno) effettuare un rinvio pregiudiziale ai sensi dell’art. 267 TFUE, facoltà attribuita a qualsiasi organo giurisdizionale nazionale.

Sappiamo che sulla nozione di giurisdizione nazionale la giurisprudenza europea ha accolto una interpretazione autonoma, che prescinde da quella desumibile dai vari ordinamenti degli Stati membri. In sintesi, la Corte tiene conto di un insieme di elementi, quali il fondamento legale dell’organo, il suo carattere permanente, l’obbligatorietà della sua giurisdizione, la regolazione del procedimento in base al

principio del contraddittorio, il fatto che l’organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente, il carattere vincolante delle sue decisioni.

Rispetto all’ABF e alle sue caratteristiche il profilo che appare più “critico” è quello dell’assenza di vincolatività delle sue decisioni, aspetto che parrebbe allo stato non superabile.

Ma al di là di questo, non c’è dubbio che l’ABF offra, come dicevo anche in apertura del mio intervento, una giustizia alternativa a quella del Giudice civile, una giustizia più immediata, non costosa e che può essere attivata in modo autonomo senza l’assistenza di professionisti. Una giustizia alla quale gli intermediari si conformano (ricordo che la percentuale di adesione è prossima al 100 per cento se escludiamo la materia su cui insiste una particolare complessità del quadro normativo; e nei pochissimi casi in cui la questione viene poi sottoposta all’attenzione dell’Autorità giudiziaria ordinaria l’esito della controversia è sostanzialmente confermato, come abbiamo visto).

Sollevo un interrogativo: si può oggi parlare di “giustiziabilità sostanziale”? Nel senso di pensare che l’ABF abbia connotazioni di ente giustiziale sul piano effettivo e non formale? Le asimmetrie presenti nella procedura ABF (ricorso solo da parte del cliente, preclusione di domanda riconvenzionale, natura solo documentale del procedimento, ecc.) consentono di parlare di “ente giustiziale”? Ovviamente non è questa la sede per dare una risposta. Mi avvio alle conclusioni del mio intervento.

Non sta certamente a me dire come risolvere gli interrogativi che da ultimo ho richiamato, non è il ruolo della Banca d’Italia e non è sicuramente questo il consesso opportuno. Come dicevo il dibattito accademico è ampio ed è ancora in corso e il convegno di oggi ci dimostra che sicuramente è un tema attuale e vi potranno essere ancora altre riflessioni in futuro.

L’ABF in ogni caso continuerà a lavorare per assicurare alla clientela una tutela effettiva, contribuendo a fare entrare i clienti nelle relazioni con gli intermediari in modo più consapevole, rafforzando la fiducia nel sistema bancario e finanziario e accrescendo la loro consapevolezza di potere essere tutelati se qualcosa va storto.