

# *rivista di* diritto privato

3 anno XVI - luglio/settembre 2011

**Comitato scientifico**

Giorgio De Nova  
Natalino Irti  
Pietro Rescigno  
Piero Schlesinger  
Paolo Spada  
Adriano Vanzetti

**Direzione**

Giorgio De Nova  
Mario Cicala  
Enrico Gabrielli  
Luigi Augusto Miserocchi  
Vincenzo Roppo  
Giuliana Scognamiglio  
Giuseppe Tucci  
Giuseppe Vettori



CACUCCI  
EDITORE

# *rivista di* diritto privato

## **Pubblicazione trimestrale**

### **Editrice**

Cacucci Editore S.a.s.  
Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)  
www.cacuccieditore.it  
e-mail: riviste@cacuccieditore.it  
Telefono 080/62030890  
Fax 080/5234777

### **Direttore responsabile**

Nicola Cacucci

### **Comitato scientifico**

Giorgio De Nova, Natalino Irti, Pietro Rescigno,  
Pietro Schlesinger, Paolo Spada, Adriano Vanzetti

### **Direttore**

Giorgio De Nova

### **Condirettori**

Mario Cicala, Enrico Gabrielli, Luigi Augusto Miserocchi,  
Vincenzo Roppo, Giuliana Scognamiglio, Giuseppe Tucci,  
Giuseppe Vettori

### **Comitato editoriale**

Pietro Abbadessa, Fabio Addis, Giuseppe Amadio,  
Franco Anelli, Ciro Caccavale, Cristina Campiglio,  
Paolo Carbone, Angelo Chianale, Massimo Confortini,  
Giovanni D'Amico, Enrico del Prato, Valerio Di Gravio,  
Fabrizio di Marzio, Aldo Angelo Dolmetta,  
Andrea Fusaro, Carlo Ibba, Giancarlo Laurini,  
Raffaele Lener, Francesco Macario, Vincenzo Meli,  
Massimo Miola, Mario Notari, Giacomo Oberto,  
Gustavo Olivieri, Mauro Orlandi, Fabio Padovini,  
Giuseppe B. Portale, Renato Rordorf, Luigi Salvato,  
Giuseppe Santoni, Davide Sarti, Michele Sesta,  
Michele Tamponi, Federico Tassinari,  
Gian Roberto Villa, Massimo Zaccaro,  
Attilio Zimatore, Andrea Zoppini

### **Redazioni**

**Milano:** Francesco Delfini, Gregorio Gitti, Arturo Maniaci  
**Bari:** Adriana Addante, Caterina Calia,  
Claudia Morgana Cascione

### **Realizzazione grafica**

Quorum Italia S.r.l. – Bari

### **Fotocomposizione e stampa**

Ragusa Grafica Moderna S.r.l. – Modugno (BA)

Autorizzazione Tribunale di Bari n. 16 Reg. Stampa  
del 16/04/2009. Num. R.G. 1500/2009  
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.A. – Spedizione  
in abbonamento postale – D.L. 335/2003 (conv.  
in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1.

## **Abbonamenti**

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

### **Italia**

Abbonamento annuale: € 125,00.

### **Esteri**

Abbonamento annuale: € 250,00.

### **Magistrati e Uditori giudiziari**

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39, 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/62030890, o via e-mail rivista@cacuccieditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

**Prezzo singola copia:** € 35,00.

**Arretrati:** prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

### **Per l'invio di corrispondenza:**

Cacucci Editore S.a.s. - Redazione, Via Nicolai, 39,  
70122 Bari.

### **Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.**

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti,  
Via Nicolai, 39, 70122 Bari.  
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777,  
e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato,  
ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003,  
n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno  
conservati nel data base informatico del titolare  
del trattamento Cacucci Editore S.a.s..

I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società,  
da enti e società esterne ad essa collegati,  
nonché da soggetti terzi, titolari autonomi  
del trattamento, solo per l'invio di materiale  
amministrativo-contabile, commerciale e pro-  
mozionale.

Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha  
diritto di conoscere, aggiornare, rettificare,  
cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti  
i restanti diritti ivi previsti, mediante comu-  
nicazione scritta a Cacucci Editore S.a.s., Via  
Nicolai, 39, 70122 Bari.

# *rivista di* diritto privato

---

2011

**Comitato scientifico**

Giorgio De Nova

Natalino Irti

Pietro Rescigno

Piero Schlesinger

Paolo Spada

Adriano Vanzetti

**Direzione**

Giorgio De Nova

Mario Cicala

Enrico Gabrielli

Luigi Augusto Miserocchi

Vincenzo Roppo

Giuliana Scognamiglio

Giuseppe Tucci

Giuseppe Vettori



CACUCCI  
EDITORE

---

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

---

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

---

## SOMMARIO 3/2011

---

### Saggi e pareri

---

**Responsabilità patrimoniale ed attività d'impresa**

*di Andrea Nervi*

335

**Cancellazione automatica delle ipoteche e tutela dei consumatori**

*di Giuseppe Palazzolo*

349

**Contrasto del riciclaggio nella distribuzione di prodotti assicurativi e categorie civilistiche**

*di Francesco Santi*

365

**Le sezioni unite civili e la giurisprudenza della Cassazione**

*di Silvia Zorzetto*

399

### Difese e decisioni

---

**Contratto di *swap*, nozione di “operatore qualificato” e buona fede: attualità della questione (Corte di Cassazione 26 maggio 2009, n. 12138 – sez I Pres. Vitrone – Rel. Schirò)**

*di Giovanni Piazza*

443

### Problemi delle professioni

---

**La c.d. “nuova asseverazione” o “riattestazione”. Mancata tenuta dei piani di risanamento e degli accordi di ristrutturazione.**

**Profili di valutazione economica e legale**

*di Alessandro Pellegatta*

459



## *Saggi e pareri*

---



# Responsabilità patrimoniale ed attività d'impresa\*

di Andrea Nervi

---

*SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. – 2. Nascita ed evoluzione del sistema della responsabilità patrimoniale. – 3. I c.d. patrimoni destinati: a) generalità. – 4. (segue): b) rilievi critici. – 5. I finanziamenti destinati; il problema delle garanzie reali.*

## 1. Premessa introduttiva

Il titolo della relazione evoca l'analisi del rapporto tra l'istituto della responsabilità patrimoniale e le esigenze sottese allo svolgimento dell'attività di impresa. Affidare questo compito ad un cultore del diritto privato (e non del diritto commerciale) richiede di definire preliminarmente alcune questioni di metodo.

In primo luogo, con scelta probabilmente arbitraria, ho ritenuto di interpretare il titolo della relazione nel senso di svolgere una ricognizione delle strutture formali ed organizzative che l'ordinamento ha predisposto per l'esercizio dell'impresa e delle relative ricadute in punto di responsabilità patrimoniale. Questa prospettiva di indagine esclude consapevolmente altri profili e, tra questi, va quantomeno menzionata l'analisi dei fenomeni in cui viene in rilievo l'investimento di risorse finanziarie in un'attività imprenditoriale, e le conseguenti esigenze di tutela dell'investitore; è il tema – in senso lato – dell'intermediazione finanziaria, che forma peraltro oggetto di una letteratura ormai estesa<sup>1</sup>.

In secondo luogo, e per quanto possa apparire scontato, il cultore del diritto privato tende a privilegiare l'attenzione al dato sistematico, e quindi a soffermarsi essenzialmente sul codice civile. Non sembra in effetti dubitabile che, in questa materia, il codice mantenga una posizione di centralità, idonea a condizionare anche l'interpretazione della legislazione c.d. speciale, che pure offre interessanti spunti di riflessione.

---

\* Il saggio riproduce, anche nel tono discorsivo, la relazione presentata al convegno "Responsabilità patrimoniale e autonomia negoziale – Problemi e prospettive in tema di protezione dei patrimoni", tenutosi a Lucera nei giorni 4 e 5 febbraio 2011, su iniziativa dell'Università degli studi di Foggia e della Scuola di specializzazione per le professioni legali.

<sup>1</sup> In ambito civilistico è doveroso menzionare almeno gli studi di P. Iamiceli, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003, XX e 351, nonché L. Salamone, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001, 123 ss.

In questa prospettiva assume una particolare pregnanza l'elemento dell'unificazione, che caratterizza l'ordinamento italiano rispetto ai sistemi "continentali", i quali conservano invece, anche dal punto di vista formale, la bipartizione tra materia civile e materia commerciale. In questa sede non è evidentemente possibile ripercorrere la – peraltro concitata – vicenda storica che ha condotto all'adozione di un unico codice civile, nel quale trovasse posto anche la materia precedentemente regolata nel codice di commercio.

Ciò non toglie che l'interprete è tenuto a considerare che il fenomeno dell'impresa – per così dire – impregna di sé tutti gli istituti del diritto civile "classico"<sup>2</sup>, ivi inclusa anche la responsabilità patrimoniale. In linea di principio, le norme che caratterizzano questo istituto si applicano a tutti i soggetti di diritto e, quindi, anche a coloro che esercitano attività d'impresa.

È su questo dato sistematico che si innestano le riflessioni di seguito svolte.

## 2. Nascita ed evoluzione del sistema della responsabilità patrimoniale

Come noto, il sistema della responsabilità patrimoniale si articola nelle due norme contenute agli artt. 2740 e 2741 del codice<sup>3</sup>. La prima, guardando al profilo oggettivo del fenomeno, afferma che il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri, e poi precisa che eventuali limitazioni a tale principio sono ammissibili solo se espressamente previste dalla legge. La seconda norma, invece, è dedicata al profilo soggettivo, e pone la regola – apparentemente speculare alla precedente – secondo cui tutti i creditori hanno eguale diritto di soddisfarsi sui beni del debitore; anche in questo caso è prevista un'eccezione al principio, in quanto la posizione tendenzialmente paritaria dei creditori può essere alterata dalle cause legittime di prelazione (privilegi, pegno ed ipoteca).

Nei termini in cui è attualmente congegnata, la disciplina della responsabilità patrimoniale scaturisce dalla codificazione napoleonica, e quindi in una certa misura riflette gli ideali rivoluzionari, tra cui principalmente quello di eguaglianza<sup>4</sup>. Vi si può quindi cogliere l'obiettivo di fissare regole comuni per lo svolgimento dei rapporti obbligatori (e dunque per il funzionamento dei traffici), superando eventuali posizioni privilegiate di singole categorie di creditori o di singole classi sociali.

<sup>2</sup> Sulla rilevanza del fenomeno dell'impresa nella codificazione del 1942 si vedano, tra gli altri, Fil. Vassalli, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1947, ivi 87-88; nonché R. Nicolò, voce *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, ivi 249.

<sup>3</sup> Sul legame tra le due norme, e tra i principi che esse esprimono, cfr. L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale – Disposizioni generali, artt. 2740-2744*, in *Il Codice Civile – Commentario* dir. da P. Schlesinger, Milano, 1991, 29.

<sup>4</sup> Lo ricorda perspicuamente A. Zoppini, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 553 e s.

Dal punto di vista tecnico, la sistemazione dell'istituto risente della logica "aristotelica"<sup>5</sup>, che vedeva al centro del sistema il soggetto umano, la persona fisica. In questa prospettiva, l'ordinamento attribuiva all'individuo gli strumenti attraverso i quali questi poteva soddisfare i suoi interessi; tra questi strumenti (i diritti soggettivi) campeggiava il diritto di proprietà<sup>6</sup>, come schema primario per inquadrare il rapporto tra il soggetto ed i beni. La proiezione oggettiva di questa impostazione ha progressivamente condotto all'elaborazione del concetto di patrimonio, come insieme di beni di cui quel soggetto era titolare. Da qui l'equazione "un soggetto un patrimonio", su cui si è retta tutta la successiva riflessione dei giuristi<sup>7</sup>.

Sviluppando questo ordine di considerazioni, il legislatore napoleonico è così giunto ad individuare, nel patrimonio del soggetto, il terminale attraverso il quale consentire – anche in via coattiva – il soddisfacimento delle ragioni di credito assunte da quel dato soggetto. È questa la logica che sta dietro alla solenne affermazione che oggi si legge nell'art. 2740, secondo cui il debitore risponde dell'adempimento delle sue obbligazioni con tutti i suoi beni, presenti e futuri.

In un sistema che, come il nostro, unifica il codice civile ed il codice di commercio, queste regole dovrebbero valere – in linea di principio – anche per quei soggetti che svolgono attività di impresa<sup>8</sup>. Sennonché, è proprio qui che emergono i problemi, perché lo svolgimento di questa attività fa emergere esigenze peculiari, che impongono degli adattamenti e delle precisazioni rispetto a quei principi<sup>9</sup>.

Semplificando drasticamente un discorso ben più complesso, l'esigenza di fondo attiene all'individuazione di una massa patrimoniale che possa ritenersi specificamente dedicata all'attività d'impresa, e ciò in un duplice senso<sup>10</sup>:

- dal punto di vista del ceto creditorio, che ha così modo di conoscere la consistenza patrimoniale del soggetto con cui negozia, e sulla quale può eventualmente far valere le proprie pretese;
- dal punto di vista dell'imprenditore, che riesce così ad isolare – nell'ambito del proprio patrimonio complessivo – la massa rivolta all'esercizio dell'impresa ri-

<sup>5</sup> Questa terminologia si legge in A. Gentili, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Eseggesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 49.

<sup>6</sup> Considerazioni problematiche sulla rilevanza del concetto di proprietà ai fini della ricostruzione della nozione di patrimonio si leggono in L. Salamone, *Gestione e separazione patrimoniale*, cit., 48.

<sup>7</sup> L'itinerario storico-culturale di questa vicenda è ricostruito da G. Doria, *Il patrimonio finalizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 491 e ss. Cfr. altresì A. Jannarelli, *Brevi note a proposito di "soggetto giuridico" e di "patrimoni separati"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1253.

<sup>8</sup> Considerazioni in P. Ferro Luzzi, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. soc.*, 2002, 122.

<sup>9</sup> In particolare, è la nozione stessa di attività ad assumere una portata dirompente rispetto alla sistemazione tradizionale, basata su una logica di natura proprietaria; considerazioni sul punto in F. Alcaro, *Unità del patrimonio e destinazione dei beni*, in Mir. Bianca (cur.), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, 106 e ss.

<sup>10</sup> In arg. già L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale – Disposizioni generali*, cit., 41 e s.; più di recente P. Iamici, *Unità e separazione dei patrimoni*, cit., 156.

spetto a quella invece preordinata alle proprie esigenze personali e familiari, che deve quindi essere preservata dal rischio connesso all'attività imprenditoriale.

Storicamente, una prima risposta a questa esigenza si è mossa nel solco dell'impostazione "soggettivistica", sopra ricordata. La massa destinata allo svolgimento dell'impresa veniva isolata, così da costituire un patrimonio autonomo; la massa veniva poi "entificata", dando vita ad un nuovo soggetto di diritto. La teoria della personalità giuridica e dell'autonomia patrimoniale perfetta completavano il quadro, e consentivano di affermare – almeno secondo l'impostazione tradizionale – che l'attività imprenditoriale veniva svolta attraverso un nuovo soggetto di diritto, il cui patrimonio rispondeva delle obbligazioni assunte nello svolgimento dell'attività, e ciò in via esclusiva o preferenziale, a seconda dei casi.

Si è così assistito alla nascita di nuovi soggetti di diritto specificamente vocati all'esercizio dell'impresa, le società commerciali. In questa vicenda vi è una precisazione importante: il fenomeno societario nasce caratterizzato da una matrice plurisoggettiva, nel senso che si ricollegava all'iniziativa congiunta di due o più persone fisiche, ciascuna delle quali destinava una certa massa patrimoniale allo svolgimento in comune dell'attività.

Inizialmente, quindi, le società unipersonali non erano ammesse, o meglio, non consentivano di raggiungere il risultato (sovente chiamato anche beneficio) di limitare al solo patrimonio della società la responsabilità per le obbligazioni assunte. Il dogma è inizialmente venuto meno per le sole società a responsabilità limitata, nonché – è bene ricordarlo – sulla base delle indicazioni del legislatore europeo. Poi, con la riforma del diritto societario, il principio è stato esteso e, dunque, nel vigente quadro normativo la società unipersonale, e la conseguente limitazione di responsabilità, sono diventate un istituto di portata generale. Non mi pare inutile osservare, però, che questo risultato è stato conseguito solo in epoca recente, perché solo con la riforma del diritto societario di pochi anni fa l'istituto della società unipersonale è stato esteso anche alla s.p.a. (mentre prima era previsto solo per la s.r.l.), così come si è mantenuta la limitazione di responsabilità anche nel caso in cui il soggetto fondatore sia, a sua volta, una persona giuridica<sup>11</sup>.

Il punto di arrivo di questa evoluzione mi sembra chiaro. L'ordinamento oggi ammette, in via generale, la formazione di una massa patrimoniale specificamente destinata allo svolgimento di un'attività imprenditoriale, ma questa ammissione resta nel solco della soggettività, in quanto la massa viene formalmente riferita ad un nuovo soggetto di diritto, ossia alla società neo costituita. Dal punto di vista sistematico mi sembra di poter cogliere qui un dato importante: il legislatore è divenuto consapevole della solidità dell'istituto societario, nel senso che questa struttura orga-

<sup>11</sup> Cfr. P. Iamiceli, *Unità e separazione dei patrimoni*, cit., 281.

nizzativa e le sue regole di funzionamento vengono ora reputate idonee a assicurare il ceto creditorio circa la corretta gestione della massa patrimoniale.

Si tratta, però, di una consapevolezza raggiunta solo di recente, nonché all'esito di una evoluzione non breve. Può essere utile ricordare che fino a non molti anni fa il codice civile conteneva una formulazione dell'art. 2362 c.c., la quale sanciva appunto la responsabilità illimitata dell'unico azionista di una società per azioni. Rileggendo oggi la letteratura, dottrinale e giurisprudenziale, sviluppatasi su quella norma, si avverte chiaramente un "sapore" sanzionatorio<sup>12</sup>.

Il legislatore di allora, infatti, muoveva dall'assunto secondo cui le regole di funzionamento dell'ente societario non erano sufficienti a garantire la corretta gestione della massa patrimoniale, allorché le azioni appartenessero ad un unico soggetto e, dunque, venisse esclusa qualsiasi dialettica interna. In questa logica "repressiva", la responsabilità illimitata era la reazione che l'ordinamento applicava a colui che, ricorrendo allo schermo societario, tentava di frazionare il patrimonio allo scopo di limitare l'esposizione alle pretese del ceto creditorio. Dal punto di vista normativo, ci sono voluti più di sessant'anni per superare questa impostazione.

### 3. I c.d. patrimoni destinati: a) generalità

Il legislatore della riforma è però andato oltre, dimostrando – almeno apparentemente – di voler superare il dogma della soggettività giuridica. Come è evidente, viene qui in rilievo l'istituto del patrimonio destinato, previsto agli artt. 2447-ter e seguenti del codice civile.

In maniera molto sommaria, si tratta dell'ipotesi in cui una società individua una massa di beni da destinare al compimento di uno "specifico affare", ossia di un'attività in qualche modo distinta rispetto a quella abitualmente svolta dalla società. Nel rispetto di talune condizioni, su cui si tornerà più avanti, questa massa patrimoniale risponde delle "obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare".

Almeno in apparenza, si viene così a creare una distinzione all'interno del patrimonio complessivo della società, nonché del relativo ceto creditorio, nel senso che si distingue tra:

- creditori per obbligazioni che la società ha assunto nello svolgimento dello specifico affare;
- creditori per obbligazioni che la società ha assunto nello svolgimento della sua abituale attività.

<sup>12</sup> Sul punto sia consentito il rinvio ad A. Nervi, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore – Profili civilistici*, Padova, 2001, 222-236, ove si è cercato di riassumere – con le opportune indicazioni bibliografiche – il dibattito sviluppatosi in sede sia dottrinale sia giurisprudenziale.

Le pretese delle due classi creditorie vengono indirizzate su masse patrimoniali che sono, in linea di principio, distinte, nel senso che per i primi (specifico affare) esiste il patrimonio destinato, mentre per i secondi (creditori “generalisti”) esiste il patrimonio residuo della società.

Se questo è – a grandi linee – lo scenario considerato dal legislatore, è ora opportuno accennare ad alcuni degli aspetti tecnici legati alla costituzione del patrimonio destinato. Schematicamente, infatti, vengono in rilievo i principi che potrebbero definirsi della pubblicità e della trasparenza<sup>13</sup>. Quanto al primo (pubblicità), la costituzione del patrimonio destinato deve essere resa conoscibile alla generalità dei terzi attraverso apposite formalità<sup>14</sup>, che consistono essenzialmente nel deposito – presso il registro delle imprese – della deliberazione costitutiva del patrimonio stesso, nella quale vengono indicati gli elementi essenziali dell’operazione (art. 2447-ter, comma 1, c.c.)<sup>15</sup>.

Quanto al profilo della trasparenza, tra gli elementi che devono essere resi conoscibili ai terzi si collocano tutte quelle informazioni idonee a rappresentare la consistenza e l’entità della massa patrimoniale dedicata, e ciò sia all’atto del suo sorgere sia durante lo svolgimento dell’attività rivolta al perseguimento dello specifico affare.

Dal punto di vista sistematico, il profilo della trasparenza della massa patrimoniale dedicata caratterizza “trasversalmente” il problema della responsabilità patrimoniale del soggetto che svolge attività imprenditoriale, il quale è sottoposto ad obblighi che non ricorrono a proposito del debitore comune<sup>16</sup>. Basti qui ricordare l’obbligo di tenuta delle scritture contabili, che fa parte dello statuto generale dell’imprenditore, mentre nulla di simile sussiste a proposito del debitore c.d. “civile”. Il dato sistematico, quindi, induce a ritenere che il patrimonio destinato allo svolgimento di un’attività imprenditoriale deve essere sempre conoscibile, nella sua consistenza e nella sua composizione.

<sup>13</sup> In arg. A. Niuatta, *I patrimoni e finanziamenti destinati*, Milano, 2006, 302 e ss.

<sup>14</sup> In arg. G. Gabrielli, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 338, il quale osserva che, al fine della separazione patrimoniale, la formalità pubblicitaria svolge una funzione costitutiva, nel senso che, in difetto di questa, i creditori del proprietario vincolato non incontrano limiti all’azione esecutiva. In arg. anche A. Gemma, *Destinazione e finanziamento*, Torino, 2005, 122, secondo il quale, in assenza di tali formalità, il patrimonio destinato rimane giuridicamente inesistente.

<sup>15</sup> La dottrina si è soffermata sul profilo dell’opponibilità del vincolo di destinazione gravante su una determinata massa patrimoniale. In arg., da ultimo, A.D. Scano, *Gli atti estranei allo specifico affare*, Torino, 2010, 27; R. Quadri, *La destinazione patrimoniale*, Napoli, 2004, 276; P. Iamiceli, *Unità e separazione dei patrimoni*, cit., 58; L. Salamone, *Gestione e separazione patrimoniale*, cit., 51.

<sup>16</sup> In arg., per tutti, E. Bocchini, *Trasparenza e pubblicità nell’attività di impresa*, in Aa. Vv., *Trasparenza e pubblicità nell’attività di impresa*, Milano, 1996, 3-79.

#### 4. (segue): b) rilievi critici

In apparenza, l'introduzione dei patrimoni destinati costituisce una innovazione significativa dal punto di vista sistematico, perché si ammette la possibilità che un soggetto, anzi addirittura una persona giuridica quale la società, suddivida il proprio patrimonio differenziando il ceto creditorio in ragione dell'attività svolta e, quindi, delle obbligazioni assunte. Non sono mancate, in dottrina<sup>17</sup>, voci che hanno salutato l'avvento dell'istituto con toni calorosi, sostenendo che il legislatore avesse adottato il principio della specializzazione della responsabilità patrimoniale, superando così la prospettiva "soggettivistica" dell'art. 2740 c.c.<sup>18</sup>

In realtà, guardando al lato pratico ed applicativo del fenomeno, l'istituto ha finora ricevuto riscontri molto modesti, confermando così le intuizioni di altri studiosi, secondo i quali i condizionamenti posti dal legislatore erano tali da far ritenere che l'istituto avrebbe avuto vita difficile<sup>19</sup>.

Può essere interessante riflettere sulle ragioni di questo apparente insuccesso. In via preliminare, meritano di essere evidenziati alcuni aspetti tecnici della disciplina legislativa, che corrispondono ad alcune limitazioni poste al funzionamento dell'istituto:

1) la massa patrimoniale in discorso si considera preordinata alla realizzazione di uno specifico affare. Esiste quindi un vincolo di destinazione, ed il legislatore richiede che di esso si faccia menzione in ogni atto posto in essere a tal fine (art. 2447-quinquies, comma 4, c.c.). L'omissione di questa menzione comporta, quale conseguenza, che delle obbligazioni assunte risponde non il patrimonio destinato, ma il patrimonio generale della società<sup>20</sup>, con conseguente alterazione del concorso tra classi creditorie. Se ne deduce che, in questi casi (ossia in caso di mancata indicazione del vincolo di destinazione), la separazione non sussiste<sup>21</sup> e, pertanto, il creditore può aggredire il patrimonio residuo della società<sup>22</sup>;

<sup>17</sup> Così, ad esempio, R. Lenzi, *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, in *Riv. notariato*, 2003, 543. In termini più generali, guardando anche all'art. 2645-ter c.c., cfr. altresì G. Rojas Elgueta, *Il rapporto tra l'art. 2645-ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, I, 188; U. La Porta, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. notariato*, 2007, 1086.

<sup>18</sup> La prospettiva della specializzazione della responsabilità patrimoniale era già stata discussa, in una prospettiva *de iure condendo*, da L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale – Disposizioni generali*, cit., 34.

<sup>19</sup> Sul punto, senza pretese di completezza, G. Guizzi, *Patrimoni separati e gruppi di società (articolazione dell'impresa e segmentazione del rischio: due tecniche a confronto)*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 653; R. Quadri, *La destinazione patrimoniale*, cit., 105.

<sup>20</sup> Così D.U. Santosuosso, *Libertà e responsabilità nell'ordinamento dei patrimoni destinati*, in *Giur. comm.*, I, 2005, 369.

<sup>21</sup> Diversa valutazione in R. Lenzi, *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, cit., 551, secondo cui anche in questa ipotesi può parlarsi di separazione bilaterale.

<sup>22</sup> Cfr. B. Inzitari, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis, lettera a, c.c.)*, cit., 167 e s.

2) la separazione patrimoniale opera non per tutte le obbligazioni, ma solo per quelle contratte (ossia volontariamente assunte) in relazione allo specifico affare. Il legislatore si premura di precisare che tale separazione non sussiste per le obbligazioni derivanti da fatto illecito, per le quali permane la responsabilità illimitata della società (art. 2447-quinquies, comma 3, c.c.). Ai creditori involontari, dunque, la separazione non è opponibile<sup>23</sup>, nel senso che costoro possono aggredire un qualsiasi cespite formalmente riferibile alla società<sup>24</sup>.

Se ne deduce che, in primo luogo, il concetto di autonomia o di separazione patrimoniale viene a dipendere dalla fonte dell'obbligazione volta per volta considerata. La separazione sussiste nel caso di creditore volontario, non sussiste nel caso di creditore involontario, che può aggredire l'intero patrimonio del suo debitore, a prescindere dall'esistenza di una eventuale suddivisione interna, come quella che dovrebbe scaturire dalla costituzione del patrimonio destinato<sup>25</sup>.

Rispetto a questa prospettiva l'esteriorizzazione del vincolo assume una posizione strumentale, nel senso che tale esteriorizzazione rappresenta il punto di riferimento oggettivo (causale, secondo talune impostazioni) verso il quale far convergere la volontà di quel determinato ceto creditorio, a favore del quale è prevista la separazione patrimoniale. Il creditore può usufruire di tale separazione, in quanto sia consapevole del vincolo di destinazione e dell'esistenza di una massa patrimoniale "dedicata" a soddisfare le conseguenti pretese creditorie. In assenza di questa consapevolezza, la costruzione non regge, e riprende vigore il principio generale secondo cui il debitore risponde delle obbligazioni con tutti i suoi beni, a prescindere da eventuali suddivisioni interne del patrimonio.

Se questa ricostruzione è esatta, non sento di poter condividere quelle affermazioni, secondo cui l'evoluzione legislativa tratteggiata avrebbe finalmente abbattuto il principio della responsabilità patrimoniale basato sul soggetto (ossia la tradizionale formulazione dell'art. 2740, comma 1, c.c.), adottando il più moderno principio della specializzazione della responsabilità in ragione dell'attività svolta e dell'individuazione di masse dedicate alle diverse tipologie di attività<sup>26</sup>.

Personalmente sarei più prudente, e mi limiterei a dire che il legislatore ha arricchito il novero degli strumenti dell'autonomia privata<sup>27</sup>, prevedendone alcuni che

<sup>23</sup> In arg. D.U. Santosuosso, *Libertà e responsabilità nell'ordinamento dei patrimoni destinati*, cit., 369.

<sup>24</sup> Cfr. F. Roselli, *Responsabilità patrimoniale – I mezzi di conservazione*, in *Tratt. dir. priv.* dir. da M. Bessone, IX-III, Torino, 2005, 44.

<sup>25</sup> Così B. Inzitari, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis, lettera a, c.c.)*, cit., 172.

<sup>26</sup> Così, ad esempio, A. Gemma, *Destinazione e finanziamento*, cit., 154. In arg. anche F. Roselli, *Responsabilità patrimoniale – I mezzi di conservazione*, cit., 37, il quale ribadisce comunque la centralità del principio stabilito dall'art. 2740, comma 1, del codice civile, e quindi riconduce anche la fattispecie dei patrimoni destinati al novero delle deroghe legislativamente previste.

<sup>27</sup> La dottrina attenta al dato sistematico ha tentato di delineare un raffronto tra la disciplina dei patrimoni destinati e l'atto di destinazione patrimoniale introdotto dall'art. 2645 ter del codice civile. In arg., con

consentono al debitore, con atto unilaterale, di introdurre distinzioni tra classi di creditori, le cui pretese vengono indirizzate su masse patrimoniali che sono distinte, almeno nella fase iniziale<sup>28</sup>.

Se questa affermazione è esatta, la sua proiezione sul piano sistematico conduce ad una prima conclusione: la novità legislativa costituita dal patrimonio destinato incide non tanto sull'art. 2740, ma sull'art. 2741 ed, in particolare, sull'eguale diritto che hanno i creditori di soddisfarsi sui beni del debitore in assenza di cause legittime di prelazione.

La novità non incide sull'art. 2740, perché, a fronte delle eccezioni sopra evidenziate, sembra difficile negare che la società continui a rispondere con tutti i suoi beni dell'adempimento delle obbligazioni, sia quelle connesse allo specifico affare sia quelle residue. Il patrimonio della società, infatti, continua a restare esposto alle pretese dei creditori involontari, nonché dei creditori "speciali" nei casi in cui l'atto posto in essere non menzioni il vincolo di destinazione. Tra l'altro, ciò significa che, in queste due ipotesi, i creditori "generali" della società possono subire, sul patrimonio generale di quest'ultima, il concorso dei creditori speciali<sup>29</sup>. A fronte di questo dato normativo, trovo personalmente difficile sostenere la tesi secondo cui l'istituto *ex art. 2447-bis*, lett. a), del codice civile dia vita ad un'effettiva separazione patrimoniale; se di separazione si vuole parlare, occorre riconoscere che essa è molto tenue<sup>30</sup>.

Per converso, attraverso la costituzione del patrimonio destinato, il debitore-società ottiene un risultato diverso: indirizza un determinato ceto creditorio (quello legato al perseguimento dello specifico affare) su una determinata massa patrimoniale. La deroga, quindi, opera con riferimento al principio della *par condicio creditorum*, nel senso che la società incide sull'eguale diritto di tutti i creditori a soddisfarsi sul suo patrimonio, in maniera indifferenziata<sup>31</sup>.

---

varietà di accenti, A.D. Scano, *Gli atti estranei allo specifico affare*, cit., 42; F. Roselli, *Atto di destinazione del patrimonio e tutela del creditore nell'art. 2645 ter c.c.*, in Aa. Vv., *Spinte e contropunte della responsabilità patrimoniale*, Milano, 2007, 47 e ss., che sembra incline a valorizzare le differenze, anche operative, tra i due istituti. Nello stesso senso anche G. Gabrielli, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, cit., 334.

Cfr. anche R. Lenzi, *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645 ter c.c.*, in *Contr. Impr.*, 2006, 247 e s., il quale si sofferma sul trattamento che, nelle due fattispecie, ricevono i creditori involontari e sull'opponibilità a costoro del vincolo di destinazione. Su questo problema cfr. anche F. Gazzoni, *Osservazioni*, in Mir. Bianca (cur.), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., 232.

<sup>28</sup> Cenni in tal senso si leggono in B. Inzitari, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis, lettera a, c.c.)*, in *Contr. Impr.*, 2003, 164.

<sup>29</sup> In arg. A. Gemma, *Destinazione e finanziamento*, cit., 114.

<sup>30</sup> Nello stesso senso anche A.D. Scano, *Gli atti estranei allo specifico affare*, cit., 46; nonché A. Gemma, *Destinazione e finanziamento*, cit., 129, il quale osserva che la configurazione funzionale della separazione dei patrimoni destinati è solo tendenzialmente bilaterale, perché nella sostanza è soggetta a sistematici rischi di travasi unilaterali di carichi obbligatori, senza che si realizzi un effettivo isolamento del patrimonio rispetto alla società.

<sup>31</sup> Contrario G. Doria, *Il patrimonio finalizzato*, cit., 498.

Ciò presuppone però che vi sia – da parte del debitore/società – l’esteriorizzazione del vincolo di destinazione gravante su quella determinata massa patrimoniale; a tale esteriorizzazione si appoggia l’accettazione – da parte di questo particolare ceto creditorio – del vincolo di destinazione, cosa che si manifesta attraverso l’assunzione della veste di creditore, e dunque attraverso – ad esempio – la stipulazione di un contratto con la società.

Esaminata retrospettivamente, la vicenda del patrimonio destinato testimonia le difficoltà<sup>32</sup> che il legislatore incontra allorché tenta di disciplinare il funzionamento di una massa patrimoniale destinata stabilmente all’esercizio dell’attività d’impresa, senza ricorrere alla categoria della soggettività giuridica<sup>33</sup>.

Queste difficoltà, però, possono forse trovare una loro spiegazione nel dato sistematico. In questa prospettiva può essere utile ricordare che la responsabilità patrimoniale non è un istituto a sé stante; essa fa parte della teoria generale dell’obbligazione, e ne contraddistingue il lato patologico, nel senso che costituisce lo scenario di riferimento nel quale si collocano gli strumenti di cui il creditore dispone per ottenere – in via coattiva – il soddisfacimento delle proprie ragioni verso il debitore<sup>34</sup>. È stato autorevolmente<sup>35</sup> affermato che la responsabilità patrimoniale costituisce il “braccio secolare” dell’obbligazione.

Orbene, se ciò è vero, non dobbiamo dimenticare che l’obbligazione è un rapporto tra soggetti, e non tra patrimoni, e che il creditore, quando fa valere la responsabilità patrimoniale del debitore, reagisce ad un inadempimento del soggetto debitore, non di un patrimonio<sup>36</sup>. Incidentalmente, si può osservare che l’impossibilità di prescindere dal profilo soggettivo è ulteriormente attestata dalle difficoltà che il

<sup>32</sup> Osserva A. Zoppini, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, cit., 560, che il concetto di patrimonio destinato è essenzialmente un problema culturale. Nello stesso senso P. Ferro Luzzi, *La disciplina dei patrimoni separati*, cit., 121.

<sup>33</sup> Sul punto, riflessioni problematiche si leggono in L. Salamone, *Gestione e separazione patrimoniale*, cit., 353. In arg. anche R. Quadri, *La destinazione patrimoniale*, cit., 281, il quale giustamente osserva che la contrapposizione tra patrimonio separato e soggettività giuridica, che forse esiste in ambito societario, entra in crisi se si entra nell’ambito delle attività non lucrative. In questo caso il ruolo della separazione patrimoniale viene emarginato.

<sup>34</sup> In arg. L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale – Disposizioni generali*, cit., 25, che qualifica la responsabilità patrimoniale come una articolata situazione giuridica di cui il creditore è titolare in vista del soddisfacimento dei suoi crediti.

<sup>35</sup> Così A. di Majo, *Delle obbligazioni*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di Scialoja-Branca, artt. 1173-1176, Bologna-Roma, 1988, 147.

<sup>36</sup> Sulla dialettica tra teorie personali e teorie patrimoniali a proposito dell’inquadramento generale dell’obbligazione, si veda, per tutti, R. Nicolò, *L’adempimento dell’obbligo altrui*, Milano, 1936, 90 e ss. Sul pensiero del Maestro, di recente, F. Roselli, *Le opere di Rosario Nicolò in tema di responsabilità patrimoniale e di relative azioni conservative*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2009, 554 e s.

In arg. anche A. di Majo, *Delle obbligazioni*, cit., 85.

legislatore ha incontrato nel disciplinare il rapporto tra il patrimonio destinato e l'insolvenza, della società e/o dello stesso patrimonio<sup>37</sup>.

A me pare, cioè, che abbandonare il postulato soggettivista presenti dei costi che, almeno allo stato, sono superiori ai vantaggi che se ne possono ricavare<sup>38</sup>. D'altra parte lo stesso legislatore, allorché ha dovuto disciplinare fenomeni di vera e propria segregazione patrimoniale, anche in settori particolarmente innovativi, ha utilizzato la categoria concettuale del soggetto di diritto, come attestando chiaramente le esperienze in materia di cartolarizzazione e di *project financing*.

Da ciò si trae, a mio avviso, un'indicazione di metodo: soggettivizzare la massa patrimoniale significa fare ricorso ad un apparato organizzativo che riesce a soddisfare, più di altre soluzioni, le fondamentali esigenze che emergono in questi casi, ossia – dal punto di vista statico – la conservazione dell'unità della massa e – dal punto di vista dinamico – la sua unitaria gestione in vista del perseguimento dello scopo cui quella massa è preordinata<sup>39</sup>.

Che la massa patrimoniale destinata allo svolgimento dell'attività d'impresa abbia una connotazione unitaria, e che il legislatore si preoccupi di preservarla, mi pare un dato incontrovertibile nell'attuale scenario normativo; basti pensare anche alla recente introduzione di quell'istituto che va sotto il nome di patto di famiglia<sup>40</sup>. Ciò detto, mi pare però che, alla luce del dato normativo attuale, solo la soggettivizzazione della massa consenta di raggiungere l'obiettivo di attribuire a quella massa una piena autonomia rispetto ad altre, con tutto ciò che ne consegue in punto di identificazione certa delle pretese creditorie che su quella massa possono indirizzarsi.

A mio sommo avviso è dunque prematuro abbandonare l'equazione "un soggetto = un patrimonio" su cui si regge la tradizionale sistemazione dei fenomeni giuridici; tra l'altro, ciò avrebbe delle implicazioni anche di natura linguistica, che – sempre a mio avviso – oggi non si è pronti ad affrontare<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Sul punto cfr. D.U. Santosuosso, *Libertà e responsabilità nell'ordinamento dei patrimoni destinati*, cit., 373.

<sup>38</sup> Non è fuori di luogo ricordare che l'imputazione dell'attività giuridica e dei suoi effetti è articolata secondo lo schema del soggetto di diritto. Così A. Zoppini, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, cit., 553; cui adde P. Spada, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 846.

<sup>39</sup> Considerazioni in P. Iamiceli, *Unità e separazione dei patrimoni*, cit., 218.

In proposito va segnalata la posizione recentemente manifestata da A. di Majo, il quale mostra una certa attenzione e sensibilità verso le tesi che segnalano l'esigenza di costruire la nozione di patrimonio più con riferimento al soggetto che non allo scopo (Id., *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, 67), il che conduce l'autore ad avvertire altresì l'esigenza di superare la logica tradizionale dell'imputazione soggettiva (Id., *op. cit.*, 68).

<sup>40</sup> Artt. 768-bis e segg. c.c., introdotti dalla legge 14 febbraio 2006, n. 55. Un accenno nel senso sostenuto nel testo si legge in A. Jannarelli, *Brevi note a proposito di "soggetto giuridico" e di "patrimoni separati"*, cit., 1256.

<sup>41</sup> A. Zoppini, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, cit., 558, ricorda che il nostro sistema si avvale della soggettivizzazione come tecnica e modello di

## 5. I finanziamenti destinati; il problema delle garanzie reali

Il legislatore della riforma societaria ha introdotto anche un altro istituto, i c.d. finanziamenti destinati, disciplina dagli artt. 2447-bis, comma 1, lett. b), nonché 2447-decies.

Anche in questo caso è opportuno ricordare sommariamente il meccanismo di funzionamento: l'ipotesi considerata è quella di un soggetto che finanzia una società in relazione allo svolgimento di uno specifico affare. Lo scopo del finanziatore è di procurarsi una posizione privilegiata ai fini del rimborso del finanziamento erogato, e questo privilegio viene fatto gravare sui proventi che la società ricava dallo svolgimento dello specifico affare; tali proventi sono quindi destinati, in via prioritaria, al rimborso di quel dato finanziamento. In altri termini, sul flusso di cassa<sup>42</sup> generato dal perseguimento dello specifico affare viene costituita una posizione privilegiata a favore di un dato creditore, che è appunto il finanziatore<sup>43</sup>.

Anche a proposito di questo istituto si ritrovano i principi di pubblicità e trasparenza, precedentemente evocati<sup>44</sup>. Con riguardo al primo (pubblicità), è necessario che il vincolo di destinazione posto a carico dei proventi venga reso conoscibile ai terzi, e soprattutto alla generalità del ceto creditorio. A tal fine la legge richiede che il rapporto di finanziamento venga reso pubblico attraverso il deposito di copia del contratto nel registro delle imprese (art. 2247-decies, comma 3, lett. a), c.c.).

Con riguardo al secondo (trasparenza), la società è tenuta ad adottare "sistemi di incasso e di contabilizzazione" che consentano di individuare, in un qualsiasi momento, i proventi dell'affare, in maniera tale da isolarli dai restanti cespiti riferibili alla società. Se ne deduce che la massa patrimoniale destinata a soddisfare le pretese del finanziatore, pur essendo flottante, deve poter essere individuata con immediatezza e facilità nella sua consistenza quantitativa, in maniera da consentire il rapido soddisfacimento di quella determinata pretesa creditoria.

Raffrontando questo istituto rispetto a quello precedentemente esaminato (i patrimoni destinati), il legislatore ha compiuto una scelta a mio avviso più lineare: ha evitato di addentrarsi nelle tematiche suscitate dalla separazione patrimoniale e della soggettività giuridica, ed ha creato un meccanismo immediatamente idoneo a suddividere il ceto creditorio in classi distinte, in ragione del titolo della pretesa,

---

imputazione, e tenda quindi a rappresentare in termini di disciplina del soggetto quelle che sono regole che incidono sui beni.

<sup>42</sup> Valorizza questo concetto L. Salamone, *I "finanziamenti destinati", tra separazione patrimoniale e garanzia senza spossessamento*, in P. Abbadessa-G.B. Portale (dir.), *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 1, Torino, 2006, 878.

<sup>43</sup> In arg. A. Gemma, *Destinazione e finanziamento*, cit., 141 e s.

<sup>44</sup> Cfr. L. Salamone, *I "finanziamenti destinati", tra separazione patrimoniale e garanzia senza spossessamento*, cit., 896.

nonché a governare il concorso delle diverse classi sulla stessa massa patrimoniale del debitore società<sup>45</sup>.

In questa prospettiva è stato giustamente osservato che l'istituto dei finanziamenti destinati appartiene non tanto al diritto societario, quanto al diritto generale delle obbligazioni<sup>46</sup>. Più esattamente, esso si salda con il tema della garanzia del credito<sup>47</sup>, e quindi con gli strumenti di tutela che possono essere accordati ad un dato creditore, o meglio ad un dato ceto creditorio, per ragioni connesse alla causa del credito.

Il tema è troppo vasto per essere affrontato in questa sede. Limitandosi a qualche rapidissima riflessione, credo si possa convenire sulla constatazione secondo cui il nostro sistema mostra dei limiti sul piano delle garanzie del credito. Sul versante delle garanzie personali, il codice è fermo al modello della fideiussione, che però – all'atto pratico – ha dimostrato di essere scarsamente funzionale rispetto alle esigenze connesse alla realtà dei traffici e, soprattutto, dell'attività imprenditoriale. Gli operatori italiani hanno quindi dovuto importare “forzosamente” lo schema della garanzia autonoma, con tutti i problemi di adattamento che sono ben noti nel dibattito giurisprudenziale.

Sul versante delle garanzie reali, lo scenario è ancora più difficile, nel senso che il nostro sistema mal si concilia con le esigenze della realtà contemporanea, soprattutto per quanto attiene alle garanzie mobiliari. Basti qui menzionare due esempi. Il primo è la riserva di proprietà, che costituisce uno strumento ampiamente diffuso nel commercio internazionale, attraverso il quale il venditore garantisce il suo credito verso il compratore relativo al pagamento del prezzo. Nel nostro sistema, però, la riserva di proprietà non è stata concepita in funzione di garanzia, e difatti opera con molta difficoltà, risultando sovrastata dalla forza dogmatica del principio stabilito dall'art. 1153 c.c.

Lo stesso principio ha condizionato la sorte del secondo istituto che possiamo portare ad esempio. Intendo riferirmi al privilegio per il finanziamento alle attività imprenditoriali, formalmente disciplinato all'art. 46 del testo unico bancario<sup>48</sup>. Anche questo istituto ha avuto una ridottissima applicazione pratica, proprio perché il legislatore lo ha configurato in termini chiaramente subordinati all'art. 1153 c.c.

In questo scenario complessivo, l'istituto del finanziamento destinato può offrire, sul piano sistematico, degli spunti molto interessanti e meritevoli di sviluppo ulte-

<sup>45</sup> Cfr. R. Lenzi, *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645 ter c.c.*, cit., 246.

<sup>46</sup> Così L. Salamone, *I “finanziamenti destinati”, tra separazione patrimoniale e garanzia senza spossessamento*, cit., 877; A. Gemma, *Destinazione e finanziamento*, cit., 143.

<sup>47</sup> Così L. Salamone, *I “finanziamenti destinati”, tra separazione patrimoniale e garanzia senza spossessamento*, cit., 916, con particolare riguardo alle garanzie mobiliari con spossessamento.

<sup>48</sup> In arg. G. Tucci, *Art. 46 – Finanziamenti alle imprese: costituzione di privilegi*, in F. Capriglione (cur.), *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*<sup>2</sup>, I, Padova, 2001, 345.

riore. Esso si muove infatti una prospettiva dinamica, perché la norma si appunta sui flussi di cassa generati dallo svolgimento di un dato affare, ed attraverso un meccanismo pubblicitario si giunge ad un effetto segregativo, nel senso che quelle somme vengono sottratte alla regola generale del concorso e vengono invece riservate al soddisfacimento di un dato creditore.

Ci sono quindi le premesse teoriche per farne un istituto di portata generale, in ipotesi idoneo a favorire il finanziamento delle attività imprenditoriali, e ciò anche a prescindere dalla modestia dei riscontri applicativi fino ad oggi registrati. In questo modo, si conferma la fondatezza di quell'intuizione<sup>49</sup> che distingueva tra responsabilità e garanzia patrimoniale, sottolineando che il termine decisivo è il secondo, più che il primo. In questa prospettiva, la garanzia patrimoniale si pone come un istituto che opera soprattutto in funzione preventiva, ossia in sede di costituzione del rapporto obbligatorio, più che non in sede sanzionatoria, dopo che l'inadempimento si è verificato.

Nella prospettiva dinamica che caratterizza lo svolgimento dell'attività di impresa, a me pare che l'esigenza fondamentale non sia tanto quello di bloccare una massa patrimoniale a servizio di una certa classe creditoria<sup>50</sup>, ma soprattutto quello di individuare preventivamente gli strumenti attraverso i quali il ceto creditorio potrà soddisfare le proprie pretese in maniera quanto più possibile sicura, in tutti i casi in cui il debitore si renda inadempiente. Questo mi sembra essere il nodo del problema, al quale l'istituto dei finanziamenti destinati fornisce una prima risposta.

---

<sup>49</sup> Per questa impostazione si veda E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni, II, Struttura dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, 28 e ss.

Anche la letteratura successiva si sofferma sulla funzione preventiva della responsabilità patrimoniale; in arg. P. Rescigno, voce *Obbligazioni (diritto privato) a) nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 136; L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale – Disposizioni generali*, cit., 9; V. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*<sup>2</sup>, in *Tratt. dir. priv.* dir. da P. Rescigno, 19, Torino, 1997, 491.

<sup>50</sup> In arg. P. Ferro Luzzi, *La disciplina dei patrimoni separati*, cit., 128, il quale sottolinea l'importanza che, con riferimento al fenomeno dell'impresa ed alla sua dinamicità, assumono gli aspetti reddituali prima ancora di quelli patrimoniali.

# Cancellazione automatica delle ipoteche e tutela dei consumatori\*

di Giuseppe Palazzolo

*SOMMARIO: 1. Il procedimento di cancellazione automatica delle ipoteche nella L. 40/2007. – 2. Perentorietà del termine e decadenza. La rinnovazione dell'ipoteca ex art. 2881 c.c. – 3. Alcune osservazioni sull'alternativa delle procedure di cancellazione delle ipoteche e l'ipotesi dell'obbligazione imperfetta. – 4. L'azione collettiva in tema di cancellazione automatica dell'ipoteca. Rilievi critici sul procedimento della Class action. – 5. Analisi del giustificato motivo della controdedichiarazione di permanenza dell'ipoteca da parte del creditore ipotecario. Rimedi processuali dell'utente bancario ex art. 140 bis Cod. cons.*

## 1. Il procedimento di cancellazione automatica delle ipoteche nella L. 40/2007

La disciplina della cancellazione delle ipoteche derivanti da mutui contratti con banche, finanziarie e istituti previdenziali, è stata integrata da un automatismo legale, estremamente innovativo ed originario, che pone a carico degli istituti anzidetti tutte le attività necessarie all'ottenimento del risultato estintivo dell'iscrizione ipotecaria, sotto forma di cancellazione telematica del pregiudizio. Esso, inoltre, introduce particolari effetti pubblicitari rispetto ai terzi di buona fede che ispezionano il dedicato registro, unitamente alla individuazione della perentorietà del termine di trenta giorni previsto dalla l. 2 aprile 2007, n. 40, ex art. 13 comma 8 *novies* per l'esaurimento della comunicazione di estinzione dell'obbligazione e dell'eventuale controdedichiarazione di permanenza.

Il soggetto incaricato *ex lege* di ricevere il combinato delle due dichiarazioni è rappresentato dalla Conservatoria dei RR.II., quale organo decentrato dell'Agenzia del Territorio che, constatata la comunicazione estintiva dell'obbligo, proveniente dalla sola banca od altro istituto considerato dalla legge, nel giorno successivo al suo spiare, procede, senza altro indugio, alla cancellazione dell'ipoteca.

L'intreccio *ratione temporis*, delle dette attività appare del tutto compatibile col semplificato sistema della cancellazione automatica d'ipoteca e costituisce un proce-

\* Questo studio è destinato alla raccolta di scritti scaturiti dal convegno, "Class action. Una prima lettura", organizzato dall'Associazione "Nicolò Cinquemani Arcuri. Istituto di alta formazione giuridica e politica", tenutosi ad Agrigento sotto le date del 12 e 13 giugno 2010.

dimento rispettoso delle posizioni di entrambe la parti contraenti l'originario contratto di mutuo garantito da ipoteca<sup>1</sup>.

È da dire altresì, a conforto della nuova normativa, che il suo contenuto dispositivo, non altera i principi legali sottesi ai caratteri dell'accessorietà e della estinzione dell'ipoteca per come disciplinati dal codice civile, pure considerati nel richiamo che il legislatore fa dell'art. 2878 c.c., di cui stabilizza il fine in deroga all'art. 2847 c.c.

Trattasi, a nostro avviso, con l'introduzione della esposta prospettiva legale, di obblighi *ex lege* di carattere *propter rem* completamente traslati ai sensi dell'art. 13 comma 8 *sexies* e ss. della L. 2 aprile 2007, n. 40 che ha convertito il D.L. 31 gennaio 2007, n. 7, sul creditore ipotecario, il quale, constatata l'estinzione dell'obbligazione garantita dall'ipoteca, deve rilasciare al debitore una quietanza, recante la data in cui l'evento anzidetto è avvenuto. Nei trenta giorni successivi deve, ancora, obbligatoriamente comunicare al Conservatore dei RR.II. gli eventi già conosciuti dal debitore ipotecario, salvo che, nello stesso termine decorrente dalla comunicazione di estinzione dell'obbligazione, non si accorga di essere caduto in errore e comunichi che l'ipoteca deve permanere, nei modi e con le forme adottate usualmente per la rinnovazione di essa ai sensi dell'art. 2850 c.c.

Proprio perché si tratta di un procedimento legalizzato da una serie di attività imposte *ex lege* al creditore ipotecario ed addirittura con l'abbattimento di ogni formalità, essendo stata adottata la comunicazione telematica con sottoscrizione digitale e l'istituzione di un apposito registro che sostituisce il cartaceo, deve trattarsi di mutui bancari, o stipulati con finanziarie ovvero di istituti previdenziali in favore dei propri assistiti. Possiamo fin da ora affermare che la tipologia del mutuo, esclusivamente adottata dalla legge, quale contratto di prestito normalmente usato per l'acquisto di un immobile da adire ad abitazione, giustifica gli abbattimenti fiscali e degli oneri di cancellazione dell'ipoteca, per la particolare categoria di soggetti che ne ricevono i benefici, unitamente ad altre motivazioni relative al procedimento di

<sup>1</sup> La norma in esame ha avuto, fin dalla sua emanazione, notevole gradimento sociale, mostrando il legislatore un vero interesse per il cittadino di fronte a certi poteri della finanza e delle professioni che in tema di cancellazione di ipoteca ne postergavano la conclusione *ad libitum* nonostante il pagamento di somme incidenti sui piccoli bilanci familiari (da 400 a 1000 Euro) ai notai, affinché si ottenesse la completa liberatoria dal rapporto di mutuo. Lo stesso non può dirsi di altre recenti normative, da rintracciare nell'orbita di ben più ampi provvedimenti, quali l'opposizione alla donazione familiare *ex art. 2 comma 4 novies* della L. 14 maggio 2005, n. 80, intitolata alla c.d. competitività, il cui *favor* per la banca titolare di ipoteca, sul bene di provenienza donativa, con la rimodulazione degli artt. 561 e 563 c.c., è sotto gli occhi di tutti (cfr. senza alcuna pretesa; G. Palazzolo, *Le nuove regole della Legge 80/2005 in tema di opposizione, riduzione e restituzione nelle donazioni*, in *Vit. Not.*, n. 1, 2006, p. 542 ss.) ovvero, con l'opinabile tecnica legislativa dell'aggiunzione di testi normativi a norme del Codice civile per disciplinare il patto di famiglia e la trascrizione degli atti di destinazione, tutte di difficile applicazione ed avviate ad una potenziale abrogazione per desuetudine, a cagione della poca frequentazione di tali presidi da parte dei consociati che non vi trovano alcuna utilità.

cancellazione, quali moventi idonei a consentire l'attivazione di una azione collettiva contro le banche inadempienti al richiamo della legge.

Una conferma della giustizia della legge in commento, riposa sul fatto che, prima di essa, le spese di cancellazione di ogni trascrizione od iscrizione pregiudizievole presa dalla banca, erano completamente a carico del debitore ipotecario<sup>2</sup>, sì che una volta concluso il rapporto di mutuo con l'esatto adempimento da parte del mutuatario, non si vede per quale ragione i detti oneri dovevano essere completamente traslati sul mutuatario adempiente, previo assenso del mutuante alla cancellazione ex art. 2882 c.c.

Per altro verso, tale assenso, visto nell'ottica attuale della legge, si potrebbe intendere non compatibile coi principi della giustizia e della parità contrattuale<sup>3</sup>, potendosi rilevare il sintomo di una primazia assolutistica dell'istituto di credito, inserito nella dinamica di un normale contratto di prestito, che con il computo degli interessi e le spese di gestione del contratto, ha già abbondantemente remunerato il "sacrificio" del mutuante per l'erogazione del denaro necessario all'acquisto. Sì che la funzione della quietanza, che nella struttura della nuova legge sostituisce il cd. atto di assenso alla cancellazione, introduce alla semplicità di uno scambio di documenti dovuti tra le parti del rapporto di mutuo al fine dell'ottenimento del risultato secondario dell'annotazione della cancellazione dell'ipoteca sul nuovo registro telematico tenuto dal Conservatore dei registri immobiliari, ad impulso esclusivo del creditore ipotecario.

Se ben si guarda al fine ultimo della legge si scorge, senza eccessivi sforzi, che essa impone dei sacrifici economici ai soggetti forti del rapporto di mutuo, vale a dire lo Stato da una parte che rinuncia alle imposte ad esso dovute per la cancellazione dell'ipoteca<sup>4</sup> e gli istituti di credito, dall'altra, obbligati a certificare l'estinzione del

<sup>2</sup> La norma di cui all'art. 2846 c.c. pone a carico del debitore le spese per l'iscrizione di ipoteca, facendo, tuttavia, salvo il patto contrario ed aggiungendo che in ogni caso esse debbono essere anticipate dal richiedente – spese tali ultime – che si collocano ai sensi dell'art. 2855 c.c. nello stesso grado dell'iscrizione ipotecaria. Nulla dice, invece, il Codice civile in argomento di spese per la cancellazione dell'ipoteca, sì che la l. 40/2007 introduce, col carico al creditore ipotecario dell'obbligo di attivazione automatica del procedimento estintivo volto alla detta cancellazione, il completamento di una fase dovuta al tartassato debitore ipotecario che ha già sopportato, con la conclusione del contratto di mutuo, quelle di iscrizione, essendo il patto distributivo di esse col creditore ipotecario bancario una vera chimera, stante che le banche, come è noto, le spese di ogni genere le imputano ai clienti.

<sup>3</sup> Cfr. da ultimo A. Cataudella, *La giustizia del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2008, p. 626, il quale con la consueta precisione afferma che, "Il riconoscimento ai privati di un potere giuridicamente tutelato di regolare i propri interessi trova le sue ragioni d'essere: 1) nella tendenziale mancanza di un interesse pubblico a dettare regola agli stessi; 2) nell'esistenza di un interesse pubblico a che tali interessi siano, comunque, pacificamente regolati; 3) nella convinzione che i portatori degli interessi siano i meglio adatti a dettare le regole". Il divisato programma attuativo dei principi di libertà e giustizia nel contratto trova approdo, nel nostro ragionamento, con l'adozione del punto 2.

<sup>4</sup> Cfr. Cass. civ., 10 agosto 1990, n. 8130, in *Mass. Giur. It.*, 1990, che definisce, con buona chiarezza, il criterio di tassazione della cancellazione di ipoteca, collegandolo all'art. 11 della tariffa del D.P.R., 26 otto-

rapporto con quietanza ed a procedere d'ufficio e gratuitamente alla cancellazione in automatico.

Tanto basta, per comprendere che il fondamento attuativo della norma in commento, è quello di procurare al debitore il completo abbattimento dei costi di cancellazione dell'ipoteca<sup>5</sup>, ivi compresi quelli notarili e la certezza che l'operazione avvenga in tempi brevissimi.

L'intervento semplificativo della legge, nonostante la struttura privatistica dei primi due soggetti ivi indicati vale a dire banche e finanziarie, sembra giustificato dai precedenti abusi della posizione dominante degli istituti di credito in generale nei confronti dei propri clienti, quanto meno in ordine alla imputazione di ogni genere di spesa necessitata dai contratti che pongono in essere<sup>6</sup>.

---

bre 1972, n. 634, il quale prevede l'imposta fissa, escludendo la tassazione proporzionale, invece adottata dall'art. 6, all. A., in quanto l'atto di assenso alla cancellazione non ha contenuto patrimoniale e quindi semplice atto contrario alla formalità precedente all'iscrizione.

<sup>5</sup> È, invece, prevalso un istinto di reazione, mai sopito nell'utente inciso dall'enorme potere degli istituti di credito che spesso abusano delle ampie garanzie concesse in loro favore dalla legge, rinforzate da alcune poco commendevoli interpretazioni della giurisprudenza, specie in tema di pluralità di garanzie reali e personali, di cui si dotano nei confronti dei rapporti di conto corrente affidati, instaurati con i propri clienti, quando ad es. alla fideiussione dei familiari del debitore si accompagni pure l'ipoteca presa su tutti i suoi beni personali, argomento tal ultimo che ha colto la nostra attenzione, con riferimento alla successione degli eredi del fideiussore, genitore del debitore, nel contratto in corso di svolgimento alla sua morte, sì che, senza alcuna pretesa, cfr. G. Palazzolo, *L'eccezione di decadenza nella fideiussione bancaria e la personalità del fideiussore inter vivos e mortis causa*, in *Personae, famiglia e successioni*, 4, 2008, p. 147 ss. L'abuso è evidente, specie con riferimento al fenomeno dell'annientamento, tramite i modulari bancari, delle difese del fideiussore in via di eccezione ex artt. 1955 – 1957 c.c., viceversa, utili per far dichiarare l'estinzione della fideiussione, quando la banca viene meno ai suoi obblighi. In Germania, al contrario, il tema qui semplicemente accennato, è assai avvertito e la giurisprudenza di legittimità si è impegnata in rigorose pronunce quali quella del *Bundesverfassungsgericht*, fin dal 19 ottobre 1993, che dichiara la nullità della fideiussione per difetto di causa, quando il fideiussore sia legato al debitore da vincoli affettivi, parentali o personali.

<sup>6</sup> La norma non si applica, infatti, a rapporti diversi da quelli in essa considerati; né può dirsi che banche e finanziarie siano da considerare alla stregua degli istituti previdenziali, strutture governate dallo Stato, benché ricevano spesso importanti sostegni sotto forma di leggi e provvedimenti volti ad agevolare alcune loro poco condivise pratiche, in tema di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, valute, costi e spese di gestione dei conti correnti di corrispondenza nei confronti degli utenti. Quanto agli istituti previdenziali richiamati dalla legge, ma del tutto non considerati dalla dottrina, nelle rare ipotesi in cui erogano mutui in favore dei propri assistiti, essendo connotati *in toto* dalla natura pubblicistica delle loro strutture, è da dire che si tratta della legittimazione di un procedimento che il legislatore apparentemente adotta contro se stesso, costituendo in tal modo la premessa maggiore del fine della legge, per il fatto che la cancellazione automatica dell'ipoteca sottrae al suo apparato finanziario utilità economiche. Di contro, però, gli enti in questione prevalgono contro ogni altro privato concorrente, e non perdono mai i privilegi ipotecari per effetto del DPR 602/73 ex art. 76, e del D.lgs. 46/99 ex art. 18, in ipotesi derivanti da eventuali procedure esecutive adottate contro il debitore, pur in presenza di errori nella trasmissione della dichiarazione. Deriva che a causa della detta primazia la l. 40/2007 non incide sugli effetti della cancellazione del caso operata, giacché, anche in ipotesi di rinnovazione, per vizi della dichiarazione, le ipoteche dello Stato sono sempre assistite da un unico grado che non perdono mai nei confronti dei concorrenti, vale a dire il primo.

Ma la dottrina non si contenta di accettare la legge nella sua nudità, anche quando sia produttiva di effetti positivi per il soggetto debole del rapporto negoziale, essendosi, infatti, spaccata sugli effetti del nuovo procedimento di cancellazione della ipoteca. Vale a dire, intorno alle conseguenze che il termine di trenta giorni sortisce nell'ambito del procedimento di cancellazione, il cui automatismo, nel binomio pagamento del debito – immediata estinzione dell'ipoteca, per una chiara necessità regolamentare, soggiace allo spirare del termine collegato al nuovo procedimento legale, considerato che all'interno di esso sono previste delle attività incidenti sulla posizione del creditore ipotecario.

Ed il termine di che trattasi, rilevata *in bonis* la sua eccezionale brevità, ha il ruolo fondamentale di conferire certezza allo sviluppo del procedimento preparatorio della cancellazione ipotecaria, com'è peraltro nella sua disciplina generale, del tutto rispettoso del parametro di semplificazione e risparmio adottato dalla legge. Sì che, tutto quello che avviene all'interno di esso, a cura della parte obbligata, prelude alla cancellazione automatica, ove l'eventualità dell'impedimento alla cancellazione, fondata su di un giusto motivo, non vale certo ad argomentare una eccezione che si vorrebbe introdotta dalla l. 40/2007 al principio generale secondo cui, all'estinzione del debito consegue l'estinzione dell'ipoteca e quindi la sua sottostante cancellazione.

Proprio il termine "eventualità" correlato alla obiezione motivata del creditore ipotecario a che il procedimento di cancellazione non possa validamente svilupparsi, esattamente individuato dalla dottrina<sup>7</sup>, rende conto della sottile differenza di opinioni riguardo all'ostacolo, impropriamente svolto sullo spazio dei trenta giorni, visto, appunto, quale dilatazione volta a ritardare un effetto automatico, al quale, si collegherebbe la speranza da parte del debitore che il creditore non trasmetta la dichiarazione di permanenza dell'ipoteca<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> La rilevanza del fatto eventuale della comunicazione da parte del creditore ipotecario di un impedimento alla cancellazione dell'ipoteca, è messa in luce da C.M. Bianca, *La cancellazione d'ufficio dell'ipoteca: profili sistematici*, in *Vit. Not.*, 2, 2008, p. 625, quando afferma che: "L'eventualità di quella dichiarazione non implica che l'ipoteca sopravviva all'estinzione dell'obbligazione garantita e che l'estinzione dell'ipoteca dipenda dalla volontà del creditore. Piuttosto l'effetto della dichiarazione del creditore è indicato dalla successiva disposizione, la quale, in presenza della dichiarazione preclude la cancellazione d'ufficio dell'ipoteca (art. 13 comma 8 *decies* l. 2 aprile 2007, n. 40)". Prendendo spunto da tale esatta posizione della dottrina si può aggiungere l'ovvietà del nostro ragionamento, giacchè, cedendo la semplificazione legale della cancellazione automatica per il fatto della comunicazione impediante in termini della banca, si aprirà la scena al procedimento ordinario, che, come argomberemo meglio nel seguito dello scritto, si concentrerà nella verifica del giustificato motivo opposto dal creditore ipotecario alla cancellazione voluta dalla legge.

<sup>8</sup> Tale rilievo si trova in G. Petrelli, *Cancellazione di ipoteche a garanzia dei mutui nella l. 2 aprile 2007, n. 40* in *Notariato*, p. 298, ove non viene posto nella giusta luce il fatto che la verifica dell'estinzione dell'obbligazione viene affidata, com'è intuitivo, al creditore ipotecario gestore dell'intero rapporto negoziale, che in conseguenza di ciò deve rilasciare quietanza al debitore. Proprio la quietanza costituisce la garanzia di esatto adempimento per il debitore che, in conseguenza di ciò, non deve sperare in altro che nella verità sottesa al

Piuttosto che affidarsi all'anzidetta speranza, per argomentare una posizione così delicata, andando oltre al significato delle parole usate dal legislatore, che con l'automatismo anzidetto sottrae spazio all'intervento di professionisti, solitamente incaricati per attendere ad una tra le più formali (e costose) attività giuridiche di secondo grado<sup>9</sup>, bisognerebbe vedere per quale ragione la legge ha adottato il principio del giustificato motivo per l'opposizione alla cancellazione automatica, essendo l'estinzione del debito un fatto governato da entrambe le parti del rapporto negoziale, fondato sulla constatazione dell'avvenuto pagamento.

Essa non potrà avvenire immediatamente, come vorrebbe la dottrina, nel caso in cui il creditore istituzionale con le formalità dovute comunichi all'Agenzia del Territorio di un qualche impedimento alla procedura semplificata, ed il motivo addotto deve essere giustificato nel rapporto sottostante all'iscrizione medesima.

La giustificazione del motivo impediente risulta, pertanto, essenziale nella semplificazione della procedura di cancellazione, tale che bisognerebbe verificare il caso in cui esso sia del tutto infondato ed assunto solo per evitare l'effetto automatico voluto dalla legge, nella egoistica previsione da parte dell'istituto di credito di una sempre potenziale reviviscenza del rapporto.

In tali casi l'analisi della procedura civile non è da considerare un vacuo esercizio, quando è rapportata alla enucleazione della tutela giudiziaria che si trae dalla legge, giacché l'interruzione della procedura di cancellazione automatica dell'ipoteca, tramite una defatigatoria controdiagnosi di permanenza o la sua mancata attiva-

---

documento liberatorio, essendo il termine dei trenta giorni dalla comunicazione al Conservatore dei RR. II. talmente breve che il creditore ipotecario, solo nel caso di errore, può rimetterla in discussione, impedendo la cancellazione automatica dell'ipoteca con tutti i suoi benefici per il debitore ipotecario.

<sup>9</sup> Va detto che la l. 40/2007 elimina una serie di balzelli affidati all'intervento notarile stante che le dichiarazioni o comunicazioni che dir si voglia non debbono essere autenticate dal notaio, che per tale attività aveva diritto ad onorari e spese. Dal punto di vista squisitamente pratico, senza alcuna velleità di introdurre elementi alla discussione apertasi, tra i giuristi del notariato, (cfr. A. Chianale, *Le nuove regole sulla cancellazione dell'ipoteca per i mutui bancari* (l. 2 aprile 2007, n. 40) in *Riv. dir. civ.* 2007, II, p. 487; Id, *La procedura di c.d. cancellazione semplificata delle ipoteche*, in *Il contributo del notariato per l'attuazione della semplificazione in tema di mutui ipotecari*, in *Quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Ed. Sole 24 ore, Lavis, 2008, p. 10 ss.; Gius. A.M. Trimarchi, *Il nuovo procedimento tra automatismo e formalismo ed il contributo del Notariato per l'applicazione dell'istituto in caso di vendita contestuale*, ivi, p. 55 ss.; M Ceolin, *La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani bis*, (d.l. 31 gennaio 2007, n. 7), in *Leggi civ. comm.*, 2008. p. 259; A. Calderone, *Il procedimento di "cancellazione" delle ipoteche estinte a seguito di regolare adempimento del mutuo nella l. n. 40/2007*, in *Notariato*, 2008. p. 104.) va detto che nonostante estinta l'obbligazione sottesa al mutuo si assisteva ad impressionanti ritardi di annotazione della cancellazione, sul *totem* del registro cartaceo, sì che, seppure cartolarmente l'ipoteca continuava ad esistere, costringendo il debitore ipotecario adempiente, là dove necessitato da un nuovo affare, ad esibire l'atto di assenso alla cancellazione, ovvero l'ordine di cancellazione del giudice al fine di dimostrarne l'insussistenza. Indi, doveva rivolgersi ad un notaio, per procedere materialmente alla cancellazione con un ingiustificato aggravio di costi, sperando che nel frattempo il nuovo acquirente non prendesse spunti da tale ritardo di certificazione dell'estinzione dell'ipoteca per pentirsi dell'affare in corso.

zione, quali diritti quesiti del debitore affidato alla confluenza dei presupposti del pagamento – estinzione dell'obbligazione e quietanza, innesca evidenti tutele giudiziali in favore del debitore. E si, perché manca nella norma in esame una sanzione a carico della banca o altro istituto considerato nella norma, che ritardi od ometta l'attività in essa prevista, in presenza dei requisiti che ne prevedono l'attivazione automatica senza la partecipazione del debitore ipotecario, per quanto concerne, in particolare, i mutui estinti col pagamento dell'ultima rata avvenuto dopo il 3 aprile 2007. Per le estinzioni precedenti la data anzidetta è previsto un solo onere a carico del debitore ipotecario, vale a dire quello di attivare il procedimento automatico con lettera raccomanda e ricevuta di ritorno, il cui contenuto è volto a richiedere al mutuante la quietanza di avvenuto pagamento del mutuo e quindi la certificazione della sua estinzione. Entro trenta giorni dalla data di ricezione della predetta nota l'istituto deve concludere, con il concorso della Conservatoria dei RR.II., la procedura automatica di cancellazione dell'ipoteca collegata al mutuo. già da lungo tempo, cartolarmente estinta.

Consegue, che se il termine dei trenta giorni, decorrente dall'estinzione dell'obbligazione di pagamento del mutuo, è da considerare perentorio per la eventuale controdiagnosi di permanenza dell'ipoteca, esso vale anche per il caso in cui la banca lo lasci decorrere, senza l'ottemperanza agli obblighi di comunicazione di estinzione al Conservatore, sì che si annienta, per colpa della medesima, la procedura automatica favorevole al debitore ipotecario, con la reviviscenza di quella ordinaria, ove rilevano le spese di cancellazione e l'intervento del notaio. Da qui, in assenza di sanzioni previste *ex lege* a carico del creditore ipotecario, il giudice, sulla domanda del debitore obbligato, per fatto e colpa dell'istituto, all'alternativa ordinaria di cancellazione avrà il compito di individuarle ripristinando la *ratio* principale della legge.

## **2. Perentorietà del termine e decadenza. La rinnovazione dell'ipoteca ex art. 2881 c.c.**

Il ricorso al giudice, risulta, del caso, necessitato dalla contestazione del creditore ipotecario volta a mantenere l'ipoteca, il quale avrà l'onere, non prima di averla esercitata in termini, di dimostrare che il motivo volto a sbarrare il procedimento di cancellazione automatica è fondato su fatti urgenti, concreti ed attuali.

Essi sono ben difficili, a nostro avviso, da individuare con riferimento alla correlazione delle già esaurite fasi della scadenza dell'obbligazione, dell'avvenuto pagamento e della quietanza, quale atto dovuto del creditore ipotecario, sì che sembrerebbe permanere l'eventuale ipotesi dell'errore da cui può essere inficiata la dichiarazione liberatoria del vincolo pregiudizievole.

Sulla base dell'analisi anzidetta è stato di recente affermato in giurisprudenza<sup>10</sup> che il termine di trenta giorni, ex art. 13 comma 8 *novies* e *decies*, l. 40/2007, necessario per la comunicazione dell'impedimento alla cancellazione automatica è da annoverare tra quelli perentori, non fosse altro che per l'imperativo categorico del "deve" rivolto al creditore ipotecario nella legge di disciplina del procedimento. Si che una volta decorso, la tardività della comunicazione impediante alla cancellazione automatica comporta la decadenza del creditore di usufruire dei benefici che invece derivano, per le sue ragioni di credito, in concorso con altri creditori del medesimo debitore, dalla permanenza dell'originario privilegio rispetto alle concorrenti procedure di esecuzione sul bene che ne costituisce l'oggetto.

Dalla legge conseguono, quindi, almeno tre effetti collegati alla mancata comunicazione di permanenza dell'ipoteca ex art. 13 comma 8 *sexies* e ss. della L. 2 aprile 2007, n. 40 che gradatamente rispondono: 1) alla rilevanza del termine perentorio ivi considerato, 2) alla sanzione in cui incorre per colpa il creditore ipotecario, per l'ipotesi di tardività della comunicazione, di non poter più godere delle permanenze ipotecarie, dovendo ricorrere, se vi ha interesse, al rimedio della sua rinnovazione ex art. 2881 c.c., 3) alla tutela dell'affidamento incolpevole dei terzi alle risultanze del nuovo Registro telematico. Del resto, il consentire alla banca un rientro nel grado originario, nonostante l'errore della dichiarazione di estinzione di ipoteca, laddove avvenga fuori termine, potrebbe indirettamente violare il principio della *par conditio creditorum*, classica delle procedure concorsuali, quando sullo stesso bene vi siano azioni esecutive in corso di svolgimento.

Qui giunti è ormai chiaro che la nuova legge introduce in favore del debitore ipotecario, prima inciso dai costi e dalle burocrazie della cancellazione di ipoteca sul bene acquistato a mutuo, un grande ed esemplare beneficio che di solito si attribuisce a soggetti meritevoli di un particolare attenzione sociale, i quali nella loro configurazione soggettiva, rispetto ai termini voluti dalla *class action* configurerebbero proprio una classe, potenzialmente legittimata all'azione ex art. 140 *bis*, portatrice di diritti identici nei confronti di un medesimo istituto di credito.

Tanto ciò è vero che non ottengono lo stesso beneficio tutte quelle ipotesi di cancellazione derivanti da ipoteche a garanzia di aperture di credito in conto corrente, legali o giudiziali, restrizioni o riduzioni, le quali, data la eterogeneità della loro provenienza negoziale, rimangono affidate ai criteri tradizionali disciplinati dall'art. 2882 c.c. con l'intervento del notaio previo atto di assenso del creditore ipotecario.

<sup>10</sup> Cfr. Trib. Roma, (Ord. Collegiale) del 25 febbraio 2010.

### 3. Alcune osservazioni sull'alternativa delle procedure di cancellazione delle ipoteche e l'ipotesi dell'obbligazione imperfetta.

Ora, una volta prefiguratasi l'attenzione del legislatore principalmente per il favore espresso nei confronti del debitore ipotecario consumatore e/o utente di servizi bancari, l'alternativa con la cancellazione ordinaria, vanificherebbe l'effetto principale della l. 40/2007 per la quale il fine è quello di procurare al *subiecto* precisi benefici in termini di semplificazione e risparmio di somme incidenti sul bilancio della famiglia, una volta uscita fuori dal viatico, spesso ventennale, dei pagamenti rateali del mutuo ipotecario per l'acquisto della casa d'abitazione.

Quindi, per le ragioni anzidette, l'ipotesi di una neutrale alternativa tra cancellazione automatica ed ordinaria, non è pienamente condivisibile, stante che essa procura la dismissione degli effetti benefici che la legge intende realizzare per la parte debole del rapporto, traslando l'obbligo a carico del creditore ipotecario qualificato, che potrebbe rientrare, senza voler qui assumere velleità classificatorie, in quello generale della correttezza<sup>11</sup>, specie dopo il richiamo della l. 40/2007.

Ed infatti, per i mutui il cui pagamento si è estinto dopo il 3 aprile del 2007, l'effetto automatico della cancellazione dell'ipoteca è sicuro per iniziativa del creditore ipotecario, mentre per quelli estinti in precedenza, l'unico atto a cura del debitore ipotecario è quello della notifica di un richiesta, nelle forme della raccomandata con ricevuta di ritorno, volta ad ottenere la liberatoria della quietanza, dalla cui data di ricezione decorre il termine di trenta giorni a che il creditore ipotecario attivi, obbligatoriamente, la procedura automatica di cancellazione dell'ipoteca sicuramente foriera di risparmi ed esemplificazioni per il debitore.

Certo, l'istituto di credito può anche non fare nulla di quanto la l. 40/2007 prevede a suo carico, non avendo il legislatore previsto sanzioni specifiche volte a colpire il detto evasivo comportamento; ciò ovviamente non esclude che il debitore, decorsi i termini perentori ivi considerati e perdurando l'inattività dell'istituto, non possa ottenere, rivolgendosi al giudice, gli stessi effetti previsti dalla legge ordinaria per la cancellazione dell'ipoteca, con spese e danni a carico del creditore ipotecario obbligato ed inadempiente.

L'intervento del giudice è in tali casi dovuto, in quanto idoneo a realizzare il collegamento dell'obbligo legale con la sanzione necessaria a punire l'omissione del trasgressore, esattamente onerato ed individuato dalla legge, sì che, diversamente opinando, la deriva peggiore cui si giungerebbe è quella dell'obbligazione imperfetta, viepiù aggravata dal fatto che il beneficiario di una tale improvvida costruzione

<sup>11</sup> Cfr. Cass. Civ., 18 settembre 2009, n. 20106, con nota di F. Scaglione, *Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica*, in *Giur. It.*, 2010, p.560 e ss. in tema di buona fede e correttezza contrattuale.

sarebbe il contraente forte, spesso gradito al legislatore per il presunto ruolo di sostegno che svolge nell'ambito dell'economia nazionale.

Ed infatti, se si vede nella procedura di cancellazione introdotta dall'art. 13 comma 8 *decies* della L. 40/2007 un fattispecie amministrativa volta a realizzare gli effetti dell'art. 2878 n. 3 c.c., e quindi l'involontarietà degli automatismi della cancellazione correlata ai criteri di legge, essa, a maggior ragione concretizza un atto dovuto per il creditore ipotecario che non procedendovi in termini, sa bene che la conseguenza della sua inoperosità lo espone ai danni ed alle spese di cancellazione ordinaria<sup>12</sup>.

#### 4. L'azione collettiva in tema di cancellazione automatica dell'ipoteca. Rilevi critici sul procedimento della *Class action*

Il passaggio che precede non è di poco momento, stante che escludendosi la qualificazione di contraente collegata all'esaurito negozio di mutuo, da cui deriva la detta cancellazione automatica e rimanendo al procedimento secondario non negoziale della cancellazione di ipoteca, si aprono considerevoli spazi attuativi di una tutela collettiva in favore di soggetti identicamente incisi dall'omissione della banca, tramite *class action* secondo quanto prevede la l. 23 luglio 2009, n. 99 che introduce una particolare formulazione dell'art. 140 *bis* del Codice del consumo.

La dottrina maggiore del diritto civile affermava che la teorizzazione è spesso un vizio e non una virtù, specie allora che di grandi teorici completamente dedicati alla fase di formazione del nostro sistema ce ne erano di altissimo livello, nei confronti dei quali la gratitudine dei giuristi contemporanei non sarà mai sufficiente a ripagare gli immani sacrifici di cui si sono resi autori con le loro Opere<sup>13</sup>. Di contro, i moderni, salvo poche autorevoli eccezioni, cui spetta il più modesto compito, per quanto qui rileva, di trovare nella legge le giustificazioni attuative di una possibile tutela dei con-

<sup>12</sup> Per il profilo anzidetto, sia Trib. Bologna, 10 dicembre 2009, cit. che Trib. Roma 4 giugno 2009, cit., con riferimento alla domanda proposta dal notaio nei confronti del conservatore, volta ad acconsentire la cancellazione ordinaria ex art. 2882 c.c., pur in presenza di quella già ottenuta dall'utente bancario per effetto della nuova legge, ripetono un vecchio postulato che distingue l'atto giuridico di assenso alla cancellazione dal fatto estintivo tramite pagamento, ritenuto inutile, *quoad effectum*, ed a buon titolo. dal Conservatore ivi citato. Infatti, una lettura pratica dei provvedimenti in esame induce, per altro verso, a ritenere presente nell'analisi dei giudici, l'intento di conservare un procedimento oneroso per atto notarile, reso del tutto superfluo dall'effetto principale della legge, che il notaio medesimo non può più consigliare all'utente bancario qualificato, specie quando la banca ha già operato la cancellazione automatica nei termini di legge. Per i profili di indagine genericamente accolti dai Tribunali in commento, conviene rimandare alla rassicurante lettura della densa pagina di R. Sacco, *Il fatto, l'atto, il negozio*, (con la collaborazione di P. Cisiano) in *Tratt. di dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, 2005, p. 7 e ss.

<sup>13</sup> Per tutti, F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Soc. ed. del Foro Italiano, Roma, 1951, p. 3, il quale mirabilmente osserva che "...una teoria generale è sempre meno generale di quello che dovrebbe essere; ossia che una vera teoria generale è, purtroppo, piuttosto un'aspirazione che una realtà".

sumatori, sembrano, invece, rivolti, tramite la comparazione con gli ordinamenti stranieri, dove le tecniche della tutela collettiva sono ormai ben sperimentate, ad indicare soltanto limiti e difetti nella legge esprimendo commenti negativi con un uso improprio di etichette anglofile tratte dal diritto consuetudinario americano.

Su tale mozione il De Nova, in un recente convegno<sup>14</sup>, relazionando intorno al tema dell'azione di classe correlata alla responsabilità del produttore ha – con il consueto acume, non prima di aver analizzato tutta la giurisprudenza già esistente in Italia sul tema della responsabilità del produttore, e verificato lo scempio in corso di alcune azioni collettive proposte ai Tribunali – invitato gli operatori del diritto *quisque pro suo*, a trovare nelle pieghe della legge, che non brilla certo per precisione, delle serie possibilità attuative, poiché essa vive nel nostro ordinamento e cancellarla, come molti scontenti vorrebbero, con un colpo di gomma, è operazione infantile ed in effetti impossibile. Poi ha aggiunto, con argomenti convincenti, che in ultima analisi, la funzione della norma, oltre l'empirica tutela ivi espressa, è quella di procurare una deterrenza nei confronti dei produttori forti, senza enfatizzare i danni, che generalmente si liquidano secondo equità col parametro del 1226 c.c. e le restituzioni in favore della classe di consumatori incisi dal prodotto difettoso, nelle varie tipologie subite dai medesimi, tutte ben distinte ed argomentate.

Tale digressione si collega perfettamente con l'osservazione del Palazzo, che vedendo nella norma una limitazione della domanda alla sola responsabilità extracontrattuale del produttore ha fatto rilevare la necessità del cumulo con quella contrattuale, siccome ammissibile e conducente, nel suo complesso, ad una piena tutela del *subiecto*, inserito nella classe agente.

I rilievi del De Nova, ben integrati dalla posizione dianzi riportata, sono estremamente corretti, solo se si riflette al fatto che il deterrente naturalmente offerto dall'azione prevista nella norma, costituisce di fatto una potenziale inibitoria *a contrariis*, considerato che gli altri produttori di beni simili a quelli censurati, dovranno adeguarsi ai migliori criteri di sicurezza dei prodotti che offrono al mercato, sotto la spada di Damocle di una possibile azione collettiva nei loro confronti.

Ora, senza voler vestire i panni del censore, nonostante l'impegno volto a trovare un impiego utile della *class action*, adattabile al nostro diritto, non può sottacersi il

<sup>14</sup> Si tratta del convegno organizzato dall'Associazione "Nicolò Cinquemani Arcuri". Istituto di alta formazione giuridica e politica, celebratosi in Agrigento sotto le date del 12 e 13 giugno 2010, ove si è tentata una prima lettura della *Class action*. Il problema, riguardo una possibile azione collettiva nei confronti degli istituti di credito, è sorto dal recente pronunciamento del Tribunale di Torino del 4 giugno 2010 che ha dichiarato inammissibile la domanda sottesa alla *class action* proposta da un avvocato supportato dal Codacons che in relazione ad un suo conto corrente affidato chiedeva la ripetizione della commissione di massimo scoperto, abolita dalla legge, per come sostituita da altri prelievi in conto di spese e servizi forniti al cliente dalla banca. Stessa sorte subirà, per coerenza di giudicati, l'altro procedimento di eguale natura proposto dal Codacons dinanzi al Tribunale di Roma.

fatto che, sul piano procedurale, le incongruenze dell'art. 140 *bis*, commi 6 e 7, sono tante ed evidenti, tali da costituire, per occhi attenti, la semplice apparenza di una domanda in forma collettiva per la cui attivazione bisogna sforzarsi molto al fine di trovare l'oggetto del diritto azionabile.

Tutto ciò per evitare il tragico giudizio preliminare di ammissibilità della domanda<sup>15</sup> che il Tribunale competente per territorio, cui va rivolta, definisce con ordinanza, senza che il legislatore abbia riposto attenzione al fatto che il giudizio viene introdotto con citazione. È noto, per altro verso, che le poche ordinanze decisorie esistenti nel nostro ordinamento, e quindi eccezionali rispetto alla sentenza soggetta a gravame, provengono da giudizi di esecuzione, sommari di cognizione ex art. 702 *bis* c.p.c., di istruzione preventiva ex art. 696 c.p.c., etc. spesso introdotti con ricorso. Comunque sia, tale ordinanza – dimenticandosi il fatto che le ipotesi preliminari al giudizio, quali l'inammissibilità, l'improcedibilità e la improponibilità si definiscono con sentenza, col fine di formare almeno un giudicato interno – è reclamabile in termini brevi dinanzi alla Corte d'Appello territorialmente competente, la quale si pronuncerà sulla fondatezza del reclamo, sempre con ordinanza<sup>16</sup>. Il contenuto di tale ultimo provvedimento “decisorio”, è veramente bizzarro, considerato che ipotizza, un apparente giudicato con caratteri condannatori, giusto che con esso si liquidano le spese di soccombenza della classe e quelle di pubblicità negativa dell'esito giudiziale.

Tale provvedimento, a nostro avviso, non sembra ricorribile per Cassazione, in considerazione dell'assenza dei caratteri necessari ad attivare il correlato giudizio di

<sup>15</sup> L'unica ipotesi che si conosce con riferimento alla delibazione preliminare della domanda è quella che vede coinvolto nell'azione risarcitoria un magistrato, ex l. 117/1988, il quale trova giustificazione e base logica nella oggettiva peculiarità della materia, rispondendo a una precisa scelta di politica legislativa volta a tutelare l'indipendenza e l'autonomia della funzione giurisdizionale (artt. 101 Cost. e segg.), senza con ciò accordare privilegi al magistrato o ledere il principio di eguaglianza, stante che per i danni dal medesimo prodotti al cittadino risponde lo Stato, così ripristinandosi il contenuto immediatamente precettivo del novellato art. 111 Cost., cfr. Cass. Civ. 4 maggio 2005, n. 9288, in *Mass. Giur. It.*, 2005

<sup>16</sup> Risulta almeno strano che il legislatore abbia scelto la forma dell'ordinanza per definire l'inammissibilità della domanda sottesa alla *class action*, che conclude i relativi giudizi nel doppio grado del Tribunale collegiale e della Corte d'Appello, contenente statuizioni classiche della sentenza. Nonostante la incomprendibilità della scelta la S.C., di fronte alla proliferazione di ordinanze con caratteri decisori, si è resa autrice di un importante arresto, affermando che: “Al fine di stabilire se un determinato provvedimento abbia carattere di sentenza o di ordinanza e sia, pertanto, soggetto o meno ai mezzi di impugnazione previsti per le sentenze, è necessario avere riguardo agli effetti giuridici che esso è destinato a produrre; ne consegue che deve essere definito come sentenza il provvedimento con il quale il giudice definisce la controversia soggetta al suo giudizio, sia sotto il profilo sostanziale, sia sotto il profilo processuale; mentre non è definibile come sentenza il provvedimento adottato in ordine all'ulteriore corso del giudizio, anche se con esso siano state decise questioni di merito o di procedura, essendo tali questioni soggette al successivo riesame in sede decisoria.” cfr. Cass. civ. 19 dicembre 2006, 27143, in *Mass. Giur. It.* 2006. Nonostante il chiaro arresto qui evocato, permane il dubbio se l'ordinanza di che trattasi possa decidere definitivamente la questione dell'inammissibilità della domanda di *class action* introdotta con citazione.

legittimità, poichè non si conoscono, nel nostro ordinamento, ordinanze di tal fatta, sì che i profili di incostituzionalità della norma in questione sono assai evidenti, almeno per quelli relativi al combinato degli artt. 3, 24 e 111 Cost.

Quanto poi al giudizio preliminare di ammissibilità della domanda, previsto dall'art. 140 bis al comma 6, quand'anche si volesse vedere in esso una fase di delibazione dell'azione, pare appalesarsi in aperto contrasto con gli ultimi arresti della Corte Costituzionale, non ultimo e per tutti (Corte Cost. n. 50/2006), quello volto a cancellare dal nostro ordinamento il procedimento previsto dall'art. 274 c.c., che nella sua vecchia formulazione prevedeva un giudizio preliminare di delibazione dell'azione di accertamento della paternità o della maternità naturale, che con decreto ne verificava l'ammissibilità<sup>17</sup>.

### **5. Analisi del giustificato motivo della controdedichiarazione di permanenza dell'ipoteca da parte del creditore ipotecario. Rimedi processuali del consumatore debitore ipotecario**

I dubbi lasciati sul campo dell'indagine dalla dottrina che sostiene la concentrazione di una serie di attività all'interno del termine indicato in chiaro dalla legge, stanno nel fatto che ad esso poca considerazione viene data riguardo l'effetto estintivo finale correlato alla cancellazione automatica, volendosi percorrere, senza necessarie ragioni, una serie di argomenti collegati al sistema generale delle ipoteche, quali la perenzione, la cancellazione dell'iscrizione e l'efficacia della pubblicità derivate dal nuovo procedimento, essendo, di contro, sicuro il fatto che quando il legislatore semplifica e tutela gli affari del cittadino contro i potentati della finanza di certo non sbaglia.

E qui duole dirlo, si è fatto del particolarismo giuridico<sup>18</sup> la ragione del dissenso, dimenticandosi che la legge, pur con tutte le sue imperfezioni sintattiche, si è soltanto limitata ad introdurre nel complesso tema della cancellazione delle ipoteche, niente altro che un procedimento con finalità estintive del pregiudizio ipotecario, giustamente cadenzato dall'inferenza del termine breve ivi indicato, con l'intento da una parte di semplificare e dall'altra di consentire un risparmio economico e fiscale all'utente bancario qualificato<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Per tali profili sia consentito rinviare alla recente indagine di A. Palazzo, *La filiazione* in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, Cicu – Messineo, continuato da Mengoni, diretto da Schlesinger, Milano, 2007, p. 478 ss

<sup>18</sup> Sulla pericolosità dei particolarismi giuridici, sia consentito rinviare alle chiare pagine di G. Oppo, *Sintesi di un percorso (incompiuto) del diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2008, p. 7, che fa rilevare, il pensiero di A. Palazzo, *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, p. 501, quando afferma che la transizione attuale dell'ordine dei valori che conduce, secondo la critica Irtiana, verso il nichilismo, deve salvarci dal "caos dei particolarismi giuridici".

<sup>19</sup> Introdurre il debitore ipotecario che attende i benefici della L. 40/2007, nella fascia dei consumatori, tito-

L'ultima considerazione non è di poco momento giacchè, quando non si tratti di un imprenditore per definizione professionista<sup>20</sup>, e si è in presenza di un soggetto che col mutuo ha acquistato una casa d'abitazione, parrebbe applicabile, nel caso di contestazioni, omissioni o ritardi del diritto di attivazione della speciale procedura di cancellazione dell'ipoteca, la disciplina di favore prevista dalla legge per il consumatore nella qualità di utente bancario inciso, che sembra significativamente collegata a quella qui in esame<sup>21</sup>.

Un giudice sensibile e studioso del diritto civile non mancherà di rilevare, a margine del *favor legis* espresso dalla norma in questione per una particolare classe di utenti bancari, che il procedimento di cancellazione qui divisato, meglio si accomoda nella fattispecie amministrativa del tutto sciolta dal contratto che vi dà corso, giacchè col pagamento dell'ultima rata del mutuo l'effetto estintivo dell'ipoteca si è già raggiunto in termini contrattuali, ex art. 2878 n. 3 c.c., aprendosi la via della detta cancellazione, ove non rilevano né fatti od atti volontari, correlati al negozio originario di mutuo.

Su tale ultimo abbrivo, la norma, dopo la sua attivazione si è addirittura migliorata, consentendo pure la cancellazione automatica, delle ipoteche prese dalla banca con l'eccezionale procedura del frazionamento di esse<sup>22</sup>, attraverso il D.L. 248/2007,

---

lari delle tutele giudiziarie introdotte dal Codice del consumo, è operazione difficile da realizzare con la sola purezza del movente di semplificazione e risparmio sposato dal legislatore per la cancellazione automatica delle ipoteche qui trattate, stante che, il debitore ipotecario proveniente dal contratto di mutuo concluso con la banca sembra essere parte di un negozio non specificamente contemplato dalle norme riformiste in materia di consumo. Potrebbe essere di ausilio il fatto che il procedimento di cancellazione delle ipoteche trattate dalla legge in esame si riferisce principalmente ad una specifica categoria di soggetti, vale a dire coloro che acquistano a mutuo una casa d'abitazione, rimodulando in loro favore un procedimento secondario determinato dalla gratuità e dall'assenza di formalità, volto al completamento dell'effetto estintivo sotteso alla cancellazione.

<sup>20</sup> Neanche sembra colpire nel segno M. Ceolin, *La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani bis*, cit., p. 278, quando vede nei meccanismi della legge sulla cancellazione automatica delle ipoteche, dopo aver trattato del problema della portabilità dei mutui, un impulso alla circolazione degli immobili volto a favorire l'impresa e la certezza dei traffici, trovando in ciò argomenti per rinforzare l'efficacia dell'iscrizione. Si dimentica, così argomentando che il sistema della legge sulla cancellazione automatica delle ipoteche intende favorire la categoria dei consumatori incisi dal comportamento degli istituti di credito, conferendosi certezza e semplificazione formale ed economica alla procedura, di cui godono, anche gli imprenditori che, da se soli, non avrebbero consentito una così estesa riforma.

<sup>21</sup> Continuando la refrattarietà delle banche all'attivazione automatica della tutela volta alla cancellazione delle ipoteche derivanti dai mutui per l'acquisto delle abitazioni, da parte di loro clienti, e potendoli inquadrare in una categoria conforme alla tutela del consumo, potrebbero costruirsi, a buon titolo delle *Class actions*, con la riforma, ormai attivata dalla l. 23 luglio 2009, n. 99 dell'art. 140 *bis* del Codice del consumo.

<sup>22</sup> Ricordiamo più a noi stessi, che il principio della indivisibilità dell'ipoteca viene fortemente attenuato dal suo frazionamento, nei casi in cui, per obiettive ragioni pratiche, l'ipoteca presa sull'intero dell'immobile edificando viene di poi frazionata nei confronti dei singoli acquirenti degli appartamenti acquistati col mutuo. La rimodulazione della D.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7, nato con ben altre finalità, si è estesa, ormai con pratica costante al sistema degli acquisti condominiali da costruttore edile, tramite le norme successive

migliò conosciuto con la menzione di decreto mille proroghe (convertito con la l. 27 febbraio 2008) confermandola, sia con la Circolare della Direzione dell'agenzia del territorio, del 29 gennaio 2008 in G.U., 1 febbraio 2008, che con l'art. 2 comma 450 della Finanziaria 2008, esauendo, con estrema completezza, il carico della integrazioni alla l. 2 aprile 2007, n. 40. Il tragitto della legge in analisi ha, addirittura, trovato conferma nel progetto di riforma del T. U. B. che con l'art. 40 *bis* consente la cancellazione automatica di ogni tipologia ipotecaria correlata ai muti, comprese, quindi, quelle frazionate, anche ai sensi del D.lgs. 20 giugno 2005, n. 122, ancorchè annotate su titoli cambiari.

Certo, non sarà sfuggito che la normativa in questione lasciava fuori dal suo obiettivo di semplificazione la maggior parte dei casi, viceversa, meritevoli di attenzione, vale a dire quelli in cui l'acquisto dell'immobile avveniva tramite costruttore e si doveva procedere al frazionamento del mutuo originario e della correlata ipoteca per i singoli appartamenti<sup>23</sup>.

L'analisi della realtà giornaliera non è certo edificante, giacchè, salvo sporadiche eccezioni, gli istituti obbligati dalla l. 40/2007, ed in particolare le banche, omettono di attivare la procedura di cancellazione delle ipoteche, mercè gli automatismi ed i tempi voluti dal legislatore, con la grave conseguenza che il debitore ipotecario adempiente è costretto a diffidare l'obbligato rivolgendosi ad un legale, sperando che il suo intervento stragiudiziale produca l'effetto automatico già divisato nella l. 40/2007.

Ciò vanifica, in buona sostanza, il fine stesso della legge che in ultima analisi è quello di abbattere i costi della cancellazione con l'annunciata semplificazione, sostituendosi, nell'inerzia della banca, l'avvocato al notaio, che dovrà costituirla in mora ed in caso di reiterato inadempimento citarla in giudizio.

---

costituite dal D.Lgs 1 settembre 1993, n. 385 ed in particolare, con il suo art. 161 che riconosce il diritto al frazionamento del mutuo e della correlata ipoteca anche in favore del terzo acquirente del bene che ne costituiva l'oggetto. Nessuna voce di dissenso si è levata, per tali operazioni, da parte della dottrina del notariato, nonostante la morte del dogma della indivisibilità della ipoteca, visto che il notaio originariamente incaricato della stipula del mutuo curava anche il frazionamento dell'ipoteca e di poi la relativa cancellazione con evidente concentrazione di un intervento professionale che, oggi, quanto all'ultima parte dell'attività notarile viene definitivamente escluso dalla legge in commento.

<sup>23</sup> È noto, che il frazionamento del mutuo fondiario costituisce un atto unilaterale di rinuncia alla indivisibilità dell'ipoteca, che avendo carattere dichiarativo non costituisce nuove obbligazioni a carico del terzo che non vi ha preso parte ed in quanto tale al medesimo non opponibile. L'unico obbligo di tal ultimo acquirente nei confronti del mutuante resta, pertanto, circoscritto ai termini dell'accollo, sì che il condivisibile ragionamento del giudice, rispetto a certe pratiche bancarie in aperta violazione del principio di buona fede contrattuale, è giunto a ritenere illegittimo l'atto di suddivisione che non teneva in conto le quote di accollo stipulate dal mutuante con in terzi acquirenti tramite un ingiustificato aumento del suo ammontare; cfr. Cass. 20 marzo 2008, n. 7453, in *CED Cassazione*, 2008, Id., 11 gennaio 2006, n. 264, in *Corriere Giur.*, 2007, 3, p. 385, con nota di Morelli; Id. 12 febbraio 2003, n. 2073., in *Notariato*, 2003, p. 344.

L'esito di una tale intrapresa giudiziale è del tutto scontato giacchè, ogni tutela bancaria volta ad ottenere la permanenza dell'ipoteca è concentrata nella vigenza del termine dei trenta giorni considerato dalla legge, sì che, una volta decorso e verificata la decadenza dall'eccezione di permanenza della ipoteca in senso proprio, dovrà essere condannata alle spese del procedimento ordinario di cancellazione, ai danni cagionati all'utente, anche per il caso di perdita di *chance* nell'affare in corso di trattativa, unitamente alla eventuale resistenza temeraria, una volta dimostrata la regolarità della fase preparatoria della cancellazione automatica nei detti presupposti dell'estinzione dell'obbligazione garantita da ipoteca e della correlata quietanza.

L'atteggiamento refrattario dell'obbligato alla dichiarazione di estinzione dell'ipoteca altro non è che foriero di possibili contenziosi coltivati dal singolo, del caso inciso dal ritardo della banca e ciò che è ancor più grave dall'omissione di attivazione del rimedio legale, colla grave conseguenza di intasare i Tribunali e provocare ulteriori guasti al sistema della giustizia italiana già di per se alquanto sofferente. Ecco perché la *class action* impiantata sul tema in questione si appalesa utile e conducente alla tutela collettiva in un'unica soluzione, non solo per l'attivazione dell'obbligo legale con i rimedi che poi il Tribunale vorrà adottare in sede risarcitoria e/o restitutoria delle spese di cancellazione ordinaria, bensì in quanto realizzerebbe quella funzione di deterrenza sottesa alla novella azione mirabilmente divisata dal De Nova, con la sua relazione in tema di responsabilità del produttore, offerta al citato Convegno Agrigentino sulla *class action*.

Ora, quando gli istituti di credito non gradiscono la legge si assiste alle dette inespresse resistenze alla sua corretta applicazione, probabilmente organizzate al fine di convincere un futuribile legislatore a migliorare, per il suo favore, una norma che costringe viceversa le banche ad operazioni dovute ed in qualche modo incidenti sul loro apparato organizzativo in relazione ai costi aggiuntivi di esercizio della procedura automatica divisata nella l. n. 40/2007<sup>24</sup>, di fatto tutelandosi, mantenendo il grado della iscrizione ipotecaria, in caso di reviviscenza del credito di cui si presuma già avvenuta l'estinzione, nei confronti di altri aventi causa del debitore ipotecario in sede di esecuzione sul bene immobile oggetto del mutuo.

<sup>24</sup> Basti qui considerare la parabola discendente delle tutele costruite dalla giurisprudenza (per prima Cass. Sez. Un. 4 novembre 2004, n. 21095) in favore dell'utente di conti correnti di corrispondenza in tema di anatocismo bancario sulla semplice e corretta osservazione dell'art. 1283 c.c., e del sistema degli usi, cui è seguito un contrasto da parte del legislatore che ha fatto di tutto affinché queste si attenuassero a poco a poco fino a morire completamente (cfr. le interpretazioni di Corte Cost. 341/2007 e 354/2008), per consentire alla banca la stessa pratica sotto le mentite spoglie della capitalizzazione trimestrale congiunta, sia dal lato attivo (0,50 %) che dal lato passivo del conto (abbondantemente oltre il 12 %), considerato che i conti correnti degli imprenditori non presentano mai un'esposizione attiva. Per completezza di informazione si aggiunga che le conclusioni raggiunte da Cass. civ. Sez. Un. 2 dicembre 2010, n. 24418, contenenti la massima tutela per l'utente inciso da anatocismo, sono state del tutto cancellate dal Decreto mille proroghe (D.L. 29 dicembre 2010, n. 225) convertito con la L. 26 febbraio 2011, n. 10, che con l'art. 2 comma 61 ha reinterpretato autenticamente l'art. 2935 c.c. sulla decorrenza della prescrizione, chiudendo ogni accesso alla tutela giudiziaria del cliente bancario inciso.

# Contrasto del riciclaggio nella distribuzione di prodotti assicurativi e categorie civilistiche

di Francesco Santi

## 1. Ragioni di una trattazione dedicata alla disciplina di contrasto del riciclaggio nella distribuzione dei prodotti assicurativi nei rami vita

Anche per prevenire l'utilizzo del sistema finanziario e di quello economico per finalità di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo a protezione della comunità economica è stato necessario l'intervento, pur sempre di natura politica, ma attuato attraverso «atti di legislazione» (*durch Akte der Gesetzgebung*)<sup>1</sup>, per l'introduzione di «misure volte a tutelare l'integrità di tali sistemi e la correttezza dei comportamenti» (riprendendo così le finalità della disciplina italiana di contrasto al riciclaggio come si legge nell'art. 2 d. lg. 21.11.2007, n. 231).

Il rilievo del dato fondamentale dell'utilizzazione del sistema finanziario, attraverso trasferimento di denaro di provenienza illecita o per scopi illeciti, ha indotto il legislatore (comunitario e nazionale) ad affrontare in una prospettiva unitaria le azioni di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo. In realtà, approfondendo il tema, si avverte che fra i due fenomeni esistono differenze, che non solo possono essere colte sul piano criminologico, ma che emergono con particolare evidenza in sede di applicazione delle discipline «non penali» predisposte per il loro contrasto.

Per difendere la stabilità e la reputazione del settore finanziario dai rischi comportati dai flussi di ingente quantità di denaro, proveniente da attività criminose, è stata ritenuta essenziale la «collaborazione attiva» di determinati operatori economici, fra i quali spicca la categoria degli «intermediari finanziari»<sup>2</sup>, destinatari di «ob-

<sup>1</sup> L'osservazione è di Ballerstedt *Wirtschaftsverfassungrecht*, in Bettermann, Nipperdey, Scheuner, *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*. III, 1, Berlin 1958, p. 14, per il quale l'ordinamento di una comunità economica e la sua attuazione in diritto positivo non può avvenire se non attraverso il passaggio da una decisione politica ad un intervento legislativo e quindi esige di essere trasformato in diritto positivo.

<sup>2</sup> In attuazione della direttiva comunitaria in materia, anche la disciplina dell'ordinamento italiano ha individuato singole occasioni della pratica degli affari in cui possono sorgere i presupposti di adempimento di determinati obblighi strumentali al contrasto del riciclaggio. Queste occasioni sono distinte in quattro classi: quella degli «intermediari finanziari e altri soggetti che esercitano attività finanziaria» (art. 11 d. lg. 21.11.2007, n. 231); quella dei «professionisti» (art. 12 del decreto); quella dei «revisori contabili» (art. 13 del decreto); quella degli «altri soggetti» (art. 14 del decreto) che svolgono attività di recupero crediti, di custodia di denaro o di valori, di gestione delle case da gioco, di intermediazione immobiliare e così via.

blighi» strumentali al contrasto del riciclaggio secondo un sistema che si fonda, in particolare, in un momento di diagnosi dell'operazione richiesta e di valutazione del rischio di riciclaggio ad essa immanente, di rilevazione di indici di anomalia e, in caso di evidenze in tal senso, di segnalazione all'autorità di vigilanza preposta, fermo restando l'ulteriore obbligo di astensione dal compimento dell'operazione in modo da impedire la realizzazione di una «azione di riciclaggio»<sup>3</sup>.

Il riferimento ai «destinatari degli obblighi» non acquista valore solo in una dimensione soggettiva, perché questa deve essere completata dalla correlazione fra «impresa» e «contratto», fra attività istituzionale dell'intermediario ed i servizi, da questo offerti, che possono costituire strumenti per la trasformazione di danaro di provenienza illecita in denaro pulito.

Così procedendo non si tarda ad avvertire che i problemi applicativi della disciplina, non penale, di contrasto di tale fenomeno vanno affrontati per singoli settori, recuperando quindi le differenze precipue che si evidenziano, dapprima nella prospettiva dell'operazione economica e successivamente a livello giuridico-formale. Proprio affrontando il tema sul piano prettamente giuridico si avverte che la trattazione non può essere condotta in termini generali per tutte le «azioni di riciclaggio», come configurate dal legislatore nell'art. 2 d. lg. 21.11.2007, n. 231.

Questa distinzione appare particolarmente necessaria quando si osserva che le fattispecie normative della disciplina contengono presupposti soggettivi e oggettivi che impongono all'interprete una necessaria correlazione con le posizioni giuridiche che, in una prospettiva giusprivatistica, possono ravvisarsi nel rapporto fra l'intermediario, che offre il prodotto finanziario, il soggetto che lo richieda e, addirittura, il terzo beneficiario.

I problemi interpretativi acquistano una peculiarità a seconda che la correlazione impresa-contratto riguardi il settore bancario, quello della finanzia mobiliare, quello della previdenza collettiva, quello assicurativo.

Proprio con riferimento a quest'ultimo la iato fra terminologia della disciplina non penale di contrasto del riciclaggio e quella del diritto delle assicurazioni sembra richiedere una riflessione dedicata alla distribuzione di prodotti assicurativi, non solo per la peculiarità che questa ha nell'ambito del settore finanziario, ma tenendo conto soprattutto dell'opzione, per molti versi ingiustificata, della normativa comunitaria e nazionale di limitare l'applicazione di queste regole ai prodotti dei «rami

<sup>3</sup> In capo ai destinatari sono imposti infatti l'obbligo di adeguata verifica della clientela (artt. 18, 19 e 20 d. lg. 21.11.2007, n. 231) e quello di segnalazione all'autorità di vigilanza delle operazioni, afflitte da indici di anomalia (artt. 41 e 42 del decreto). Accanto a questi si devono ricordare l'obbligo di registrazione, quelli di tenuta dell'archivio unico informatico, quello di trasmissione dei dati aggregati e quello di astensione dal compimento dell'operazione, con diverso regime secondo quanto previsto dagli art. 23 e 41, co. 5 d.lg. 21.11.2007, n. 231.

vita», escludendo quelli dei «rami danni» che pure possono presentare un particolare grado di esposizione al rischio di riciclaggio.

## 2. Misure alternative alla sanzione penale per il contrasto del riciclaggio, linguaggio giuridico e problemi della modernità

Già il GAFI aveva evidenziato, nelle sue 40 raccomandazioni del 2003, la necessità di adottare misure idonee a sviluppare la cooperazione internazionale per evitare il fenomeno dello *shopping* legislativo da parte di coloro che intendessero sfruttare il sistema finanziario per ripulire entità patrimoniali di provenienza delittuosa. Per evitare disarmonie nell'ordine del mercato unico fra i paesi dell'Unione europea, sono state emanate normative comunitarie di indirizzo, l'ultima delle quali, la direttiva 2005/60/CE, ha rivisitato la materia, incidendo così sull'elaborazione di nuove e aggiornate discipline negli ordinamenti nazionali, sia sul fronte della normazione primaria, sia su quello della normazione secondaria sviluppata dalle autorità indipendenti.

Nei *considerando* della direttiva, appena citata, è stato confermato il principio che, per difendere la stabilità e la reputazione del settore finanziario del mercato unico dai rischi comportati dai flussi di ingente quantità di denaro, proveniente da attività criminose, fosse necessario, affiancare alla previsione del reato di riciclaggio, strumenti di «collaborazione attiva» in una prospettiva «non penale».

Così nell'ordinamento italiano, accanto al delitto di riciclaggio previsto nell'art. 648 *bis*, c.c., a livello «non penale» si colloca la disciplina del d.lg. 21.11.2007, n. 231<sup>4</sup>.

In questo contesto economico, i singoli legislatori nazionali hanno fissato le «azioni di riciclaggio» agli effetti non penali, contenute, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, nell'art. 2 d. lg. 21.11.2007, n. 231<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Il doppio meccanismo (penale e non penale) è adottato nell'ordinamento tedesco, in cui il § 261 *StGB* (codice penale) prevede il reato di riciclaggio, ma, in attuazione della direttiva 2005/60/CE, è stata introdotta la *Gesetz über das Auspäuren von Gewinnen aus schwereren Straftaten – Geldwäschegesetz – GwG* (legge sul «lavaggio» del denaro) aggiornata al 30 luglio 2009 per la cui interpretazione si veda Achteilik, Nestler, Warius, Herzog *Geldwäschegesetz (GwG): Kommentar*; Fülber, Aepfelbach, Langweg, Schröder, Textor, *GwG. Kommentar zum Geldwäschegesetz*. L'impianto fondamentale è quello della *Geldwäschegesetz* del 1993, per la quale si veda la ricerca, condotta in correlazione alla reato di cui al citato § 261 *StGB*, Oswald, *Die Implementation gesetzlicher Massnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche in der Bundesrepublik Deutschland*, Freiburg i.B. 1997.

È interessante notare che, pure se non attiene ad un paese aderente all'Unione Europea, anche l'ordinamento svizzero prevede il reato di riciclaggio all'art. 306 *bis StGB* (codice penale), ma accanto a questo è stata introdotta la disciplina non penale di contrasto del riciclaggio nel settore finanziario (*Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor*), per la cui illustrazione si veda Siska, *Die Geldwäsche*, Wien 2007, p. 257 ss.

<sup>5</sup> Significativo è il linguaggio della norma che dispone quali siano le «azioni» che, ai soli fini del decreto, costituiscono riciclaggio se commesse intenzionalmente. Si avverte così il proposito della legge di stabilire una

La loro conoscenza costituisce un passaggio necessario, ma non è sufficiente, in quanto il punto critico è costituito dal complesso di contratti, negozi, atti e operazioni idonee alla concretizzazione di tali azioni. L'attenzione si deve concentrare pertanto sui presupposti delle fattispecie di natura oggettiva, selezionate dal legislatore nelle «definizioni» dell'art. 1 del decreto, per pervenire quindi a quelli di natura soggettiva.

Come spesso accade di fronte agli interventi normativi, destinati ad affrontare «problemi della modernità»<sup>6</sup>, l'interprete rimane sconcertato, perché il linguaggio adoperato, pur sempre giuridico, risulta nello stesso tempo inusuale, all'apparenza più aderente al dato sociologico ed economico piuttosto che a quello giuridico, ma pure allusivo di istituti, di situazioni e di posizioni giuridiche, che appartengono a determinate branche del diritto<sup>7</sup>.

Per altro verso la terminologia adoperata sembra un'ulteriore prova della dissoluzione di categorie e di istituti tradizionali del diritto privato e sembra costituire, in particolare, un ulteriore segno della «crisi del contratto», in quanto, anche di fronte alla disciplina del d.lg. 21.11.2001, n. 231 si ha occasione di ribadire che questa figura logico-giuridica deve essere riconsiderata secondo il prisma offerto dall'evoluzione e trasformazione della realtà e quindi, nella dimensione dell'operazione economica<sup>8</sup>.

---

serie di fattispecie distinte dalle ipotesi criminose dell'art. 648 bis c.p. Il d.lgs. n. 231/2007 recepisce una nozione autonoma di riciclaggio, rilevante esclusivamente sul piano amministrativo, specie ai fini della collaborazione attiva richiesta agli operatori. Tale nozione si caratterizza per una maggiore ampiezza nella definizione delle condotte e nell'individuazione dei presupposti oggettivi e soggettivi che fanno scattare l'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette. Essa infatti comprende anche le attività di auto-riciclaggio, che non sono adombrate da diritto penale che esclude la punibilità a titolo di riciclaggio della persona fisica che ha commesso o concorso nella commissione del delitto presupposto, considerando il fatto successivo al reato, seppur consistente in operazioni di conversione, trasferimento, occultamento dei proventi illeciti, come un normale sviluppo della condotta precedente.

<sup>6</sup> Ricorda Stella, *Giustizia e modernità*, Milano 2003, p. 3, che i problemi della modernità sono quelli legati innanzitutto al progresso tecnologico-scientifico e all'incontrollato sviluppo economico proprio dei paesi industrializzati, in tale contesto vanno considerati i problemi che dipendono da forme patologiche nuove dell'attività economica.

<sup>7</sup> Questa preoccupazione è condivisa, in vari settori come emerge a titolo di esempio in Trioano *Contratti di pagamento e disciplina privatistica comunitaria (proposte ricostruttive con particolare riferimento al linguaggio ed alle generalizzazioni legislative)*, in *Banca borsa tit. cred.* 2009, I, 520 di fronte alla direttiva europea 2007/64/CE. L'approccio alla normativa italiana di contrasto al fenomeno del riciclaggio costituisce un'ulteriore occasione per constatare l'interruzione di un *continuum* tra il formante legislativo e quello dottrinale, fondato sulla condivisione di un unico tessuto linguistico concettuale, come osservato da Guarneri, *Linguaggio legislativo nuovo e categorie ordinanti tradizionali*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 3, 47-48, il quale aggiunge (p. 52) che «diverso e più inquietante è, invece, il panorama che si viene sviluppando, quando le innovazioni normative, via via introdotte dalle leggi speciali, vanno ad insidiare le categorie ordinanti, ricevute dalla tradizione, così da determinare la totale sovversione o, talvolta, il loro sostanziale accantonamento».

<sup>8</sup> Anche in questo caso si avverte un aspetto del fenomeno adombrato dall'espressione di «crisi del contratto», come ricorda De Nova, *Il contratto alieno*, Torino 2008, p. 5. Di fronte alla disciplina del d.lg. 21.11.2001, n. 231 si ha occasione di ribadire che la figura logico-giuridica del contratto deve essere riconsiderata secon-

Il problema è reso più complesso dal fatto che, oltre alla disciplina primaria contenuta nel d. lg. 21.11.2007, n. 231, si deve affrontare quella di normazione secondaria, introdotta dalle autorità indipendenti competenti, quale la delibera della Banca d'Italia del 23.12.2009, n. 895, i regolamenti della Consob e dell'Isvap<sup>9</sup>.

Di fronte al linguaggio giuridico della disciplina di contrasto del riciclaggio, specie se riferita alla distribuzione dei prodotti assicurativi nei rami vita, si pone il problema se la prospettiva giusprivatistica sia completamente superata e quindi sia inutile, oppure, con diverso intendimento, se non si sia in presenza di un'occasione per rivisitare singole nozioni o meglio ancora per individuare se e quale differenza esista fra le figure e gli istituti in essa previsti rispetto a quelle generali ritagliate sulla matrice codicistica<sup>10</sup>.

---

do il prisma offerto dall'evoluzione e trasformazione della realtà economico-sociale e quindi, nella dimensione dell'operazione economica secondo le osservazioni di Gabrielli, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 905 ss.

<sup>9</sup> In base all'art. 5 d.lg. 21.11.2007 n. 231, il ministero dell'economia e delle finanze (branca politica della pubblica amministrazione) è responsabile delle politiche di prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario e di quello economico per fini di riciclaggio dei proventi di attività criminose o di finanziamento del terrorismo, ma il controllo di diritto pubblico sull'applicazione della disciplina di contrasto del riciclaggio è affidato ad autorità indipendenti in modo articolato. Esso è svolto in primo luogo e in termini universali (senza distinzione quindi della figura del destinatario degli obblighi) dall'Unità di informazione finanziaria istituita presso la Banca d'Italia che esercita le funzioni previste fondamentalmente dall'art. 6 del decreto. Tuttavia, come previsto dall'art. 7 del decreto, le autorità di vigilanza di settore sovrintendono al rispetto degli obblighi imposti ai destinatari rispettivamente vigilati. In questo contesto è previsto che «nel rispetto delle finalità e nell'ambito dei poteri regolamentari previsti dai rispettivi ordinamenti di settore, le Autorità di vigilanza, d'intesa tra di loro, emanano disposizioni circa le modalità di adempimento degli obblighi di adeguata verifica del cliente, l'organizzazione, la registrazione, le procedure e i controlli interni volti a prevenire l'utilizzo degli intermediari e degli altri soggetti che svolgono attività finanziaria (...)».

Così la Banca d'Italia ha emanato un documento per la consultazione recante disposizioni attuative in materia di organizzazione, procedure e controlli interni volti a prevenire l'utilizzo degli intermediari e degli altri soggetti che svolgono attività finanziaria a fini di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo; analogamente la Consob ha emanato in data 11.10.2010 un documento di consultazione contenente disposizioni dello stesso tenore destinate alle società di revisione e così pure l'ISVAP ha diffuso lo schema di regolamento (n. 42) concernente disposizioni attuative circa l'organizzazione, le procedure, e i controlli interni volti a prevenire l'utilizzo delle imprese di assicurazione e degli intermediari assicurativi ai fini di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

<sup>10</sup> Il fenomeno non è diverso da quello che si può avvertire di fronte al d.P.R. 26.10.1972, n. 633, in materia di imposta sul valore aggiunto (IVA). Istituti, figure e categorie civilistiche sono implicate da questa normativa, ma attraverso un linguaggio giuridico che le riclassifica in conformità ai fini dell'imposizione fiscale. Così da un punto di vista oggettivo quello che conta è la cessione di un bene o la prestazione di un servizio ed è significativo come, a tale riguardo, la distinzione fra tipi contrattuali, cui è abituato il privatista, trascolori. Infatti, nell'art. 2 a proposito delle cessioni di beni viene superata la distinzione fra tipicità o atipicità legale dei contratti. Nel testo dell'art. 3 del decreto, relativo alla prestazione di servizi, costituiscono prestazioni di servizi non solo quelle verso corrispettivo dipendenti da contratti legalmente tipici quali il contratto d'opera, appalto, trasporto, mandato, spedizione, agenzia, mediazione, deposito, ma anche quelle dipendenti «in genere da obbligazioni di fare, di non fare e di permettere quale ne sia la fonte».

La trattazione deve prendere le mosse da due aspetti che ineriscono al ricorso alle «definizioni» contenute fondamentalmente nell'art. 1 d. lg. 21.11.2007, n. 231, ma diffuse nel testo del decreto<sup>11</sup>. Salvo quelle meramente nominali<sup>12</sup>, le «definizioni» giuridiche (sia quelle che forniscono una nozione, cui il legislatore dedica una disciplina, sia quelle che costituiscono indici lessicali evocativi di nozioni<sup>13</sup>) sono «norme», che, in quanto tali, non descrivono, ma prescrivono e servono all'interprete-giudice per formulare un giudizio in relazione ad una controversia, reale o ipotizzata, al fine di decidere se un determinato brano della realtà sia annoverabile nella fattispecie, individuata dalla definizione. Il giudizio positivo consente di applicare il regime giuridico previsto quale conseguenza di quella fattispecie.

L'altro aspetto che conviene sottolineare è che talvolta le definizioni sono «*frammenti*» di norme che acquistano senso prescrittivo compiuto in connessione con le altre norme di cui il termine definito compare<sup>14</sup>.

Da entrambi questi aspetti emerge la necessità di approfondire il significato del linguaggio giuridico adoperato nel decreto n. 231/2007, tecnico e settoriale<sup>15</sup>, compiendo, ove sia necessario, il raffronto o la correlazione con istituti di diritto privato.

<sup>11</sup> Questa prassi è diffusa nella normativa comunitaria in cui si avverte particolarmente l'esigenza di univocità terminologica, ma che indubbiamente risente dell'influenza di tecniche di *drafting* proprie della pratica sviluppatasi negli ordinamenti di *common law*. Sul punto torna utile l'osservazione di Belli, *Commento all'art. 1*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* a cura di F. Belli, G. Contento, A. Patroni Griffi, M. Porzio, V. Santoro, I, Bologna 2003, p. 11, per il quale se è vero che la definizione (il *definiens*) ci rende edotti circa il perimetro del *definiendum*, delimitandone o descrivendone il significato, non vi è chi non ne colga l'essenziale importanza, soprattutto su di un terreno incerto quale è quello del credito e della finanza, osservazione che ben può essere formulata anche a proposito della disciplina di contrasto del riciclaggio.

Tenuto conto della derivazione della legislazione nazionale dalle regole di indirizzo comunitario, si può condividere, in una prospettiva generale, l'opinione espressa da Guarneri, *Linguaggio legislativo nuovo*, cit., p. 59, per il quale le direttive comunitarie sono scritte in una *koiné* artificiale e il legislatore nazionale, aduso ad una recezione affrettata, poco si preoccupa se nel "fotocopiare" la direttiva, riproduce termini, che non appartengono al nostro linguaggio tecnico.

<sup>12</sup> Solo per limitarci ad alcuni esempi, sono da considerarsi tali le espressioni dell'art. 1 d. lg. 21.11.2007, n. 231 quali «Consob», «Isvap», «CAP», ove tale sigla sta ad indicare il d.lg. 7.9.2005, n. 209 recante il codice delle assicurazioni private.

<sup>13</sup> Valgono al riguardo le distinzioni effettuate a proposito delle definizioni dell'art. 1 d. lg. 24.2.1998, n. 58 (testo unico dell'intermediazione finanziaria) effettuate da Basso, in *Il testo unico della intermediazione finanziaria. Commentario al D. lg. 24 febbraio 1998, n. 58*, a cura di C. Rabitti Bedogni, Milano 1998, p. 8.

<sup>14</sup> In questi termini Jori e Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto* Torino 1995, p. 8.

<sup>15</sup> Come osserva Belvedere, *Linguaggio giuridico*, in *Digesto Diritto privato, Sez. civ.*, XI, Torino 1994, p. 22, il linguaggio giuridico costituisce, rispetto a quello ordinario o comune, un linguaggio speciale o settoriale, ove l'aggettivo settoriale esprime l'attinenza ad un aspetto dell'esperienza umana e della vita sociale, quella appunto del diritto, senza per questo segnare una sua separatezza dal linguaggio ordinario.

### 3. Definizioni oggettive nella disciplina «non penale» di contrasto del riciclaggio: «rapporto continuativo», «operazione», «mezzi di pagamento»

Nelle definizioni predisposte nell'art. 1, co. 2 lett *s*) d. lg. 21.11.2007, n. 231 compare quella di «*rapporto continuativo*», da intendersi come «rapporto di durata rientrante nell'esercizio dell'attività di istituto dei soggetti indicati all' articolo 11 che dia luogo a più operazioni di versamento, prelievo o trasferimento di mezzi di pagamento e che non si esaurisce in una sola operazione»<sup>16</sup>.

Questa definizione trova conferma nella delibera della Banca d'Italia del 23.12.2009, n. 895 che dispone che per «rapporto continuativo» si deve intendere «un rapporto contrattuale di durata rientrante nell'esercizio dell'attività istituzionale dei destinatari che possa dare luogo a più operazioni di trasferimento o movimentazione di mezzi di pagamento».

Il linguaggio adoperato nel diritto comunitario e nei diritti nazionali oscilla fra due impostazioni solo apparentemente differenti. Da un lato viene privilegiata un'impostazione più attenta al dato sociologico o fattuale. Così ad esempio la direttiva 2005/60/CE ha preferito fare riferimento, nelle definizioni dell'art. 3, n. 9, al «rapporto d'affari» intendendo con tale espressione «un rapporto d'affari, professionale o commerciale che sia correlato con le attività professionali svolte dagli enti o dalle persone soggetti alla presente direttiva e del quale si presuma, al momento in cui viene allacciato, che avrà una certa durata». Su questa linea si pone la disciplina francese e quella lussemburghese che parlano di «*relation d'affaires*», ma anche quella inglese, nel cui ambito il Money Laundering Regulations 2007 parla di «*business relationship*» intendendo così «*a business or commercial relationship between a relevant person and a customer, which is expected by the relevant person, at the time when contact is established to have an element of duration*».

Sembra invece recuperare istituti di matrice giuridica il diritto tedesco ove il § 2 GwG si riferisce alla «*Abschluss eines Vertrages zur Begründung einer auf Dauer angelegten Geschäftsbeziehung*» (conclusione di un contratto che sia fonte di un rapporto negoziale di durata).

<sup>16</sup> Nel delineare le categorie di soggetti destinatari degli obblighi idonei a contrastare le azioni di riciclaggio, il decreto individua all'art. 11 gli «Intermediari finanziari e altri soggetti esercenti attività finanziaria», ove il termine finanziario deve essere inteso nell'accezione non tecnica e limitata alla finanza mobiliare, ma nel senso cui si è ispirato, in sede comunitaria, il procedimento Lamfalussy, che ha annoverato in un'unica prospettiva il settore bancario, quello finanziario in senso proprio, quello assicurativo e quello previdenziale. In questa categoria la norma citata infatti comprende, fra l'altro, le banche, le SIM, le SGR, le SICAV, gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale degli artt. 106 e 107 TUB, e come si vedrà nel prosieguo, le imprese di assicurazione autorizzate all'esercizio dei rami vita e glia genti e broker distributori di prodotti assicurativi nei rami vita.

La seconda definizione, che merita considerazione, è quella di «operazione», concepita dall'art. 1, co. 2, lett. *l*) d. lg. n. 231/2007 come «la trasmissione o la movimentazione di mezzi di pagamento»<sup>17</sup>.

Originariamente il decreto conteneva due specificazioni di questa nozione: quella di «operazione collegata» e quella di «operazione frazionata».

La prima espressione intendeva le operazioni che, pur non costituendo esecuzione di un medesimo contratto, erano «tra loro connesse per il soggetto che le esegue, l'oggetto o per lo scopo cui sono dirette»<sup>18</sup>.

A causa delle incertezze interpretative, proprie del complesso tema del «collegamento negoziale», e delle difficoltà di ordine pratico, questa «definizione» è stata abrogata dall'art. 1, lett. *b*) d. lg. 25.9.2009, n. 151 con una decisione opportuna dal momento che quella di «operazione frazionata» risulta terminologia idonea a ricomprendere tutte le ipotesi di segmentazione dell'azione di riciclaggio<sup>19</sup>.

Con questa modalità espressiva, secondo il disposto sempre nell'art. 1, co. 2 lett. *m*) si deve intendere «un'operazione unitaria sotto il profilo economico, di valore pari o superiore ai limiti stabiliti dal presente decreto, posta in essere attraverso più operazioni, singolarmente inferiori ai predetti limiti, effettuate in momenti diversi ed in un circoscritto periodo di tempo fissato in sette giorni ferma restando la sussistenza dell'operazione frazionata quando ricorrano elementi per ritenerla tale».

La terza definizione da considerare è quella relativa ai «mezzi di pagamento» che, sempre per l'art. 1 co. 2, lett. *i*) d. lg. 21.11.2007, n. 231 deve comprendere «il denaro

<sup>17</sup> In realtà la norma contiene una seconda fattispecie normativa che riguarda i destinatari degli obblighi del decreto previsti dall'art. 12, cioè i professionisti, e considera quindi per «operazione» una «attività determinata o determinabile, finalizzata a un obiettivo di natura finanziaria o patrimoniale modificativo della situazione giuridica esistente, da realizzare tramite una prestazione professionale».

<sup>18</sup> È interessante osservare che legge concernente la prevenzione ed il contrasto del riciclaggio dei proventi di attività criminose e del finanziamento del terrorismo del 30 dicembre 2010 della Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano adotti la nozione di «operazione» e quella di «operazione collegata».

<sup>19</sup> L'intermediario finanziario (per tacere di altre figure di destinatari degli obblighi) sarebbe stato costretto a compiere accertamenti complessi in conformità della categoria concettuale di «collegamento negoziale» affermata dalla giurisprudenza. Questa ha avuto modo di stabilire che «il collegamento negoziale, il quale costituisce espressione dell'autonomia contrattuale prevista dall'art. 1322 c.c., è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico complesso, che viene realizzato non già per mezzo di un autonomo e nuovo contratto, ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è concepito, funzionalmente e teleologicamente, come collegato con gli altri, sì che le vicende che investono un contratto possono ripercuotersi sull'altro, seppure non necessariamente in funzione di condizionamento reciproco, ben potendo accadere che uno soltanto dei contratti sia subordinato all'altro, e non anche viceversa, e non necessariamente in rapporto di principale ad accessorio» (Cass. 4.3.2010, n. 5195; ma si veda anche Cass. 26.3.2010, n. 7305. e questo per limitarsi alla giurisprudenza più recente). L'abrogazione della nozione di «operazione collegata» è stata consentita, a nostro avviso, dall'esistenza nel sistema di contrasto del riciclaggio del principio espresso dall'art. 20 d.l.g. 21.11.2007, n. 231 «approccio basato sul rischio», che induce il destinatario degli obblighi a superare l'eventuale segmentazione di operazioni di pagamento e di considerare in una prospettiva unitaria l'esistenza di un'eventuale azione di riciclaggio.

contante, gli assegni bancari e postali, gli assegni circolari e gli altri assegni a essi assimilabili o equiparabili, i vaglia postali, gli ordini di accreditamento o di pagamento, le carte di credito e le altre carte di pagamento, le polizze assicurative trasferibili, le polizze di pegno e ogni altro strumento a disposizione che permetta di trasferire, movimentare o acquisire, anche per via telematica, fondi, valori o disponibilità finanziarie<sup>20</sup>.

#### 4. Il «rapporto continuativo» e le valutazioni inerenti all'«approccio basato sul rischio»

L'espressione «rapporto» allude ad uno dei significati del termine «contratto» e cioè alle vicende che la legge riconnette agli atti di volontà dei contraenti<sup>21</sup> e quindi alla relazione che da essi scaturisce<sup>22</sup>. Tuttavia anche la percezione di questa realtà sarebbe insufficiente se non si facesse riferimento alla sua fonte e agli effetti giuridici di cui esso è pregno e che trovano matrice fondamentale e imprescindibile nella *lex contractus*, il cui spettro è suscettibile di integrazione per l'avvicinarsi di fonti eteronome (recuperando l'art. 1374 c.c.).

L'aggettivo «continuativo» aggiunge l'idea di «durata» del rapporto e conferma l'importanza che, nella dinamica della disciplina per il contrasto del riciclaggio, assume il momento dell'esecuzione del contratto e dei movimenti di ricchezza che possono avvenire in un senso o nell'altro, attengano essi all'esecuzione delle obbligazioni conformi al tipo contrattuale, o siano essi invece legati ad una vicenda, per così dire, patologica quale può essere, ad esempio, la mancata costituzione del rapporto, il recesso, la risoluzione, l'invalidità<sup>23</sup>.

La constatazione che il termine «rapporto continuativo» adombri il significato di rapporto contrattuale di durata (o comunque che non si esaurisce in un'operazione istantanea) non è sufficiente. Infatti nella definizione dell'art. 1, co. 1 lette *s*) d. lg. 21.11.2007, n. 231, e negli artt. 1 co. 1 lett. *k*) e 3 del provvedimento della Banca d'Italia 23.12.2009, n. 895, il testo normativo aggiunge un elemento ulteriore che illumina il contenuto di tale rapporto contrattuale il quale:

- a) deve rientrare nell'esercizio dell'attività istituzionale dei destinatari;
- b) deve dar luogo ad una o più operazioni di trasferimento o di movimentazione di mezzi di pagamento o ancora, in termini diversi, ma di analogo significato, deve

<sup>20</sup> Nozione questa ribadita dall'art. 1, co. 1 lett *o*) del provvedimento della Banca d'Italia 23.12.2009, n. 895.

<sup>21</sup> Così Sacco e De Nova, *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato di diritto privato* diretto da U. Rescigno, X, Torino 1997, 14.

<sup>22</sup> Schlesinger, *Formazione del contratto e unità del negozio contrattuale*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.* 1964, 1345 ss.

<sup>23</sup> Acquistano rilevanza le fattispecie che, in presenza di un movimento di ricchezza dal contraente che chiede il servizio a quello che lo offre, impongono un movimento contrario, per così dire «restitutorio». Quale migliore occasione per «riciclare» denaro di provenienza criminosa?

dar luogo a più operazioni di versamento, prelievo o trasferimento di mezzi di pagamento e che non si esaurisce in una sola operazione.

Lo spettro dell'impegno ermeneutico viene completato dal disposto dell'art. 20 d.lg. 21.11.2007, n. 231 «approccio basato sul rischio», dettato per definire il contenuto e le modalità di esecuzione dell'obbligo di adeguata verifica della clientela.

Rimanendo aderenti ad una prospettiva in cui si colloca la distribuzione di prodotti assicurativi nei rami vita (e quindi limitata alle incombenze degli intermediari finanziari di questo settore), questa norma dispone che, per valutare il rischio di riciclaggio, gli intermediari osservano criteri generali (oltre che relativi al comportamento tenuto dal cliente al momento dell'instaurazione del rapporto continuativo o del compimento dell'operazione) con riferimento al rapporto continuativo e all'operazione che in esso trova ambito.

Tali criteri attengono, fra l'altro, alla tipologia dell'operazione o del rapporto continuativo, alle modalità del loro svolgimento e ancora alla ragionevolezza dell'operazione o del rapporto continuativo (*rectius* del rapporto continuativo e delle operazioni di pagamento o di prelievo che avvengono nel suo ambito).

Si tratta di verificare allora che relazione vi sia fra l'oggetto di questi giudizi e l'oggetto di quelli che, in una prospettiva giusprivatistica, attengono, ad esempio, al tipo contrattuale, alla causa e alle circostanze del contratto, al contratto inteso come operazione economica.

### **5. Valutazioni relative alla «tipologia» del «rapporto continuativo» e delle «operazioni»**

Il richiamo, presente nell'art. 20 del decreto, alla «tipologia dell'operazione» e quindi al «tipo contrattuale» deve essere ridimensionato.

Esso conserva il suo valore per la selezione dei contratti che possono rilevare per decidere della riconduzione all'ambito della normativa antiriciclaggio. Così ad esempio, per limitarci al settore assicurativo, la qualificazione del concreto contratto-prodotto assicurativo come tipo contrattuale rientrante nei «rami danni» è motivo per la sua irrilevanza ai fini dell'applicazione del d.lg. n. 231/2007.

Non vi è spazio invece per l'operatività delle funzioni, svolte dal riferimento al tipo contrattuale, quali quella di controllo dell'esercizio dell'autonomia contrattuale – ove l'ordinamento ponga il divieto di superamento dei limiti del tipo (art. 1322 co.1 c.c.) e quella di ricostruzione della disciplina concretamente applicabile, ove il metodo tipologico si rivela strumento di supporto all'integrazione dello spettro degli effetti<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Sul punto De Nova, *Nuovi contratti*, Milano 1994, 20-22.

## **6. Valutazioni relative alla «causa» del contratto e il giudizio di «ragionevolezza»**

Più complesso è verificare se nelle valutazioni affidate all'intermediario richiesto dell'instaurazione del rapporto continuativo, vi sia spazio per temi che attengono ai problemi sulla «causa» del contratto.

Di fronte alla scelta codicistica di accogliere la nozione di «causa», che non si distingue dal «tipo contrattuale», ha preso avvio un processo di revisione che è giunto a dare valore alla «causa concreta» o alla «causa in concreto», intesa come ragione dei rapporti patrimoniali tra individui, quale desumibile dal concreto atteggiarsi degli interessi nel caso singolo e eventualmente dall'intera operazione economica, colta nella sua complessità.

Si deve ritenere che, anche assumendo questa nozione aggiornata della causa del contratto, l'analisi di questo aspetto del profilo funzionale esuli dall'ambito di valutazioni e di giudizi imposti all'intermediario finanziario (cui sia richiesta l'instaurazione di un rapporto continuativo) al fine di scongiurare il rischio di riciclaggio.

Per raggiungere questa conclusione basta considerare che la ricerca e valutazione della causa concreta (o in concreto) sono concepibili per il controllo dell'esercizio dell'autonomia privata e quindi nell'ambito del giudizio di nullità secondo il programma dell'art. 1418 c.c. destinato a concludere per l'ammissibilità o meno dell'accordo raggiunto dalle parti ad assurgere a modello valido ed efficace per l'ordinamento.

L'elaborazione della nozione di causa in concreto ha spostato l'accento dal tipo contrattuale al contratto concepito come «operazione economica», il cui riconoscimento nella realtà costituisce un brano della vita di relazione nell'ambito del quale assumono rilevanza, non solo il regolamento, ma tutti i comportamenti delle parti del rapporto ordinati e orientati al perseguimento dei risultati voluti.

Per quanto si insista nel configurare una sua nozione, avente una propria dignità sul piano tecnico, sembra che in realtà il valore del suo riconoscimento stia nella serie di valutazioni che essa consente sul piano giuridico. Tali valutazioni, tuttavia, non sono omogenee, ma si connotano per il diverso contenuto e ambito. Così in una prospettiva strettamente civilistica la considerazione dell'operazione economica è stata adoperata per un giudizio di valore sulla causa concreta del negozio, ma, con diverso intendimento, in ambito fiscale è stata assunta per indagare sulle ragioni economiche di un determinato assetto di interesse, al fine di verificare se questo non sia stato assunto esclusivamente per attuare un'elusione delle norme tributarie non espressamente consentita dall'ordinamento, in base al principio di legalità.

La domanda che si pone, allora, attiene a comprendere come il riferimento all'«operazione economica» assuma rilevanza ai fini dei giudizi che l'interprete deve formulare nell'applicazione della disciplina non penale di contrasto del riciclaggio.

In questo ambito l'accento si sposta sulla «ragionevolezza» dell'operazione economica-contratto costitutiva del rapporto continuativo.

In tale contesto si osserva che uno dei criteri di valutazione dell'intermediario sulla fonte del rapporto continuativo, ambito di operazioni di versamento o di prelievo, è quello della ragionevolezza.

Questo criterio non sembra avere nulla a che vedere con il problema della congruità, che compare ad esempio nella legislazione tributaria, ove si tratti di appurare che lo scambio sia avvenuto a «prezzo di mercato» e neppure coinvolga un giudizio sull'equilibrio fra prestazioni contrattuali, valutazione questa non ignota al diritto dei contratti<sup>25</sup>, o piuttosto di equità, entrambi qui non pertinenti.

In materia bisogna distinguere il giudizio di ragionevolezza richiesto dalla disciplina antiriciclaggio da quello di adeguatezza e di appropriatezza previsto dagli artt. 40 e 42 della delibera Consob 29.10.2007, n. 16190 (c.d. regolamento intermediari) emanato in attuazione del recepimento della direttiva MiFID nell'ordinamento italiano. Il problema è particolarmente rilevante in quanto, soprattutto nella distribuzione dei prodotti vita a connotazione finanziaria, viene talvolta compilato un modello di raccolta di informazioni unico utile sia per l'adempimento degli obblighi in materia di riciclaggio sia in adempimento di quelli imposti dalla direttiva MiFID.

Nel contesto dell'antiriciclaggio, il ricorso al criterio di «ragionevolezza», è imposto all'intermediario finanziario (e quindi anche a quelli del settore assicurativo) guidati dalla preoccupazione di rilevare, in base alle conoscenze comunque acquisite, se l'atto di instaurazione del rapporto continuativo e l'operazione di versamento o di prelievo che avviene in sua esecuzione sia qualificabile come azione di riciclaggio secondo lo schema dell'art. 2 d.lg. 21.11.2007, n. 231.

A conferma di quanto queste valutazioni esulino dal piano di ricerca della causa del pagamento, si aggiunga che, al fine di agevolare l'individuazione delle operazioni sospette, su proposta della Unità di Informazione Finanziaria (UIF), la Banca d'Italia provvede periodicamente a aggiornare indicatori di anomalia. L'ultimo aggiornamento, avvenuto con provvedimento del 24 agosto 2010, non contiene in realtà ipotesi caratterizzate da un diverso atteggiarsi della causa in concreto del contratto, fonte del rapporto continuativo, ma l'esito di una rilevazione statistica, di comportamenti che non si conciliano con una ragionevole e accurata amministrazione della ricchezza, attraverso l'acquisto di prodotti, bancari, finanziari, assicurativi o previdenziali<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Il controllo dell'equilibrio contrattuale, genetico e funzionale, limitato nella prospettiva codicistica, diventa più ampio nel codice del consumo, ma acquista maggior forza nell'elaborazione di un diritto uniforme come si avverte nei principi dell'UNIDROIT (per esempio quello previsto dall'art. 3.10 sulla *gross disparity*) e nei principi della Commissione Lando, secondo quanto rilevato da De Nova, *Il contratto alieno*, cit. p. 130.

<sup>26</sup> Gli indicatori di anomalia per gli intermediari finanziari emanati il 24/8/2010, si aggiungono a quelli già diffusi dal Ministero della giustizia il 16.4.2010 per i professionisti e sono dedicati specificamente alle banche e agli intermediari del settore finanziario fra i quali appunto le imprese di assicurazione, agenti e broo-

Così procedendo si può affermare che oggetto della valutazione dell'intermediario finanziario sia fundamentalmente il controllo del rapporto fra l'operazione economica-contratto, di cui egli è parte, e la fisionomia economica del cliente che instaura il rapporto o compie il pagamento, della sua capacità di spesa al fine di verificare l'eventuale esistenza di indici di anomalia, il cui rilievo, oltre a imporre l'astensione dal compimento dell'operazione, rende obbligatoria la segnalazione all'UIF.

In questa procedura soccorre il disposto dell'art. 41 del decreto per il quale «il sospetto è desunto dalle caratteristiche, entità, natura dell'operazione o da qualsivoglia altra circostanza conosciuta in ragione delle funzioni esercitate, tenuto conto anche della capacità economica e dell'attività svolta dal soggetto cui è riferita, in base agli elementi a disposizione dei segnalanti, acquisiti nell'ambito dell'attività svolta ovvero a seguito del conferimento di un incarico».

Quanto fin qui assunto consente di passare al rilievo che, ai fini dell'applicazione della disciplina di contrasto del riciclaggio, possono assumere le «circostanze del contratto».

Pure in questo caso, l'espressione implica pur sempre una nozione, innervata da particolari e determinati presupposti fattuali, ma ciò che conta è la natura del giudizio che deve essere formulato assumendola come base.

Anche in questo caso le valutazioni sono disperate. Limitando il discorso alle ipotesi rilevanti per il diritto privato, si osserva che le circostanze del contratto rilevano ai fini del giudizio di riconoscibilità dell'errore, secondo quanto previsto dall'art. 1431 c.c., ma ancora più significativa è l'ipotesi dell'integrazione del contratto ricorrendo alla fonte dell'equità che ben può essere attuata dal giudice proprio tenendo conto delle circostanze del contratto<sup>27</sup>.

Nel contesto dell'antiriciclaggio, il riferimento a questa nozione deve essere assunto ai fini del giudizio sopra considerato e cioè al fine di valutare la ragionevolezza dell'instaurazione del rapporto continuativo e dell'operazione di versamento o di prelievo, in relazione alla capacità economica e di spesa del cliente.

## **7. L'«operazione» di «pagamento»: problemi di diritto civile e la loro considerazione nello scenario della disciplina di contrasto del riciclaggio**

Sulla base delle osservazioni svolte nel paragrafo precedente è possibile concludere che l'espressione «operazione», contenuta nelle definizioni dell'art. 1 del decreto, non allude alla categoria concettuale dell'«operazione economica», ma deve essere

---

kers assicurativi per i prodotti vita. Il provvedimento è composto da sette articoli e contiene un allegato che menziona 21 indicatori di anomalia, distinti in numerosi sub-indici.

<sup>27</sup> In questo senso vale ancora la ricerca di Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1970, p. 229.

interpretata in connessione al suo oggetto cioè al «trasferimento o alla movimentazione dei mezzi di pagamento». In questo contesto allora conviene concentrare l'attenzione sulla realtà del «pagamento».

Nell'attuale fase di sviluppo questo termine si riferisce all'adempimento di un'obbligazione pecuniaria, per cui esso è da intendersi come prestazione consistente nella consegna di pezzi monetari dal debitore al creditore<sup>28</sup>. Secondo questo significato la parola è adoperata nella disciplina non penale di contrasto del riciclaggio. Infatti, oltre che nei termini di versamento e di prelievo, utilizzati nel decreto, una conferma in tal senso si trova nel provvedimento Banca d'Italia, n. 895 del 2009, quando si dispone che l'«operazione» deve consistere ne «la trasmissione o la movimentazione di mezzi di pagamento di importo pari o superiore a € 15.000». L'aggancio al valore nominale, espresso in euro, indica inequivocabilmente che per pagamento si deve intendere l'adempimento di un'obbligazione pecuniaria.

Recuperando l'insegnamento di chi avverte di andare oltre questioni apparentemente lessicali<sup>29</sup>, il riferimento alla nozione di «pagamento» porta ad evocare la ricerca della «causa» dell'attribuzione patrimoniale che avviene con esso<sup>30</sup>; la legittimazione del debitore a disporre dei mezzi adoperati per il pagamento; l'individuazione del destinatario del pagamento.

Si tratta di verificare se le risposte a questi problemi, imposti da un approccio giurisprudenziale, coincidano o meno con l'esigenza di un determinato comportamento in

<sup>28</sup> Risulta quindi superata l'impostazione, nell'ambito della teoria delle obbligazioni, per la quale il termine pagamento è viene assimilato a quello di «adempimento», inteso come attività che integra una esatta esecuzione della prestazione dedotta in obbligazione, come osservato da Cian, *Pagamento*, in *Digesto, Discipline privatistiche, sez. civ.*, XIII, Torino 1995, p. 234 ss. e da Chessa, *L'adempimento*, Milano 1996, 18 ss. Altrettanto superata è quella che collega il pagamento a qualsiasi prestazione di dare o consegnare come emerge in realtà nel linguaggio dell'art. 1188 c.c. sul «destinatario del pagamento» nel cui contesto l'effetto liberatorio del debitore implica l'esatta prestazione di dare ad un *accipiens* che sia nella posizione di creditore o di soggetto diverso dal creditore (terzo) legittimato a riceverlo. Il rapporto fra adempimento e pagamento è quindi quello fra genere e specie.

<sup>29</sup> Di Majo, *Pagamento (dir. priv.)*, in *EdD*, XXI, 1981, 549 quando sottolinea che «obbiettivo è quello di evitare che problemi propri delle fattispecie di pagamento si tramutino in problemi comuni ad ogni ipotesi di adempimento e che, reciprocamente, problemi pensati in astratto per tale ipotesi vengano estesi meccanicamente a fattispecie di pagamento».

<sup>30</sup> La mancanza di una giustificazione che integri la «causa» dell'attribuzione patrimoniale a favore dell'*accipiens* impone a questo un movimento di segno contrario come si osserva, fra le tante pronunce, in Cass. civ., 6 ottobre 1989, n. 4006, *Giur. comm.* 1991, II,5; Cass. civ., 15 gennaio 1986, n. 171, *Riv. dir. comm.* 1987, II, 239; Cass. civ. 29 novembre 1983, n. 7170. Nella giurisprudenza di merito si veda, fra le tante, Trib. Monza 20 maggio 1993, *Arch. locazioni* 1993, 545, che ha ritenuto che il pagamento di una somma *una tantum* a titolo di buona entrata o di buona uscita, non avendo la funzione di integrare la misura del canone di locazione concretamente pattuito, costituisce una attribuzione patrimoniale priva di causa e come tale ripetibile dal conduttore. Ad analoghe conclusioni perviene la giurisprudenza amministrativa, con riferimento anche ai rapporti di diritto pubblico, come si avverte in Consiglio Stato a. plen., 12 dicembre 1992, n. 20, *Foro Amm.* 1992, 2493; Cons.giust.amm. Sicilia, 23 ottobre 1990, n. 346, *Foro Amm.* 1990, fasc.11.

esecuzione degli obblighi imposti ai destinatari dalla normativa antiriciclaggio, in particolare quello di «adeguata verifica della clientela» (artt. 18, 19 e 20 del decreto) e quello di segnalazione di operazioni sospette (in particolare artt. 41 e 42 del decreto).

Al riguardo occorre distinguere i processi di valutazione necessari, ma non sufficienti e i processi di valutazione imposti dalla normativa di contrasto del riciclaggio, che tuttavia esulano e superano i confini delle problematiche tipicamente giusprivatistiche, collocandosi in uno spazio normativo diverso.

In siffatto contesto non si può affermare che la ricerca della «causa» dell'attribuzione patrimoniale, attuata con il pagamento, non sia necessaria. Questa è implicata dal riferimento alle operazioni di versamento e di prelievo il cui senso è dato dalla fonte che le giustifica.

La rilevanza della «causa» del pagamento (versamento o prelievo che sia) non può essere smentita dal sistema di «causali analitiche» (allegato 1 al provvedimento 895 del 2009) elaborato dalla Banca d'Italia per la registrazione delle operazioni disposte dalla clientela. Tali «causali» sono distinte in varie tabelle dedicate, ad esempio, alle banche, alle poste, alle SIM ed SGR, alle SICAV, e alle imprese di assicurazione. Considerando quelle dedicate a queste ultime nella sezione «descrizione operazione» si parla di afflusso e deflusso, di sottoscrizione di polizze o di fondi, di pagamento di servizi accessori, di estinzione di polizze assicurative.

Si tratta tuttavia di espressioni che individuano l'esistenza dell'operazione, ma non per questo intendono ritenere superata l'esigenza di rilevare il fondamento dell'attribuzione patrimoniale attuata con il versamento o il prelievo nel rispetto del contenuto degli obblighi di adeguata verifica della clientela.

Vero è che, nell'applicazione della disciplina di contrasto del riciclaggio, la ricerca della «causa» del pagamento, pure necessaria, non è sufficiente. Il problema della «causa del pagamento» è solo parzialmente implicato nel quadro delle valutazioni da compiersi al fine di adempiere all'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette. Recuperando aspetti già trattati a proposito del giudizio di ragionevolezza, si deve concludere che anche in questo caso siamo in presenza di una serie articolata di giudizi che, se pure possono partire dalla ricerca della giustificazione dello spostamento patrimoniale, attuato con il pagamento, superano decisamente tale prospettiva per attestarsi sul piano del rapporto fra fisionomia economica del «cliente», e il contenuto economico delle operazioni di movimentazione dei mezzi di pagamento.

## **8. Il problema dei «mezzi di pagamento» nell'interpretazione civilistica e nella disciplina di contrasto del riciclaggio**

Approfondendo la ricerca dei significati della terminologia adoperata dal legislatore nel d.lg. 21.11.2007, n. 231, si avverte che il legislatore vede nel contenuto og-

gettivo dell'operazione la trasmissione di «mezzi di pagamento», comunque effettuata nei confronti di o da un «destinatario» degli obblighi (cfr., art. 10 d.lg. 21.11.2007, n. 231). Questa osservazione si giustifica nella prospettiva del rischio, che il legislatore ha inteso affrontare. Qualunque sia il contratto o l'atto che costituiscono lo «strumento» per la trasformazione richiesta e il risultato atteso, ciò che conta è l'operazione in sé come emerge dall'evocativa terminologia adoperata nei diversi contesti linguistici. Non a caso, il termine tedesco di «*Geldwäsche*», quello francese di «*blanchiment des capitaux*», quello italiano di «riciclaggio» alludono alla funzione di una procedura e di un risultato del «lavaggio» di ciò che pulito non è.

Il nucleo centrale del fenomeno temuto sta in una azione di riciclaggio incentrata sull'immissione nel sistema finanziario di denaro di provenienza criminosa, per recuperare in tutto o in parte «denaro pulito»<sup>31</sup>.

Con l'espressione di «mezzo di pagamento», secondo la definizione data dall'art. 1, co. 2 lett. i) d. lg. n. 231/2007 sopra ricordata<sup>32</sup>, deve intendersi «denaro contante, gli assegni bancari e postali, gli assegni circolari e gli altri assegni a essi assimilabili o equiparabili, i vaglia postali, gli ordini di accreditamento o di pagamento, le carte di credito e le altre carte di pagamento, le polizze assicurative trasferibili, le polizze di pegno e ogni altro strumento a disposizione che permetta di trasferire, movimentare o acquisire, anche per via telematica, fondi, valori o disponibilità finanziarie»

La scelta legislativa è adeguata all'esito del dibattito sviluppatosi sul rapporto fra denaro, moneta e i c.d. mezzi alternativi di pagamento. È un dato dell'esperienza che la funzione della circolazione della carta moneta si è progressivamente ridotta e che addirittura si è affermata nei vari ordinamenti la tendenza a limitare l'uso del contante, questo perché, le banconote rappresentano lo strumento più adatto «per far circolare e tesaurizzare i ricavi di attività illecite, sia perché il carattere assolutamente anonimo delle banconote ostacola controlli fiscali e finanziari che oggi sono ritenuti indispensabili non solo per perseguire gli illeciti di natura fiscale, finanziaria ed in genere di qualsiasi attività criminale ma anche per assicurare il corretto svolgimento dell'attività economica nella concorrenza e nella libertà del mercato»<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Comprensiva quindi del «denaro contante, gli assegni bancari e postali, gli assegni circolari e gli altri assegni a essi assimilabili o equiparabili, i vaglia postali, gli ordini di accreditamento o di pagamento, le carte di credito e le altre carte di pagamento, le polizze assicurative trasferibili, le polizze di pegno e ogni altro strumento a disposizione che permetta di trasferire, movimentare o acquisire, anche per via telematica, fondi, valori o disponibilità finanziarie». Così esprimendosi il legislatore ha sottolineato quanto sia indifferente l'effetto liberatorio dell'azione solutoria del debitore nell'obbligazione pecuniaria, quanto sia essenziale il fatto che il «cliente» (inteso come colui che entra in rapporto con un destinatario degli obblighi) immetta nel sistema finanziario mezzi monetari provenienti da attività criminosa per poi ricevere una prestazione pecuniaria tipicamente conseguente allo strumento contrattuale adoperato.

<sup>32</sup> Nozione questa ribadita dall'art. 1, co. 1 lett o) del provvedimento della Banca d'Italia 23.12.2009, n. 895.

<sup>33</sup> Così Inzitari, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta*

Nell'ambito delle discipline privatistiche, questa realtà è stata inserita in quella più ampia del «sistema dei pagamenti» (SDP) inteso come complesso di tutti gli strumenti con i quali possono essere acquistati beni o servizi nell'economia, nonché delle attività degli intermediari che consentono l'effettivo trasferimento di tali strumenti da un operatore ad un altro<sup>34</sup>.

In questo contesto si inserisce l'utilizzo di strumenti di pagamento bancari che implica invece, a cascata, una serie complessa di operazioni che coinvolge, nella maggior parte dei casi, più banche commerciali, più operatori specializzati, la stessa banca centrale.

D'altra parte, sempre con riferimento all'ordinamento italiano, la corretta interpretazione dell'art. 1277 c.c. porta a ritenere che tale disposizione non miri a stabilire che il creditore «possa pretendere quale modalità di pagamento la diretta corresponsione della moneta contante, bensì ad escludere che il creditore pecuniario possa pretendere dal debitore una prestazione avente per oggetto qualcosa di diverso rispetto alle unità monetarie create dallo Stato alla moneta avente corso legale stesso»<sup>35</sup>.

Questo risultato è confermato dalla giurisprudenza più recente. Già quella di merito ha ammesso che il pagamento, mediante assegno bancario, in luogo di denaro contante era da considerarsi idoneo ad estinguere l'obbligazione, anche in assenza di previo accordo tra le parti, ed ha ritenuto ingiustificato il rifiuto della creditrice di ricevere tale assegno, comportamento qualificabile contrario ai principi di correttezza e buona fede. Affrontando il problema in sede di legittimità la S.C. ha stabilito che il solo fatto dell'adempimento, da parte del debitore, della propria obbligazione pecuniaria con un altro sistema di pagamento (ovverosia di messa a disposizione del «va-

---

*moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento della moneta scritturale*, in *Banca borsa tit. cred.* 2007, 133; e ancora Salomone, *Obbligazioni pecuniarie e nuove forme di moneta*, in *Giust. civ.*, 2006, 519.

<sup>34</sup> Come osserva Sciarone Alibrandi, *L'interposizione della banca nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria*, Milano 1997, 1, nel sistema dei pagamenti la *traditio pecuniae* è andata perdendo spazio e si è sviluppato un novero di strumenti che consentono di raggiungere da un punto di vista economico, il medesimo risultato derivante dalla circolazione materiale di denaro contrante evitando una serie di rischi e difficoltà a quest'ultima intrinsecamente connesse.

<sup>35</sup> Così Inzitari, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento della moneta scritturale*, in *Banca borsa tit. cred.* 2007, 133. Lo stesso autore osserva che «in conclusione, nella società contemporanea si è assistito al moltiplicarsi ed all'ampliamento della circolazione di unità monetarie e contemporaneamente ad una significativa riduzione della circolazione di pezzi monetari. Allo stesso modo si è assistito all'ampliamento della detenzione di unità ideali monetarie sotto forma di moneta scritturale, piuttosto che nella rischiosa, antieconomica ed antistorica forma della detenzione dei pezzi monetari.

La carta moneta, in altre parole, si trova in crescente grande affanno a svolgere con ragionevole sicurezza ed efficienza la funzione di circolazione ed accettazione delle unità monetarie dello Stato. In un siffatto contesto attribuire al pagamento con moneta in contante un ruolo predominante ed addirittura esclusivo delle possibili modalità di estinzione del debito pecuniario, risulta oltre che concettualmente errato anche irrealistico ed antistorico, considerata la assoluta marginalità e limitatezza della circolazione monetaria attraverso banconote rispetto a quella realizzata con altri mezzi di pagamento non costituiti da banconote»

lore monetario» spettante) – sistema che, comunque, assicuri ugualmente la disponibilità della somma dovuta – non legittima affatto il creditore a rifiutare il pagamento stesso essendo all'uopo necessario che il rifiuto sia sorretto anche da un giustificato motivo, che il creditore deve allegare ed all'occorrenza anche provare<sup>36</sup>.

Senza volere anticipare temi che saranno affrontati nel prosieguo, vale ricordare che per quanto attiene la distribuzione di prodotti assicurativi del ramo vita occorre considerare le disposizioni di normazione secondaria quale è l'art. 47, co. 3 del regolamento ISVAP 16.10.2006, n. 5 che vieta l'uso del contante.

### **9. Le figure soggettive di «cliente», «titolare effettivo», «esecutore» e «delegato». Il problema del «cliente» nella disciplina di contrasto del riciclaggio**

Il riferimento al «rapporto continuativo» e alle «operazioni di movimentazione di mezzi di pagamento» suppongono l'individuazione di soggetti che partecipano alla formazione della fattispecie contrattuale, costitutiva del rapporto, oppure che entrano nella dinamica dell'esecuzione del contratto o ancora sono parti delle attribuzioni patrimoniali conseguenti ai pagamenti e ai prelievi.

Al riguardo l'impostazione del d.lg. 21.11.2007, n. 231 porta a distinguere due sfere soggettive: quella dei destinatari degli obblighi del decreto, nel cui novero sono gli intermediari finanziari e quella degli altri soggetti.

Concentrando l'attenzione su questa seconda classe le figure soggettive individuate dalla disciplina di contrasto del riciclaggio sono quelle di «cliente» e di «titolare effettivo», contemplate già nella direttiva comunitaria e riprese dal decreto della sua attuazione nell'ordinamento italiano. A queste si aggiungono le figure di «esecutore» e di «delegato» previste dal provvedimento della Banca d'Italia 23.12.2009, n. 895.

Il termine «cliente» non è sconosciuto al diritto privato, rilevandosi in particolare nella prestazione di servizi bancari e finanziari<sup>37</sup>. Riprendendo la definizione dell'art. 1, co. 2, lett. e) d. lg. 21.11.2007, n. 231 è cliente «il soggetto che instaura rapporti continuativi o compie operazioni con i destinatari indicati agli articoli 11 e

<sup>36</sup> Così Cass. civ., sez. un., 4.6.2010, n. 13658 in *Diritto & Giustizia* 2010. Interpretando in termini aggiornati l'art. 1277, co.1, c.c. è stabilito il principio per il quale l'inciso «moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento» significa «che i mezzi monetari impiegati si debbono riferire al sistema valutario nazionale, senza che se ne possa indurre alcuna definizione della fattispecie del pagamento solutorio» e che «la moneta avente corso legale» infatti, «non è l'oggetto del pagamento» perché questo «è rappresentato dal valore monetario o quantità di denaro» e ancora che «l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria è inteso non come atto materiale di consegna della moneta contante, bensì come prestazione diretta all'estinzione del debito».

<sup>37</sup> L'art. 26 (definizioni) della delibera Consob 29.10.2007, n. 16190 considera le diverse figure di «cliente», di «cliente professionale» e di «cliente al dettaglio» disponendo che per «cliente» si deve intendere la «persona fisica o giuridica alla quale vengono prestati servizi di investimento o accessori».

14 (...). Questo ruolo viene reso diversamente nelle definizioni dell'art. 1 del provvedimento della Banca d'Italia n. 895 del 2009, ove si assume che è tale «il soggetto che dispone operazioni ovvero intrattiene rapporti continuativi con i destinatari».

Si ripropone, in materia di contrasto del riciclaggio, la confusione nella figura avente un'unica denominazione, di ruoli soggettivi diversi ora come soggetto che collabora alla formazione della fattispecie contrattuale costitutiva del rapporto continuativo, ora come soggetto nei cui confronti vengono prestati i servizi da parte dell'intermediario finanziario.

Pertanto si impone una distinzione correlata alla direzione del movimento dei mezzi di pagamento.

Si distingue così la prima parte della vicenda contrattuale in cui il cliente è autore della costituzione del rapporto continuativo e provvede al versamento di una somma di denaro in esecuzione di un'obbligazione pecuniaria, che trova fonte nel contratto costitutivo del rapporto.

La seconda fase invece trova il nucleo fondamentale nel prelievo di una somma sempre dovuta o in esecuzione del contratto o per il verificarsi di un presupposto che comporta la restituzione in tutto o in parte di quanto ricevuto dall'intermediario finanziario.

L'interpretazione che, nel sistema della disciplina non penale di contrasto del riciclaggio sembra meritare accoglimento, è nel senso che è «cliente» il soggetto che nell'instaurazione del rapporto continuativo, trae dalla propria economia i mezzi di pagamento, anche se agisce per conto di altro soggetto.

A suffragare questo orientamento può richiamarsi il disposto dell'art. 20 del decreto, «approccio basato sul rischio», per il quale, nella valutazione del rischio di riciclaggio (per tacere di quello di finanziamento del terrorismo) i destinatari devono osservare criteri, fra i quali la «ragionevolezza» dell'operazione o del rapporto continuativo. Il contenuto di questo giudizio attiene quindi alla disponibilità dei fondi adoperati («versati») o impiegati da chi procede alla costituzione del rapporto e comporta una verifica della «formazione della fortuna» messa a disposizione dell'intermediario finanziario da parte del cliente.

## 10. La figura di «titolare effettivo» nella disciplina di contrasto del riciclaggio

Assai più complessa è la delineazione del soggetto qualificabile come «titolare effettivo», espressione questa scelta già nell'edizione italiana della direttiva comunitaria, ma che non è in linea con le corrispondenti espressioni di lingua francese, inglese e tedesca.

Nell'art. 3, n. 6 della direttiva 2005/60/CE nell'edizione francese viene adoperato il termine di «*bénéficiaire effectif*»; nell'edizione inglese quello di «*beneficial owner*», in quella tedesca quello di «*wirtschaftlicher Eigentümer*»,

In esse si oscilla da un'idea di proprietà (come emerge nelle espressioni in lingua inglese e tedesca) e quindi di disponibilità di una ricchezza ad una idea di essere il fruitore e il destinatario di un risultato economico positivo, magari per una attività svolta da altri e quindi corrispondenti al significato dell'espressione italiana di «beneficiario» appunto.

Il problema va risolto non tanto considerando le differenze nominalistiche, quanto affrontando i significati tecnici che solo possono pervenire da un'analisi delle fattispecie normative riassunte da queste espressioni. Le sorprese non mancano, perché nella direttiva comunitaria, all'idea dell'agire per conto si affianca quella del controllo e ancora quella del beneficiario dell'operazione economica<sup>38</sup>.

La situazione non migliora se si prende in esame il decreto di attuazione della direttiva comunitaria nell'ordinamento italiano.

Il punto di partenza è costituito dalla definizione contenuta nell'art. 1, co. 2, lett *u*) d.lg. 21.11.2007, n. 231 che tuttavia deve essere integrata con le fattispecie previste dall'art. 2 dell'allegato tecnico.

Nel tentativo di ricomporre il quadro delle fattispecie normative possiamo distinguere le ipotesi a seconda che la figura consista in una persona fisica o in un soggetto diverso dalla persona fisica, salvo poi distinguere l'ipotesi della società dall'ipotesi dell'ente diverso dalla società.

Nel primo caso (secondo il disposto dell'art. 1, co. 2, lett *u*) titolare effettivo è «la persona fisica *per conto* della quale è realizzata l'operazione».

<sup>38</sup> L'art. 3 n. 6 della direttiva 26/10/2005 n. 60 (2005/60/CE), dispone che si deve intendere per «titolare effettivo»: la persona o le persone fisiche che, in ultima istanza, possiedono o controllano il cliente e/o la persona fisica per conto delle quali viene realizzata un'operazione o un'attività. Il titolare effettivo comprende almeno:

- a) in caso di società:
  - i) la persona fisica o le persone fisiche che, in ultima istanza, possiedono o controllino un'entità giuridica, attraverso il possesso o il controllo diretto o indiretto di una percentuale sufficiente delle azioni o dei diritti di voto in seno a tale entità giuridica, anche tramite azioni al portatore, purché non si tratti di una società ammessa alla quotazione su un mercato regolamentato e sottoposta ad obblighi di comunicazione conformi alla normativa comunitaria o a standard internazionali equivalenti; tale criterio si ritiene soddisfatto ove la percentuale corrisponda al 25 % più una azione;
  - ii) la persona fisica o le persone fisiche che esercitano in altro modo il controllo sulla direzione di un'entità giuridica;
- b) in caso di entità giuridiche, quali le fondazioni, e di istituti giuridici, quali i trust, che amministrano e distribuiscono fondi:
  - i) se i futuri beneficiari sono già stati determinati, la persona fisica o le persone fisiche beneficiarie del 25 % o più del patrimonio di un istituto giuridico o di un'entità giuridica;
  - ii) se le persone che beneficiano dell'istituto giuridico o dell'entità giuridica non sono ancora state determinate, la categoria di persone nel cui interesse principale è istituito o agisce l'istituto giuridico o l'entità giuridica;
  - iii) la persona fisica o le persone fisiche che esercitano un controllo sul 25 % o più del patrimonio di un istituto giuridico o di un'entità giuridica.

Questa espressione rievoca il valore assegnato dalla ricerca civilistica alle parole «agire per conto» che alludono allo svolgimento di una attività a contenuto gestorio, anche negoziale, e quindi alla stipulazione «in nome proprio» di un contratto, ma i cui risultati economici, vantaggiosi o svantaggiosi che siano devono essere attribuiti a un soggetto diverso da chi agisce.

L'individuazione di questa ipotesi si fonda sulla distinzione fra soggetto psicologico della fattispecie negoziale, soggetto del regolamento negoziale e dei suoi effetti giuridici e soggetto dell'affare o soggetto economico del negozio, al quale sono destinati i risultati pratici finali<sup>39</sup>, distinzione che acquista significato nel momento in cui i ruoli non sono svolti dallo stesso soggetto, ma da soggetti diversi nell'ambito di figure di sostituzione e di cooperazione gestoria.

Opportunamente è stato considerato che le ipotesi ricoperte dalla terminologia «agire per conto» non coincidano con quelle evocate dall'espressione «agire nell'interesse».

La prima si ha quando, in forza del rapporto di gestione, «i risultati pratici finali del negozio sono destinati *ab origine* – e verranno poi convogliati mediante appositi congegni tecnico giuridici – al soggetto per conto del quale il negozio gestorio viene compiuto»<sup>40</sup>.

Si tratta di un assetto che trova la sua espressione principale, ma non unica, nel tipo contrattuale del mandato, come fissato dall'art. 1703 c.c.

In questo senso il titolare effettivo corrisponde alla fattispecie resa in lingua tedesca dell'enunciato per il quale per «*wirtschaftlicher Eigentümer*» si deve intendere la «*natürliche Person, in deren Auftrag eine Transaktion oder Tätigkeit ausgeführt wird*», cioè la per sona fisica per ordine della quale è effettuata una transazione o una attività, dove il termine «*Auftrag*» indica l'impulso dato per il compimento dell'attività, non un beneficio.

Questo concetto si ritrova nell'ordinamento spagnolo all'art. 4 della legge 10/2010 quando, nello specificare la definizione di «*titular real*» si deve intendere «*La persona o personas físicas por cuya cuenta se pretenda establecer una relación de negocios o intervenir en cualesquiera operaciones*».

Diversi da questa sono i casi in cui «ben può verificarsi che l'atto contribuisca a soddisfare un interesse di cui è titolare un soggetto estraneo all'atto stesso (di un soggetto cioè diverso da quello nel nome del quale e per conto del quale l'atto viene posto in essere)»<sup>41</sup>. In queste ipotesi si configura un «beneficio» a favore di un soggetto terzo.

<sup>39</sup> Così Luminoso, *Mandato, commissione, spedizione*, Milano 1984, 5 e più recentemente Id, *Il mandato*, Torino 2007, p.3 ss.

<sup>40</sup> In questo senso Luminoso, *Mandato, commissione, spedizione*, Milano 1984, p. 5

<sup>41</sup> Sul punto ancora Luminoso, *Mandato, commissione, spedizione*, cit. p. 10.

Il discorso diventa più complesso se si considerano le fattispecie di «titolare effettivo» previste nell'art. 2 dell'allegato tecnico al decreto 21.11.2007, n. 231<sup>42</sup>.

Qui emergono due distinti elementi: quello del controllo e quello del beneficio di un'operazione economica, disposta da altri.

Nel primo caso, nella categoria di «titolare effettivo», rientrano i soggetti che «possiedono o controllino un'entità giuridica, attraverso il possesso o il controllo diretto o indiretto di una percentuale sufficiente delle partecipazioni al capitale sociale o dei diritti di voto in seno a tale entità giuridica», presupposto questo che può ravvisarsi nel caso in cui l'entità interessata sia una società. Qui il termine controllo è inteso nel senso di disporre di voti per l'assunzione di delibere assembleari<sup>43</sup>, non nel senso di influenza sulla società in virtù di particolari vincoli contrattuali<sup>44</sup>. Ancora il termine controllo è adoperato per indicare l'attività di amministrazione dell'ente nel senso di assumere le decisioni di carattere gestorio.

Il tema del «controllo» emerge anche in relazione ad un ente diverso dalla società, quando l'art. 2 dell'allegato tecnico prevede che esso sia esercitato su una percentuale del patrimonio di un'entità giuridica.

Totalmente diverse da queste, sono le fattispecie in cui viene data rilevanza alla direzione del beneficio dell'operazione economica che comporta movimentazione di denaro. Sono tali le ipotesi in cui l'art. 2 dell'allegato tecnico indica quale titolare effettivo in caso di entità giuridiche quali le fondazioni e di istituti giuridici quali i trust, che amministrano e distribuiscono fondi:

---

<sup>42</sup> Per titolare effettivo s'intende:

a) in caso di società:

1) la persona fisica o le persone fisiche che, in ultima istanza, possiedono o controllino un'entità giuridica, attraverso il possesso o il controllo diretto o indiretto di una percentuale sufficiente delle partecipazioni al capitale sociale o dei diritti di voto in seno a tale entità giuridica, anche tramite azioni al portatore, purché non si tratti di una società ammessa alla quotazione su un mercato regolamentato e sottoposta a obblighi di comunicazione conformi alla normativa comunitaria o a standard internazionali equivalenti; tale criterio si ritiene soddisfatto ove la percentuale corrisponda al 25 per cento più uno di partecipazione al capitale sociale;

2) la persona fisica o le persone fisiche che esercitano in altro modo il controllo sulla direzione di un'entità giuridica;

b) in caso di entità giuridiche quali le fondazioni e di istituti giuridici quali i trust, che amministrano e distribuiscono fondi:

1) se i futuri beneficiari sono già stati determinati, la persona fisica o le persone fisiche beneficiarie del 25 per cento o più del patrimonio di un'entità giuridica;

2) se le persone che beneficiano dell'entità giuridica non sono ancora state determinate, la categoria di persone nel cui interesse principale è istituita o agisce l'entità giuridica;

3) la persona fisica o le persone fisiche che esercitano un controllo sul 25 per cento o più del patrimonio di un'entità giuridica.

<sup>43</sup> Quindi nel senso implicato dall'art. 2359 co. 1 nn. 1 e 2 c.c.

<sup>44</sup> Cioè nel senso indicato dall'art. 2359 co. 1 n. 3 c.c.

- 1) se i futuri beneficiari sono già stati determinati, la persona fisica o le persone fisiche beneficiarie del 25 per cento o più del patrimonio di un'entità giuridica;
- 2) se le persone che beneficiano dell'entità giuridica non sono ancora state determinate, la categoria di persone nel cui interesse principale è istituita o agisce l'entità giuridica.

La terminologia adoperata nell'ordinamento tedesco allude ad operazioni gestorie e di amministrazione di patrimoni effettuato a favore di terzi come esprime il passo «*zu deren Gunsten das Vermögen hauptsächlich verwaltet oder verteilt werden soll*» (a favore dei quali il patrimonio viene principalmente amministrato o deve essere diviso).

### **11. Le figure di «esecutore» e di «delegato» nella disciplina di contrasto del riciclaggio**

Nel provvedimento della banca d'Italia n. 895 del 2009, si rintraccia la definizione di «esecutore» come «soggetto che esegue operazioni per conto di un altro soggetto». Il riferimento all'agire per conto porterebbe a confondere la figura dell'esecutore appunto con quella del cliente che agisca per conto di un titolare effettivo. Per superare l'equivoco, il punto di distinzione sta nel fatto che il cliente entra nel rapporto contrattuale, l'esecutore invece ne rimane escluso, provvedendo esclusivamente ad una attività materiale di trasmissione di un mezzo di pagamento in adempimento di obbligazioni pecuniarie che ineriscono ad un rapporto continuativo in essere fra altre parti.

La figura di delegato non offre difficoltà interpretative superiori a quelle che si riscontra nei contratti bancari, ove il cliente può designare le persone autorizzate a rappresentarli e a operare nell'ambito del rapporto continuativo<sup>45</sup>.

### **12. I profili oggettivi e soggettivi della disciplina di contrasto del riciclaggio considerati nella distribuzione dei prodotti assicurativi nei rami vita**

Le definizioni della disciplina di contrasto del riciclaggio devono essere considerate nell'ambito di un particolare settore del mercato finanziario: quello assicurativo. In attuazione della direttiva europea, il d.lg. 21.11.2007, n. 231 effettua una duplice selezione: una di natura soggettiva, individuando quali operatori sono destinatari degli obblighi, ed un'altra di natura oggettiva, per la quale, muovendo dall'indivi-

<sup>45</sup> In materia uno spunto è in Calandra Bonauro, Perassi, Silveti, *La banca: l'impresa e i contratti*, Padova 2001, p. 373.

duazione della prima categoria, il decreto definisce l'ambito delle ipotesi negoziali rilevanti ai fini della sua applicazione.

Il punto di partenza è costituito dall'art.11 d. lg n. 231/2007 che, al comma 1, annovera fra gli intermediari finanziari «le imprese di assicurazione che operano in Italia nei rami di cui all'art. 2, comma 1, CAP», cioè i c.d. «rami vita» e ancora, al comma 3, lettera b) «gli intermediari assicurativi di cui all'art. 109, comma 2, lettere a) e b) che operano» nei «rami vita».

L'uso linguistico della parola «impresa» per configurare un soggetto, titolare di posizioni giuridiche attive e passive, risulta improprio, solo che si recuperi la «nozione» fissata nell'art. 2082 c.c., la quale allude alla «fattispecie» consistente nel comportamento dell' «imprenditore» e cioè all'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi. Il termine imprenditore adombra la «figura soggettiva alla quale la disciplina, condizionata da quella fattispecie, è imputata»<sup>46</sup>.

In realtà il corretto significato attribuibile al linguaggio dell'art. 11 d. lg. n. 231/2007 è recuperato *per relationem* dalle definizioni contenute nell'art. 1 e in altre disposizioni del d. lg. 7.9.2005, n. 209 (codice delle assicurazioni private), ove la parola «impresa» viene adoperato per indicare il soggetto collettivo che esercita l'attività imprenditoriale di assicurazione.

Così nella lettera s) di questa norma «impresa» è «la società di assicurazione o di riassicurazione autorizzata»; nella lettera t) «impresa di assicurazione» è «la società autorizzata secondo quanto previsto nelle direttive comunitarie sull'assicurazione diretta»<sup>47</sup>.

Si tratta di una modalità espressiva non isolata, come si avverte, ad esempio, anche nel d. lg. 24.2.1998, n. 58 (testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria- tuf) quando l'espressione «impresa di investimento» è adoperata per alludere alla società o all'ente e quindi al soggetto autorizzato a svolgere servizi o attività di investimento.

Altro elemento terminologico, di cui conviene approfondire il significato, è dato dal riferimento non alle imprese italiane, ma a quelle che «operano in Italia».

<sup>46</sup> Spada, *Impresa*, in *Digesto. Discipline priv. sez. com.*, VII, Torino 1990, pag. 37.

<sup>47</sup> Ancora nella lettera u) dello stesso articolo «impresa di assicurazione autorizzata in Italia ovvero impresa di assicurazione italiana» è «la società avente sede legale in Italia e la sede secondaria in Italia di impresa di assicurazione avente sede legale in uno Stato terzo, autorizzata all'esercizio delle assicurazioni o delle operazioni di cui all'articolo 2» del CAP; nella lettera v) «impresa di assicurazione comunitaria» è «la società avente sede legale e amministrazione – centrale in uno Stato membro dell'Unione europea diverso dall'Italia o in uno Stato aderente allo Spazio economico europeo, autorizzata secondo quanto previsto nelle direttive comunitarie sull'assicurazione diretta»; nella lettera z) «impresa di assicurazione extracomunitaria» è «la società di assicurazione avente sede legale e amministrazione centrale in uno Stato non appartenente all'Unione europea o non aderente allo Spazio economico europeo, autorizzata per l'esercizio delle assicurazioni o delle operazioni di cui all'articolo 2», e l'elenco potrebbe continuare.

Per cogliere il significato di questa espressione vale rilevare che l'attività assicurativa non è libera, ma «riservata» ove il limite, di carattere pubblicistico, può essere rimosso dal provvedimento di autorizzazione, conseguente all'esito positivo del «controllo all'entrata» dei «requisiti di accesso».

Si tratta di un meccanismo che riguarda l'autorità di vigilanza italiana, per le imprese italiane e per le imprese extracomunitarie che intendono operare in Italia, mentre per le imprese comunitarie che intendono operare nel territorio della Repubblica italiana, vale il principio dell'*home country control*, per cui l'autorizzazione è rilasciata dall'autorità di vigilanza del paese di origine dell'impresa assicurativa che provvede ad esercitare il controllo.

La disciplina di contrasto del riciclaggio, anche se non può prescindervi, non considera la fonte dell'autorizzazione e l'ordinamento di appartenenza della società che svolge attività assicurativa, ma sottolinea la rilevanza dell'ambito territoriale di operatività di questo soggetto di diritto, qualora esso sia il territorio italiano.

L'altra categoria di destinatari degli obblighi, operanti nel settore assicurativo è rappresentata dagli intermediari assicurativi di cui all'art. 109, co. 2 lettere *a)* e *b)* del codice delle assicurazioni private che operano nei rami di cui all'art. 2, co. 1 dello stesso codice, cioè nei rami vita.

A tale proposito si deve ricordare che con il codice delle assicurazioni private, il legislatore italiano ha seguito l'indirizzo europeo e quindi ha privilegiato il momento oggettivo dell'attività di intermediazione di prodotti assicurativi piuttosto che quello soggettivo dell'operatore economico che la svolge. Aderendo all'impostazione della direttiva 2002/92/CE, l'art. 106 CAP definisce l'attività di intermediazione assicurativa, come fattispecie, prescindendo da coloro che la svolgono<sup>48</sup>. Il contenuto di questa attività è precisato dalle definizioni dell'art. 1 del regolamento Isvap n. 5/ 2006.

Anche l'attività di intermediazione assicurativa è riservata, come disposto dall'art. 108 CAP, e il limite può essere rimosso con il provvedimento di iscrizione nel registro di cui all'art. 109 CAP, conseguente ad uno specifico controllo all'entrata. Tale registro è diviso in cinque sezioni<sup>49</sup> di cui le prime due, previste nelle lettere *a)* e *b)* sono quelle degli «agenti» e dei «brokers».

<sup>48</sup> Volpe Putzolu, *La direttiva comunitaria 2002/92/CE sulla intermediazione assicurativa*, in *Assicurazioni* 2003, I, 317; Marano, *Il mercato unico dell'intermediazione assicurativa: aspirazioni europee e illusioni nazionali*, in *Banca, borsa e tit. cred.* 2008, I, 175; Santi, *Intermediazione e distribuzione dei prodotti assicurativi*, Milano 2009, p. 71 ss.

<sup>49</sup> Ai sensi dell'art. 109, co. 2 CAP, nel registro sono iscritti in sezioni distinte:

- a) gli agenti di assicurazione, in qualità di intermediari che agiscono in nome o per conto di una o più imprese di assicurazione o di riassicurazione;
- b) i mediatori di assicurazione o di riassicurazione, altresì denominati broker, in qualità di intermediari che agiscono su incarico del cliente e senza poteri di rappresentanza di imprese di assicurazione o di riassicurazione;

La limitazione della disciplina per il contrasto del riciclaggio a queste due categorie di intermediari assicurativi ha fondamento in quanto quelli previsti nella lettera *c*) (produttori diretti) operano per conto e sotto la piena responsabilità di un'impresa di assicurazione; quelli previsti nella lettera *d*) sono le banche, che costituiscono autonomi intermediari finanziari soggetti agli obblighi utili a contrastare il riciclaggio; quelli della lettera *e*) operano sempre sotto la direzione e vigilanza di un altro intermediario finanziario e quindi non costituiscono una categoria autonoma di destinatari dei suddetti obblighi.

Questo aspetto trova conferma nell'art. 23 del «regolamento concernente le disposizioni attuative circa l'organizzazione, le procedure ed i controlli interni volti a prevenire l'utilizzo delle imprese di assicurazione e degli intermediari assicurativi a fini di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, ai sensi dell'articolo 7, comma 2, del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231», elaborato dall'ISVAP, d'intesa con Banca d'Italia e Consob.

In tale norma dispone che agenti e *brokers* adottano nei confronti dei propri dipendenti e collaboratori «inclusi i soggetti di cui all'articolo 109, comma 2, lettera *e*) del Codice (ndr delle assicurazioni private) ogni precauzione necessaria ad assicurare il rispetto delle disposizioni in materia di contrasto al riciclaggio ed al finanziamento del terrorismo, fermo restando che la responsabilità ultima per il rispetto delle predette disposizioni rimane in capo agli intermediari assicurativi medesimi».

Per l'individuazione degli intermediari finanziari del settore assicurativo, destinatari degli obblighi di contrasto del riciclaggio, la legge aggiunge un ulteriore criterio di selezione con il riferimento ai rami di cui all'art. 2, co. 1, del codice delle assicurazioni private e cioè ai c.d. «rami vita».

Infatti, tranne che per le imprese italiane, che siano state autorizzate anteriormente al 15 marzo 1979<sup>50</sup>, l'autorizzazione per l'esercizio di attività assicurativa è concessa «per rami», secondo una classificazione che è andata cristallizzandosi ed è

- 
- c) i produttori diretti che, anche in via sussidiaria rispetto all'attività svolta a titolo principale, esercitano l'intermediazione assicurativa nei rami vita e nei rami infortuni e malattia per conto e sotto la piena responsabilità di un'impresa di assicurazione e che operano senza obblighi di orario o di risultato esclusivamente per l'impresa medesima;
  - d) le banche autorizzate ai sensi dell'articolo 14 del testo unico bancario, gli intermediari finanziari inseriti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del testo unico bancario, le società di intermediazione mobiliare autorizzate ai sensi dell'articolo 19 del testo unico dell'intermediazione finanziaria, la società Poste Italiane – Divisione servizi di bancoposta, autorizzata ai sensi dell'articolo 2 del decreto del Presidente della Repubblica 14 marzo 2001, n. 144;
  - e) i soggetti addetti all'intermediazione, quali i dipendenti, i collaboratori, i produttori e gli altri incaricati degli intermediari iscritti alle sezioni di cui alle lettere a), b) e d) per l'attività di intermediazione svolta al di fuori dei locali dove l'intermediario opera.

<sup>50</sup> Come disposto dall'art. 348 CAP sull'esercizio congiunto nei rami vita e danni.

sfociata nella distinzione fissata appunto nell'art. 2 CAP<sup>51</sup>. Si tratta di una distinzione che discende da una opzione di politica legislativa, e non risponde in realtà alla comprensione in un unico ambito di prodotti caratterizzati da un denominatore comune<sup>52</sup>.

L'esclusione dall'ambito di applicazione del decreto n. 231 del 2007 dell'attività assicurativa nei «rami danni»<sup>53</sup> ha effetto solo per la disciplina non penale di contrasto al fenomeno del riciclaggio. La limitazione non opera relativamente alla figura criminosa di riciclaggio di cui all'art. 648 *bis* c.p.

Il riferimento dell'art. 11 d.lg. n. 231/2007 ai «rami vita» induce a spostare l'attenzione dal momento dell'*impresa* a quello del *contratto*. Al riguardo tuttavia occorre constatare come il linguaggio giuridico si sia trasformato aderendo all'evoluzione dei modelli e dei tipi contrattuali.

Il codice delle assicurazioni private predilige infatti l'espressione di «prodotti assicurativi» intendendo così «tutti i contratti emessi da imprese di assicurazione nell'esercizio delle attività rientranti nei rami vita o nei rami danni come definiti all'articolo 2» (cfr. art. 1, co. 1 lett *ss*) d.lg. 7.9.2005, n. 209)<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> La conferma in tal senso si ha nella definizione di «ramo di assicurazione» contenuta nell'art. 1 CAP per il quale con tale parola si intende «la classificazione secondo un insieme omogeneo di rischi od operazioni che descrive l'attività che l'impresa può esercitare al rilascio dell'autorizzazione»

<sup>52</sup> Per tale motivo la definizione di «ramo» contenuta nell'art. 1 CAP si riduce in sostanza a fare riferimento all'autorizzazione ad una determinata attività assicurativa quando dispone che con questa espressione si deve intendere «la classificazione secondo un insieme omogeneo di rischi od operazioni che descrive l'attività che l'impresa può esercitare al rilascio dell'autorizzazione». Osserva Bin, *Il codice delle assicurazioni private*, Padova 2006, p. 14 che la classificazione per rami, anche se usuale, risulta meno appagante e si rivela un modo inadeguato per raggiungere l'obiettivo, in fondo centrale, di determinare il «perimetro» dell'attività consentita all'impresa di assicurazione. Sul problema valgono le aggiornate riflessioni di Corrias, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, in *La regolazione assicurativa*, a cura di P. Marano e M. Siri, Torino 2009, p. 43 *ss*.

<sup>53</sup> La conseguenza è che non costituiscono operazioni rilevanti ai fini del decreto le polizze e le movimentazioni di denaro per il ramo cauzioni.

<sup>54</sup> In attuazione della delega conferita dall'art. 4, legge 29.7.2003, n. 229, è stato emanato il d. lg. 7.9.2005, n. 209, codice delle assicurazioni private. Il termine «codice» segna l'abbandono del modello dei testi unici misti ed il consolidamento di un loro concetto di codificazione che, nonostante l'identità di terminologia, si allontana da quella consegnataci dalla tradizione ottocentesca, come osservato da Bin, *Commento all'art. 1*, in *Commentario Bin*, Padova 2006, p. 11, e da Ambrosino, *Profili sistematici e pubblicistici del Codice delle assicurazioni*, in *Commentario Amoroso e Desiderio*, Milano 2006, p. 23, nonché Santi, *Intermediazione e distribuzione di prodotti assicurativi* Milano 2009, p. 38. Questa impostazione è stata seguita dall'ordinamento francese con il *Code des assurances* la cui divisione in cinque libri ha soddisfatto la duplice esigenza di realizzare un testo unitario delle norme per il settore assicurativo e quello di conservare la separazione fra il momento del contratto e quello dell'impresa rispettando il diverso approccio in una prospettiva giusprivatistica e giuspubblicistica. Contro questa imposta sono state mosse le critiche sintetizzate da Gambino, *Note critiche sulla bozza del codice delle assicurazioni private*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 1935, osservando che il diritto dei contratti è retto da linee normative e principi di autonomia privata che non devono essere contaminate da quelle di diritto pubblico che informa gran parte della disciplina dell'impresa di assicurazione.

Questa definizione tiene conto non solo delle aggiornate riflessioni nell'ambito del diritto dei contratti<sup>55</sup>, ma segna una palpabile differenza terminologica rispetto a quella tradizionale del codice civile, legata alla nozione di «contratto di assicurazione», secondo una partizione fra contratti di assicurazione contro i danni (previsto dall'art. 1904 c.c.) ed il contratto di assicurazione sulla vita (disciplinato dagli artt. 1919-1927 c.c.) non più aderente alla realtà economica del settore<sup>56</sup>.

Questo profilo causale è andato dissolvendosi con l'ingresso di contratti in cui la componente assicurativa affievolisce a favore di quella più propriamente finanziaria.

Tale aspetto è avvertito in particolare per i prodotti assicurativi del ramo III, nel quale sono comprese le polizze *unit linked* o *index linked*<sup>57</sup> (previste dagli artt. 2, co.1 e e 41 CAP) per la cui tipologia vale recuperare le definizioni fissate dalla circolare ISVAP 1.3.2005, n. 551/D aggiornandole con quelle ricavabili dal codice delle assicurazioni private e dal regolamento ISVAP 11.6.2009, n. 32.

Si aggiunga che nel novero dei prodotti assicurativi dei rami vita devono essere comprese anche le operazioni di capitalizzazione (ramo V), contratto previsto dall'art. 179 CAP<sup>58</sup>, nonché le operazioni di gestione di fondi collettivi costituiti per l'erogazione di prestazioni in caso di morte, in caso di vita o in caso di cessazione o riduzione dell'attività lavorativa (ramo VI)<sup>59</sup>.

---

Questa cautela è stata condivisa dal legislatore tedesco che ha mantenuto la distinzione fra la disciplina del contratto di assicurazione contenuta nel *Versicherungsvertragsgesetz* (VVG), e la disciplina dell'impresa e della vigilanza, cui è dedicato il *Versicherungsaufsichtsgesetz* (VAG).

In realtà nella redazione del testo definitivo del codice delle assicurazioni private sono state conservate le norme dedicate ai «contratti di assicurazione» (art. 165-187) con l'intento di completare le lacune esistenti nel codice civile, la cui disciplina rimane salva come previsto dall'art. 165 CAP che dispone che «fermo restando quanto diversamente disposto nel presente codice, i contratti di assicurazione, coassicurazione e riassicurazione rimangono disciplinati dalle norme del codice civile».

<sup>55</sup> Si tratta di una classificazione elaborata con riferimento ai contratti che presuppongono una particolare qualità dell'imprenditore che ne è necessariamente parte, come sono appunto i contratti bancari e i contratti assicurativi e che sfugge alla partizione fra B2B (Business to Business) e B2C (Business to Consumer).

<sup>56</sup> Nella prospettiva codicistica, quest'ultima, pur distinguendosi dall'assicurazione danni per la sua funzione previdenziale, è correlata ad un rischio demografico, e quindi ad un evento che appartiene alla vita umana.

<sup>57</sup> Il problema è affrontato da Corrias, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, in *La regolazione assicurativa*, a cura di P. Marano e M. Siri, Torino 2009, p. 43 ss.; ma si veda la ricostruzione in una prospettiva storica effettuata da Alpa, *I prodotti assicurativi finanziari*, in *Commentario Amoroso e Desiderio*, Milano 2006, 77.

<sup>58</sup> Queste operazioni contrattuali, non previste dal codice civile, hanno subito una progressiva tipizzazione. Partendo dall'art. 33 d.P.R. n. 449 del 1959 (T.U. delle leggi sull'esercizio delle assicurazioni private) sono state previste dalla l. 22 ottobre 1986, n. 742 e quindi dall'art. 40 d.l.g. n. 174 del 1995 ed infine recepite nel codice delle assicurazioni private.

<sup>59</sup> Su questo aspetto, fra i vari contributi, Corrias, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, in *La regolazione assicurativa*, a cura di P. Marano e M. Siri, Torino 2009, p. 54; Volpe Putzolu, *Commento agli artt. 1 e 2 d. lg. 7.9.2005 n. 209*, in *Il codice delle assicurazioni private*, diretto da Francesco Capriglione, I, 1, Padova 2007, p. 17.

### **13. I prodotti assicurativi nei rami vita: «rapporto continuativo», «rapporto contrattuale» e «rapporto assicurativo»**

Si è visto il significato che nella disciplina di contrasto al fenomeno del riciclaggio assume l'espressione di «rapporto continuativo». Come già anticipato, con riferimento al settore assicurativo vale ricordare che l'art. 3 co. 2 lett c) del provvedimento della Banca d'Italia 23.12.2009, n. 895 dispone che «l'espressione «*altri rapporti continuativi*» va riferita, a titolo esemplificativo, fra l'altro, alla «sottoscrizione di polizze assicurative rientranti nei rami di cui all'articolo 2, comma 1, del CAP».

Nel diritto delle assicurazioni tuttavia emerge una distinzione, utile per l'applicazione della disciplina non penale di contrasto del riciclaggio, ed è quella fra «rapporto contrattuale» e «rapporto assicurativo».

Nel primo caso parti del rapporto sono l'impresa di assicurazione e il contraente, identificato nel soggetto che con la sua volontà concorre alla formazione della fattispecie negoziale. Diverse sono invece le parti del rapporto assicurativo, che coinvolge, oltre all'assicuratore e al contraente, anche l'assicurato e il beneficiario (oppure secondo il linguaggio del codice delle assicurazioni private anche gli «altri aventi diritto alle prestazioni assicurative») <sup>60</sup>. Quest'ultimo coincide con il soggetto a favore del quale l'assicuratore è tenuto ad eseguire la propria prestazione. Nell'assicurazione a favore di terzi il contraente individua il soggetto beneficiario della rendita o del capitale che dovranno essere erogati dall'assicuratore <sup>61</sup>.

### **14. Le «operazioni» e i «pagamenti» che ineriscono ad un rapporto continuativo relativo a prodotti assicurativi nei rami vita**

Nell'ambito della disciplina di contrasto del riciclaggio il «rapporto continuativo» rileva in quanto dia luogo a più «operazioni di versamento, prelievo o di trasferimento di mezzi di pagamento e che non si esaurisce in una sola operazione».

In materia di esecuzione delle obbligazioni, che nascono dalla conclusione di un rapporto continuativo relativo ad un prodotto assicurativo nei rami vita, le operazioni di versamento o di prelievo e il trasferimento di mezzi di pagamento possono essere colti in una duplice prospettiva: quella che attiene alla naturale esecuzione del

<sup>60</sup> Rossetti, *I soggetti del contratto di assicurazione*, in *Le assicurazioni private*, a cura di G. Alpa, I, Torino, 2006, 810.

<sup>61</sup> Dal contratto di assicurazione nasce un rapporto assicurativo che trascende le parti del contratto; se infatti si definisce «rapporto assicurativo» come il rapporto giuridico quello che, per effetto della stipula del contratto di assicurazione, si costituisce tra chi ha pagato il premio, chi deve pagare l'indennizzo e chi ha diritto di pretendere quest'ultimo, si coglie immediatamente la peculiarità del contratto in esame: l'assicuratore può assumere l'obbligo di pagare l'indennizzo sia nei confronti di chi gli ha versato il premio, sia nei confronti di chi di un terzo.

contratto-prodotto assicurativo; l'altra che attiene a ipotesi che sfuggono alla sequenza naturale dell'esecuzione del contratto e sono caratterizzate dal comune denominatore di non prosecuzione del rapporto contrattuale, ma nel cui ambito ben possono avvenire trasferimenti di denaro.

Nel primo caso le operazioni consistono in «incassi» e «pagamenti» e quindi:

- 1) nel pagamento dei premi dal contraente all'impresa di assicurazioni o all'agente o al broker;
- 2) nel pagamento del capitale o della rendita a favore dell'avente diritto.

Le ipotesi che possono essere annoverate nella seconda classe sono, ad esempio, quelle del recesso dal contratto, come è espressamente previsto dall'art. 177 CAP (diritto di recesso), norma che dispone che l'impresa di assicurazione, entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione relativa al recesso, rimborsa al contraente il premio eventualmente corrisposto, al netto della parte relativa al periodo per il quale il contratto ha avuto effetto. Questo regime è applicabile anche ai contratti di capitalizzazione come espressamente previsto dall'art. 179, co. 4, CAP.

Nelle condizioni generali di contratto di assicurazione è di norma prevista la possibilità di ridurre l'assicurazione dopo un certo numero di anni di durata contrattuale. In questo caso viene sospeso il pagamento dei premi, ma il contratto rimane in vigore fino alla scadenza stabilita. Al termine della durata contrattuale l'impresa di assicurazione liquida all'avente diritto i premi versati ed i relativi utili al netto delle spese di gestione.

### **15. Le figure soggettive del «cliente» e del «titolare effettivo» e di «esecutore» nella dinamica della distribuzione di prodotti assicurativi nei rami vita**

Nella delineazione dei profili soggettivi del rapporto assicurativo sono identificate tre categorie di soggetti: il contraente, l'assicurato e il beneficiario<sup>62</sup>, ove il primo è colui che stipula il contratto di assicurazione, e che può agire in nome e per conto proprio o in nome e/o per conto altrui. L'assicurato, nelle assicurazioni sulla vita, è «la persona la cui morte o sopravvivenza costituisce il mero presupposto per l'insorgere dell'obbligo di erogazione del capitale o della rendita in capo all'assicuratore»<sup>63</sup>. Il beneficiario è invece la persona alla quale deve essere corrisposta la prestazione assicurativa. Questa figura assume rilevanza nell'assicurazione sulla vita a favore di terzi<sup>64</sup>. Il contraente individua la persona del beneficiario della rendita o del capitale

<sup>62</sup> Sul punto Donati e Volpe Putzolu, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2006, p. 137; Forni, *Assicurazione e impresa*, Milano 2009, p. 271.

<sup>63</sup> Così Forni, *Assicurazione e impresa*, Milano 2009, p. 453.

<sup>64</sup> Come osserva Forni, *Assicurazione e impresa*, Milano 2009, p. 454,

che l'assicuratore dovrà corrispondere una volta che si siano verificati i presupposti. Tale designazione comporta l'effetto giuridico dell'acquisizione a favore del beneficiario di un diritto proprio al conseguimento della prestazione promessa dall'assicuratore. Il contraente conserva comunque la facoltà di revocare la disposizione a favore di un determinato beneficiario o di mutarne la designazione.

Si tratta allora di porre in relazione questi ruoli soggettivi con quelli previsti dalla disciplina in materia di antiriciclaggio.

Di fronte alla nozione di «cliente» come «soggetto che instaura rapporti continuativi» o «compie operazioni con i destinatari», si può concludere che assuma questa veste sia il contraente, sia il soggetto che effettua un pagamento o riceve l'incasso di un capitale o di una rendita.

In questo senso la persona del beneficiario rileva non nel momento della designazione, ma in quello diverso in cui la prestazione assicurativa viene effettuata in suo favore, perché è solo allora che avviene la trasmissione di mezzi di pagamento.

Più articolato è il discorso di titolare effettivo per il cui completamento deve essere recuperata la delineazione delle fattispecie secondo il decreto e secondo l'allegato tecnico.

Alcune osservazioni precipue devono essere formulate nel caso in cui il prodotto assicurativo nei rami vita, specie se a contenuto finanziario, sia stipulato da un soggetto diverso da una persona fisica, ma al riguardo occorre distinguere se si tratti di una società o di un ente da questa diverso (fondazione, trust etc.).

In questo caso entrano in gioco le categorie del «controllo» e del «beneficio».

Infatti può verificarsi che la società contraente che instaura il rapporto continuativo stipulando una polizza, un contratto di capitalizzazione o aderendo a un fondo pensione, sia controllata da persona fisica che «controlli» l'ente nel senso previsto dall'art. 2 dell'allegato tecnico.

D'altra parte può succedere che l'ente, diverso da una società, che amministri o distribuisca fondi nella stipulazione di un prodotto assicurativo, rilevante ai fini della disciplina in parola, abbia individuato i beneficiari o la categoria dei beneficiari della prestazione assicurativa.

Si tratta di ipotesi in cui ricorrono i presupposti per configurare la figura del «titolare effettivo» nelle persone che controllano e in quelle che beneficiano della suddetta prestazione.

A tale proposito assumono rilevanza la prassi dell'acquisto di prodotti assicurativi dei rami vita attraverso le «convenzioni di gestione», come avviene ad esempio, nelle «operazioni di gestione di fondi collettivi, di cui al ramo VI dell'art. 2, co. 1 CAP.

Tali convenzioni di gestione si instaurano tra i fondi pensione (chiusi o negoziati) e le imprese di assicurazione (per tacere di altri intermediari finanziari a ciò autorizzati). Mentre i fondi pensione provvedono a raccogliere dagli aderenti i contribu-

ti, le imprese di assicurazione, provvedono a gestire le risorse raccolte, per conto dei fondi, per poi riversare i risultati della gestione in capo al fondo che successivamente provvede a compiere le operazioni necessarie per erogare le prestazioni pensionistiche agli aventi diritto.

## **16. Profili relativi alle modalità di distribuzione dei prodotti assicurativi nei rami vita**

Le regole del diritto privato soccorrono a risolvere altri problemi applicativi della disciplina in materia di antiriciclaggio, anche in materia di distribuzione di prodotti assicurativi che, come disposto dal codice delle assicurazioni private e dal regolamento ISVAP n. 5 può avvenire a distanza.

In questo caso si realizzano i presupposti di cui all'art. 28, co. 2, d. lg. 21.11.2007, n. 231, che prevede l'obbligo rafforzato di adeguata verifica della clientela «quando il cliente non è fisicamente presente», trascurando di prescrivere ulteriori elementi per ravvisare in concreto un fatto.

Per superare l'ostacolo basta fare riferimento alle disposizioni dettate nel codice del consumo, ove si disciplina l'ipotesi del contratto a distanza, essendo tale quello in cui il professionista impiega esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza (art. 50 Cod. Cons.). Alla stregua dei contributi in materia è tale qualunque mezzo che, senza la presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore (*rectius* del contraente-cliente), possa impiegarsi per la conclusione del contratto, ove per presenza fisica e simultanea si intende che consumatore e professionista (o loro rappresentanti) non sono fisicamente presenti nel medesimo contesto spazio-temporale.

## **17. Obblighi di informazione nella distribuzione dei prodotti assicurativi nei rami vita e disciplina di contrasto del riciclaggio**

Uno dei profili di rilievo giusprivatistico che emerge dall'applicazione della disciplina non penale di contrasto al riciclaggio è costituito dagli obblighi inerenti al momento della distribuzione del prodotto assicurativo nei rami vita.

L'impianto normativo che deve essere considerato è di duplice ordine. Alla distribuzione diretta da parte delle imprese di assicurazione o attuata con l'intervento di intermediari assicurativi sono dedicate norme precipue del codice delle assicurazioni private, quali ad esempio gli artt. 120, 121 e 182 CAP, nonché le disposizioni del regolamento Isvap 5/2006 e 35/2010 «disciplina degli obblighi di informazione e della pubblicità dei prodotti assicurativi», senza per questo trascurare le disposizioni del codice del consumo che attengono alla distribuzione ai «consumatori» di pro-

dotti finanziari e assicurativi. Queste disposizioni vanno coordinate con quelle del d. lg. 21.11.2007, n. 231 e in particolare con l'art. 21 «obblighi del cliente».

Il nucleo fondamentale del problema è rappresentato dall'obbligo di informazione precontrattuale e dalle inerenti regole di comportamento stabilite dall'art. 120 CAP. In base a questa disposizione si stabilisce un flusso di informazioni in entrambe le direzioni destinato da un lato a consentire al cliente la conoscenza e la valutazione dei rischi economici e legali connessi all'instaurazione di un rapporto contrattuale di durata, radicato sulla stipulazione della polizza, dall'altro a selezionare il prodotto assicurativo più adatte all'esigenze del contraente e dell'eventuale beneficiario.

La normativa antiriciclaggio dispone che l'intermediario finanziario del settore assicurativo (impresa di assicurazione, agente o broker) deve adempiere primariamente all'obbligo di adeguata verifica della clientela secondo il procedimento previsto dagli artt. 18-20 d. lg. 21.11.2007, n. 231.

In questo contesto normativo è disposto il controllo costante nel corso del rapporto continuativo avendo riguardo, se necessario, all'origine dei fondi (art. 19, co. 1, lettera c)).

L'art. 21 dispone che «i clienti forniscono, sotto la propria responsabilità, tutte le informazioni necessarie e aggiornate per consentire ai soggetti destinatari del presente decreto di adempiere agli obblighi di adeguata verifica della clientela. Ai fini dell'identificazione del titolare effettivo, i clienti forniscono per iscritto, sotto la propria responsabilità, tutte le informazioni necessarie e aggiornate delle quali siano a conoscenza».

Per l'adempimento di tale obbligo le imprese di assicurazione hanno predisposto una modulistica appropriata, che si innesta per altro in non pochi punti con gli obblighi di reciproca informazione prevista dalla normativa MiFID.

Vi è motivo di ritenere che in occasione dell'instaurazione del rapporto continuativo relativo ad un prodotto assicurativo vita l'impresa di assicurazione o l'intermediario assicurativo non possano esimersi dall'illustrare sia pure sinteticamente le conseguenze di una violazione dell'obbligo di informazione cui è tenuto il cliente ai sensi dell'art. 21 del d.lg. 231/2007. D'altra parte, se è vero che la responsabilità per le informazioni utili agli effetti del contrasto delle azioni di riciclaggio, grava sul cliente è anche vero che questa previsione normativa non può esimere l'intermediario finanziario assicurativo (intendendo in questo senso anche l'impresa di assicurazione) dall'adempire spontaneamente e indipendentemente dalla collaborazione del cliente a tutti gli obblighi di cui è destinatario ai sensi del citato decreto.

Un altro aspetto che sembra collidere con tradizionali istituti civilistici è il controllo dell'operazione di trasmissione dei mezzi di pagamento.

In una prospettiva tradizionale questo controllo trova il suo centro nell'individuazione della causa dell'attribuzione patrimoniale e quindi sostanzialmente nella

fonte dell'obbligazione di pagamento, che nel nostro caso, deve essere correlata alla conclusione o all'esecuzione di un contratto-prodotto assicurativo nei rami vita.

È il caso di rilevare che la previsione dell'art. 19, co. 1, lettera *c*) del decreto va oltre questo limite e esula addirittura da una attenzione alle c.d. circostanze del contratto (ad esempio utili per valutare l'essenzialità dell'errore di cui all'art. 1429 c.c.).

Si tratta invece di una attenzione alla fonte della disponibilità materiale della ricchezza investita nel prodotto assicurativo.

# Le sezioni unite civili e la giurisprudenza della Cassazione

di Silvia Zorzetto

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'ordinanza sul «filtro» in Cassazione. – 2.1. Un dialogo a tre. – 2.2. La «giurisprudenza della Cassazione». – 2.3. Giudizio di infondatezza e «vizio di violazione di norme di diritto». – 2.4. Le due ipotesi di «filtro». – 2.5. Il «momento della decisione sul ricorso». – 2.6. Effettività della tutela giurisdizionale e nomopoiesi della Cassazione. – 2.7. La metafora del «filtro». – 3. La sentenza sui termini di opposizione a decreto ingiuntivo. – 3.1. Il revirement della Corte. – 3.2. Gli argomenti della Corte. – 3.3. La retroattività delle pronunce della Corte. – 3.4. Certezza nel diritto e del diritto. – 4. La pronuncia della Corte sull'anatocismo bancario. – 4.1. Questioni di «particolare importanza». – 4.2. La questione del *dies a quo* della prescrizione. – 4.3. La questione della capitalizzazione degli interessi prima del 2000. – 5. La decisioni della Corte e il diritto attuale vigente. – 6. Il dovere di confrontarsi col passato. – 7. «Fattori di rilevanza» delle decisioni.

## 1. Premessa

Scopo di questo lavoro è verificare come la Cassazione e in specie le sezioni unite civili concepiscono *le proprie decisioni passate* e quale atteggiamento manifestano nei loro confronti nella risoluzione dei ricorsi; considererò in particolare:

- i) se e per quali versi esse costituiscano *diritto vigente* per la Corte;
- ii) se e in quali sensi la Corte ritenga di *doverne* tenere conto;
- iii) se ed eventualmente a quali condizioni esse siano *rilevanti* per risolvere i casi presenti e futuri.

Suddividerò l'analisi in due parti.

Nella prima parte esaminerò tre pronunce recenti molto note delle sezioni unite civili: l'ordinanza n. 19051 del 6 settembre 2010 (*infra* § 2); la sentenza n. 19246 del 9 settembre 2010 (*infra* § 3); la sentenza n. 24418 del 2 dicembre 2010 (*infra* § 4). Come noto, la prima pronuncia riguarda il cosiddetto «filtro» in Cassazione di cui all'art. 360-*bis* cod. proc. civ.; la seconda pronuncia riguarda il termine di costituzione dell'opponente nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 645, 2° co., cod. proc. civ.; la terza pronuncia riguarda la decorrenza della prescrizione dell'azione di restituzione degli interessi bancari anatocistici e la loro capitalizzazione.

È utile esaminare assieme queste pronunce, perché nella prima la Corte teorizza in maniera piuttosto esplicita e dettagliata la propria visione di Corte suprema, nelle altre ne offre due esempi significativi.

Nella seconda parte (*infra* §§ 5, 6, 7), formulerò delle possibili risposte alle tre questioni sopra indicate ponendomi dal punto di vista *interno* della Corte, considerando cioè che essa è per un verso *l'autore*, per altro verso *il destinatario* delle sue decisioni. Al riguardo, si può parlare anche di “*precedente in senso orizzontale*”, dal momento che oggetto di analisi sono decisioni emesse da uno stesso ufficio giudiziario (benché non necessariamente in persona degli stessi giudici) in momenti successivi<sup>1</sup>.

Naturalmente, l'analisi che condurrò, come ogni analisi casistica, si scontra con il grave problema di inferire delle regole dai casi, problema che, come noto, “è particolarmente acuto nei contesti normativi (...) dove non è affatto garantito” né “che le mosse da cui una regola viene inferita siano corrette”<sup>2</sup> né che esse siano generalmente seguite e costituiscano per davvero delle regole. Le mie conclusioni costituiscono perciò delle *ipotesi di ricerca*.

## 2. L'ordinanza sul «filtro» in Cassazione

### 2.1. Un dialogo a tre

L'ordinanza n. 19051 del 6 settembre 2010 enuncia un “*principio di diritto (...) a norma dell'art. 363 cod. proc. civ. in tema di interpretazione dell'art. 360-bis, n. 1 cod. proc. civ.*” (cfr. pt 6 motiv., pag. 12) ed è perciò destinata a influire sul c.d. «filtro» ai ricorsi in Cassazione, la procedura semplificata di decisione della Corte introdotta dalla riforma del 2009 nell'ottica della deflazione del contenzioso di legittimità<sup>3</sup>. La riforma, come noto, ha demandato la decisione dei ricorsi *ex art. 360-bis cod.*

<sup>1</sup> L'espressione “*precedente in senso orizzontale*” è usata in questo senso ad esempio da M. Taruffo, che per descrivere la situazione di cui mi occupo conia anche la nozione ancor più specifica di “*autoprecedente*” (cfr. *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 719; *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 417) e da F. Schauer (cfr. voce enciclopedica in pubblicazione *Precedent*, esposta al seminario “*The Nature of Precedent*”, Genova, 8 aprile 2011; *Thinking Like a Lawyer*, Cambridge, Mass., 2008, capitoli 3 e 5).

<sup>2</sup> Così G. Tuzet, *Dover decidere. Diritto, incertezza, ragionamento*, Carocci, Roma, 2010, p. 53 ma vedi tutto il cap. 3, spec. p. 51-68 in cui mette in luce che l'abduzione di una regola – nel mio caso, delle regole circa il precedente in Cassazione – è un'operazione che ha un margine ineliminabile di indeterminatezza e importa scelte e responsabilità.

<sup>3</sup> Per comodità di lettura, riporto per esteso il testo dell'art. 360-bis cod. proc. civ., rubricato *Inammissibilità del ricorso*: «*Il ricorso è inammissibile: 1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa; 2) quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo*». Un «filtro» analogo esiste nel processo amministrativo già dalla L. n. 205 del 2000, che ha modificato l'art. 21, 10° co., della L. n. 1034 del 1971: oggi esso è previsto all'art. 74 del

proc. civ. a una apposita sezione<sup>4</sup> che, per questo suo ruolo, è comunemente nota col nome di «sezione filtro».

Il principio di diritto statuito dalla Corte «*nell'interesse della legge*», secondo l'espressione dell'art. 363 cod. proc. civ., è il seguente: «*La corte rigetta il ricorso, perché manifestamente infondato, se, al momento in cui pronuncia, la decisione di merito si presenta conforme alla propria giurisprudenza e il ricorso non prospetta argomenti per modificarla*» (cfr. pt 6 motiv., pag. 12).

Vale la pena di evidenziare subito che l'ordinanza in commento è una pronuncia *interpretativa di una disposizione legislativa*; e considerato che essa statuisce un principio di diritto (*i.e.* giurisprudenziale), è *enunciazione di una norma* (che aspira a essere) *generale* esattamente come la disposizione di legge interpretata. Essa afferma *come la Corte intenderà la prescrizione legislativa ed evidentemente come quest'ultima dovrà essere intesa dalla «sezione filtro»* che, come detto, ne è l'effettiva destinataria.

Abbiamo quindi un «dialogo» a tre: il legislatore, le sezioni unite e la «sezione filtro», per effetto del quale quest'ultima è destinataria di *due* norme; a quella emanata dal legislatore all'art. 360-*bis* cod. proc. civ. s'è infatti aggiunta quella pronunciata dalla Corte nell'ordinanza in commento. Anche se la previsione pare scontata

---

D.Lgs. 104/2010 (c.d. Codice del processo amministrativo) secondo cui «*Nel caso in cui ravvisi la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, il giudice decide con sentenza in forma semplificata. La motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme*». La novella del 2010 ha introdotto il secondo periodo, mentre il primo era stato introdotto dalla L. n. 205/2000. La letteratura sull'art. 360-*bis* cod. proc. civ. è copiosa; senza pretese di completezza, ricordo: V. Carnevale, *La Corte di Cassazione ridimensiona il «filtro» dell'art. 360 bis cod. proc. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2011, p. 172 ss.; G. Vettori, *Centralità del giudice e filtro in Cassazione (sull'art. 360 bis c.p.c.)*, in *Obbl. e contr.*, 7, 2010, p. 486 ss.; A. Caratta, *La Corte Costituzionale e il ricorso per cassazione quale «nucleo essenziale» del «giusto processo regolato dalla legge»: un monito per il legislatore ordinario*, in *Giur. it.*, 3, 2010, p. 627 ss.; O. Bosio, *Dall'art. 366-bis all'art. 360-bis c.p.c.*, in *Nuova giur. civ.*, II, 2009, p. 382 ss.; F. Carpi, *Il tormentato filtro al ricorso in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 11, 2009, p. 1443 ss.; A. Didone, *Note minime sul quesito di diritto ex art. 366 bis c.p.c. e sul nuovo «filtro» in cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 847 ss.; C. Consolo, *Una buona «novella» al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi art. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 737 ss.; A. Briguglio, *Ecco il «filtro»! (L'ultima riforma del giudizio di cassazione)*, in *Riv. dir. proc.*, 5, 2009, p. 1275 ss.; M. Marinelli, *La recente riforma del giudizio di cassazione e i suoi riflessi sul terzo grado del processo tributario*, in *Giust. trib.*, 4, 2009, on-line; G. Raiti, *Note esoteriche a prima lettura sul «filtro» in Cassazione secondo la legge di riforma al codice di rito civile n. 69 del 18 giugno 2009*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); R. Russo, *Cassazione con filtro e senza filtro, priorità decisionale, funzione e organizzazione nomofilattica*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); G. Verde, *In difesa dello ius litigatoris (sulla cassazione com'è e come si vorrebbe che fosse)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1 ss.; P. Vittoria, *Il filtro per l'accesso al giudizio di legittimità*, in *Il nuovo giudizio di cassazione*<sup>2</sup>, (a cura di G. Ianniruberto, U. Morcavallo), Giuffrè, Milano, 2007, p. 137 ss.

<sup>4</sup> Di cui fanno parte (a turno) i magistrati di tutte le sezioni *ex art. 67-bis R.D. 30 gennaio 1941, n. 12* e che, ai sensi dell'art. 376 cod. proc. civ., verifica se «*sussistono i presupposti per la pronuncia in camera di consiglio ai sensi dell'art. 375, primo comma, numeri 1) e 5)*», cioè per la pronuncia di inammissibilità o manifesta infondatezza.

sarà il futuro a dire se la «sezione filtro» applicherà la disposizione del codice secondo l'interpretazione delle sezioni unite. Il legislatore è in ogni caso avvisato: se intendeva prescrivere alla «sezione filtro» qualcosa d'altro da ciò che ha inteso la Corte, potrà cercare di convincere la «sezione filtro» a seguire la legge anziché la Corte, nonché di far cambiare idea a quest'ultima, modificando la disposizione o emanando una legge di interpretazione autentica.

## 2.2. *La «giurisprudenza della Cassazione»*

Con l'ordinanza in commento, la Corte ha colto la prima occasione utile per esplicitare in via generale la propria posizione sul «filtro» in Cassazione. Inizialmente il consigliere relatore proponeva che il ricorso fosse dichiarato inammissibile *ex art. 360-bis*, n. 1, cod. proc. civ., ma esso veniva rimesso alle sezioni unite presentando una questione di particolare importanza. La Corte lo dichiarava estinto per rinuncia delle parti e riteneva nondimeno di dovere enunciare un principio di diritto nell'interesse della legge sulla sua interpretazione<sup>5</sup>.

Che il ricorso poi rinunziato fosse inammissibile *ex art. 360-bis*, n. 1, cod. proc. civ. è invero dubbio, dal momento che la decisione impugnata era sì conforme all'orientamento della Cassazione che esclude di poter applicare la disciplina fallimentare in via analogica, cioè in assenza di espreso richiamo, alle procedure concorsuali diverse dal fallimento, ma questo orientamento riguardava e riguarda tutt'ora la regolamentazione delle procedure concorsuali nel suo complesso, non la particolare questione di competenza<sup>6</sup> sottoposta al tribunale sulla quale a oggi non c'è una decisione della Cassazione, né a sezioni unite né a sezioni semplici.

Si noti che l'art. 360-*bis*, n. 1, cod. proc. civ. parla di «*giurisprudenza della cassazione*» e di «*orientamento della stessa*» e così pure fa la Corte che elenca tra le «*condizioni, attinenti all'esercizio del potere di impugnazione e destinate a tradursi in requisiti di contenuto-forma del ricorso*» «*che il ricorrente si faccia carico di individuare la ragione di diritto seguita dal giudice di merito; l'orientamento della giurisprudenza della corte; la relazione di conformità o difformità tra la prima ed il secondo*» (cfr. pt 4 motiv., pag. 10).

<sup>5</sup> Sullo svolgimento del processo, tenuto anche conto che si trattava di ricorso per regolamento di competenza, si vedano in particolare le analisi di: P. Luiso, *La prima pronuncia della cassazione sul c.d. filtro (art. 360-bis c.p.c.)*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); A. Carratta, *Il "filtro" al ricorso in Cassazione e la prima pronuncia delle Sezioni unite*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it); C. Consolo, *Dal filtro in cassazione ad un temperato "stare decisis": la prima ordinanza sull'art. 360-bis c.p.c.*, in *Corr. giur.*, 11, 2010, p. 1405 ss.

<sup>6</sup> La questione era se l'art. 9, 2° co., l.fall. secondo cui il trasferimento della sede principale dell'imprenditore nell'anno antecedente alla dichiarazione di fallimento è irrilevante ai fini della competenza del tribunale del fallimento fosse applicabile nel procedimento per l'accertamento dello stato d'insolvenza disciplinato dal D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270, art. 3 e ss. sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza.

Dunque, né il codice né le sezioni unite chiariscono un aspetto centrale del «filtro» in Cassazione e cioè se la conformità/difformità delle decisioni impugnate alla giurisprudenza della Cassazione debba essere verificata con riferimento a orientamenti *i) specifici*, che rispondono espressamente ed esattamente alla questione oggetto del singolo ricorso, o invece *ii) generali* che forniscono una soluzione solo *generica*, da cui inferire quella in ipotesi condivisa dalla Cassazione. Questa seconda opzione ha l'inconveniente che il giudice di merito e, con lui, le parti scoprono solo *ex post*, all'esito della decisione, cosa la Corte pensa sul punto specifico del ricorso.

Inoltre, per parlare di “*orientamento*” in maniera non oziosa occorre che i giudici di merito e, con loro, le parti possano ricavare dalle decisioni passate della Cassazione norme sufficientemente determinate da costituire parametri di conformità per le pronunce di merito. È perciò ovvio che quel che importa non è l'esistenza di un orientamento purchessia, tanto meno di un orientamento oscillante o persino contraddittorio, ma l'esistenza di un orientamento sufficientemente *univoco* da poter essere considerato *unitario* ed espressivo di una posizione determinata della Cassazione.

Un altro problema preliminare all'applicazione del «filtro» è se per parlare di “*orientamento*” o “*giurisprudenza*” della Cassazione *a)* sia sufficiente *una* sola decisione passata di una delle sezioni semplici o delle sezioni unite; o *b)* siano invece necessarie *più* decisioni della Cassazione.

Nel primo caso, si dovranno definire dei criteri per discriminare quali decisioni della Cassazione abbiano valore paradigmatico e non risultino meramente episodiche cosicché da una sola decisione sia lecito desumere un “*orientamento*” o una “*giurisprudenza*”. E si dovrà anche definire se un unico precedente possa dare luogo a un orientamento immediatamente dopo la sua emanazione o se invece debba trascorrere un certo lasso di tempo. In questo lasso di tempo, naturalmente, non dovranno essere pronunciate decisioni difformi che lo rendano non più attuale.

Nel secondo caso, si dovrà decidere a quali condizioni più decisioni passate non siano solo un coacervo di pronunce, ma diano luogo a un “*orientamento*”: per cominciare, ci si deve chiedere se esse debbano essere tutte *identiche* o solo *simili* e, in ogni caso, sotto quale aspetto debba esservi *identità* o *similarità*. Oltre a ciò, occorrerà stabilire un certo lasso temporale entro il quale valutare se v'è o no un (solo) orientamento.

Nel silenzio della legge, alla «sezione filtro» e comunque alla Cassazione è di fatto rimessa la scelta di tutte queste questioni preliminari<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> A tutto ciò si deve aggiungere che la stessa nozione di ‘conformità’ e di ‘giurisprudenza della corte’ sono polisemo. Sul punto rinvio alle tipologie di P. Chiassoni, *I precedenti civili sono vincolanti? Considerazioni sull'art. 360-bis c.p.c.*, relazione al seminario di Filosofia Analitica e Diritto in collab. con SIFA, tenutosi presso l'Università Bocconi, Milano, in data 16 aprile 2010, in pubblicazione, il quale individua sei accezioni di ‘conformità’ (come iterazione puntuale, derivazione logica, derivazione retorica, coerenza logica, coe-

### 2.3. Giudizio di infondatezza e «vizio di violazione di norme di diritto»

Con l'ordinanza in esame la Corte si è premurata di dare la propria interpretazione dell'art. 360-*bis* cod. proc. civ. e, in specie, del giudizio di inammissibilità da esso previsto: per la Corte il giudizio che la «sezione filtro» è chiamata a pronunciare è un giudizio non di inammissibilità del ricorso, ma di (manifesta) infondatezza dei motivi di ricorso in quanto esso si traduce in una verifica non dei requisiti formali del ricorso ma della sua sostanza o contenuto.

La Corte usa più argomenti per giustificare tale tesi e in particolare: i) l'argomento lessicale per cui il termine 'inammissibilità' nel "*lessico giuridico ... in genere*" non riguarda "*aspetti attinenti al fondamento dell'argomentazione*"; ii) l'argomento sistematico-testuale per cui i requisiti che il "*codice di procedura*" civile prevede a pena di inammissibilità riguardano sempre "*fattori esterni al giudizio sul fondamento dei motivi di ricorso*", per cui "*nel sistema del codice di rito è affatto estraneo al concetto di inammissibilità che tale qualificazione sia predicata a proposito di un motivo di ricorso*"; iii) l'argomento per così dire auto-referenziale secondo cui anche la giurisprudenza (*i.e.* la Cassazione e in specie le sezioni unite civili) ha concepito l'inammissibilità a questo modo fino a questo momento (cfr. pt 7.2 motiv., pag. 13-14).

Nessuno di questi argomenti, per come è formulato, giustifica la tesi della Corte poiché essi si limitano a descrivere il fatto che nel linguaggio giuridico comune, nel lessico del codice, nonché nell'opinione corrente della Corte l'inammissibilità riguarda questioni di rito, ma tutti postulano quel che dovrebbero dimostrare e cioè che le due ipotesi di «filtro» di cui all'art. 360-*bis*, n. 1 e 2, cod. proc. civ. involgono una verifica di contenuto.

In particolare, la Corte ritiene di potere e, anzi, dovere accertare se il provvedimento impugnato presenta o no un "*vizio di violazione di norma di diritto*" *sub specie* "*di conformità o difformità tra interpretazione accolta dal giudice di merito a proposito delle norme applicate ed interpretazione delle stesse, quale risulta dalla giurisprudenza di legittimità*" (cfr. pt 5 motiv., pag. 11).

Il vaglio di conformità/difformità riguarda, quindi, *l'interpretazione degli enunciati normativi da cui in primo e/o secondo grado si sono ricavate le norme applicate al caso*. Tali enunciati potranno essere sia disposizioni legislative, sovra- o sub-legislative sia passi o massime di decisioni giudiziali nell'ipotesi in cui il giudice di primo e/o secondo grado abbia deciso in base a precedenti.

---

renza strumentale, congruenza assiologica) e quattro accezioni di 'giurisprudenza della corte' (come "insieme dei provvedimenti pronunciati in materia civile dalla Corte di cassazione"; "insieme delle *rationes decidendi* (massime, principi) dei provvedimenti della Corte, come massimate dall'ufficio del massimario (massima ufficiale)"; "singole *rationes decidendi* particolarmente autorevoli, essendo state formulate dalle sezioni unite nell'esercizio della funzione nomofilattica"; "*rationes decidendi* iterate in modo significativo così da costituire un orientamento consolidato, giurisprudenza consolidata").

In ogni caso, il parametro di conformità/differenza è dato dalla “*interpretazione, quale risulta dalla giurisprudenza di legittimità*”, cioè quale risulta dalle pronunce della Cassazione. Considerato che queste ultime sono testi scritti, solo in parte pubblicati per esteso e/o massimati, è lecito chiedersi a) se rilevino solo gli enunciati normativi che si leggono nelle motivazioni e/o anche le massime delle pronunce, anche nell’ipotesi in cui non sia conoscibile il testo per esteso, b) se rilevino solo i *dicta* giurisprudenziali o anche le tesi cui la Corte presta adesione<sup>8</sup>.

Nell’ottica della Corte, per un verso, la «sezione filtro» è chiamata a svolgere una attività di «*interpretazione autentica*» delle pronunce passate della Cassazione; per altro verso, per non incorrere nel suddetto “*vizio di violazione di norme di diritto*”, i giudici di merito dovrebbero interpretare le pronunce e/o le massime della Cassazione mettendosi nei panni di quest’ultima, cercando cioè di immaginare quale significato essa dia a quel che è scritto nelle sue sentenze/ordinanze/massime.

S’è visto poi che, per la Corte, le decisioni della Cassazione sono *parametro di correttezza/vizio* dell’interpretazione-applicazione giuridica giurisprudenziale: fissano quindi i criteri sostanziali di produzione normativa.

La Corte parla di ‘vizio’ nel senso definito da L. Ferrajoli di “effetto dell’inosservanza di una norma sulla produzione”<sup>9</sup>. In particolare, si tratta di un vizio per inosservanza consistente “nell’omissione di quanto richiesto da una norma sulla produzione” e, più precisamente, di un “vizio sostanziale” cioè di un “vizio di significato di una decisione consistente nell’inosservanza di (o nell’incoerenza con) una norma sostanziale”. Nel nostro caso, la norma sulla produzione è quella stabilita dalla Corte medesima secondo cui una “*decisione (...) presenta il vizio di violazione di norma di diritto*” se è “*contraria a diritto secondo l’interpretazione che la corte segue nel momento in cui deve decidere*” (cfr. pt 5 motiv., pag. 11). Questa è una norma sulla produzione a carattere sostanziale perché indirettamente statuisce quale deve essere il contenuto delle decisioni giudiziali: la non conformità alla giurisprudenza della Cassazione è vizio sostanziale perché riguarda i significati delle decisioni.

#### 2.4. Le due ipotesi di «filtro»

La Corte chiama “*condizioni di rilevanza*” le due situazioni in presenza delle quali un ricorso è inammissibile (*rectius* infondato) ai sensi dell’art. 360-*bis* cod. proc.

<sup>8</sup> Concordo con G. De Nova sulla necessità di “distinguere tra il precedente, inteso come *dictum* giurisprudenziale sulla questione in oggetto, e il precedente, inteso come adesione della Corte ad una tesi: insomma fra la giurisprudenza della giurisprudenza (per la quale contano solo le *rationes decidendi*) e la dottrina della giurisprudenza (per la quale contano anche gli *obiter dicta*): *Sull’interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 782.

<sup>9</sup> Cfr. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 542 ss. da cui ricavo anche la citazione successiva.

civ. e ritiene che esse siano solo “*apparentemente distinte*” e abbiano “*in realtà tratti fondamentali comuni*” (cfr. pt 4 motiv., pag. 9).

Anche se la Corte non lo dice, si può in effetti osservare che la seconda ipotesi di «filtro» dell’art. 360-*bis* cod. proc. civ. costituisce un caso speciale rispetto alla prima, dal momento che l’ipotesi di «filtro» di cui al n. 1 riguarda in generale (tutte) le «*questioni di diritto*», mentre quella di cui al n. 2 è relativa alla «*violazione dei principi regolatori del giusto processo*», che è una particolare questione di diritto di natura processuale. Ne segue che la verifica di conformità alla giurisprudenza della Cassazione vale per tutte le questioni, sostanziali e processuali.

Il fatto di definire la violazione dei principi regolatori del giusto processo come una condizione di “*rilevanza*” del «filtro» in Cassazione ha una conseguenza che vale la pena sottolineare tanto più che la Corte non vi si sofferma: tutte le questioni di diritto di natura processuale che non generano una tale violazione dovranno essere giudicate *irrilevanti*.

In questo modo, con una lettura *a contrario* dell’articolo 360-*bis*, n. 2, cod. proc. civ., la Corte circoscrive il novero degli *errores in procedendo* denunziabili in Cassazione ai sensi dell’art. 360, n. 4, cod. proc. civ. e rende il «filtro» sulle questioni di natura processuale più stringente rispetto a quello sulle questioni di natura sostanziale. Infatti, mentre in relazione a queste ultime andrà verificata solo la conformità con la giurisprudenza della Cassazione, in relazione a quelle di natura processuale occorrerà altresì appurare l’eventuale violazione di principi regolatori del giusto processo.

La Corte muove dall’assunto, che andrebbe adeguatamente chiarito e discusso, che non tutti gli *errores in procedendo* meritino pari considerazione da parte della Cassazione e che questa debba occuparsi solo di quelli che, violando principi regolatori del giusto processo, sono considerati evidentemente particolarmente gravi. Il numero dei ricorsi sindacabili in Cassazione naturalmente varierà a seconda di quali sono questi principi e delle ipotesi in cui essi si ritengono violati.

La Corte prefigura anche l’ipotesi che un ricorso superi il «filtro» ai sensi del n. 2 dell’art. 360-*bis*, cod. proc. civ. benché il provvedimento impugnato sia conforme alla giurisprudenza della Cassazione.

Per la Corte, infatti, le censure relative alla violazione dei principi regolatori del giusto processo sono manifestamente infondate e il ricorso va perciò «filtrato» ogniqualvolta 1) il provvedimento impugnato sia conforme alla giurisprudenza della Cassazione e 2) quest’ultima (*i.e.* la «sezione filtro») “*non ravvisi negli argomenti svolti dal ricorrente (...) ragioni che valgano a dimostrare l’inconciliabilità con i principi del giusto processo*” (cfr. pt 4 motiv., pag. 9), il che implica non solo la possibilità di un ripensamento della Cassazione sulla propria giurisprudenza ma anche la possibilità di una imbarazzante censura per non aver rispettato, in precedenti decisioni, i suddetti principi.

Sarà interessante verificare se la Cassazione sarà trasparente nel dare conto di queste ipotesi. Allo stato si può ipotizzare che una delle situazioni in cui essa potrà essere costretta a superare il «filtro» ex art. 360, n. 2, cod. proc. civ. e a censurare il suo passato operato è quella in cui il ricorso, pur conforme alla sua giurisprudenza, non sia però conforme alla giurisprudenza consolidata della CEDU<sup>10</sup>.

Venendo all'ipotesi n. 1 dell'art. 360-*bis*, cod. proc. civ., s'è detto che condizione di rilevanza di ogni ricorso è la conformità alla giurisprudenza della Cassazione.

In particolare, per la Corte una volta “*acquisito [che alla stregua della propria attuale giurisprudenza – i.e. la giurisprudenza di legittimità – la decisione impugnata presenta il vizio di violazione di norma di diritto (...), è cioè contraria a diritto secondo l'interpretazione che la corte – i.e. la Cassazione – segue nel momento in cui deve decidere], cessa di essere rilevante se il ricorso contenesse o no argomenti utili per il mutamento di giurisprudenza, perché la circostanza che tali elementi manchino nel contesto dell'argomentazione svolta dal ricorrente a sostegno del motivo, è destinata ad assumere rilievo solo nel diverso caso di un persistente parallelismo tra decisione di merito ed orientamento della giurisprudenza di legittimità*” (cfr. pt 5 motiv., pag. 11-12).

Si noti quindi che se, a parere della Cassazione, la decisione impugnata non è conforme alla sua giurisprudenza, il ricorso sarà ammissibile anche se i motivi di ricorso di per sé sono infondati: il che significa che, per la Corte, la Cassazione può individuare proprie ragioni di censura contro le decisioni che non si conformano alla sua giurisprudenza.

Non solo. La Corte va oltre affermando che “*il ricorso può essere accolto perché al momento della decisione la giurisprudenza della corte [i.e. della Cassazione] è mutata e deve esserlo, a prescindere dal fatto che contenesse o meno argomenti idonei a provocare il mutamento*” (cfr. pt 5 motiv., pag. 12).

Di conseguenza, per la Corte, i motivi di ricorso possono ma non sono necessari per far cambiare idea alla Cassazione dal momento che, per la Corte, la Cassazione ha il potere e, anzi, il dovere di rivedere le proprie posizioni, se del caso, anche autonomamente.

<sup>10</sup> Occorre ricordare che, secondo la Corte Costituzionale, le norme convenzionali e le decisioni della CEDU sono parametro interposto nei giudizi di costituzionalità (cfr. C. Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. it.*, p. 831 ss. e 24 ottobre 2007, n. 349, in *Corr. giur.*, 2008, 2, p. 193 ss.) e che anche nel sistema della CEDU esiste un «filtro» cioè una procedura semplificata di decisione dei ricorsi sulla base della conformità alla «giurisprudenza consolidata» (cfr. art. 28 CEDU come modif. dal Protocollo 14 «1. Un comitato investito di un ricorso individuale presentato in virtù dell'articolo 34 può, con voto unanime: ... b) dichiararlo ricevibile e pronunciare nel contempo una sentenza sul merito, se la questione relativa all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli all'origine della causa è oggetto di una giurisprudenza consolidata della Corte»). Il «filtro» della CEDU potrebbe influenzare il «filtro» in Cassazione individuando quali sono, per giurisprudenza consolidata della CEDU, i principi regolatori del giusto processo. Il sistema della CEDU è in evoluzione sotto il profilo qui considerato: in particolare, sono in progetto altre riforme per renderne sostenibile il carico di lavoro.

Il vaglio di fondatezza/infondatezza dei motivi del ricorso pare quindi non essere un aspetto necessario del giudizio di «filtro». La Corte attribuisce alla Cassazione uno spazio di decisione superiore rispetto a quello suo proprio, autorizzandola a decidere in occasione di ogni ricorso (se del caso, a prescindere dai motivi di ricorso) quali sono in quel momento le interpretazioni corrette e cioè le norme valide da usare (salvi futuri ripensamenti).

Questa posizione della Corte, com'è evidente, amplia di molto la possibilità che la Cassazione riveda la propria giurisprudenza e vale per ambedue le ipotesi di «filtro» dell'art. 360-*bis* cod. proc. civ. e cioè, secondo l'interpretazione sopra vista della Corte, sia per le questioni di diritto di natura sostanziale sia per gli *errores in procedendo* che generino una violazione dei principi regolatori del giusto processo.

Congettare uno spazio di ripensamento autonomo con riguardo a questa seconda ipotesi di «filtro» ha una fondamentale conseguenza di cui forse la Corte non è del tutto consapevole: infatti *impegna la Cassazione all'auto-censura* cioè a individuare, anche indipendentemente dalle censure del ricorrente, eventuali violazioni da parte sua dei principi regolatori del giusto processo. Impegna cioè ad ammettere di aver violato i suddetti principi anche se le censure del ricorrente non costringerebbero a farlo in quanto infondate. Sarà il futuro a dire se la Cassazione e le sue sezioni unite manterranno fede a tale impegno.

Un'ultima considerazione in relazione ai poteri di ripensamento della Cassazione riguarda le questioni di diritto in materie di competenza dell'Unione europea. Come noto, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può decidere in maniera semplificata facendo riferimento alla giurisprudenza pertinente, se *la soluzione della questione pregiudiziale può essere chiaramente desunta dalla sua giurisprudenza o è identica a una questione sulla quale essa ha già statuito*<sup>11</sup>. In queste stesse ipotesi la Cassazione è esonerata dall'obbligo del rinvio pregiudiziale interpretativo e deve conformarsi alla giu-

<sup>11</sup> L'art. 104 par. 3 del reg. proc. CG relativo ai procedimenti che scaturiscono da rinvio pregiudiziale statuisce al primo e al secondo comma che «1. Qualora una questione pregiudiziale sia identica ad una questione sulla quale la Corte ha già statuito, o qualora la soluzione di tale questione possa essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza, la Corte, dopo aver sentito l'avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata contenente riferimento alla precedente sentenza o alla giurisprudenza pertinente» e che «2. La Corte può altresì statuire con ordinanza motivata, dopo aver informato il giudice del rinvio, dopo aver sentito le eventuali osservazioni degli interessati di cui all'articolo 23 dello Statuto e dopo aver sentito l'avvocato generale, qualora la soluzione della questione pregiudiziale non dia adito a dubbi ragionevoli». Gli studiosi del processo comunitario rilevano che «sul piano dell'applicazione concreta della disposizione, la Corte gode di un'ampia discrezionalità in tutte le tre ipotesi in parola, alle quali, del resto, fa ricorso talvolta congiuntamente, in tal modo ampliando i propri margini di valutazione» (M. Condinanzi, R. Mastroianni, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 430, v. giurisprudenza ivi citata). Peraltro, l'ipotesi dell'identità di questione è un caso particolare di possibilità di desumere la soluzione dalla giurisprudenza e la circostanza che la soluzione pregiudiziale non dia adito a dubbi ragionevoli può essere dovuta proprio al fatto che la questione è identica a una già decisa o che si può chiaramente desumere dalla giurisprudenza. Ovviamente

risprudenza della Corte di Giustizia, applicando le eventuali decisioni pertinenti o, in mancanza, desumendo da essa la soluzione<sup>12</sup>. Essa dovrà quindi dichiarare il ricorso inammissibile (*i.e.* infondato) tutte le volte in cui non ha ragione di effettuare un rinvio pregiudiziale in quanto *i)* la decisione impugnata ha fatto corretta applicazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia e *ii)* i motivi di ricorso non costituiscono validi argomenti per far cambiare idea alla Corte di Giustizia, né essa ha altri argomenti per sollecitare un ripensamento da parte dei giudici di Lussemburgo. In queste ipotesi, il «filtro» nazionale opera a valle del «filtro» europeo e l'ammissibilità (*i.e.* fondatezza) o meno del ricorso in Cassazione si basa in definitiva sulla conformità/differenza della decisione impugnata alla giurisprudenza di Lussemburgo.

### 2.5. *Il «momento della decisione sul ricorso»*

L'art. 360-*bis* cod. proc. civ. e le altre disposizioni che regolano la procedura di «filtro» nulla dicono in ordine al momento in cui va valutata la conformità/differenza tra decisione del giudice di merito e giurisprudenza della Cassazione. La Corte colma questa lacuna del «filtro» disegnato dal codice di rito stabilendo che il momento decisivo è quello in cui la «sezione filtro» pronuncia sul ricorso<sup>13</sup>. Ciò che rileva infatti è “*lo stato della giurisprudenza della corte al momento della decisione sul ricorso, non al momento della decisione di merito né a quello in cui il ricorso è proposto*” (cfr. pt. 5 motiv., pag. 11).

Questa scelta della Corte conferma l'irrelevanza dei motivi di ricorso di cui si diceva poc'anzi, perché nel lasso di tempo tra la proposizione del ricorso e la decisione del medesimo possono sopraggiungere eventi e circostanze non prevedibili dal ricorrente e di cui egli non può tenere conto nella deduzione dei motivi e che tuttavia cambiano il contesto di decisione del ricorso.

Tra gli eventi o le circostanze sopravvenuti al ricorso che possono indurre la Cassazione a cambiare opinione, eventualmente a prescindere o di là dei motivi di ricorso, si possono ipotizzare per esempio: *i)* il sopraggiungere di interventi legislativi di per sé non retroattivi ma da cui la Cassazione si faccia nondimeno influenzare<sup>14</sup>; *ii)* l'incremento del contenzioso in una determinata materia che potrebbe spingere la Cassazio-

---

vi possono essere altre ragioni, pur in assenza di decisioni passate in termini, per cui non sussistono dubbi ragionevoli.

<sup>12</sup> È interessante notare che le ragioni che consentono alla Cassazione di non sollevare rinvio pregiudiziale interpretativo hanno origine giurisprudenziale, cioè sono state elaborate dalla Corte di Giustizia nel corso dei decenni a partire dalla causa *Da Costa en Schaake* del 1963.

<sup>13</sup> Segnalo per inciso che autorevole dottrina condivide tale tesi: cfr. ad es. C. Mandridi, *Diritto processuale civile*, II°, Giuffrè, Milano, 2011, p. 587.

<sup>14</sup> Per esempio, a seguito all'introduzione della nuova disciplina delle commissioni bancarie di cui all'art. 2-*bis* del d.l. 29 novembre 2008, n. 185, conv. dalla l. 28 gennaio 2009, n. 2 e mod. dal d.l. 1 luglio 2009, n. 78, alcuni giudici di merito (cfr. ad es. Trib. Padova, 13 aprile 2010, leggibile per esteso nella *banca dati Platinum Ujet*) ritengono di non poter più considerare nulle per assenza di causa le clausole contrattuali pattuite

ne a ricercare nuove soluzioni giurisdizionali più efficienti di quelle seguite nel passato<sup>15</sup>; iii) il sorgere o l'acuirsi di pressioni della pubblica opinione o di organizzazioni o enti esponenziali di taluni interessi; nonché iv) riprendendo quanto dicevo poc' anzi a proposito dei rapporti tra Cassazione, CEDU e CGUE, un cambiamento di giurisprudenza da parte della Corte di Strasburgo o della Corte di Lussemburgo.

## 2.6. Effettività della tutela giurisdizionale e nomopoiesi della Cassazione

Per la Corte, il «filtro» in Cassazione consiste essenzialmente in un meccanismo di selezione dei ricorsi sulla base della conformità/differmità alla sua giurisprudenza.

La Corte argomenta questa concezione del «filtro» su base schiettamente teleologica richiamando più valori ed esigenze da perseguire (cfr. pt 7.3 motiv., pag. 14 ss.) e precisamente:

1. la “effettività della tutela giurisdizionale”;
2. “un adeguato bilanciamento tra diritto delle parti al ricorso per cassazione per violazione di legge, affermato dall'art. 111 Cost., e concreta possibilità di esercizio della funzione di giudice di legittimità, garanzia a sua volta del principio di eguaglianza del cittadino di fronte alla legge (art. 3 Cost.)”, che è un altro modo di esprimere l'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale in Cassazione di cui al punto 1;
3. un “impiego economico” (i.e. efficiente) dei giudici della Cassazione considerato il loro “numero” e le “novità e difficoltà delle questioni di diritto prospettate dai litiganti”, che è un prerequisito di fatto organizzativo indispensabile perché la tutela giurisdizionale possa essere effettiva;
4. far sì che il «filtro» aumenti, non riduca, le “risorse decisorie” della Cassazione (secondo la Corte, sono dispendiosi e vanno evitati in specie gli accertamenti formali come quelli, ad esempio, dell'art. 366-bis cod. proc. civ. introdotto nel 2006 e abrogato nel 2009).

---

nel passato con cui i clienti riconoscevano a favore della banca la c.d. commissione di massimo scoperto e questa tendenza potrebbe affermarsi anche presso la Cassazione quando sarà interpellata sul punto.

<sup>15</sup> Le soluzioni giurisdizionali possono acuire o ridurre il contenzioso, ad esempio – come fa notare E. Fittipaldi, *Bonae fidei possessor fructus consumptos suos facit. Tentative answer to one question left open by Petrazycki's economic analysis of law*, in *Societas/Communitas*, 1 (7), 2009, p. 15 ss. – in funzione del fatto che la *regula iuris* in esse enunciate contenga concetti più o meno vaghi o abbia elementi di fattispecie più o meno difficilmente controllabili oggettivamente o ponga una delle parti nella condizione di avere tutto da guadagnare e nulla da perdere da un eventuale giudizio. Riprendendo e modificando una nota ipotesi di Priest, Fittipaldi sostiene che maggiore è la frequenza con cui una decisione pregressa viene portata innanzi a un giudice per decidere un nuovo caso, maggiore sarà la probabilità di *overruling*. La possibilità che determinate soluzioni giurisprudenziali siano deflative del contenzioso e quindi più stabili perché vi sono meno occasioni per porle in discussione può essere considerata un parametro di efficienza della giurisdizione e più in generale un valore da coltivare. Tuttavia, la generazione di soluzioni giuridiche capaci di sgonfiare il contenzioso non è tra i fattori che i nostri giudici consapevolmente considerano per decidere i casi ed è perlopiù (per non dire sempre) casuale. Sul tema v. lo studio citato di E. Fittipaldi.

Il ragionamento della Corte può essere sintetizzato con una regola tecnica di buon senso: se si vuole istituire un «filtro» per rendere più effettiva la tutela giurisdizionale in Cassazione, esso non deve essere diseconomico cioè richiedere più risorse di quelle che dovrebbe liberare.

Così posto il problema del «filtro» in Cassazione si rivela per quello che esso genuinamente è: ovvero un problema di ingegneria istituzionale e, più precisamente, di politica dell'ordinamento giudiziario che, naturalmente, spetta al legislatore e non alla Corte risolvere.

La Corte, dal canto suo, propone che la Cassazione sia lasciata operare in modo «fisiologico» cioè, come abbiamo visto, che le sia permesso di «*rigettare in modo economico [i.e. con una pronuncia di (manifesta) infondatezza] i motivi di ricorso che, nel momento in cui si tratta di deciderne, trovino ostacolo in propri precedenti, da cui la stessa corte ritenga di non doversi allontanare*» (cfr. pt 7.3 motiv., pag. 16) o di non «*dovere di tornare a dare spiegazione*» (cfr. pt 7.3 motiv., pag. 15). A parere della Corte, in questo modo la Cassazione si potrà dedicare alla «*continua verifica della propria giurisprudenza*» (*ibidem*) e, *res melius perpensa*, potrà modificarla.

Insomma, per la Corte, i ricorsi in Cassazione sono una *procedura nomopoietica*, funzionale a produrre le norme corrette o valide da usare fino a che non intervenga una decisione successiva a sconfessarle fissando una diversa norma incompatibile e i ricorsi sono un'occasione per dare ulteriori spiegazioni o giustificazioni, per esprimere la propria opinione su qual è il diritto vigente, puntualizzarlo, precisarlo, se del caso, mutarlo producendo nuove norme incompatibili con quelle anteriori. Si noti che questa idea non è propria solo delle sezioni unite ma anche delle sezioni semplici; di qui la possibilità di *revirements* sincronici<sup>16</sup>.

### 2.7. La metafora del «filtro»

Con l'ordinanza qui in commento la Corte offre due insegnamenti principali coi quali toglie il velo alla metafora del «filtro».

Da un canto, la Corte sostiene, a mio parere giustamente, che il «filtro» in Cassazione deve essere un meccanismo di selezione dei ricorsi economico: dunque al di là della metafora, esso deve funzionare davvero come un filtro nell'accezione comu-

<sup>16</sup> Con questa espressione si indica la possibilità che in un certo intervallo di tempo più sezioni della Cassazione si pronuncino sulla stessa questione o punto di diritto sostenendo tesi diverse, le une incompatibili con le altre (cfr. F. Vadi, *I revirement della Cassazione*, in *Analisi e diritto* 1993, p. 157 ss., spec. p. 160-161). In una situazione simile non opera il meccanismo deflattivo del contenzioso a cui accennavo nella nota precedente, poiché tale meccanismo esige mutazione e selezione, laddove parlare di *revirement* sincronici equivale a negare che la selezione di una ed una sola regola di decisione abbia luogo. Sul punto cfr. E. Fittipaldi, *La ripartizione dei frutti fra il proprietario e il possessore in buona fede e il problema della selezione delle norme nei diritti non legislativi*, scritto inedito, spec. § 5, cap. 1 La selezione di norme conflitto-riduttive.

ne del termine (ordinariamente per 'filtro' si intende un corpo o un dispositivo idoneo a trattenere le particelle solide contenute in sospensione in un fluido). Perché effettivamente vi sia una buona/corretta/efficiente selezione dei ricorsi, il «filtro» deve essere congegnato anzitutto sotto il profilo procedurale in modo da risparmiare risorse e far decidere le cause più meritevoli con un sindacato approfondito<sup>17</sup>. L'osservazione è ovvia e banale ma le ultime riforme del codice di rito non sembrano avervi dato il dovuto rilievo e, d'altra parte, per mettere in pratica questo proposito della Corte occorre decidere quali siano le cause più meritevoli di un sindacato approfondito, il che importa una valutazione schiettamente politica.

Dall'altro canto, la Corte propone come soluzione al problema del «filtro» che la Cassazione abbia, momento per momento, il potere di statuire qual è il diritto vigente. Donde derivi tale potere e come essa decida cosa è diritto sono però elementi *magici*, come appunto i filtri, nell'accezione comune di pozione destinata a influire magicamente su atteggiamenti e passioni umane. Fuori di metafora, sono gli *arcana imperii* della Corte.

Riepilogando infatti i principali profili di intervento della Corte sulla disposizione legislativa oggetto di interpretazione, per la Corte:

- i) il «filtro» dell'art. 360-*bis* cod. proc. civ. è un filtro di infondatezza nel senso che riguarda i ricorsi in Cassazione sotto il profilo del loro contenuto;
- ii) il parametro di (in)fondatezza (qualche che sia la questione di diritto oggetto del ricorso, sia essa di natura sostanziale o processuale) è costituito in ogni caso dalla conformità/diffondatezza delle decisioni impugnate con la giurisprudenza della Cassazione;
- iii) la deduzione di fondati motivi di ricorso, cioè di motivi tali da indurre la Cassazione a cambiare idea non è un elemento necessario, dal momento che, se del caso, la Cassazione deve cambiare opinione anche indipendentemente dagli argomenti dispiegati dal ricorrente;
- iv) il momento del possibile ripensamento è quello in cui il ricorso viene deciso.

In tutto ciò, la Corte non dice:

- a) a quali condizioni la «*giurisprudenza della Cassazione*» costituisca il parametro di correttezza/vizio delle decisioni impugnate, cioè quante e quali sue decisioni formino tale giurisprudenza;

<sup>17</sup> Il problema, naturalmente, non riguarda solo la Cassazione; ad es. nel sistema della CEDU, all'art. 27 *Competenza dei giudici unici*, si prevede che «1. Un giudice unico può dichiarare irricevibile o cancellare dal ruolo un ricorso individuale presentato in virtù dell'articolo 34 nei casi in cui tale decisione può essere presa senza ulteriore esame». Tra le tante soluzioni, merita di essere ricordata quella svedese: le decisioni delle Corti d'appello svedesi (Hövrätter) sono impugnabili di fronte alla Corte suprema (Högsta Domstolen) solo previa dichiarazione di ammissibilità da parte di quest'ultima e il Codice di procedura svedese pone tra le ragioni di ammissibilità la circostanza che l'impugnazione sia importante per l'applicazione uniforme del diritto.

b) in cosa consiste la *conformità* (e per converso la *differmità*) alla giurisprudenza della Cassazione.

Per vedere come la Corte affronta queste questioni esaminiamo i due casi seguenti.

### 3. La sentenza sui termini di opposizione a decreto ingiuntivo

#### 3.1. Il *revirement* della Corte

La sentenza n. 19246 del 9 settembre 2010 è stata intesa dai primi commentatori come un *revirement* giurisprudenziale<sup>18</sup>.

In sintesi, le sezioni unite hanno deciso che “*l'art. 645 c.p.c. prevede che in ogni caso di opposizione i termini a comparire siano ridotti a metà*”<sup>19</sup> e che “[*n*]el caso ... in cui l'opponente assegni un termine di comparizione pari o superiore a quello legale, resta salva la facoltà dell'opposto, costituitosi nel termine dimidiato, di chiedere l'anticipazione dell'udienza di comparizione ai sensi dell'art. 163 bis, comma 3” (pt 3 motiv., pag. 11-12).

<sup>18</sup> Si tratta di un *revirement* in quanto, a fronte di una disposizione immutata, la Corte abbandona in modo volontario e consapevole la vecchia interpretazione (così F. Vadi, *I revirement della Cassazione*, cit., p. 157-158). In data 22 marzo 2011 la questione è stata rimessa nuovamente alle sezioni unite (cfr. Cass. sez. III, ord. n. 6514), sicché a breve ci potremo trovare di fronte a un nuovo *revirement* oppure alla conferma della tesi espressa dalla Corte nella sentenza qui in esame. Essa è stata oggetto di numerosi commenti; senza pretese di completezza, ricordo i seguenti: A. Briguglio, *L'overruling delle Sezioni Unite sul termine di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo; ed il suo (ovvio e speriamo universalmente condiviso) antidoto*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); R. Caponi, *Overruling in materia processuale e garanzie costituzionali (in margine a Cass. n. 19246 del 2010)*, che si può scaricare dal sito <http://unifi.academia.edu/>; P. Sirena, *La nuova giurisprudenza sul termine di costituzione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo*, relazione al Convegno *I Nuovi termini di opposizione al decreto ingiuntivo: gli effetti della sentenza Cassazione n. 19246 del 9.9.2010. Conseguenze sul contenzioso in atto e sul recupero del credito*, Milano, 3 dicembre 2010; C. Consolo, *Dal filtro in cassazione ad un temperato "stare decisis": la prima ordinanza sull'art. 360-bis c.p.c., cit.*; A. Tedoldi, *Un discutibile obiter dictum delle sezioni unite: nell'opposizione a decreto ingiuntivo il termine di costituzione è sempre dimidiato, a pena d'improcedibilità*, in *Corr. giur.*, 11, 2010, p. 1455 ss.; G. Travaglino, *Termini di comparizione e di costituzione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Corr. mer.*, 12, 2010, p. 1190 ss.; A. Scrima, *È automatica l'abbreviazione del termine di costituzione dell'opponente nel caso di riduzione del termine di comparizione ai sensi dell'art. 645 comma 2 c.p.c.?*, in *Giur. mer.*, 12, 2010, p. 3028 ss.; F. Tediali, *Opposizione a decreto ingiuntivo e termini di costituzione: antidoti alla retroattività del dictum delle Sezioni Unite*, in *Obbl. e contr.*, 1, 2011, p. 51 ss.; E. Ruggeri, *Passata la tempesta: note (parzialmente) critiche in ordine al recente intervento delle Sezioni Unite sull'art. 645 cpv. del codice di rito*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 213 ss.; R. Caponi, A. Proto Pisani, G. Scarselli, *Le sezioni unite colpiscono ancora (a proposito dei termini di costituzione dell'opponente nei giudizi in opposizione a decreto ingiuntivo)*, in [www.fondazioneforenseseffrenze.it](http://www.fondazioneforenseseffrenze.it).

<sup>19</sup> Per comodità di lettura, riporto l'articolo: «1. *L'opposizione si propone davanti all'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha emesso il decreto, con atto di citazione notificato al ricorrente nei luoghi di cui all'art. 638. Contemporaneamente l'ufficiale giudiziario deve notificare avviso dell'opposizione al cancelliere affinché ne prenda nota sull'originale del decreto. 2. In seguito all'opposizione il giudizio si svolge secondo le norme del procedimento ordinario davanti al giudice adito; ma i termini di comparizione sono ridotti a metà.*».

Secondo la Corte, l'opponente deve costituirsi, cioè iscrivere la causa a ruolo, entro 5 giorni dalla notificazione dell'atto di citazione in opposizione (la metà del termine di 10 giorni di cui all'art. 165 cod. proc. civ. relativo al procedimento ordinario) "in ogni caso" e perciò sia nell'ipotesi che conceda all'opposto un termine libero di comparizione inferiore a 90 giorni sia nell'ipotesi che gli conceda 90 giorni o più.

La decisione viene considerata un *revirement* perché, come si sa, sino al 9 settembre 2010, i tribunali, le corti di appello e la stessa Cassazione hanno permesso all'opponente, che concedesse all'opposto 90 giorni o più per costituirsi, di costituirsi entro 10 giorni dalla notificazione dell'atto di citazione, mentre il termine di 5 giorni valeva per l'ipotesi di termine di costituzione all'opposto inferiore a 90 giorni.

Il caso deciso dalla Corte è simile a molti altri, portati anche innanzi la Corte Costituzionale<sup>20</sup>. Punto controverso era se l'opponente avesse l'onere di costituirsi entro 5 giorni (anziché entro 10 giorni) dalla notificazione anche nel caso in cui avesse sì concesso termini liberi all'opposto inferiori a 90 giorni (ad es. 89) ma solo per un errore o una svista nel computo dei giorni, non volontariamente.

La prima sezione remittente (ricependo le censure del ricorrente) pone in dubbio il "consolidato orientamento della corte" ritenendo che "presenti aspetti problematici" (cfr. svolg. proc., pag. 1-2). La soluzione caldeggiata dalla prima sezione (così come dal ricorrente) sarebbe stata di circoscrivere l'onere per l'opponente di costituirsi nei 5 giorni alla sola ipotesi di volontaria concessione di un termine ridotto, permettendo dunque di costituirsi nei 10 giorni in caso di errore di calcolo del termine.

La risposta della Corte è che "le ragioni (...) sviluppate nell'ordinanza interlocutoria della prima sezione civile, non sono idonee a giustificare un mutamento del costante orientamento della corte" e che sia solo "opportuno procedere a una puntualizzazione" (cfr. pt 2 motiv., pag. 6).

La motivazione della Corte è solo all'apparenza un «dialogo» con la prima sezione remittente, dato che la Corte sfrutta l'occasione per affermare qualcosa che va oltre i motivi di ricorso e la decisione del caso di specie.

Come ricorda la Corte, "a parte un unico risalente precedente contrario, rimasto assolutamente isolato (Cass. 10 gennaio 1955 n. 8), la giurisprudenza della corte è stata costante nell'affermare che quando l'opponente si sia avvalso della facoltà di indicare un termine di comparizione inferiore a quello ordinario, il termine per la sua costituzione è automaticamente ridotto a cinque giorni dalla notificazione dell'atto di citazione in opposizione, pari alla metà del termine di costituzione ordinario (principio affermato ...

<sup>20</sup> Cfr. C. Cost., 22 luglio 2009, n. 230; 12 dicembre 2008, n. 407; 12 aprile 2005, n. 154; 23 giugno 2000, n. 239, i cui testi sotto tutti disponibili nel sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Con queste ordinanze – tutte, significativamente, di inammissibilità o di manifesta infondatezza – la Corte Costituzionale ha mostrato la precisa tendenza a non voler entrare nel merito della questione.

a cominciare da Cass. 12 ottobre 1955, n. 3053 e poi costantemente seguito; da ultimo, v. Cass. n. 3355/1987, 2460/1995, 3316 e 12044/1998, 18942/2006)” (cfr. pt 2 motiv., pag. 6-7).

Fino al 9 settembre 2010 questo consolidato orientamento è stato letto (da tutti, compresi i giudici di primo grado e di appello che hanno deciso le cause di opposizione iscritte tra il 5° e 10° giorno senza nulla eccepire) non solo per quel che dice espressamente e cioè che: “se all’opposto sono concessi termini di comparizione ridotti, l’opposizione deve essere iscritta entro il 5° giorno dalla notifica della citazione”; ma interpretandolo *a contrario* come se dicesse: “solo se all’opposto sono concessi termini di comparizione ridotti l’opposizione deve essere iscritta entro il 5° giorno dalla notifica della citazione, mentre è permesso iscrivere la causa entro il 10° giorno in caso di termine a comparire ordinario”.

Proprio questa sottigliezza e cioè il fatto che tutti (avvocati e giudici di Cassazione e non), fino al 9 settembre 2010, abbiano inteso le pronunce sulla costituzione in opposizione nel secondo senso, anziché nel primo, ha fatto sì che la Corte abbia potuto dire di *puntualizzare* un orientamento costante. Ma, anche se la Corte non lo vuole riconoscere, è incontestabile che la puntualizzazione sia in realtà un’innovazione in aperto contrasto con la prassi precedente.

Peraltro, la Corte afferma che il suo “*orientamento non è privo della necessaria base normativa*” (cfr. pt 2 motiv., pag. 7), sicché ci troviamo di fronte al paradosso di una pronuncia asseritamente fedele alla legge che sconfessa la prassi giudiziaria seguita in precedenza ma non vuole ammettere apertamente di riportare la giurisprudenza sui binari della legge. Ma delle due l’una: o la decisione della Corte si fonda, come essa dice, sul codice di rito e allora la prassi seguita per cinquant’anni dai giudici e dalla stessa Cassazione è stata illegittima oppure questa prassi era legittima e allora la Corte si pone oggi contro la legge.

Finora ho parlato della prassi *pre-revirement* come di un orientamento giurisprudenziale, un caso di diritto giurisprudenziale basato sull’accumulazione di precedenti. Anche la Corte fa propria questa ipotesi (tanto che cita le decisioni con numero e anno), salvo poi contraddirsi dichiarando che la sua puntualizzazione ha fondamento nel codice.

Si è proposto tuttavia di considerare la prassi passata anche come una vera e propria consuetudine<sup>21</sup>. In questo caso, per cinquant’anni avremo avuto: a) una consuetudine *praeter legem* se si ritiene che l’art. 645, 2° co., cod. proc. civ. non riguardi il termine di costituzione dell’opponente e sul punto vi sia una lacuna nel codice di rito; b) una consuetudine *secundum legem*, se si considera integrativa del codice e compatibile con l’art. 645, 2° co. la duplice ipotesi del termine di costituzione ordi-

<sup>21</sup> Così A. Tedoldi, *op. cit.*, p. 1455.

nario e abbreviato; c) una consuetudine *contra legem* se si accoglie la tesi (delle sezioni unite del 9 settembre) che, per il codice, il termine di costituzione è sempre di 5 giorni. Nella prima e nella seconda ipotesi, non è chiaro quale riflesso possa avere sulla suddetta consuetudine l'intervento delle sezioni unite, dal momento che nel nostro ordinamento la consuetudine è fonte subordinata alla legge, non al giudice e la giurisprudenza non dovrebbe essere fonte del diritto. Come abbiamo visto (*supra* § 2), la Corte segue però una teoria delle fonti diversa, in cui le sue decisioni costituiscono, momento per momento, norme di diritto vigente e criterio di validità per l'applicazione del diritto. D'altra parte, la terza ipotesi della consuetudine *contra legem* porterebbe a concludere che i giudici e la stessa Cassazione sino al 9 settembre 2010 abbiano violato la legge e che la sentenza in commento sia il secondo caso di corretta applicazione del diritto dopo il primo precedente isolato del 1955, che la Corte dal canto suo nega di far rivivere.

### 3.2. *Gli argomenti della Corte*

La Corte usa più argomenti a sostegno della propria tesi che il termine di costituzione dell'opponente sia sempre pari a 5 giorni. Come vedremo subito, ne usa in particolare sei: l'argomento storico, della volontà del legislatore, dei principi, sistematico, della certezza, del legislatore ragionevole<sup>22</sup>. Tra tutti, solo il primo argomento storico è però autonomo e viene configurato dalla Corte come fondante; tutti gli altri argomenti sono secondari, volti a dimostrare o la fondatezza o la non infondatezza del primo. Anche se dunque l'argomento storico appare quello decisivo, dal complesso della motivazione si evince che il fondamento della decisione della Corte ha in realtà natura teleologica ed è l'esigenza – secondo la Corte, evidentemente, pressante – di mettere a disposizione dell'opposto il prima possibile (dopo 5 giorni dalla notifica, anziché 10) le difese dell'opponente.

Passando rapidamente in rassegna gli argomenti della Corte, il primo argomento ha carattere storico nel senso che riguarda la riforma del 1950 che ha introdotto la citazione a udienza fissa. La Corte ricorda che “*nella formulazione originaria del codice del 1942, l'art. 645, comma 2 prevedeva la riduzione a metà dei termini di «costituzione»*” (cfr. pt 2 motiv., pag. 7), anziché dei termini di comparizione come nella versione oggi vigente; la modifica testuale, tuttavia, non avrebbe modificato il significato della disposizione, perché dai lavori preparatori che accompagnarono la suddetta riforma non emergerebbe la volontà di modificare le norme ma solo l'esigenza

<sup>22</sup> Trascuro due passaggi argomentativi particolarmente critici della Corte. L'uno riguarda la possibilità di cumulo tra il dimezzamento *ex art. 645, 2° co., cod. proc. civ.* e quello *ex art. 163-bis, 3° co. 3, cod. proc. civ.*; l'altro il rapporto tra la disciplina dei termini di costituzione e l'art. 24 Cost. Pare di capire che per la Corte il dimezzamento dei termini non costituisca un ingiustificato sacrificio del diritto di difesa.

di adeguare la disciplina del giudizio di opposizione a quella del processo ordinario a udienza fissa.

Secondo la Corte, quindi, l'attuale espressione "termini di comparizione" va letta considerando la disciplina previgente (anteriore alla riforma del 1950) e dunque come se anziché 'comparizione' fosse scritto ancora 'costituzione'.

Si noti che la base normativa della soluzione della Corte è in definitiva una norma «*sopravvissuta*» all'abrogazione della relativa disposizione che oggi, per conseguenza, non trova espressa formulazione nel codice. Peraltro, la Corte non prende in considerazione la distinzione tra la costituzione dell'attore e del convenuto e la comparizione delle parti impressa agli artt. 163, 163-bis, 164 e 165 cod. proc. civ. oggi vigenti.

Il secondo argomento è un ragionamento *a contrario* a partire dalla volontà del legislatore: la Corte osserva che il legislatore ha statuito una regola espressa "all'art. 165 c.p.c., comma 1, che stabilisce un legame tra termini di comparizione e termini di costituzione, al fine di rendere coerente il sistema nei procedimenti che esigono pronta trattazione" e sostiene che non vi è alcuna ragione di pensare che "il silenzio del legislatore" sul punto nel procedimento di opposizione "sia significativo della volontà di cambiare la regola" (cfr. pt 2 motiv., pag. 8).

La Corte assume quindi che il legislatore voglia che, nei procedimenti che esigono pronta trattazione, i termini di costituzione e di comparizione siano abbreviati e ritiene che la volontà in tal senso manifestata valga una volta per tutte. Applica cioè la regola per cui il silenzio vale implicitamente come assenso a meno di esprimere un'idea diversa. Naturalmente, tutto il ragionamento della Corte poggia sul convincimento che l'opposizione esiga pronta trattazione.

Il terzo argomento possiamo chiamarlo argomento dei principi generali. Per la Corte, la regola di cui all'art. 165, 1° co., cod. proc. civ. che connette termini di comparizione e termini di costituzione non ha "natura eccezionale o derogatoria, ma [è] espressione di un principio generale"<sup>23</sup> (cfr. pt 2 motiv., pag. 8). La Corte dà così un'ulteriore giustificazione al silenzio appena visto del legislatore: "l'espresso richiamo nell'art. 645 di tale principio – scrive la Corte – sarebbe stato del tutto superfluo" (*ibidem*). Secondo la Corte, se il legislatore (dopo la riforma del 1950) avesse introdotto una disposizione ad hoc sul termine di costituzione in opposizione si sarebbe generata un'inutile ridondanza rispetto all'art. 165, 1° co., cod. proc. civ., perché si sarebbe ripetuto per una ipotesi specifica (l'opposizione) quel che il predetto articolo sancisce in via generale.

Questo argomento della Corte è scorretto e contraddittorio rispetto al primo argomento.

<sup>23</sup> La Corte fa riferimento a un non ben identificato "principio generale di razionalità e coerenza", espressione edulcorata per il principio generale, a suo dire, sancito nell'art. 165, 1° co., cod. proc. civ.

È scorretto perché la generalità così come la specialità riguarda i principi e le norme, non le disposizioni per cui non è vero che, in presenza di un asserito principio generale, dotato di disposizione, sia superfluo formulare espressamente una norma speciale: come mostra la vicenda in esame, la formulazione espressa di una norma speciale può chiarire se la specie è regolata come il genere o diversamente.

È contraddittorio rispetto al primo argomento perché, se fosse vero quel che scrive la Corte e cioè che il principio generale sancito all'art. 165 cod. proc. civ. rende superflue statuizioni più specifiche, sarebbe superfluo anche l'art. 645, 2° co., cod. proc. civ. nella versione pre-vigente anteriore alla riforma del 1950 di cui si diceva in precedenza.

Tutto ciò, comunque, conferma che, per la Corte, il termine di costituzione dell'opponente trova regola in una norma oggi priva di disposizione.

Il quarto argomento usato dalla Corte ha natura sistematico-testuale/sistematico-teleologica e, invero, è esposto in maniera piuttosto confusa. La Corte confronta l'art. 645, 2° co, cod. proc. civ. e l'art. 163-*bis* cod. proc. civ., 2° co., che prevede l'abbreviazione dei termini di costituzione a seguito dell'accertamento da parte del giudice della sussistenza delle ragioni di pronta trattazione della causa prospettate dall'attore. Secondo la Corte, tra le due disposizioni c'è una differenza perché l'abbreviazione, nel primo caso, consegue al vaglio del giudice, mentre nel secondo caso è automatica nel senso che dipende da una scelta del legislatore, ma esse avrebbero nondimeno una funzione "identica" data dal "dimezzamento dei termini di comparizione". Sennonché il dimezzamento non è la funzione ma l'esito, e la Corte per di più distingue in realtà tra due funzioni individuando nell'abbreviazione ai sensi dell'art. 163-*bis* cod. proc. civ. la funzione di soddisfare "esigenze di accelerazione della trattazione" e nell'abbreviazione ai sensi dell'art. 645 cod. proc. civ. la funzione di "bilanciare la compressione dei termini a disposizione del convenuto con la riduzione dei termini di costituzione dell'attore" (cfr. pt 2 motiv., pag. 8-9) e più precisamente di mettere a disposizione dell'opposto "i documenti sui quali si fonda l'opposizione nel più breve tempo possibile, per riequilibrare il sacrificio del termine a sua disposizione per valutare tali prove e articolare le difese prima della propria costituzione in giudizio" (cfr. pt. 2 motiv., pag. 10).

Un quinto argomento incidentale è l'argomento della "certezza" nel diritto intesa come "garanzia delle parti, di fronte alla previsione di termini previsti a pena di procedibilità dell'opposizione" (cfr. pt 3 motiv., pag. 11)<sup>24</sup>. Anche questo argomento non

<sup>24</sup> Per la Corte la tardiva costituzione dell'opponente rende l'opposizione improcedibile. La soluzione non è pacifica. Sono state prospettate altre conseguenze: *i*) nullità della citazione (con conseguente applicazione dell'art. 164 cod. proc. civ. e relative sanatorie); *ii*) rimessione in termini a norma dell'art. 184-*bis* cod. proc. civ. (se la causa di opposizione fu instaurata prima del 4 luglio 2009) oppure a norma del secondo comma dell'art. 153 cod. proc. civ. (se la causa fu iscritta a ruolo tra il 5 luglio 2009 e l'8 settembre 2010); *iii*) cancellazione dal ruolo e successiva estinzione in caso di mancata riassunzione a termini degli artt. 171, 1°

è cristallino perché la Corte muove da un assunto non pertinente al caso di specie. Per la Corte, rimettere la scelta del termine di costituzione in giudizio alla volontà delle parti darebbe luogo a incertezza, ma nel giudizio di opposizione, non v'è alcun problema d'incertezza, né dal lato dell'opponente, né dal lato dell'opposto, perché per un verso è l'opponente a scegliere di concedere all'opposto termini ordinari o ridotti e dunque (secondo l'orientamento ante *revirement*) a scegliere di costituirsi nei 5 o 10 giorni successivi alla notifica, per altro verso il termine di comparizione per l'opposto è in ogni caso dimidiato.

Il sesto e ultimo argomento è l'argomento del legislatore ragionevole: la Corte osserva che *“la diversa ampiezza dei termini di costituzione dell'opponente rispetto a quelli dell'opposto non appare irragionevole posto che la costituzione del primo è successiva alla elaborazione della linea difensiva che si è già tradotta nell'atto di opposizione rispetto al quale la costituzione in giudizio non richiede che il compimento di una semplice attività materiale, mentre nel termine per la sua costituzione l'opposto non è chiamato semplicemente a ribadire le ragioni della sua domanda di condanna, oggetto di elaborazione nella fase anteriore alla proposizione del ricorso per decreto ingiuntivo, ma ha la necessità di valutare le allegazioni e le prove prodotte dall'opponente per formulare la propria risposta”* (cfr. pt 3 motiv., pag. 13). Qui, la non irragionevolezza equivale a giustizia intesa come trattamento differenziato di situazioni diverse e proporzionalità: per la Corte è giusto che i termini di costituzione per l'opposto e l'opponente siano diversi perché le loro esigenze difensive sono differenti e, per la costituzione dell'opponente, 5 giorni (anziché 10) sono un termine proporzionato, perché costui è convenuto in senso sostanziale.

In ultima analisi, la decisione della Corte si basa sull'esigenza che l'opposizione riceva la più pronta trattazione e l'opposto abbia il prima possibile a disposizione il fascicolo della controparte. Anche a voler consentire *in thesi* sul fine, il mezzo individuato dalla Corte è però manifestamente inadeguato e irrealistico se si considera la prassi delle cancellerie. Che l'opposto abbia a disposizione le difese dell'opponente prima, se la causa viene iscritta a ruolo nei 5 (anziché nei 10) giorni dalla notifica è vero solo in linea di principio, perché l'effettiva disponibilità del fascicolo di norma non segue esattamente i tempi dell'iscrizione a ruolo. A iscrizioni che avvengano a 5 giorni di distanza può corrispondere un'effettiva disponibilità dei fascicoli (quasi, se non persino) contestuale o a distanza di ben più di 5 giorni. Occorrerebbe ricordare che perché nel diritto il perseguimento dei fini risulti efficace è essenziale avere presenti i fatti.

---

co., e 307, 1° co., cod. proc. civ. (per questa ultima tesi v. A. Tedoldi, *op. cit.*, p. 1464-1465); *v*) infine, s'è anche ipotizzato che il *revirement* non abbia efficacia retroattiva e dunque non segua alcuna sanzione. Su tutto ciò *infra* § 3.3.

### 3.3. La retroattività delle pronunce della Corte

La pronuncia della Corte è interessante anche per un'altra ragione: già all'indomani della decisione, ci si è chiesti se essa possa/debba applicarsi solo ai giudizi instaurati dopo il 9 settembre 2010 o anche a quelli allora già pendenti, cioè se essa possa/debba avere efficacia retroattiva.

In fatto, l'alternativa tra retroattività e irretroattività ha destato preoccupazioni e discussioni notevoli perché, come si sa, i ricorsi per decreto ingiuntivo pendenti e ogni giorno promossi avanti i tribunali e, dunque, le conseguenti opposizioni sono numerosissimi.

Sotto il profilo teorico, tale alternativa dà per scontata una cosa che non lo è per nulla e cioè che la decisione della Corte sia rilevante e debba essere tenuta in considerazione almeno per il futuro, se non anche per il passato. Né tra gli studiosi né tra i pratici si sono sollevate voci contrarie a questa comune opinione ed è significativo che, per evitare gli effetti di un *revirement* per giunta retroattivo, il Consiglio Nazionale Forense e alcuni senatori abbiano avanzato una proposta di legge di tenore opposto<sup>25</sup>.

Il nostro ordinamento non regola in modo espresso l'efficacia e l'ambito di applicazione delle decisioni giudiziali con riferimento ai casi simili, tanto meno regola l'efficacia temporale delle decisioni giudiziali che segnano discontinuità col diritto giurisprudenziale anteriore. Considerato che si tratta pur sempre di pronunce giudiziali dovrebbero valere i principi generali in materia di giudicato (e relativi limiti) e il principio *tempus regit actum*, ma questi principi invero non bastano a decidere se un *revirement* della Corte possa/debba valere solo per il futuro o anche per il passato.

Per affrontare il problema è utile l'analogia con le leggi di interpretazione autentica. S'è detto infatti che la Corte presenta la propria decisione come una puntualizzazione cioè una pronuncia interpretativa del diritto giurisprudenziale consolidatosi nel corso dei decenni.

Ipotizziamo allora che il legislatore emani (in spregio ai desiderata del Consiglio Nazionale Forense e al contrario di quanto prevedono gli attuali d.d.l.) una disposizione interpretativa del seguente tenore: "*L'art. 645, 2° co. cod. proc. civ. per il quale «i termini di comparizione sono ridotti a metà» va inteso nel senso che i termini di costituzione dell'opponente e dell'opposto sono in ogni caso ridotti a metà*" (cfr. pt 3 motiv., pag. 11).

Di regola, si ritiene che le disposizioni di interpretazione autentica emanate dal legislatore abbiano efficacia retroattiva, nel senso che esse chiariscono il significato

<sup>25</sup> A conferma di quanto dicevo circa le relazioni tra norme generali e speciali, il CNF ha proposto due alternative, l'una di intervenire sulla parte generale del codice con una disposizione di interpretazione autentica dell'art. 165 cod. proc. civ., l'altra di intervenire sulla parte speciale con una disposizione di interpretazione autentica dell'art. 645, 2° co., cod. proc. civ. È al momento in discussione al Parlamento il d.d.l. 2380 che prevede la soppressione dall'art. 645, 2° co., cod. proc. civ., delle parole "ma i termini di comparizione sono ridotti a metà" e il d.d.l. n. 2386 che prevede una norma di interpretazione autentica dell'art. 165 cod. proc. civ.

di disposizioni già emanate e applicabili. Per cui se la disposizione interpretativa ipotizzata venisse emanata il significato che essa reca dovrebbe essere ascritto all'art. 645, 2° co., cod. proc. civ. anche per il passato e quindi varrebbe anche per i giudizi pendenti promossi prima del 9 settembre 2010.

Nel nostro caso non abbiamo una disposizione interpretativa di un'altra, ma una pronuncia giurisprudenziale interpretativa di un orientamento giurisprudenziale. Vale anche in questo secondo caso il principio della retroattività delle norme interpretative?

Per la Corte costituzionale e il Consiglio di Stato l'efficacia retroattiva delle disposizioni di interpretazione autentica è soggetta al limite dell'affidamento dei consociati nella certezza dell'ordinamento giuridico, per cui una disposizione interpretativa che rechi una soluzione ermeneutica non prevedibile rispetto a quella affermata nella prassi è costituzionalmente illegittima<sup>26</sup>.

Anche la Cassazione ha avuto modo di pronunciarsi sull'argomento<sup>27</sup> affermando che si ha *overruling* ovvero “*un cambiamento delle regole del gioco a partita già iniziata*” anche nel caso di “*mutamento, ad opera della Corte di cassazione, di un'interpretazione consolidata a proposito delle norme regolatrici del processo*”. In queste ipotesi, la Cassazione ritiene “*contrario alla garanzia di effettività dei mezzi di azione o di difesa e delle forme di tutela – la quale è componente del principio del giusto processo – che*” rimanga priva di tutela la parte che aveva confidato nella “*legge del tempo – nel reale significato da questa assunto nella dinamica operativa per effetto dell'attività «concretizzatrice» della giurisprudenza di legittimità –, ma divenuta inidonea per effetto del mutamento di indirizzo giurisprudenziale*”.

Dunque, per un verso normalmente le disposizioni legislative di interpretazione autentica hanno efficacia retroattiva, nei limiti però della conformità alla prassi interpretativa passata, per altro verso i *revirements* della giurisprudenza valgono di regola, oltre che per il futuro, anche per il passato, ma a patto di non privare della tutela giurisdizionale, per cui la loro applicazione retroattiva viene temperata da correttivi (ad esempio la rimessione in termini).

All'indomani della pronuncia del 9 settembre 2010 la giurisprudenza di merito si è divisa equamente tra due soluzioni. Alcuni tribunali hanno optato per la sua

<sup>26</sup> Cfr. C. Cost. 27 novembre 2000, n. 525; Cons. di Stato sez. IV, 27 novembre 2008, n. 5879, i cui testi sono leggibili per esteso nella *banca dati Platinum Utet*.

<sup>27</sup> Cfr. ordinanze Cass. Sez. II da 14627 a 17027 del luglio 2010, i cui testi sono disponibili per esteso nella *banca dati Platinum Utet*. Tutte riguardano l'applicazione della sentenza delle sezioni unite civili 3 settembre 2009, n. 19161 che risolvendo un contrasto di giurisprudenza ha affermato, innovando il precedente orientamento, che (a) la competenza a decidere sulle opposizioni nei confronti dei provvedimenti di liquidazione dell'onorario del difensore del soggetto ammesso al patrocinio a spese dello Stato spetta sempre al giudice civile, anche ove i provvedimenti di liquidazione sono stati emessi nel corso di un procedimento penale, e che (b) l'eventuale ricorso per Cassazione verso il provvedimento che decide sull'opposizione va proposto, nel rispetto dei termini e delle forme del codice di rito civile.

applicazione anche alle opposizioni già instaurate, concedendo all'opponente la rimessione in termini, peraltro, senza regressione del giudizio<sup>28</sup>. Altri tribunali, richiamandosi alle ordinanze ora ricordate della Cassazione sull'*overruling*, hanno invece ritenuto che il rispetto dei principi del giusto processo imponga di verificare la tempestività/tardività della costituzione dell'opponente in base al diritto (anche giurisprudenziale) vigente al momento della costituzione<sup>29</sup>.

Per non applicare il *revirement* della Corte si è anche prospettata un'altra ipotesi in dottrina: dal momento che il caso poteva essere risolto ribadendo l'indirizzo pregresso, si è proposto di qualificare la puntualizzazione operata dalla Corte come un *obiter dictum* che in quanto tale potrebbe essere "tenuto in non cale dai giudici di merito"<sup>30</sup>.

Come noto, la distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dictum* è controversa: "è *obiter dictum* tutto ciò che non sia *ratio decidendi*, secondo una nozione oggettiva, soggettiva o combinatoria"<sup>31</sup>. Nella specie, la puntualizzazione della Corte può essere considerata un *obiter dictum*, se ha riguardo ai fatti di causa e si considera che essa non costituiva un passaggio logico-argomentativo necessario per la soluzione del caso, ma dal punto di vista *interno* della Corte essa è la *ratio decidendi* della decisione, tanto più che la Corte l'ha formulata intenzionalmente esprimendo un principio di diritto generale la cui portata supera il singolo caso deciso.

### 3.4. Certezza nel diritto e del diritto

Per concludere, la sentenza esaminata mostra che per la Corte le sue decisioni fanno parte del diritto vigente attuale e i ricorsi sono un'occasione per chiarire il diritto vigente anche passato. Quel che fa precedente dipende perciò dal *momento* in

<sup>28</sup> Si sono quindi concessi i termini *ex art.* 183, 6° co. c.p.c. o si è decisa comunque la causa discutendo l'eccezione di tardività della costituzione nella motivazione della sentenza. Cfr. *ex multis* ad es. Trib. Livorno, sez. dist. Portoferraio, verbale di udienza 1 ottobre 2010 (rimessione in termini per l'opponente e rinvio della discussione ai sensi dell'art. 281-sexies cod. proc. civ. ritenuto che l'eccezione di arbitrato sia idonea a definire la causa); Trib. Torino, sez. I, ord., 11 ottobre 2010, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com); Trib. Pavia, ord., 15 ottobre 2010, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com); Trib. Velletri, sez. I, 15 ottobre 2010 (minuta depositata 18 ottobre 2010), in [www.altalex.com](http://www.altalex.com); Trib. Marsala, ord., 20 ottobre 2010, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com); Trib. Tivoli, 13 ottobre 2010, n. 1416 e Trib. Macerata, sez. dist. Civitanova Marche, 22 ottobre 2010, in [www.lexform.it](http://www.lexform.it); Trib. Piacenza, 2 dicembre 2010, banca dati *De Jure* che riporta in motivazione numerose altre pronunce intervenute nel frattempo.

<sup>29</sup> Cfr. *ex multis* ad es. Trib. Milano, sez. VI, 7 ottobre 2010 e Trib. Milano, sez. I, 3 novembre 2010, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com); Trib. Varese, sez. I, 8 ottobre 2010 (con nota di B. Zuffi, *L'affidamento ingenerato dalla giurisprudenza ante cass. n. 19246/2010 salva dall'improcedibilità le opposizioni a d.i. iscritte a ruolo oltre il quinto giorno*, in *Corr. merito*, 12, 2010, p. 1167 ss.); Trib. Milano, sez. dist. Rho, 15 ottobre 2010, in [www.consiglionazionaleforense.it](http://www.consiglionazionaleforense.it); Trib. Novara, 28 ottobre 2010, n. 998; Trib. Vibo Valentia, 23 novembre 2010, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com); Trib. Varese, sez. I, ord. 10 dicembre 2010, in [www.tribunale.varese.it](http://www.tribunale.varese.it).

<sup>30</sup> Così A. Tedoldi, *op. cit.*, p. 1457-1458.

<sup>31</sup> P. Chiassoni, *op. cit.*, § 2.3.

cui la Corte decide e le decisioni passate sono rilevati in funzione non della loro maggiore anteriorità ma della loro perdurante attualità.

Inoltre, la pronuncia esaminata è un *revirement* in materia processuale ma, come vedremo dal confronto con la successiva sentenza in materia di anatocismo bancario, essa offre indicazioni utili anche in relazione ai mutamenti giurisprudenziali che riguardano anche le norme sostanziali.

In primo luogo, infatti, se le decisioni giudiziali potessero unicamente una regola singolare e concreta, cioè valessero davvero esclusivamente per il caso deciso, parlare di *revirements* e di (ir)retroattività delle pronunce giudiziali non avrebbe senso, perché tutto ciò presuppone un confronto diacronico tra decisioni e dunque la possibilità che ciascuna decisione rilevi almeno in astratto oltre il singolo caso.

In secondo luogo, i cambiamenti di giurisprudenza incidono sul valore della certezza *nel e del* diritto. Incidono sulla certezza *nel* diritto perché rendono *ex post* scorretti o illeciti comportamenti che erano invece corretti e leciti al momento in cui sono stati posti in essere. Ciò vale per i comportamenti di tutti i partecipanti alla pratica giuridica, dai cittadini agli ufficiali giudiziari, dagli avvocati ai magistrati. Incidono sulla certezza *del* diritto perché rendono più imprevedibile la soluzione dei casi giudiziari.

È necessario tenere distinti questi due profili perché per esempio regolare la responsabilità disciplinare o civile degli operatori giuridici in relazione ai *revirements* che *ex post* rendono i loro atti scorretti o illeciti aumenta la certezza *nel* diritto ma non *del* diritto, visto che è ben possibile che anche tali regole siano oggetto di *overruling* da parte delle corti.

In terzo luogo, la convinzione che i *revirements* processuali siano più destabilizzanti e pericolosi di quelli sostanziali è ingenua, perché la giustificazione di una decisione e la sua correttezza dipendono ovviamente sia dalle norme sostanziali, sia dalle regole processuali; piuttosto, i *revirements* generano imprevedibilità in funzione della loro frequenza e della mole di contenzioso su cui impattano e della serietà dell'impatto.

#### 4. La pronuncia della Corte sull'anatocismo bancario

##### 4.1. Questioni di «particolare importanza»

La sentenza n. 24418 del 2 dicembre 2010 riguarda, come noto, un caso di anatocismo bancario e in particolare la restituzione di interessi debitori computati a tasso extra-legale e capitalizzati trimestralmente<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> La sentenza è stata oggetto di svariati commenti, tra cui ricordo C.M. Nanna, *Asimmetrie contrattuali e ripetibilità degli interessi anatocistici*, in *Contratti*, 3, 2011, p. 221 ss.; R. Marcelli, *Prescrizione e anatocismo negli affidamenti bancari. I principi giuridici stabiliti dalla sentenza della Cassazione S.U. 2 dicembre 2010, n. 24418: quelli enunciati e quelli impliciti*, doc. n. 235/2011, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); D. Anzelmo, *Sull'impatto della*

La Corte è stata chiamata a pronunciarsi in ragione della “*particolare importanza delle questioni sollevate*” dai ricorrenti (cfr. svolg. proc., pag. 4). Le questioni sono due<sup>33</sup>; in sintesi: i) se l’azione di ripetizione d’indebitato proposta dal correntista nei confronti della banca, conseguente alla nullità della clausola contrattuale sugli interessi debitori, si prescriva a partire dalla data di chiusura del conto o dall’annotazione di ciascun addebito; ii) se una volta accertata la nullità della capitalizzazione trimestrale degli interessi, questi debbano essere computati con cadenza annuale o senza alcuna capitalizzazione (cfr. pt 2 motiv., pag. 5).

I principi di diritto affermati dalla Corte in risposta ai due quesiti possono essere così riassunti: i) il termine di prescrizione decennale dell’azione di ripetizione di quanto pagato indebitamente a titolo di interessi anatocistici decorre dalla data di chiusura del conto “*qualora i versamenti eseguiti dal correntista in pendenza del rapporto abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista*” (cfr. pt 3.4 motiv., pag. 14); ii) per i contratti di conto corrente bancario anteriori all’entrata in vigore della delibera CICR del 2000, la nullità della previsione negoziale di capitalizzazione trimestrale importa che gli interessi a debito debbano essere calcolati senza capitalizzazione (cfr. pt. 4.2 motiv., pag. 19-20).

Dico subito che la pronuncia della Corte non convince né nel merito, quanto alle soluzioni riportate, né nell’iter argomentativo, ma vediamo in particolare l’uso che la Corte fa dei propri precedenti e della giurisprudenza della Cassazione<sup>34</sup>.

#### 4.2. La questione del dies a quo della prescrizione

Il punto di riferimento da cui muove la Corte è il precedente del 2004<sup>35</sup> con cui essa sancì l’illegittimità della capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi nei

---

*recente Sentenza a SS.UU. della Corte di Cassazione n. 24418/10 del 2 dicembre u.s. nelle cause civili e nelle consulenze tecniche*, in [www.ugdcbarietrani.it](http://www.ugdcbarietrani.it); F. Mastromarino, *I versamenti eseguiti nel corso del rapporto hanno solo lo scopo di ripristinare la provvista*, in *Guida al diritto. Il Sole-24 Ore*, 1, 2011, p. 81 ss.; F. Oliviero, *Novità giurisprudenziali*, 19. *Cass. civ. sez. un.*, 2 dicembre 2010, n. 24418, in *Studium iuris*, 3, 2011, p. 302 ss.; A. Palmieri, *Nota a Cass. civ. sez. un.*, 2 dicembre 2010, n. 24418, in *Foro it.*, 2, 2011, p. 434 ss.

<sup>33</sup> Per la precisione, la Corte si pronuncia anche su una terza questione, oggetto del ricorso incidentale, ossia la pattuizione del tasso d’interesse extra-legale (cfr. pt 5 motiv.); non esaminerò questa parte della motivazione perché la Corte non discute né ragiona in base a precedenti.

<sup>34</sup> A seguito di questa decisione della Corte, il legislatore è intervenuto a dettare una norma di interpretazione autentica dell’art. 2395 cod. civ. in punto di decorso della prescrizione: cfr. legge 26 febbraio 2011 n. 10 di conv. con mod. del d.l. 29 dicembre 2010 n. 225 secondo cui «*In ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente l’art. 2935 del codice civile si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall’annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell’annotazione stessa. In ogni caso non si fa luogo alla restituzione di importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto legge*». Alcuni tribunali hanno promosso, in relazione al detto articolo, questione di legittimità costituzionale, contestandone in particolare la natura interpretativa, sicché si è in attesa di una pronuncia della Consulta sul punto.

<sup>35</sup> Cfr. Cass. S.U., 4 novembre 2004, n. 21095, in *Foro it.*, I, 2004, p. 3294 ss.

rapporti di conto corrente bancario (cfr. pt 3 motiv., pag. 6). La Corte riafferma il proprio orientamento e ne conferma l'applicazione anche *retroattiva* ai rapporti anteriori agli anni Duemila (epoca in cui, come noto, cominciò il contrasto giurisprudenziale tra le sezioni semplici che poi portò alla pronuncia a sezioni unite). In questo caso la Corte non sente in alcun modo il bisogno di giustificare la perdurante conformità al precedente, forse perché esso è stato riaffermato più volte dal 2004 a oggi e considera fuori discussione l'ipotesi di una sua revisione.

Ciò posto, la Corte ricorda che, secondo la "*pregressa giurisprudenza*" della Cassazione, il diritto alla restituzione degli interessi anatocistici si prescrive a partire dalla chiusura del conto in quanto il contratto di conto corrente bancario dà luogo a un rapporto unitario in cui i crediti e i debiti delle parti sono regolati definitivamente solo alla chiusura del conto (cfr. pt 3.1 motiv., pag. 7). La Corte riconosce che non tutta la dottrina condivide tale tesi (e, invero, nemmeno tutta la giurisprudenza<sup>36</sup>) e che le censure del ricorrente sono "*degn[e] di attenzione*" (*ibidem*). La tesi della banca ricorrente è che la prescrizione debba decorrere separatamente, per ciascun addebito di interessi illegittimi, dalla relativa annotazione in conto.

La Corte chiarisce di non condividere l'argomento dell'unitarietà del rapporto di conto corrente bancario su cui si fonda la soluzione che fa decorrere la prescrizione dalla chiusura del conto<sup>37</sup>, ma d'altro canto ritiene che la sua giurisprudenza passata vada "*tenuta ferma*", sia pure con alcune "*considerazioni*" e "*limiti*" (*ibidem*).

Dunque, anche in questo caso, come nel caso sopra esaminato del termine di costituzione dell'opponente, la Corte non ammette apertamente di statuire qualcosa di nuovo ma di fatto si discosta dalla giurisprudenza anteriore della Cassazione.

<sup>36</sup> Come noto, le altre soluzioni prospettate sono: a) che il termine di prescrizione decorra da ciascun addebito sul conto, cioè da ciascuna annotazione in conto per interessi debitori; b) che il termine di prescrizione decorra da ciascun versamento in conto del cliente, cioè dal momento in cui il correntista che si è visto addebitare degli interessi debitori effettua un versamento (di regola ma non necessariamente il momento del versamento è di poco successivo al saldo ad esempio trimestrale o annuale di conto che documenta l'addebito).

<sup>37</sup> Giustamente la Corte osserva che l'unitarietà del rapporto di conto corrente bancario "*non è, di per sé solo, elemento decisivo al fine d'individuare nella chiusura del conto il momento da cui debba decorrere il termine di prescrizione*" per la restituzione degli interessi anatocistici: cfr. pt 3.1 motiv., pag. 8. Il *dies a quo* della prescrizione, infatti, non è qualcosa di connaturato a ciascun rapporto giuridico, un suo «elemento naturale», ma dipende da una scelta del legislatore. E la legge regola sì il *dies a quo* della prescrizione in modo diverso a seconda dei rapporti giuridici, ma: 1) *il termine di prescrizione dipende dal diritto che viene fatto valere e da uno stesso rapporto giuridico possono sorgere più diritti diversi*: ad es. il diritto di agire per far dichiarare la nullità di un titolo negoziale è imprescrittibile, mentre il diritto a vedersi restituire quanto compiuto in esecuzione del negozio nullo ha un proprio *dies a quo* e termine di prescrizione; 2) a seconda del diritto da farsi valere, sono *decisivi al fine del decorso della prescrizione fattori diversi* legati ai comportamenti dei soggetti (ad es. l'effettuare un pagamento) o d'altro ordine (ad es. le singole scadenze del premio). Poi, come ricorda anche la Corte, anche in caso di rapporti di durata è senz'altro possibile far valere in corso di rapporto i diritti alla restituzione delle prestazioni periodiche via via eseguite ma non dovute.

Inoltre, come nel caso precedente, coglie l'occasione del ricorso per procedere a un riesame della giurisprudenza andando al di là del caso di specie (come emerge dalla motivazione, la banca ricorrente non censurava il punto della sentenza di appello a partire dal quale la Corte ha poi invece sviluppato la propria soluzione, cfr. pt 3.4 motiv., pag. 14).

La soluzione della Corte si basa su due analogie. L'azione di restituzione degli interessi anatocistici per un verso viene equiparata all'azione di ripetizione di un pagamento indebito *ex art. 2033 cod. civ.*, per altro verso viene assimilata alla revocatoria fallimentare (*ex art. 67 l.fall.* nella formulazione non più vigente, precedente alla riforma del 2007).

In particolare, la Corte equipara i versamenti del correntista sul proprio conto a pagamenti indebiti esecutivi di un contratto nullo e in punto di prescrizione dell'azione di restituzione richiama quanto la Cassazione "*ha già in passato chiarito*" sul tema (cfr. pt 3.2 motiv., pag. 10). Il precedente citato del 2005 riguardava la restituzione della caparra confirmatoria versata quale acconto sul prezzo di un fondo in occasione della sottoscrizione di una scrittura preparatoria alla stipulazione di un preliminare di vendita che non andò a buon fine<sup>38</sup>. Il principio di diritto citato dalla Corte e che si legge nella decisione del 2005, riflette un orientamento pluridecennale della Cassazione secondo cui "*l'accertamento con sentenza della nullità del titolo, sulla base del quale è stato effettuato un pagamento, dà luogo ad un'azione di ripetizione cui fa riferimento l'art. 1422 c.c. – di indebito oggettivo, il cui termine di prescrizione inizia a decorrere non dalla data di pronuncia della detta sentenza bensì dalla data del pagamento effettuato al momento della stipula del contratto nullo, ossia dalla data alla quale retroagisce l'accertamento della nullità*".

La Corte ritiene di dover seguire questo orientamento anche se, come mostra il precedente citato, esso si è sviluppato in relazione a situazioni assai diverse dall'anatocismo bancario e, precisamente, in relazione a rapporti in cui il pagamento *sine titulo* di cui viene chiesta la restituzione è un atto esecutivo di un contratto nullo compiuto dallo stesso *attore* in nullità. Nell'anatocismo bancario, invece, non v'è un pagamento *sine titulo* da parte del *solvens* (il correntista) nei confronti dell'*accipiens* (la banca) e gli atti esecutivi privi di causa di cui si chiede la restituzione sono posti in essere dal *convenuto* in nullità (la banca). Quel che è indebito (*i.e.* privo di un titolo valido) e ripetibile non sono i versamenti del correntista sul proprio conto, bensì gli addebiti per interessi debitori non dovuti effettuati dalla banca a suo carico. Del resto, come riconosce la stessa Corte (cfr. pt 3.3 motiv., pag. 11-12), anche il correntista che non versa nulla sul suo conto andando così sempre più in rosso ha diritto alla restituzione degli interessi debitori illegittimi.

<sup>38</sup> Decisione peraltro di una sezione semplice: Cass. Sez. II, 13 aprile 2005, n. 7651, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce Indebito [3530], n. 4, per esteso in *banca dati Platinum Utet*, da cui cito il passo successivo.

La Corte trascura del tutto la questione e non opera alcun confronto tra il caso su cui si pronuncia e quello oggetto del precedente, tanto che quest'ultimo nemmeno emerge dalla motivazione. Di conseguenza, l'applicazione del precedente si risolve nella ripetizione di un principio di diritto generico, sulla base della sola circostanza che l'azione restitutoria lì esercitata riguardasse una prestazione effettuata in esecuzione di un titolo dichiarato nullo. Ma, come detto, i versamenti del correntista sul proprio conto non sono pagamenti indebiti, *i.e.* senza titolo, come la caparra confirmatoria prestata in esecuzione di un contratto nullo, per cui – al contrario di quel che afferma la Corte – è arbitrario equiparare i due casi sotto il profilo del *dies a quo* della prescrizione.

La motivazione della Corte poggia su una seconda analogia altrettanto discutibile. Per la Corte, vi è un versamento ripetibile, *sub specie* di pagamento indebitato, solo se esso serve a estinguere un debito in situazioni di scoperto di conto o di sconfinamento (superamento del fido), non invece nel caso di atti ripristinatori della provvista cioè versamenti su un conto affidato il cui saldo è nei limiti del fido.

La Corte trae questa distinzione tra atti ripristinatori della provvista e pagamenti volti a estinguere un debito dalla giurisprudenza della Cassazione sulla revocatoria fallimentare. Ma la Corte tace questo ultimo aspetto: di nuovo quindi non dice da quali casi essa ricava i precedenti che applica. La Corte non dice neppure che la distinzione fu elaborata nel vigore della vecchia disposizione e non è più in uso in materia fallimentare. La Corte dà atto solo della circostanza che la Cassazione ne “*ha fatto applicazione in innumerevoli casi, a partire da Cass. 18 ottobre 1982, n. 5413 sino a tempi più recenti: si vedano, ad esempio, Cass. 6 novembre 2007, n. 23107; e Cass. 23 novembre 2005, n. 24588*” (pt. 3.3 motiv. pag. 13).

Ci troviamo di fronte a un caso di analogia del tutto priva di giustificazione, in cui si omette di dire: *i*) cosa sia simile a cosa (tanto che è incerto se la Corte compari due azioni, l'una restitutoria, l'altra revocatoria, o invece due prestazioni: versamenti in conto eseguiti a fronte di addebiti per interessi illegittimi e compiuti in situazioni di insolvenza), *ii*) quale sia la somiglianza rilevante che fonda l'asserita analogia. Al riguardo dal complesso della motivazione si desume unicamente che, per la Corte, solo i versamenti con effetto solutorio e non quelli ripristinatori della provvista sono pagamenti indebiti e ripetibili perché solo nel primo caso vi sarebbe uno spostamento patrimoniale tra la banca (*accipiens*) e il correntista (*solvens*), mentre nel secondo caso, in cui i limiti del fido sono rispettati, la banca non mette a disposizione nuove somme. Ma l'eventuale tolleranza della banca verso saldi di conto passivi è un elemento del tutto irrilevante rispetto alla questione dell'anatocismo bancario e anche in questo frangente, come dicevo poc'anzi, gli addebiti della banca per interessi non dovuti vengono confusi coi versamenti del correntista.

Il richiamo ai precedenti in questa circostanza è ancora più censurabile se si considera quanto la Corte stessa afferma e cioè che la distinzione è stata “*elaborata ad altri*

*fini*” (pt 3.3 motiv. pag. 13)<sup>39</sup>. Nell’anatocismo bancario non è in questione la sottrazione alla *par condicio creditorum* di “pagamenti di debiti liquidi ed esigibili” (secondo la vecchia dizione dell’art. 67 l. fall. previgente) bensì rileva il compimento di atti (l’addebito in conto di interessi anatocistici) privi della necessaria giustificazione causale. E in presenza di fini o *rationes* diverse, nessuna fondata analogia è possibile.

La Corte non porta alcun argomento a sostegno dei precedenti in materia di revocatoria, tanto che, con una motivazione del tutto apparente, si limita a dire che la distinzione tra atti ripristinatori della provvista e pagamenti “non può non venire in evidenza anche quando si tratti di stabilire se è o meno configurabile un pagamento, asseritamente indebitato, da cui possa scaturire una pretesa restitutoria ad opera del solvens [i.e. del correntista]” (*ibidem*).

Per concludere, nella pronuncia in esame la Corte risolve in modo innovativo la questione del *dies a quo* della prescrizione pur affermando di confermare la giurisprudenza pregressa; e innova in base a precedenti che riguardavano casi significativamente diversi (come detto, la restituzione della caparra prestata dall’attore in nullità; la non revocabilità delle rimesse con effetto ripristinatorio), alcuni dei quali per giunta non sono più applicabili nella materia di riferimento, essendo cambiata la disciplina legislativa<sup>40</sup>.

#### 4.3. La questione della capitalizzazione degli interessi prima del 2000

La seconda questione su cui si pronuncia la Corte riguarda la possibilità di computare gli interessi debitori secondo il criterio della capitalizzazione annuale, in sostituzione di quella trimestrale illegittima. Sulla questione, come noto, vi sono opinioni contrastanti nella giurisprudenza di merito. Nel caso di specie la corte di appello escludeva che, una volta dichiarata la nullità della clausola che prevede la capitalizzazione trimestrale, potessero operare criteri alternativi e in particolare la capitalizzazione annuale. Contro tale tesi, la ricorrente argomentava che la Cassazione avesse dichiarato illegittima la sola capitalizzazione trimestrale, non anche quella annuale. La risposta della Corte è netta: le pronunce con cui la Cassazione ha negato la natura di uso normativo alla protratta prassi di capitalizzare con cadenza trimestrale gli interessi debitori non possono essere intese come un riconoscimento (né implicito né esplicito) della presenza di usi normativi di capitalizzazione annuale.

<sup>39</sup> È istruttiva sul punto la motivazione della sentenza (citata dalla Corte) Cass. Sez. I, 6 novembre 2007, n. 23107, in *Fall.*, 2008, p. 525 ss. che ripercorre le diverse tesi della giurisprudenza precedente in ordine alle rimesse revocabili *ex art. 67 l.fall. previgente*.

<sup>40</sup> Come detto, la distinzione adoperata dalla Corte tra atti ripristinatori e pagamenti a estinzione del debito era stata elaborata in relazione al vecchio art. 67 l.fall. e “il principio generale in precedenza vigente, ovvero quello della revocabilità delle rimesse con effetto solutorio, è stato sostanzialmente ribaltato dal legislatore” con la riforma del 2007: così P. Pajardi, *Art. 67 l.fall.*, in *Codice del fallimento* (a cura di M. Bocchiola, A. Paluchowski), Giuffrè, Milano, 2009, p. 726.

La Corte presenta questa tesi come meramente ricognitiva della propria giurisprudenza. Ma manifestamente non è così. Essa afferma qualcosa di ulteriore rispetto a quanto già detto e precisamente che, nei passati cinquant'anni, non è esistito alcun uso normativo nemmeno di capitalizzazione annuale degli interessi debitori.

Osservo solo per inciso che, per quanto si deduce dalla motivazione, la presa di posizione della Corte circa l'inesistenza di usi normativi di capitalizzazione annuale risponde solo in parte alla censura del ricorrente perché, pur non essendo oggetto di alcun uso normativo, la capitalizzazione annuale potrebbe essere applicabile per altre ragioni. Del resto, quella parte della giurisprudenza di merito che applica la capitalizzazione annuale in sostituzione di quella trimestrale illegittima lo fa non in quanto ritiene esistente un uso normativo, ma anzitutto perché la periodicità annuale è conforme alla cadenza temporale degli interessi prevista dall'art. 1284,1° co., cod. civ.

## 5. La decisioni della Corte e il diritto attuale vigente

Una *prima* conclusione che si può trarre dall'analisi compiuta è che, per la Corte, le decisioni della Cassazione sono norme a doppio titolo: sono norme di diritto vigente e criteri di validità per la futura produzione di norme. Le decisioni passate sono quindi sia fonte di produzione sia fonte di cognizione, per sapere (salvo successivi ripensamenti) quali sono le interpretazioni giuridiche corrette e dunque le norme valide da applicare.

In particolare, per la Corte, le sue decisioni sono diritto giurisprudenziale *attuale* nel senso che *al momento della loro emanazione* sono norme applicabili anche in altri casi oltre a quello in cui sono pronunciate e, *rebus sic stantibus*, criterio per una valida applicazione e produzione di norme. Esse possono poi entrare a far parte del diritto vigente *passato*, se la Corte ritiene di averla pensata allo stesso modo anche in precedenza; in questo modo essa può applicare le sue decisioni anche a casi già *sub iudice*, occultando la spinosa questione della retroattività. Inoltre, esse danno luogo al diritto vigente *futuro*, se successivamente la Corte non cambia idea.

La giurisprudenza della Corte conferma tutto ciò. Si pensi alla circostanza che non v'è lite temeraria ai sensi dell'art. 96 cod. proc. civ. se sulla questione oggetto di causa la giurisprudenza è oscillante, in evoluzione o contraddittoria, mentre v'è certamente mala fede o colpa grave se si agisce o resiste in giudizio sostenendo tesi smentite da o confliggenti con la giurisprudenza consolidata della Corte<sup>41</sup>. Inoltre,

<sup>41</sup> Cfr. *ex multis* Cass. S.U., 7 maggio 2010, n. 11086; Cass. S.U., 9 febbraio 2009, n. 3057; Cass. S.U., ord., 13 giugno 1995, n. 448; Cass. S.U., 30 ottobre 1992, n. 11853; vedi anche Cass. Sez. lav., 27 novembre 2007, n. 24645, tutte disponibili per esteso in *banca dati Platinum Uret*. (Per inciso, segue questa tesi anche la giurisprudenza di merito: cfr. ad es. trib. Teramo, 11 gennaio 2011, n. 17, in *De Jure*.)

il ricorso in Cassazione per violazione di norme di diritto è ammesso dalla Suprema Corte anche quando la norma in ipotesi violata è un suo precedente, che nel momento in cui decide essa considera come facente parte del “diritto vivente”<sup>42</sup>.

Ciò detto, non bisogna fraintendere il senso in cui le decisioni della Corte fanno parte del diritto vigente. La circostanza che la Corte le reputi tali non è di per sé decisiva. All’inizio dell’analisi ho precisato che avrei adottato il punto di vista *interno* della Corte. Questo punto di vista è interno perché la Corte partecipa alla pratica giuridica del diritto italiano, ma esso è interno anche in un altro senso ulteriore e parassitario. Come detto, la Corte è sia autore sia destinatario delle decisioni che essa stessa considera diritto vigente. Essa quindi attribuisce a se stessa un ruolo di protagonista che potrebbe presentare elementi idiosincratici ed eccentrici ed essere anche in contrasto col punto di vista interno di altri partecipanti alla pratica giuridica (ad esempio i giudici non di Cassazione).

Di fatto, comunque, la Corte manifesta la convinzione non solo di essere autorizzata a confrontarsi con quanto essa ha già statuito in precedenza, ma di avere il preciso *dovere*, al fine di decidere i ricorsi, di tenere conto delle proprie decisioni passate: queste ultime sono rilevanti per la risoluzione dei casi presenti e futuri sia nell’ipotesi in cui la Corte ritiene di risolvere il nuovo caso in modo uguale a uno già deciso, sia nell’ipotesi in cui si sente invece in dovere di decidere diversamente<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> Cfr. ad es. Cass. S.U., 4 luglio 2003, n. 10615, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce Cassazione civile [1140], n. 334: “La possibilità di trattazione del ricorso per cassazione in camera di consiglio è consentita anche con riguardo alle pronunce rimesse alla competenza delle sezioni unite quando, ai sensi dell’art. 375 c.p.c., sussistono le condizioni ivi previste dal 2° comma; nell’ambito di queste, nel caso in cui il ricorso sia manifestamente fondato perché propone una questione di diritto identica ad altra già da essa corte reiteratamente esaminata e decisa, con costante orientamento in senso conforme a quello auspicato dal ricorrente, tale possibilità ricorre quando: a) il resistente non solleciti una revisione critica del precedente orientamento affidandola a ragioni nuove e diverse da quelle disattese nelle precedenti occasioni, così che l’interpretazione fornita dalla corte di cassazione possa considerarsi, in modo indiscusso, come quel “diritto vivente” che, secondo il costante riconoscimento della corte costituzionale, compete alla cassazione di elaborare, sia quale giudice della giurisdizione sia quale suprema magistratura ordinaria, preposta al controllo di legalità; b) difettino elementi di gravità tale da esonerare la corte stessa dal dovere di fedeltà ai propri precedenti, sul quale si fonda, per larga parte l’assolvimento della funzione di assicurare l’esatta osservanza, l’uniforme interpretazione della legge e l’unità del diritto oggettivo nazionale, assegnatale dall’art. 65 ord. giud. e dall’art. 111 cost.”. Si noti la consonanza di tesi rispetto a quelle oggi espresse in relazione al «filtro» in Cassazione introdotto nel 2009. Accenna al punto in via d’ipotesi F. Galgano, *Stare decisis o no nella giurisprudenza italiana*, in *Contr. e impr.*, 1, 2004, p. 8.

<sup>43</sup> L’atteggiamento della Corte può essere descritto come un “sistem[a] con precedenti a rilevanza argomentativa forte” in cui “i giudici devono reperire, e menzionare in motivazione, i precedenti”; “devono applicare i precedenti, a meno che non vi siano buone, serie, gravi, più forti, preponderanti ragioni per configurarli come erronei e discostarsene («annullarli»), le quali dovranno essere contestualmente ed accuratamente esplicitate, e tali da controbilanciare il sacrificio dei valori della certezza, della prevedibilità, della tutela delle aspettative delle parti”; “possono modificare i precedenti, riconducendo il caso sotto una nuova eccezione appartenente a un insieme aperto, purché siano offerte buone, serie, gravi, preponderanti ragioni per fare ciò” (P. Chiassoni, *op. cit.*, § 2.6); questa visione fu delineata già da G. Gorla, *Diritto comparato e dirit-*

Tuttavia, la convinzione di dovere decidere i casi successivi con riferimento a quelli passati non dipende né dalla sola anteriorità delle decisioni, né dal mero fatto che siano sue decisioni. In breve: né il solo fattore temporale né l'autorità di Corte Suprema rendono, per la Corte, le sue decisioni dei precedenti da seguire.

Il principio dell'autorità del precedente per cui si deve risolvere un caso posteriore nello stesso senso di un caso anteriore anche qualora non si condivida più la regola di diritto stabilita in precedenza è alla base della regola anglosassone dello *stare decisis*, regola che talvolta si concretizza proprio perciò nella tecnica del *prospective overruling* con cui le corti riconoscono che la soluzione sino ad allora seguita è errata e deve essere abbandonata, ma la applicano per l'ultima volta nel caso *sub iudice*.

La concezione del precedente giudiziale della Corte è affatto diversa.

Essa decide momento per momento – precisamente all'atto in cui decide ciascun ricorso – se e quali sue decisioni passate sono norme di diritto vigente e dunque applicabili per la risoluzione dei casi.

Inoltre, essa manifesta una pretesa di correttezza solo istantanea nei confronti delle proprie decisioni, concependole come enunciazioni di norme di diritto sempre rivedibili. In conseguenza di ciò, essa ritiene di doversi discostare dalle decisioni passate ogniquale volta esse le appiano in un secondo momento *sbagliate*<sup>44</sup>.

Infine, per la Corte le sue decisioni passate sono rilevanti non tanto in forza della loro anteriorità e autorità ma a condizione di possedere alcuni caratteri che possiamo chiamare 'fattori di rilevanza' della decisione. Essi sono: i) la *pertinenza*, ii) la *specificità*, iii) la *robustezza* e iv) l'*attualità*.

## 6. Il dovere di confrontarsi col passato

Dalla analisi svolta ricavo una *seconda* conclusione: la Corte dimostra e afferma di avere non solo il potere ma il preciso *dovere* di confrontarsi con le proprie passate decisioni e di dare loro rilevanza, anche se non di conformarsi a esse in ogni caso. È significativo ad esempio che l'espressione 'precedente vincolante' venga usata nelle ipotesi in cui il diritto è perlopiù di origine giurisprudenziale<sup>45</sup> o in cui lo stesso legislatore ha stabilito un vincolo decisionale (ad esempio, per radicare in maniera definitiva la com-

---

to comune europeo, Giuffrè, Milano, 1981, cap. 19 *L'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi*, p. 522 ss.

<sup>44</sup> Cfr. ad es. Cass. S.U. 4 agosto 2010, n. 18047 la cui motivazione è così articolata: "3- La questione"; "4- I precedenti giurisprudenziali"; "5- Le ragioni del mutamento di indirizzo giurisprudenziale".

<sup>45</sup> Cfr. ad es. Cass. Sez. lav., 12 agosto 2009, n. 18261, in *Mass.*, 2009, p. 1115, per esteso in *banca dati Platinium Utet*, che afferma che "Quando il giudice non possa far riferimento a queste fonti [i.e. le leggi anche speciali e la contrattazione collettiva, n.d.r.] la sua discrezionalità di valutazione ... è delimitata dal diritto giurisprudenziale, vale a dire dai precedenti giudiziali".

petenza *ex artt.* 42 ss. cod. proc. civ. o in relazione alla decisione sulla giurisdizione *ex art.* 386 cod. proc. civ. o al giudizio di rinvio *ex art.* 384, 2° co., cod. proc. civ.)<sup>46</sup>.

Posto che i doveri, anche i doveri dei giudici dei quali qui mi occupo, possono essere di tipo diverso, si possono avanzare cinque ipotesi circa la natura e origine di questo dovere affermato dalla Corte; esso potrebbe essere:

- 1) un dovere *giuridico* (secondo il concetto di diritto assunto dalla Corte stessa);
- 2) un dovere *tecnico* (funzionale alla persuasione);
- 3) un dovere *istituzionale* o pragmatico nel senso di inerente alla funzione o *status* o carica di giudice<sup>47</sup>;
- 4) un dovere *deontologico* cioè relativo alla *deontologia* del giudice, che lo distingue e connota in senso virtuoso<sup>48</sup>;
- 5) un dovere *di coscienza o morale* da sentirsi, per così dire, in foro interno.

Di tutte queste ipotesi, mi pare di poter escludere l'ultima, dato che per la Corte il dare rilevanza a quanto già deciso è questione che non coinvolge il giudice quale persona morale, con le sue credenze e convinzioni etico-individuali. Quanto alle altre, esse non si escludono a vicenda e anzi concorrono a descrivere il dovere della Corte.

Sotto il profilo *deontologico*, per la Corte, dare la *giusta* rilevanza ai precedenti e in particolare farne un uso retto ossia conforme a giustizia, conformandosi o discostandosi a seconda dei casi rende la Corte (e di riflesso i suoi membri) *virtuosi*. Fa cioè sì che la Corte si riconosca come un *buon* giudice. Che allo stato nei codici deontologici della magistratura non vi sia traccia di un dovere siffatto circa l'uso e l'eventualmente rispetto dei precedenti non è di per sé decisivo per escluderne l'esistenza, dal momento che certo non serve che un dovere sia scritto perché esso esista.

<sup>46</sup> Quanto al giudizio di rinvio cfr. ad es. Cass. Sez. lav., 27 agosto 2007, n. 18087, *Mass.*, 2007, p. 1382; in ordine all'art. 386 cod. proc. civ. v. Cass. Sez. I, 6 marzo 1992, n. 2715, in *Corr. giur.*, 1992, p. 767, con nota di Saitta; in ordine al regolamento di competenza, cfr. ad es. Cass. Sez. I, ord., 20 ottobre 2010, n. 21544, per esteso in *banca dati Platinum Utet*.

<sup>47</sup> Parla di dovere in questo senso, usando il termine '*officium*', E. Betti, *Dovere giuridico (teoria gen.)*, in *Enc. del dir.*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, p. 53. La nozione di 'dovere pragmatico' è di A.G. Conte, *Dovere pragmatico secondo Epicuro*, in *L'arcipelago dei diritti fondamentali alla sfida della critica*, (a cura di G. Limone), FrancoAngeli, Milano, 2006, p. 57. È forse preferibile parlare di dovere istituzionale, dal momento che la Corte è un'istituzione giuridica (un ufficio giudiziario) che peraltro fa parte dell'istituzione più ampia della magistratura. Sui doveri relativi a *status* personali è utile l'analisi di J.K. Mish'Alani, '*Duty*', '*Obligation*', '*Ought*', in *Analysis*, vol. 30, n. 2, 1969, p. 33 ss., spec. p. 34-35. Ricordo poi che parlava di "dovere funzionale" in questo senso G. Gorla, *op. cit.*, cap. 19 *L'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi*, p. 522-532.

<sup>48</sup> Parlo di deontologia e in specie di deontologia professionale nel senso in cui J. Rawls parla dei «principi per individui» ossia di quei principi che si applicano all'azione delle persone che svolgono in una comunità una professione volta al perseguimento del bene pubblico e a cui si riconosce una funzione pubblica: vedi J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, (a cura e rev. di S. Maffettone; trad. di U. Santini), Feltrinelli, Milano, 2008. Sviluppava le idee rawlsiane M. Ricciardi, *La deontologia professionale del medico*, in *Filosofia della medicina*, (a cura di A. Pagnini), Carocci, Roma 2010, p. 417 ss. le cui osservazioni riguardo alla professione del medico si possono opportunamente estendere alla professione del giudice.

Inoltre, per la Corte il dovere di confrontarsi ed eventualmente conformarsi alle sue passate decisioni ha una dimensione eminentemente *pubblica*: si configura come un dovere propriamente *istituzionale*, inerente cioè alla Corte (e di riflesso ai suoi membri) in quanto ufficio giudiziario investito di una determinata funzione decisionale in seno a quella istituzione fondamentale della società che è il processo.

D'altro canto, il dovere di dare rilevanza ai precedenti è dal punto di vista interno della Corte anche un *dovere giuridico*; s'intende secondo il concetto di diritto fatto proprio della Corte. Si tratta di un dovere non scritto, privo di sanzione e di cui per ora nemmeno in giurisprudenza s'è fornita una formulazione canonica. Ma della sua esistenza vi sono indici evidenti, per esempio, nelle affermazioni con cui la Corte sottolinea i propri compiti di nomofilachia o ritiene di dover decidere in base ai suoi precedenti, ma presta comunque attenzione alle critiche del ricorrente e si cura di precisare i limiti entro cui tenere ferme le passate decisioni<sup>49</sup>. Si noti che la Corte ritiene di dovere confrontarsi con quanto essa ha già deciso, anche se la scelta opposta d'ignorare i precedenti non invaliderebbe la pronuncia: le giustificazioni che ritiene di dover dare non servono a evitarle censure di insufficienza della motivazione, come può avvenire in primo o secondo grado, dal momento che la Cassazione è giudice di ultima istanza<sup>50</sup>. Naturalmente, ciò non esclude che la Corte in vari casi taccia sulle sue passate decisioni e non discuta né confuti le tesi diverse già sostenute<sup>51</sup>; del resto, in nessun caso la convinzione di avere un dovere implica che esso venga sempre osservato.

Infine, il dovere della Corte è anche un *dovere tecnico, funzionale alla persuasione* se si ha riguardo alla Corte come emittente di decisioni.

Quando si discute della cogenza dei precedenti, l'alternativa principale più nota è tra sistemi in cui i precedenti avrebbero rilevanza meramente persuasiva e sistemi

<sup>49</sup> Per esempio, ritiene di avere il dovere di conformarsi ai precedenti ad es. Cass. S.U., 23 febbraio 2010, n. 4310, per esteso in *banca dati Platinum Utet*, che afferma che “*i compiti di nomofilachia attribuiti*” alle sezioni unite siano stati “*rafforzati a seguito del D.Lgs. n. 40 del 2006 e della L. n. 69 del 2009*” e “*impong[ano] no di riaffermare i principi fissati dai numerosi dicta giurisdizionali*” precedenti; tra i tanti casi di scostamento, ritiene ad esempio che “*l'interpretazione dell'art. 46 c.p.c., in precedenza accolta non possa essere mantenuta ferma*”, così Cass. S.U., ord., 29 agosto 2008, n. 21931, in *Corti Irpinia*, 2009, p. 15 ss. con nota di Acone.

<sup>50</sup> Per effetto dell'art. 391-bis cod. proc. civ., vi può essere revisione della sentenza solo nel caso di errore di fatto ai sensi dell'art. 395, n. 4, cod. proc. civ. Cfr. ad es. Cass. Sez. II, 12 gennaio 2011, n. 629.

<sup>51</sup> Vedi ad es. Cass. S.U., 22 giugno 2007, n. 14570, in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2008, p. 516 ss. e Cass. S.U., 8 aprile 2008, n. 9151, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1685 ss., con nota di Pajno. La sentenza del 2008 afferma, in palese contrasto rispetto a quella del 2007, che la notifica a mezzo fax ex art. 151 cod. proc. civ. è perfettamente ammissibile in quanto oggi il fax è un mezzo di comunicazione affidabile. La Cassazione non cita alcun precedente né si cura di confutare la tesi sostenuta nel 2007 secondo cui “*è giuridicamente inesistente la notificazione a mezzo fax in quanto ... manca la prova in modo assoluto della consegna dell'atto (provenendo il messaggio di avvenuta ricezione dallo stesso apparecchio trasmittente), del soggetto che lo ha ricevuto, della conformità della copia ricevuta all'originale (segnatamente sotto il profilo della leggibilità della copia teletrasmissa), né si perfeziona una presunzione di conoscenza legale dell'atto comunicato, collegata ai modelli procedurali previsti dalla legge, ove non intervenga l'attestazione di ricezione da parte del destinatario*”.

in cui essi avrebbero rilevanza anche o anzitutto giuridica e si tende a ritenere che solo in questi ultimi i giudici siano sottoposti a un vincolo decisionale e dunque a un dovere di osservanza o, perlomeno, di non ignoranza dei precedenti. Invece anche i sistemi a precedente persuasivo importano un dovere, anche se di tipo diverso da quello a base dei sistemi a precedente giuridicamente vincolante, e l'uno non esclude l'altro.

Quando si parla di sistemi a precedente giuridicamente vincolante si assume che, in e per un determinato diritto, esista un dovere giuridico circa l'uso dei precedenti: a seconda del sistema giuridico di riferimento, tale dovere sarà più o meno stringente e diversamente articolato. Ma anche nei sistemi a precedente persuasivo chi decide ha un *dovere*, ancorché di tipo *tecnico*, perché *se si vuole* persuadere si *devono* adoperare argomenti, seguire regole, tecniche e accorgimenti discorsivi appositi.

I sistemi a precedente persuasivo e i sistemi a precedente giuridicamente vincolante non sono alternativi e inconciliabili; rappresentano piuttosto due prospettive o punti di vista diversi di analisi dei precedenti: l'uno *esterno*, l'altro *interno*. Inoltre, nel primo caso si ha riguardo al giudice quale *emittente di decisioni future* e al *come* debba decidere per evitare futuri scostamenti suoi o di altri giudici; mentre nel secondo caso si ha riguardo al giudice quale *destinatario di decisioni passate* e al *perché* debba decidere come lui stesso o un altro ha già fatto in precedenza.

## 7. «Fattori di rilevanza» delle decisioni

Alla mia *terza* conclusione ho già accennato sopra anticipando che per la Corte vi sono dei *fattori di rilevanza* delle decisioni. La cosa è fuori discussione e riconosciuta anche dal diritto legislativo: si pensi ad esempio agli artt. 363, 374 e 384 cod. proc. civ. che dettano regole apposite per le questioni giuridiche di "*particolare importanza*".

Quel che rende una decisione passata rilevante rispetto a un caso successivo è: *i*) la *pertinenza* rispetto al caso; *ii*) la *specificità* in relazione alla questione controversa, *iii*) la *robustezza* rispetto alla diversità tra il caso già deciso e quello da decidere e gli argomenti pro e contro la sua applicazione; *iv*) la perdurante *attualità*.

Sia chiaro che la circostanza che un ricorso successivo sia deciso dalla Corte in base a un suo precedente rivela solo che esso per la Corte è pertinente, specifico, robusto e attuale (in una parola: rilevante). Ma come s'è visto ciò non significa affatto che il precedente abbia in effetti questi caratteri rispetto al caso in cui viene richiamato.

7.1. Procedendo con ordine, è piuttosto ovvio che affinché una decisione passata o una serie omogenea di decisioni anteriori sia rilevante per la risoluzione di un caso successivo, essa debba essere pertinente al caso controverso e più precisamente al *thema decidendum*, dato che le decisioni su materie interamente estranee al *thema*

*decidendum* non sono neppure considerate. Decidere se e quale decisione passata è o non è pertinente è dunque un passaggio necessario per l'uso dei precedenti e può essere quindi una prima ragione di contrasto giurisprudenziale e di mutamento di giurisprudenza. Lo mostra molto bene la vicenda sopra esaminata dell'anatocismo bancario. Un altro ambito in cui la pertinenza dei precedenti dà adito a contrasti è costituito dalle pronunce in tema di tempestività/tardività della notificazione degli atti giudiziari in relazione ai casi in cui si controverte della tempestiva o tardiva comunicazione di atti stragiudiziali come il recesso o il licenziamento. Per un verso, infatti, il problema è il medesimo in tutti i casi e cioè stabilire la puntualità di una comunicazione; per altro verso nel caso del recesso o del licenziamento non vengono in gioco due fondamentali diritti sottesi alla notificazione degli atti giudiziari: il diritto del notificante di agire in giudizio (tempestivamente) per far valere le proprie pretese e il diritto del destinatario dell'atto di disporre di congrui termini di difesa<sup>52</sup>.

7.2. La specificità e per converso la genericità di una decisione giudiziale, a cui ho già accennato nel corso dell'analisi, sono una caratteristica graduabile che dipende dal contesto d'uso della decisione. Le decisioni sono tutte più o meno specifiche/generiche in funzione della controversia da risolvere.

Una decisione è specifica se dà soluzione a una determinata questione pratica; una decisione è generica se lascia aperta la possibilità al decisore di scegliere indifferentemente tra diverse soluzioni alternative. Visto che i giudici si servono dei precedenti per decidere i casi, è ovvio che essi vadano alla ricerca e diano rilevanza alle decisioni pregresse che hanno già risolto, in un senso o nell'altro, la specifica questione controversa da dirimere nuovamente. Non bisogna del resto dimenticare che il precedente rappresenta uno strumento di semplificazione e di economia della decisione<sup>53</sup>.

Si noti che pertinenza e specificità sono per un verso collegati, per altro verso distinti.

Per un verso è più facile che un precedente sia pertinente se esso è generico perché la genericità fa sì che esso possa valere per, cioè possa essere applicato a più casi;

<sup>52</sup> Sul tema vedi da ultimo ad es. Cass. S.U., 14 aprile 2010, n. 8830, in *Foro it.*, 12, 2010, I, col. 3416 ss. che si pronuncia su un caso d'impugnazione del licenziamento del lavoratore.

<sup>53</sup> Mi pare questa la *ratio* dell'art. 118, 1° co, disp. att. cod. proc. civ., come mod. dalla riforma del 2009: «*La motivazione della sentenza [...] consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi*». Questa previsione desta perplessità sotto il profilo della trasparenza dal momento che occorrerebbe citare anche, se non anzitutto i precedenti difformi e – come rileva M. Taruffo, *La riforma delle norme sulla motivazione della sentenza*, in *Giur. it.*, 1, 2011, p. 243 ss. – può esprimere due norme, una delle quali inutile, l'altra di dubbia costituzionalità: non era necessaria se autorizza a motivare servendosi anche dei precedenti conformi; è problematica anche sotto il profilo costituzionale se autorizza a motivare facendo esclusivo riferimento a precedenti conformi, tanto più se costituiti da massime generiche avulse dai fatti di causa.

un precedente specifico, in virtù di ciò, vale per una classe tendenzialmente circoscritta di casi: all'estremo, dovrebbe valere per il solo caso in cui è originariamente formulato.

Così un precedente può essere pertinente (e cioè riguardare la questione giuridica che il giudice deve decidere) ma generico (cioè non dare una soluzione alla questione): ad esempio, in tema di prescrizione dell'azione di risarcimento del danno da fatto illecito, per giurisprudenza costante, il *dies a quo* decorre dal momento della "esteriorizzazione del danno" secondo una "rigorosa analisi delle informazioni, cui la vittima ha avuto accesso o per la cui acquisizione si sarebbe dovuta diligentemente attivare, della loro idoneità a consentire al danneggiato una conoscenza, ragionevolmente completa, circa i dati necessari per l'instaurazione del giudizio (non solo il danno, ma anche il nesso di causa e le azioni/omissioni rilevanti) e della loro disponibilità in capo al convenuto"<sup>54</sup>. Ma questo precedente non dice precisamente a partire da quale momento si prescrive il diritto al risarcimento del danno per il danneggiato che ignori per un certo lasso di tempo contro chi agire, cioè sopra solo dopo un certo tempo chi sia l'autore dell'illecito; questa particolare questione è risolta dal precedente più specifico secondo cui "non influisce sul decorso della prescrizione (salve le eccezioni stabilite dalla legge) l'impossibilità di fatto in cui venga a trovarsi il titolare (...) quale l'ignoranza del danneggiato sulla identità della persona obbligata a risarcirgli i danni"<sup>55</sup>.

Per altro verso, un precedente può non essere pertinente perché riguarda una materia diversa da quella *sub iudice* ma specifico perché dà soluzione alla stessa questione pratica come negli esempi ricordati poc'anzi della tempestività/tardività, da un lato, della notifica degli atti giudiziari e, dall'altro lato, della comunicazione del recesso contrattuale e del *dies a quo* della prescrizione, da un lato, della ripetizione di un pagamento indebito come una caparra e, dall'altro lato, della restituzione degli interessi illegittimamente addebitati dalla banca al cliente.

7.3. La Corte afferma di mettere alla prova costantemente la robustezza delle proprie decisioni passate<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Cfr. Cass. S.U., 11 gennaio 2008, n. 583, in *Giur. it.*, 2008, p. 1695 con nota di Terlizzi, testo per esteso in *banca dati Platinum Utet* e Cass. S.U., 11 gennaio 2008, n. 584, in *Foro it.*, I, 2008, col. 451 ss. con nota di Palmieri.

<sup>55</sup> Cfr. Cass. Sez. III, 23 luglio 2003, n. 11451, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce Prescrizione e decadenza [5110], n. 15 e Cass. Sez. III, 10 febbraio 1995, n. 1490, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce Prescrizione e decadenza [5110], n. 49, testi per esteso in *banca dati Platinum Utet*.

<sup>56</sup> Tanto che per Cass. S.U., 23 settembre 2010, n. 20075, per esteso in *banca dati Platinum Utet*, "il novellato contesto processuale in cui trova applicazione l'art. 374 c.p.c. (sostituito dal D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, art. 8) ... riserva alle Sezioni Unite il revirement sulla propria giurisprudenza". Tra innumerevoli altri esempi, ricordo due pronunce recenti: Cass. S.U., 17 settembre 2010, n. 19698, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce Proce-

Una decisione passata sarà tanto più rilevante quanto più è robusta, perché più una decisione è robusta più è facile che essa resista agli argomenti contrari alla sua applicazione in altri casi. Parlo di ‘robustezza’ della decisione nel senso in cui se ne parla nella ricerca operativa di base con riguardo ai modelli matematici. La robustezza è la proprietà per cui la soluzione che si ricava dal modello (output) non varia di molto quando i dati del modello (input) variano di poco. Un sistema/modello è quindi robusto se modificandone le premesse o i presupposti di costruzione continua a valere/funzionare ovvero a dare esiti ancora accettabili. Un modello/sistema è tanto più robusto quanto più se ne possono modificare i dati di costruzione senza fare venire meno l'accettabilità degli output. Nell'ambito dello studio dei processi decisionali, la robustezza viene considerata tra gli indici di bontà di una decisione. Credo che questa idea possa essere estesa all'ambito giuridico. Rispetto al processo, i dati di input sono 1) tutte le circostanze che vengono allegare nel processo e 2) le norme che vengono applicate in esso, mentre la decisione in output è il giudizio. Che una decisione giudiziale sia robusta vuol dire che essa continua a risultare fondata anche in circostanze diverse rispetto a quelle del caso originario e/o anche se cambia il contesto normativo: per esempio le norme che sono state originariamente applicate sono state modificate o non sono più in vigore o non possono più essere applicate perché ne sono sopravvenute delle altre. Visto che nessun caso potrà mai essere identico sotto ogni aspetto a uno precedente è evidente che la robustezza rispetto alle circostanze di fatto è indispensabile per applicare le decisioni passate ai casi presenti e futuri. D'altro canto, visto che anche l'ordinamento cambia nel tempo, è essenziale anche la robustezza rispetto alle norme applicate in giudizio. Inoltre, una decisione passata è tanto più robusta e potrà essere rilevante per la risoluzione di altri casi quanto più essa è in grado di resistere agli argomenti contrari alla sua applicazione in causa adottati dalle parti o in astratto formulabili (ed eventualmente

---

dimento civile [5190], n. 200, per esteso in *banca dati Platinum Utet*, che in relazione all'applicazione dell'art. 2504-bis cod. civ. anche alle fusioni realizzate prima dell'entrata in vigore della riforma del diritto societario del 2003, ritiene di dover dare continuità all'orientamento prevalente della Cassazione contrario all'irretroattività, in quanto 1) è “*mancata indicazione esplicita di argomenti che inducano a rivedere la giurisprudenza precedente*” e 2) “*la tesi della natura interpretativa, e quindi dell'efficacia retroattiva, del nuovo art. 2504 bis c.c., non è convincente*” poiché se è vero che le “*sezioni unite con l'ordinanza n. 2637 del 2006 hanno testualmente affermato che «Il legislatore ha così (definitivamente) chiarito che la fusione tra società... non determina, nell'ipotesi di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata»*”, nondimeno “*l'argomento testuale è troppo labile per giustificare un così netto revirement rispetto all'ultratrentennale orientamento precedente, mentre possono essere invocate ragioni decisive per ritenere che la nuova disciplina abbia natura innovativa e quindi non retroattiva*”; Cass. S.U., 30 settembre 2009, n. 20936, in *Foro it.*, I, 2010, col. 3127 ss., con nota di Casoria che non ha ravvisato “*a tutt'oggi valide e convincenti ragioni per incamminarsi sulla via di un radicale revirement di giurisprudenza in ordine alla natura meramente facoltativa del litisconsorzio tra co-obbligati*” in caso di giudizio di opposizione ex art. 187-septies TUF contro il provvedimento di Consob irrogativo di sanzioni amministrative.

formulati) dal giudice. Contro l'applicazione di una decisione passata si può rilevare l'esistenza di circostanze diverse tra il caso da decidere e quello originario e/o che le norme su cui essa si fondava non sono più idonee a giustificare la soluzione, ma si possono eccepire anche altre ragioni (equitative o di altro ordine). La robustezza è la capacità di resistere a tutte queste obiezioni.

7.4. Una decisione passata è rilevante in un momento successivo se essa in quel momento è ancora attuale. La perdurante attualità di una decisione deriva da un confronto inter-temporale tra più decisioni emanate in momenti successivi. Ma l'attualità o meno di una decisione non è una variabile meramente temporale: non si basa cioè solo sullo scorrere del tempo. Una decisione passata emessa in  $t_0$  non è più attuale in  $t_2$  non per il solo fatto che in  $t_1$  sia stata pronunciata una seconda decisione difforme ma perché in  $t_2$  quest'ultima non è considerata come una pronuncia isolata (una deviazione episodica dalla prima) ma l'inizio di un nuovo orientamento.

Nel chiedere la perdurante attualità dei precedenti la Corte di fatto segue il principio *regula posterior derogat priori*, con la peculiarità che la decisione successiva difforme *non abroga* come avviene per le leggi quella/e anteriore/i, ma *deroga* nel senso che il precedente più risalente *non viene applicato* finché si segue il nuovo precedente o il nuovo orientamento, ma esso non è espunto dall'ordinamento e continua latente a farne parte. Così, se la giurisprudenza decidesse di ritornare sui propri passi esso ritornerebbe a essere applicato.

A prescindere da queste ipotesi di riviviscenza del precedente, il passare del tempo costituisce un fattore d'invecchiamento delle decisioni. In questo senso quel che conta non è tanto la tradizione quanto piuttosto l'attualità. E ciò non vale solo in Cassazione. Questo particolare distingue la nostra cultura giuridica da quella di *common law*. Nel nostro processo civile di Cassazione e non solo si tende a richiamare le pronunce in termini più recenti, le ultime emanate, anziché la decisione più antica, il precedente celeberrimo. La citazione del primo precedente avviene perlopiù *ad abundantiam* per dare la misura di quanto l'orientamento da esso inaugurato sia o sia stato costante o consolidato: per evidenziare, per esempio, che è un orientamento degli ultimi anni o invece ventennale, trentennale, ecc. Nella cultura giuridica italiana attuale, citare pronunce «vecchie» di qualche anno o decennio è un ripiego perché chi legge una citazione «vecchia» è portato a pensare che non ve ne siano di più recenti in termini. Quando si citano assieme decisioni più datate e più recenti, sono queste ultime quelle che contano, le prime servono di rinforzo.

Come rilevò G. Gorla «sembra strano, ma il periodo dopo il quale, in Italia, una sentenza cade in oblivione, o se si vuole, *il periodo di durata del precedente giudiziale*, corrisponde *grosso modo* a quello della prescrizione trentennale (se non è più breve

...)»<sup>57</sup>. Questa rilevazione mi pare ancora vera: come dimostrano anche le pronunce esaminate, i casi in cui la memoria storica risale ancora più a ritroso sono piuttosto rari e in genere riguardano ipotesi in cui il precedente remoto è isolato e/o difforme dal *trend* attuale.

A proposito dei fattori di rilevanza esaminati, vi sono due ultime considerazioni che meritano di essere accennate.

In primo luogo, essi sono necessari per avere un precedente, dal momento che, ragionando *a contrario* o in negativo, una decisione passata i) *non* pertinente, ii) (assolutamente) *generica*, iii) *non* robusta, che cede alle obiezioni, e iv) *non* più attuale, pare votata necessariamente all'irrilevanza e al non uso.

Il problema dunque è non tanto *se*, ma soprattutto *perché* una certa decisione passata sia considerata dalla Corte sufficientemente pertinente, specifica, robusta, attuale rispetto al caso da decidere da farne ancora applicazione.

In secondo luogo, ogni decisione passata è potenzialmente rilevante per il futuro ma di nessuna decisione passata si può stabilire e sapere la rilevanza *a priori*, perché, come ho spiegato, il fatto che una decisione anteriore sia considerata pertinente, specifica, robusta, attuale – in una parola: rilevante – dipende dal caso *sub iudice* che deve essere risolto, dalle circostanze fattuali che lo caratterizzano, dal momento e dal contesto decisionale (anche ma non solo normativo) in cui esso verrà deciso.

Ne segue che non è possibile determinare in astratto o in anticipo quali decisioni anteriori siano, se ve ne sono, rilevanti e che stabilire la rilevanza di una decisione passata è una attività pratica, non meramente ricognitiva della giurisprudenza passata, che importa necessariamente scelte. Queste scelte circa la pertinenza, la specificità, la robustezza, l'attualità delle decisioni precedenti non possono essere prese una volta per tutte o, per così dire, «a tavolino», ma possono essere compiute solo caso per caso da parte di chi decide.

---

<sup>57</sup> G. Gorla, *op. cit.*, cap. 17 “*Brevi temporis praescriptio*” e “*neglectio*” della giurisprudenza, p. 478.



# *Difese e decisioni*

---



**CORTE DI CASSAZIONE**  
**26 maggio 2009, n. 12138 – sez I**  
**Pres. Vitrone – Rel. Schirò**  
**Conferma App. Torino, 18 febbraio 2003**

---

**Strumenti finanziari – Contratto di swap – Stipulazione fra intermediario finanziario e operatore qualificato – Appartenenza alla categoria di operatore qualificato – Dichiarazione di appartenenza alla categoria di operatore qualificato ai sensi dell'art. 13 Reg. Consob n. 5387 del 1991 – Sufficienza – Conseguenze sul piano probatorio.**

(Legge 2 gennaio 1991 n.1, art. 6; Delibera Consob. 2 luglio 1991, n. 5387, art. 13)

*In tema di contratti di intermediazione mobiliare, ai fini dell'appartenenza del soggetto, che stipula il contratto con l'intermediario finanziario, alla categoria degli operatori qualificati, è sufficiente l'espressa dichiarazione per iscritto da parte dello stesso (società o persona giuridica) di disporre della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari – ai sensi dell'art. 13 del regolamento Consob approvato con delibera 2 luglio 1991 n. 5387 – la quale esonera l'intermediario dall'obbligo di ulteriori verifiche, in mancanza di elementi contrari emergenti dalla documentazione già in suo possesso; pertanto, salvo allegazioni contrarie in ordine alla discordanza tra contenuto della dichiarazione e situazione reale, tale dichiarazione può costituire argomento di prova che il giudice può porre alla base della propria decisione, art. 116 c.p.c., anche come unica fonte di prova, restando a carico di chi detta discordanza intenda dedurre l'onere di provare circostanze specifiche dalle quali desumere la mancanza di detti requisiti e la conoscenza da parte dell'intermediario delle circostanze medesime o almeno la loro agevole conoscibilità in base ad elementi obiettivi di riscontro.*

(Omissis). – Con il secondo motivo la società A. denuncia, in via subordinata, la violazione e falsa applicazione dell'art. 13 del regolamento Consob 1991/5387 e della L. n. 1 del 1991, art. 6, lett. A), D), E), F), nonchè vizio di omessa pronuncia, censurando la sentenza impugnata in quanto i giudici di appello, dopo aver ritenuto legittimo

l'art. 13 del regolamento Consob citato, avrebbero errato nel attribuire alla società medesima natura di operatore qualificato, in conseguenza della semplice sottoscrizione di un documento predisposto dalla banca, senza indagare nel merito se la società fosse effettivamente in possesso di una specifica competenza ed esperienza nella materia dell'inter-

mediazione mobiliare. In particolare la ricorrente deduce che:

2.1. per l'applicazione del richiamato art. 13 è necessario che la persona giuridica sia in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in valori mobiliari e che tale situazione venga dichiarata, in quanto non è la semplice dichiarazione che attribuisce natura costitutiva dello status di operatore qualificato, bensì la compresenza dei requisiti sostanziali insieme con la dichiarazione medesima;

2.2. la Corte di merito non ha affrontato il diverso, ma connesso, problema dei limiti di opponibilità alla banca di una situazione reale diversa da quella dichiarata, laddove la divergenza sia conosciuta o conoscibile dall'istituto; in realtà i giudici di appello avrebbero dovuto accertare se la società A: fosse effettivamente o meno un operatore qualificato, esaminando la specifica censura sollevata nell'atto di appello alla soluzione affermativa a cui, erroneamente, era pervenuto il primo giudice; invece la Corte di merito ha ommesso di verificare se la divergenza tra la situazione reale e quella dichiarata esistesse e fosse nota alla banca, circostanza che, se accertata, avrebbe finito per attribuire alla dichiarazione contenuta nel modulo fatto sottoscrivere alla società il valore di una mera clausola di stile;

2.3. nel caso di specie, la società A non era un operatore abituale, e neppure

occasionale, del mercato dei valori mobiliari e perciò non poteva avere competenza ed esperienza in materia, mentre la ratio dell'art. 13, se legittimo e applicabile al caso di specie, era quella di escludere dall'ambito di protezione stabilito dalla L. n. 1 del 1991, art. 6 soltanto i soggetti che si occupassero con professionalità del mercato dei valori mobiliari e che fossero perciò in possesso di competenza ed esperienza specifiche, intendendosi per professionalità un'organizzazione mirata allo scopo, nella specie del tutto inesistente come ben noto alla banca che da anni intratteneva rapporti con la società, della quale conosceva l'effettiva attività e l'organizzazione aziendale, nonché i relativi prodotti ed i mercati di riferimento;

2.4. il documento datato 12 aprile 1992, predisposto dalla banca e sottoposto alla firma della società A., era del tutto generico e inidoneo allo scopo e la Corte di merito ha finito per legittimare l'utilizzo da parte della banca di un modulo prestampato, quale mezzo preordinato alla disapplicazione della norma primaria e quindi volto alla realizzazione di un'ingiustificata e invalida limitazione di responsabilità dell'intermediario, in contrasto con i principi fissati dalla legge delega.

3. Anche tale motivo è privo di fondamento, ma la motivazione in diritto della sentenza impugnata, sul punto concernente la rilevanza e l'efficacia della dichiarazione relativa al possesso di

una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in valori mobiliari, deve essere corretta nei termini qui di seguito precisati.

L'art. 13 del regolamento Consob 1991/5387 ha definito come operatore qualificato, tra gli altri soggetti e per quel che rileva nel presente giudizio, anche "ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in valori mobiliari espressamente dichiarata per iscritto" nel contratto previsto dal precedente art. 9 del medesimo regolamento. Quindi, in base alla citata disposizione regolamentare, la natura di operatore qualificato discende dalla contemporanea presenza di due requisiti: uno di natura sostanziale, vale a dire l'esistenza della specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in valori mobiliari in capo al soggetto (società o persona giuridica) che intenda concludere un contratto avente ad oggetto operazioni su detti valori; l'altro, di carattere formale, costituito dalla espressa dichiarazione di possedere la competenza ed esperienza richieste, sottoscritta dal soggetto medesimo.

Appare al riguardo evidente la ratio della norma in esame, volta a richiamare l'attenzione del cliente circa l'importanza della dichiarazione ed a svincolare l'intermediario dall'obbligo generalizzato di compiere uno specifico accertamento di fatto sul punto, tenuto anche conto che nella disposizione in esame non si rinviene alcun riferimento alla rispondenza tra il contenuto della dichia-

razione e la situazione di fatto effettiva e non è previsto a carico dell'intermediario alcun onere di riscontro della veridicità della dichiarazione, riconducendo invece alla responsabilità di chi amministra e rappresenta la società dichiarante gli effetti di tale dichiarazione.

3.1. Tali considerazioni inducono a ritenere che, in mancanza di elementi contrari emergenti dalla documentazione già in possesso dell'intermediario in valori mobiliari, la semplice dichiarazione, sottoscritta dal legale rappresentante, che la società disponga della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari – pur non costituendo dichiarazione confessoria, in quanto volta alla formulazione di un giudizio e non all'affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo (art. 2730 c.c.; Cass. 1973/1662; 1981/5025; 2002/16127; 2006/13212) – esoneri l'intermediario stesso dall'obbligo ulteriori verifiche sul punto e, in carenza di contrarie allegazioni specificamente dedotte e dimostrate dalla parte interessata, possa costituire argomento di prova che il giudice – nell'esercizio del suo discrezionale potere di valutazione del materiale probatorio a propria disposizione ed apprezzando il complessivo comportamento extraprocessuale e processuale delle parti (art. 116 c.p.c.) – può porre a base della propria decisione, anche come unica e sufficiente fonte di prova in difetto di ulteriori riscontri, per quanto riguarda la sussistenza in capo al soggetto che richieda di compiere ope-

razioni nel settore dei in valori mobiliari dei presupposti per il riconoscimento della sua natura di operatore qualificato ed anche ai fini dell'accertamento della diligenza prestata dall'intermediario con riferimento a tale specifica questione, ai sensi della L. n1 del 1991, art. 13, comma 10, (cfr. Cass. 1998/5784; 2000/4085; 2002/10268; 2003/15172; 2005/4651).

Nel caso di asserita discordanza tra il contenuto della dichiarazione e la situazione reale da tale dichiarazione rappresentata, graverà su chi detta discordanza

intenda dedurre, al fine di escludere la sussistenza in concreto della propria competenza ed esperienza in materia di valori mobiliari, l'onere di provare circostanze specifiche dalle quali desumere la mancanza di detti requisiti e la conoscenza da parte dell'intermediario mobiliare delle circostanze medesime, o almeno la loro agevole conoscibilità in base ad elementi obiettivi di riscontro, già nella disponibilità dell'intermediario stesso o a lui risultanti dalla documentazione prodotta dal cliente.

*(Omissis)*

## Contratto di *swap*, nozione di “operatore qualificato” e buona fede: attualità della questione

*SOMMARIO: 1. La questione controversa. – 2. L'orientamento giurisprudenziale “formalista”. – 3. L'orientamento “sostanzialista”. – 4. La recente pronuncia sulla questione della Cassazione. – 5. L'esigenza di inquadrare la fattispecie nel più ampio contesto della buona fede. – 6. L'irrilevanza della condotta del cliente “deceptus”.*

1. La diffusa recente collocazione da parte di molti istituti di credito presso la propria clientela – ed in particolare presso imprese di piccola e media dimensione – di strumenti finanziari caratterizzati dallo scambio fra le parti, a date convenute, di flussi di cassa calcolati sulla base di parametri di natura diversa (secondo il caso più diffuso: aggiornando un importo di partenza, detto “nozionale”, in virtù dell'andamento di tassi di interesse variabili contro tassi fissi e quindi, operate le necessarie compensazioni, calcolando il saldo dovuto, il cosiddetto *mark to market*, da un contraente in favore dell'altro)<sup>1</sup>, ha prodotto a carico dei sottoscrittori di tali contratti derivati, definiti *swaps*, ingenti e – nella tesi di questi ultimi – del tutto impreviste perdite, dando luogo a numerose contestazioni concentrate in particolare sulle modalità con cui è avvenuta la stipulazione dei predetti contratti, tale da celarne la natura altamente speculativa, in realtà pienamente intelligibile solo agli “addetti ai lavori”.

Il profilo su cui, come noto, si è in particolare incentrata l'attenzione della giurisprudenza – e su cui è giunta a pronunciarsi ora per la prima volta la Cassazione –, è la dichiarazione rilasciata dai sottoscrittori dei contratti di *swap* ai sensi dell'art. 31 Reg. Consob n. 11522 / 1998 di essere “operatori qualificati”. Tale norma esonera infatti l'intermediario da una serie di oneri di condotta previsti in favore dell'investitore dagli artt. 27, 28, 29 e 30 dello stesso regolamento qualora questi sia, a sua volta, un operatore professionale (intermediario autorizzato, SGR, SICAV, fondo

<sup>1</sup> La tipologia più diffusa di *swap* nota come *Interest Rate Swap* o con l'acronimo IRS. Altri contratti di *swap* si differenziano principalmente per il tipo di flusso finanziario scambiato fra le parti. Il *Currency Swap* è un derivato che prevede lo scambio di capitale ed interessi espressi in una divisa contro capitale ed interessi espressi in un'altra divisa. Nello *Swap di commodities* i contraenti si scambiano nel tempo un flusso di pagamenti indicizzati al cambiamento di una *commodity* (ad esempio il prezzo del petrolio) contro un tasso fisso. L'*Equity Swap* garantisce lo scambio di dividendi e guadagni in conto capitale su un indice azionario con un tasso fisso o variabile. Il *Basis Swap* è un contratto che prevede l'interscambio di due differenti tassi variabili ed è utilizzato soprattutto da banche, istituti di credito e società di *factoring*. Quelle sopra menzionate sono solo le più diffuse tipologie di *swap*, in quanto è un derivato estremamente flessibile e con la volontà delle parti può essere adattato ad una molteplicità di situazioni e prevedere l'intreccio di flussi finanziari calcolati nei modi più svariati.

pensione, compagnia di assicurazione, ente registrato negli elenchi di cui agli artt. 106, 107, 113 del t.u.b., promotore finanziario) ovvero si tratti di “persone fisiche che documentino il possesso dei requisiti di professionalità stabiliti dal Testo Unico per i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso società di intermediazione mobiliare, nonché ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante”.

Ebbene, è stata effettivamente prassi delle banche, all’atto della conclusione dei contratti di *swap*, farsi rilasciare dai legali rappresentanti delle imprese clienti tali “autocertificazioni” (ciò sulla base di testi dalle stesse predisposte e, in non rari casi, inglobate come clausole dei “contratti quadro” volti a disciplinare il successivo corso del rapporto). L’incidenza della dichiarazione in parola presenta estremo rilievo sul successivo sviluppo del rapporto: in particolare, l’intermediario non deve procedere nei confronti di tale contraente, in virtù della dichiarata esperienza di costui, a fornire quella serie di informazioni ed a svolgere quegli accertamenti che viceversa sarebbero dovuti al cliente privo di preparazione (si tratta di quelle verifiche ed accertamenti che integrano le cosiddette “*suitability rule*” e “*know your customer rule*”<sup>2</sup>).

In concreto, si è posto dunque il problema di valutare se tali dichiarazioni dovessero ritenersi efficaci qualora rilasciate, all’atto della sottoscrizione dei contratti di *swap*, da soggetti per lo più del tutto privi di esperienza nel campo degli strumenti finanziari derivati<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> L’articolo 28 del Regolamento Consob n. 11522 dispone al primo comma che “prima di iniziare la prestazione di investimento gli intermediari autorizzati devono a) chiedere all’investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché circa la sua propensione al rischio [...]; ed al secondo comma che “gli intermediari autorizzati non possono effettuare operazioni o prestare il servizio di gestione se non dopo avere fornito all’investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento” (regola nota appunto come “*know your customer rule*”). L’articolo 29 dispone invece che “gli intermediari non devono effettuare operazioni non adeguate agli investitori, per tipologia, oggetto, frequenza e dimensione”, dovendo, peraltro, informare l’investitore della inadeguatezza dell’operazione nei casi in cui ricevano disposizioni in tal senso” (cd. “*suitability rule*”).

<sup>3</sup> Si deve peraltro ricordare che, a seguito dell’entrata in vigore della Direttiva MIFID, è stato emanato un nuovo Regolamento Consob – il n. 16190 del 29 ottobre 2007 – che ha significativamente innovato il profilo qui in discussione introducendo la figura del cliente professionale in contrapposizione a quella del cliente al dettaglio (cfr. in proposito Facci, *Il danno da informazione finanziaria inesatta*, Bologna, 2009, 54; salatino, *Contratti di swap. Dall’operatore qualificato al cliente professionale: il tramonto delle dichiarazioni autoreferenziali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, 201). Il nuovo Regolamento prevede in particolare che il cliente al dettaglio possa chiedere di essere trattato come un cliente professionale ma non è più sufficiente una dichiarazione come quella di cui all’art. 31 Reg. Consob 11522/98, bensì occorre procedere ad una specifica procedura volta a verificare l’effettiva consapevolezza del cliente (cfr. l’allegato III alla nuova normativa). L’interesse per la disciplina dettata dal Reg. Consob 11522/98 resta comunque forte in quanto la collocazione di massa dei contratti *swap* oggetto delle contestazioni dei clienti è avvenuta nei primi anni

2. È noto che la giurisprudenza di merito – chiamata in questi ultimi anni ad occuparsi ripetutamente della questione – si è nettamente divisa. Da un lato, vi sono una serie di pronunce in cui si è affermata la piena efficacia della dichiarazione ex art. 31 Reg. Consob n. 11522 a prescindere dalla reale qualificazione dell'investitore, con l'effetto quindi di considerare correttamente formatosi il contratto di *swap* e, per l'effetto, non contestabili le perdite nel seguito generatesi<sup>4</sup>. Dall'altro, si è giunti alla soluzione opposta di giudicare del tutto inefficace la dichiarazione del cliente ove questi fosse privo di adeguata preparazione e la banca non avesse compiuto alcun accertamento in proposito<sup>5</sup>.

A favore della prima impostazione, si è innanzitutto sostenuto che la dichiarazione con cui il sottoscrittore afferma la propria esperienza nel settore dei contratti derivati deve ritenersi valida ed efficace non essendo richiesto che il soggetto che

---

2000 sotto la sua vigenza e la questione della validità delle dichiarazioni rilasciate ai sensi dell'art. 31 è tutt'ora quotidianamente posta all'attenzione dell'Autorità Giudiziaria.

<sup>4</sup> In questo senso si vedano: Trib. Cuneo, 8 febbraio 2009, in *www.unijuris.it*; Trib. Milano 15 ottobre 2008 in *www.ilcaso.it*; Trib. Forlì, 11 luglio 2008, *ivi*; Trib. Trento 28 settembre 2006, n. 927 *ivi*; Trib. Milano 20 luglio 2006 *ivi*; Trib. Milano 20 luglio 2006, *ivi*; Trib. Isernia 22 maggio 2005, *ivi*; Trib. Milano, 7 aprile 2008 in *Corriere Giur.* 2008, 1749; App. Milano 12 ottobre 2007, *ivi* 2008, 1747; Trib. Venezia 25 ottobre 2007 in *Il civilista*, 2008, 6; Trib. Milano, 3 aprile 2004, in *Giur. comm.* 2004, II, 530; Trib. Rimini 25 marzo 2005 in *Redazione Giuffrè* 2005. In dottrina, sostanzialmente favorevoli a questa impostazione, *cfr.* Bruno, *Derivati OTC e incomprensibile svalutazione dell'autocertificazione del legale rappresentante della società acquirente*, in *Corriere del merito*, 2008; Bochicchio, *Operatività in strumenti derivati con investitore professionale: i limiti apportati dalla normativa di settore e dall'oggetto sociale dell'investitore* in *Dir. banca int.*, *fin.* 2005, 249.

<sup>5</sup> In questo senso si vedano: Trib. Vicenza 29 gennaio 2009, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, 5, 461 (con nota di Schiavone); App. Trento, 5 marzo 2009 in *www.ilcaso.it*; Trib. Catania, 13 febbraio 2009, *ivi*; Trib. Brindisi 18 luglio 2007, *ivi*; Trib. Arezzo 12 marzo 2007, *ivi*; Trib. Torino, 18 settembre 2007, *ivi*; Trib. Novara 18 gennaio 2007, in questa *Rivista*. 2008, I, 57; Trib. Mantova 18 marzo 2004, *ivi* 2004, II, 440; Trib. Torino 27 gennaio 2000, in *Giur. it.* 2001, 442. In dottrina, sostanzialmente favorevoli a questa impostazione *cfr.* Chionna, *L'accertamento della natura di 'operatore qualificato del mercato finanziario rispetto ad una società*, in *Banca, borsa, tit. cred* 2005, II, 36; Inzitari-Piccinini, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, in *Il diritto degli affari*, a cura di Inzitari, 2008, Padova 2008, Fiorio, *La nozione di operatore qualificato per l'investitore persona giuridica*, in *Giur. it.* 2008, 2241; Lemma, *L'operatore qualificato nelle operazioni in derivati*, in *Banca, borsa, tit. cred* 2008, II, 69; Tatozzi, *La nozione di operatore qualificato fra vecchie incertezze interpretative e nuovi assetti normativi*, in *Banca, borsa, tit. cred* 2009, II, 205; Benassi, *Operatore qualificato e obbligo di informazione: interpretazione integrativa dell'art. 31 del regolamento e dubbi di costituzionalità*, in *www.ilcaso.it*, sez. II, doc. n. 133; Facci, *Il danno da informazione finanziaria inesatta*, *cit.* 50; da segnalare inoltre De Nova, *La responsabilità dell'operatore finanziario per esercizio di attività pericolosa*, in *Contratti*, 2005, 711, il quale osserva che la dichiarazione di essere operatore qualificato non presenta valore confessorio, in quanto si tratta di una dichiarazione che riguarda un diritto indisponibile: la confessione non può quindi essere considerata come prova legale, ma deve essere liberamente apprezzata dal giudice ed in ogni caso, trattandosi di prova semplice, ammette la prova del contrario. Nel caso in discussione la dichiarazione di essere operatore qualificato avrebbe l'effetto di escludere rilevanti disposizioni di legge con finalità di tutela del cliente, le quali non sono rinunciabili, con l'effetto quindi di non avere valore confessorio.

rilascia la dichiarazione ex art. 31 indichi le specifiche esperienze su cui poggia la propria qualificazione.

Tale conclusione troverebbe conferma in primo luogo nel tenore letterale della norma in esame, la quale prevede per le persone fisiche l'esigenza che queste "documentino" il possesso di requisiti di professionalità, mentre per le persone giuridiche ciò non è richiesto, con l'effetto che per le stesse sarebbe appunto sufficiente una mera attestazione di esperienza priva di riscontri.

Secondo questa impostazione non sarebbe inoltre ragionevole demandare all'intermediario l'accertamento concreto di un requisito – quello dell'esperienza nel campo dei contratti derivati dell'altro contraente – dai confini incerti e non oggettivi.

La veridicità di tale dichiarazione di scienza sarebbe quindi affidata all'autore-sponsabilità del legale rappresentante della società che sottoscrive il contratto di *swap*. Con l'effetto che l'eventuale non rispondenza al vero della dichiarazione non produrrebbe conseguenze sulla sua efficacia, ma integrerebbe un'ipotesi di responsabilità del dichiarante nei confronti della società stessa.

In quest'ottica si colloca del resto il non infrequente rigetto delle istanze istruttorie formulate dall'impresa cliente e volte a provare la condotta – in tesi – poco trasparente della banca (la quale viene sovente accusata di avere descritto il contratto di *swap* nei termini fuorvianti di un'assicurazione priva di rischi per il sottoscrittore e la dichiarazione ex art. 31 come una semplice formalità burocratica). In proposito si è affermato<sup>6</sup> che non sarebbe configurabile una condotta dolosa della banca, in quanto il dolo presuppone una condotta mediamente diligente del soggetto ingannato e che le stesse istanze istruttorie dell'impresa cliente confermerebbero invece una sua negligenza tale da rendere inapplicabili i rimedi previsti dalla legge per il caso, appunto, di dolo.

**3.** A questo orientamento si è contrapposto un nutrito filone di pronunce in cui si è diversamente ritenuta inefficace la dichiarazione di essere operatore qualificato cui all'art. 31. Queste sentenze sottolineano che gli obblighi informativi e di condotta previsti dal t.u.f. e dal Regolamento Consob trovano ragion d'essere in un'esigenza di tutela che va oltre il singolo rapporto contrattuale banca – investitore e lo scopo di colmare l'asimmetria informativa presente fra le parti. Tali norme hanno una finalità mediata che è di garantire, attraverso la tutela del risparmiatore, la trasparenza e l'integrità dei mercati.

Secondo questa impostazione, la dichiarazione auto-certificatoria di cui all'art. 31 deve ritenersi *tamquam non esset* laddove sia priva di qualsiasi indicazione in

<sup>6</sup> In questo senso Trib. Cuneo, 8 febbraio 2009 *cit.* (nt. 4).

merito agli elementi da cui può dedursi la specifica esperienza e la qualificazione del cliente in materia di derivati, né risulti che l'intermediario abbia in alcun modo illustrato il significato e la portata concreta della dichiarazione.

Si ritiene non sufficiente una dichiarazione che si risolva in una mera attestazione di esperienza nel settore della finanza derivata e ciò in quanto il regolamento Consob menziona, anche per il cliente *corporate*, che esso confermi di avere una "specifica" esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari, il che implica che la dichiarazione debba segnalare in modo "piuttosto analitico" le situazioni in forza di cui il cliente ritiene di essere dotato di esperienza in contratti derivati<sup>7</sup>. Del resto, tale analitica indicazione delle precedenti esperienze consente all'intermediario di verificare il grado di consapevolezza raggiunto dalla sua controparte e quindi, in definitiva, consente alla dichiarazione di raggiungere il suo reale obiettivo. In mancanza, si ravvisa una condotta inadempiente da parte della banca, tale da comportare la risoluzione dei contratti di *swap*.

4. La questione è ora giunta al vaglio della Cassazione. Con sentenza n. 12138 del 26 maggio 2009, la Suprema Corte ha infatti esaminato la valenza della dichiarazione auto-certificatoria rilasciata all'atto della sottoscrizione dei contratti di *swap*, ancorché, nel caso di specie, tale dichiarazione era stata concessa ai sensi del precedente Regolamento Consob n. 5387/1991. Il profilo controverso è tuttavia il medesimo ed è quindi intuibile che la pronuncia in parola sia destinata a "fare giurisprudenza" anche con riferimento alle controversie – che sono poi la grande parte – sorte sotto la vigenza del Regolamento n. 11522 / 1998.

La Cassazione, con una motivazione abbastanza scarna e priva di spunti innovativi, ha in realtà sposato l'impostazione più formalistica secondo cui la disposizione regolamentare non prevede a carico dell'intermediario alcun onere di riscontro della veridicità della dichiarazione, riconducendo invece alla responsabilità di chi amministra e rappresenta la società dichiarante gli effetti della stessa. Assume la Corte che la dichiarazione, in carenza di contrarie allegazioni dedotte e dimostrate dalla parte interessata, costituisce argomento di prova che il giudice può porre alla base della propria decisione, anche come unica e sufficiente prova della qualificazione dell'investitore. La Cassazione tuttavia aggiunge che, nel caso di discordanza fra il contenuto della dichiarazione e la situazione reale rappresentata nella stessa, è onere di chi intende eccepire tale discordanza provare circostanze specifiche da cui risulta la carenza dei requisiti di esperienza e competenza e la relativa consapevolezza – o almeno la agevole conoscibilità – dell'intermediario.

<sup>7</sup> In questo senso, recentemente, Trib. Catania, 13 febbraio 2009, *cit.* (nt. 5)

5. L'impostazione più favorevole agli intermediari, fatta quindi propria anche dalla Cassazione, si presta invero a molteplici e fondate obiezioni. Non appare innanzitutto corretto – ciò sarebbe in contrasto anche con un'interpretazione letterale dell'espressione “specifica esperienza e competenza” usata dall'art. 31 Reg. Consob n. 11522 – che la relativa dichiarazione si risolva in una scarna auto-certificazione, senza indicare gli elementi da cui possa desumersi tale caratteristica del soggetto dichiarante. Il che tuttavia non implica un onere in capo all'intermediario – effettivamente non richiesto dall'art. 31 come del resto osservato anche dalla Corte – di svolgere una autonoma istruttoria sulle capacità e precedenti esperienze del cliente. È poi giusta la sottolineatura di quelle sentenze secondo cui il profilo in discussione non può essere valutato unicamente avendo come riferimento l'asse intermediario / investitore, ma occorre considerare che vi è un interesse meta-individuale a che gli investimenti siano posti in essere da soggetti consapevoli delle proprie condotte e quindi dei rischi ad esse connessi.

In realtà, la questione qui in discussione deve essere valutata nel più ampio contesto della buona fede contrattuale. La natura qualificata o meno dell'investitore e le specifiche disposizioni dettate al riguardo dalla normativa regolamentare della Consob, non precludono l'applicazione dell'art. 21 t.u.f. il quale pone a carico degli intermediari alcune regole generali di condotta in ogni caso cogenti<sup>8</sup>. Ai sensi del primo comma, lett. a), dell'art. 21 i soggetti abilitati devono “comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e l'integrità dei mercati”, nonché ai sensi della lett. b) essi devono “acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati”. Tali disposizioni costituiscono specificazione del più generale principio di comportamento sancito dagli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c. che impone alle parti di comportarsi secondo correttezza e buona fede e che trova fonte nel dovere di solidarietà fissato nell'art. 2 della Costituzione<sup>9</sup>.

Si tratta peraltro di profili esaminati da ultimo nelle note pronunce delle Sezioni Unite nn. 26724 e 26725 del 2007 – cui in questa sede si può fare solo breve cenno

<sup>8</sup> Sangiovanni, *La Cassazione si pronuncia sulla nozione di operatore qualificato del regolamento Consob*, in *Danno e resp.* 2009, 1076, osserva correttamente che l'errore in cui incorre parte della giurisprudenza è di non tenere presente che, nel nostro ordinamento, esiste una precisa gerarchia delle fonti e che a tutti gli operatori, sia ai qualificati che ai non qualificati, si applica l'art. 21 t.u.f., con l'effetto che il dibattito sul valore dell'autocertificazione di essere operatore qualificato ha finito per assumere un rilievo maggiore di quanto gli spetterebbe.

<sup>9</sup> Consolidato è l'orientamento che individua una “fonte” Costituzionale nel principio della buona fede. Da ultimo in questo senso, *cf.* Cass. 5 marzo 2009, n. 5348, la quale sottolinea che “l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, che, nell'ambito contrattuale, implica un obbligo di reciproca lealtà di condotta che deve presiedere sia all'esecuzione del contratto che alla sua formazione ed interpretazione, accompagnandolo, in definitiva, in ogni sua fase”.

– le quali, nell’ambito di una più generale riflessione sulle norme di condotta e sugli effetti della loro violazione, hanno introdotto un’innovativa impostazione del rapporto fra buona fede pre-contrattuale e responsabilità<sup>10</sup>. Alcuni aspetti evidenziati dalla Cassazione assumono, ai nostri fini, particolare rilievo: (i) la violazione della buona fede nella fase pre-negoziale non è assorbita dalla successiva conclusione del contratto<sup>11</sup>; (ii) essa può dare quindi luogo a responsabilità e conseguente risarcimento del danno quando il contratto risulta pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto; (iii) il danno è risarcibile non più nei soli limiti dell’interesse negativo, ma deve essere ripristinato l’interesse positivo della vittima del comportamento in mala fede a non essere coinvolta nelle trattative di un contratto valido ma sconveniente<sup>12</sup>. I tradizionali – asfittici – canoni di operatività della responsabilità pre-contrattuale vengono quindi radicalmente superati in favore di una più marcata tutela della correttezza nella fase delle trattative e ciò si riflette anche sulla questione qui in esame.

Si è detto che il rimprovero mosso agli istituti di credito è di avere rappresentato alle imprese clienti i contratti di *swap* come una sorta di assicurazione contro il rialzo dei tassi senza adeguatamente illustrare i meccanismi – invero tutt’altro che agevoli – attraverso cui si giunge alla determinazione del valore del c.d. *mark to market* ed in buona sostanza senza evidenziare la natura estremamente speculativa degli stessi; il tutto facendosi scudo della dichiarazione ex art. 31 Reg. Consob 11522. Ora, tale condotta costituisce una consapevole violazione dell’affidamento creato nell’altro contraente e, in ogni caso, una reticente illustrazione delle caratteristiche

<sup>10</sup> Nelle citate pronunce (Cass. Sez. Un. 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725, in *Giur. it* 2008, 5; in *Giust. civ.* 2008, 12, 2275; in *Giur. comm.* 2008, 3, 604; in *Foro it.* 2008, 3, 784) le Sezioni Unite, intervenendo su un contrasto fra precedenti sentenze della stessa Corte (cfr. Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.* 2006, I, 1105 e Cass. – ord. – 16 febbraio 2007, n. 3683), ha innanzitutto esaminato il profilo della violazione dei doveri di comportamento previsti imperativamente dalla legge, stabilendo che, in assenza di una specifica previsione in tal senso, essa non può dar luogo a nullità, ma genera responsabilità e può riflettersi sugli effetti dell’atto, comportandone, a seconda dei casi, annullabilità per dolo, rescissione o risoluzione. La Corte osserva che “il dovere di buona fede ed i doveri di comportamento in generale sono troppo legati alle circostanze del caso concreto per potere assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite”.

<sup>11</sup> In passato si riteneva diversamente che, quando il contratto era stato concluso, la violazione delle regole di correttezza e buona fede perdesse di rilievo. Ciò veniva giustificato con l’esigenza di tutelare la stabilità e la certezza dei rapporti giuridici, in quanto l’accertamento della condotta secondo buona fede era di incerta individuazione: su tale profilo cfr., in senso critico, Vettori, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alla Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 106

<sup>12</sup> La Cassazione osserva infatti che la condotta scorretta “assume rilievo non soltanto nel caso di rottura delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto; ed in siffatta ipotesi il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell’obbligo di buona fede”. Su tale profilo della sentenza, cfr. Vettori, *cit.* 107 – 108.

dello stipulando contratto. Netta risulta quindi la violazione con l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative e non certo scriminata da una lettura puramente formalistica dell'art. 31 Reg. Consob 11522 che proprio il principio della buona fede impone di superare dando spazio ad una valutazione dei fatti non limitata ai rigori del *ius strictum*<sup>13</sup>;

Ne consegue la responsabilità della banca da apprezzarsi sulla scorta dei criteri dettati da ultimo dalla Cassazione: la violazione del canone di buona fede di cui all'art. 1337 c.c. da parte dell'intermediario legittimerà quindi il sottoscrittore del derivato ad ottenere il risarcimento del pregiudizio patito che dovrà in concreto rapportarsi al *mark to market* negativo – ossia il danno per essere stato indotto con la mala fede alla stipulazione del contratto di *swap* – eventualmente venutosi a formare.

6. Vi è tuttavia un ultimo profilo che merita di essere brevemente considerato e su cui indirettamente è intervenuta anche la recente prima sentenza della Cassazione sul caso *swap*. In alcune pronunce di merito era stata infatti esaminata, in termini critici, la condotta della stessa impresa cliente laddove quest'ultima abbia articolato una serie di istanze di prova per testi volte ad accertare le modalità attraverso cui la banca aveva rappresentato le caratteristiche del contratto di *swap*, nonché la dichiarazione ex art. 31 Reg. Consob 11522 (descritti, nelle "accuse" dei sottoscrittori, nei termini di una sorta di assicurazione e di una pura formalità burocratica senza alcuna rilevanza contrattuale).

Come osservato, in alcuni casi sono state rigettate tali istanze istruttorie assumendo che da esse si trarrebbe semmai conferma della condotta negligente adottata dal cliente e citando al riguardo taluni precedenti giurisprudenziali in tema di dolo – vizio del consenso, in cui si sottolinea che gli artifici o i raggiri usati dal *deceptor* devono essere idonei a sorprendere una persona di normale diligenza, giacché l'affidamento

<sup>13</sup> Del principio della buona fede si è osservato che esso costituisce un "criterio volto a contenere le conseguenze negative di un'applicazione formalistica del diritto sul piano della conciliazione di interessi configgenti secondo una misura insuscettibile di determinazione aprioristica, ma destinata a precisarsi, di volta in volta, secondo le caratteristiche particolari di ogni singola vicenda. [...] In tale prospettiva, la clausola generale di buona fede viene ad assumere l'indice di interessi altrimenti destinati, in una utilizzazione formalistica del diritto, a non acquistare adeguato risalto; di strumento capace di fungere – in quella che è stata indicata come una valutazione di secondo grado, ma non per ciò meramente eventuale e sussidiaria – da correttivo dei rigori del *ius strictum* tramite una valutazione degli interessi, coinvolti nella singola vicenda, diversa da quella che conseguirebbe al puro e semplice accertamento della formale corrispondenza di un fatto e/o di un comportamento ad un'astratta previsione di legge e di consentire, pertanto, in un contesto la cui coloritura è offerta dai principi fondamentali dell'ordinamento (art. 2, 3, 4, 32, 36, 37, 41, II comma, 42, II comma, Cost) e dall'esigenza di socialità che in essi si esprime, quel contemperamento di opposti interessi ce un miope impiego dello strumento normativo renderebbe attuabile" (così, Bigliuzzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto, Disc. Priv.* Vol. II, 172).

non può ricevere tutela giuridica se fondato sulla negligenza<sup>14</sup>. E tale sarebbe il caso cui si riferisce la capitolazione delle imprese clienti nel caso dello *swap* in quanto presenterebbe un valore sostanzialmente confessorio di tale mancata diligenza.

Si pone quindi l'interrogativo se può porsi una responsabilità della banca, anche laddove sia riscontrabile una condotta poco accorta del cliente.

In tema di dolo si ritiene che la relativa disciplina trova applicazione a prescindere dalla scusabilità dell'errore in cui viene indotto il contraente, dovendosi fare riferimento alla concreta induzione in errore e, quindi, al nesso di causalità tra l'azione dolosa del *deceptor* e la stipulazione del contratto o l'alterazione del suo contenuto. Peraltro, l'idoneità dei mezzi usati per trarre in inganno è comunque da valutarsi non in astratto ma in concreto, ossia in relazione alle circostanze della fattispecie ed alla personalità dei soggetti coinvolti<sup>15</sup>.

Ora, se è vero che non esiste un diritto a fidarsi ciecamente di quanto viene prospettato dalla controparte, è altresì vero che il rapporto fiduciario esistente fra banca e cliente comporta in capo a quest'ultimo un legittimo abbassamento della soglia di attenzione ed anzi un affidamento sulla correttezza delle informazioni ricevute. Suscita quindi perplessità il rilievo secondo cui il comportamento della banca – che si intendeva provare per testi – non sarebbe in ogni caso tale da trarre in inganno soggetti che svolgono professionalmente l'attività di amministratore di società di capitali, le quali non possono ritenersi totali sprovveduti in materia di rapporti bancari. In realtà, i rapporti che intercorrono fra banche e piccole / medie imprese attingono per lo più alla negoziazione di fidi, ad anticipazioni di fatture ed a poche altre operazioni standard, ma difficilmente alla stipulazione di derivati della struttura e complessità dello *swap*. Appare quindi improprio rimproverare al cliente di essersi fidato della rappresentazione di un contratto certamente non rientrante nella prassi ordinaria fattagli dalla propria banca, ossia da un soggetto che, per qualificazione e "ruolo istituzionale", è legittimo suscitare affidamento nel proprio interlocutore. E ciò a maggior ragione laddove, come la casistica formatasi in tema di *swap* dimostra, fra le parti era intercorso un lungo e consolidato rapporto di collaborazione.

Del tutto ingiustificato è quindi impedire al cliente di provare per testi l'eventuale condotta dell'intermediario che, in palese violazione del dovere di buona fede nella fase delle trattative, abbia occultato alla propria controparte i rischi del prodotto proposto. Tale conclusione trova del resto avallo nella stessa pronuncia della Cas-

<sup>14</sup> In questo senso, Cass. 15 novembre 1993, n. 11274, in *Contratti*, 1994, 121; Cass. 28 ottobre 1993, n. 10718, in *Foro it.* 1994, I, 423; Cass. 6 febbraio 1982, n. 683, Cass. 12 dicembre 1978, n. 5890.

<sup>15</sup> Per questa impostazione, che nega, fra l'altro che la rilevanza del dolo possa venire subordinata al parametro della media avvedutezza, cfr. Bianca, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1998, 626 ss.; Sacco, *Il consenso*, in Sacco – De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, I, Torino 1993, 441; Criscuoli, *Il criterio discrezionale fra dolus bonus e dolus malus*, citato in *I contratti in generale*, XI, diretto da Cendon, Torino, 2000, 291.

sazione n. 12138 / 2009, la quale, pur avendo sposato la non condivisibile impostazione secondo cui l'intermediario non ha alcun onere di riscontro della veridicità della dichiarazione ricevuta ai sensi dell'art 31, tuttavia non assolutizza tale asserzione: la Corte infatti ammette che il cliente possa fornire prova che l'intermediario aveva in realtà conoscenza o anche solo una "agevole conoscibilità" della non effettiva esperienza e competenza del proprio interlocutore.

La dichiarazione rilasciata ai sensi dell'art. 31 Reg. Consob n. 11522 / 1998 non può quindi costituire un "salvacondotto" che giustifica qualsiasi operato degli intermediari finanziari, la cui condotta secondo correttezza e buona fede deve essere in concreto accertata attraverso gli opportuni mezzi istruttori – lasciati pur all'iniziativa del cliente – e, ove si riscontri una violazione del precetto di cui all'art. 1337 c.c., sanzionata mediante il risarcimento dei relativi danni.

*Giovanni Piazza*

# *Problemi delle professioni*

---



# La c.d. “nuova asseverazione” o “riattestazione”. Mancata tenuta dei piani di risanamento e degli accordi di ristrutturazione. Profili di valutazione economica e legale

di Alessandro Pellegatta<sup>1</sup>

---

*SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Attività di “monitoring” dei piani di risanamento ex art. 67 l.fall. e degli accordi di ristrutturazione del debito ex art.182-bis l.fall. Covenant e meccanismi “self-adjusting”. Gli scostamenti significativi. Profili di valutazione economica ed esame della ragionevolezza delle nuove azioni di risanamento. Il ruolo della banca e dell’esperto nell’attestazione del nuovo piano. – 3. Criticità normative e operative. Il finanziamento ponte nella fase di “riattestazione” del piano. – 4. Ritardi nella segnalazione degli scostamenti significativi. Mancato coordinamento tra normativa civilistica e fallimentare. Necessità d’introduzione di meccanismi istituzionali di ‘alert’ per la crisi d’impresa. – 5. La ristrutturazione dei debiti nel concordato preventivo. – 6. Conclusioni.*

## 1. Premessa

Le tematiche e le problematiche del *restructuring* continuano a caratterizzare l’operatività e il dibattito in ambito creditizio, e non potrebbe essere diversamente. La crisi più aggressiva dal secondo dopoguerra continua a manifestare i suoi contraccolpi nefasti sull’apparato produttivo e sociale. Per contenere lo stress finanziario delle PMI è stata rinnovata la c.d. “moratoria ABI” fino al 31 luglio 2011, ed è stata contemplata la possibilità per le imprese che hanno già usufruito della citata moratoria di richiedere, in aggiunta, l’allungamento del piano di ammortamento per una durata di 2 o 3 anni, a seconda che i finanziamenti siano rispettivamente chirografari o ipotecari.

Nel frattempo le condizioni macro e le variabili esogene (da ultimo, l’ulteriore aumento del prezzo del barile correlato alle rivolte del mondo arabo) hanno messo a dura prova la tenuta finanziaria delle imprese, e in particolare le *assumption* dei piani di risanamento asseverati e degli accordi di ristrutturazione del debito, metten-

---

<sup>1</sup> Responsabile del Servizio Precontenzioso di Centrobanca – Banca di Credito Finanziario e Mobiliare S.p.A.

do ulteriormente sotto pressione le strutture bancarie dedite al *restructuring*, che hanno non solo dovuto gestire nuove posizioni ma anche tenere costantemente monitorate quelle in essere, ed esaminare i nuovi piani presentati in sostituzione di quelli originari, che sono stati superati dagli eventi. Alcuni dati esemplificano tale contesto.

Al dicembre 2010 (fonte: *ABI Monthly Outlook*, febbraio 2011) si è assistito a un forte incremento delle sofferenze bancarie nette, che hanno raggiunto la cifra di € 46.917 milioni (+30% la variazione annua, + 65% a fine 2009), segnale inequivocabile dell'ulteriore deterioramento della qualità del credito. Lo stesso Governatore della Banca d'Italia Mario Draghi, nel corso del tradizionale incontro FOREX, ha sottolineato la necessità delle banche di dotarsi di adeguati capitali, invitando le stesse ad un'attenta politica di distribuzione dei dividendi.

Secondo un recente *report* del *Turnaround Monitor* dell'Università Carlo Cattaneo di Castellanza (cfr. *Il Sole – 24 Ore* dell'8 aprile 2011, pag.39), su un campione di 7.793 di PMI (Piccole e Medie Imprese) il 39% presenterebbe un livello d'indebitamento a rischio, con un 4% che non disporrebbe nemmeno dei flussi per far fronte al pagamento dei soli interessi. Il tema è arcinoto: le PMI italiane sono strutturalmente poco patrimonializzate, e gli eccessi di leva in tempi di carenza generazionale di cassa rischiano ciclicamente di minare la continuità aziendale di molte imprese. Gli operatori del *turnaround* lamentano che le banche, per difendere i propri bilanci, posticipino il più possibile l'emergere delle criticità dei propri clienti, bloccando il sistema e rendendo asfittico il mercato delle "special situations", che attualmente rappresenta solo un'esigua porzione (5%) del mercato globale del "private equity".

I citati operatori sostengono che le banche, davanti agli eccessi di leva, tendono sempre a posticipare al futuro l'emersione delle criticità, con l'evidente intento di evitare *write off* immediati dei propri crediti. Il tema in realtà è un altro. Le banche devono e possono legittimamente confidare nei piani di risanamento e negli accordi di ristrutturazione, sempre che ovviamente le manovre avviate per risolvere concretamente le crisi reversibili d'impresa obbediscano a logiche di ragionevolezza e sostenibilità. I tentativi di esasperata re-ingegnerizzazione finanziaria (es.: PIK degli interessi e rimborsi *bullet* a fine piano legati ad *exit* straordinari, accompagnati spesso anche da conversione del credito in strumenti finanziari partecipativi<sup>2</sup>) legati da un

<sup>2</sup> La Banca d'Italia richiede il rispetto di alcune condizioni per convertire in azioni o titoli rappresentativi di capitale i crediti vantati dalle banche verso imprese in temporanea difficoltà finanziaria, e in particolare prescrive: (i) un'analisi di convenienza economica dell'operazione e delle prospettive di riequilibrio; (ii) la redazione di un piano di risanamento in non più di cinque anni, con approvazione del piano da parte del CdA della banca; (iii) acquisizione di azioni solo di nuova emissione; (iv) la selezione di una banca capofila; (v) l'assegnazione alla banca capofila di poteri di controllo e di "monitoring" sulla corretta esecuzione del

esame serio e approfondito sulle effettive capacità delle imprese di risollevarsi dalla crisi e da un esame industriale porterebbero infatti inevitabilmente alla riemersione dei problemi nel medio-lungo periodo, con possibile insorgenza per le banche stesse di profili di responsabilità. Nella c.d. “riattestazione” si pongono pertanto le stesse tematiche del rigore, della trasparenza e della buona fede che devono contraddistinguere la concessione del credito. I nuovi piani di risanamento (all’interno dell’art.67 l.fall. o anche nell’ambito di un art.182-bis l.fall.) non potranno pertanto obbedire esclusivamente allo «...scopo egoistico della banca», la quale potrà legittimamente trarre vantaggio delle norme e dalle protezioni di legge solo e nella misura in cui sia effettuata un’approfondita valutazione di idoneità in concreto delle azioni di risanamento in atto. Anche nella c.d. “riattestazione” si pone inoltre il tema delicatissimo della c.d. “nuova finanza” (che diventa particolarmente spinoso per quanto concerne i c.d. “finanziamenti ponte”, di cui si dirà in seguito), che deve sempre essere utilizzata con la massima attenzione e in modo mirato, specialmente quando non è accompagnata dall’apporto di nuovi mezzi freschi da parte dei soci dell’impresa. È pertanto sempre auspicabile che detta “nuova finanza” sia concessa in forme tecniche “autoliquidanti” per permettere l’espansione del CCN o la realizzazione di quegli investimenti strettamente necessari al processo di recupero del valore aziendale. Vanno inoltre attentamente vagliati e sottoposti a test di sensitività i flussi di rimborso sulla base dei “cash flow” previsionali, e verificata l’effettiva capacità reddituale previsionale a supporto dei piani di rimborso, in quanto la concessione di “nuova finanza” va ad incrementare inevitabilmente la PFN (Posizione Finanziaria Netta)<sup>3</sup> aziendale, provocando un’ulteriore espansione dell’indebitamento che aumenta ulteriormente il passivo della società.

In questo quadro ancora – purtroppo – emergenziale, il *restructuring* ha visto manifestarsi alcune questioni centrali, in un mix di problematiche giuridiche, economiche e finanziarie che impongono agli operatori bancari massima professionalità e attenzione. I profili di rischio, e non solo creditizio, si sono probabilmente accentuati. Siamo del resto in una fase molto delicata della congiuntura economica caratterizzata da grande volatilità ma che fa emergere ormai in modo evidente i primi chiari segnali di ripresa del ciclo espansivo. Solo le imprese meglio posizionate, che hanno preservato la continuità aziendale e che hanno saputo affrontare la crisi dotandosi di una migliore struttura patrimoniale, economica e finanziaria potranno cogliere le nuove opportunità che riserverà loro il mercato, mentre quelle più

---

piano e il sostanziale conseguimento degli obiettivi intermedi attraverso adeguata reportistica, onde verificare l’effettivo allineamento, tempo per tempo, dei dati consuntivi rispetto ai previsionali. Particolarmente delicata appare inoltre la valutazione al “*fair value*” di tali titoli AFS, specie quando riguardano società non quotate sui mercati regolamentati

<sup>3</sup> Totale dell’indebitamento meno la liquidità disponibile

deboli e più esposte potrebbero vedersi profilare l'insorgenza delle procedure concorsuali classiche, tra cui la ristrutturazione dei debiti ex art. 160 l.fall. perseguita attraverso il concordato preventivo. Per alcune imprese i tentativi di risanamento hanno dato buoni frutti, gli obiettivi intermedi di periodo sono stati conseguiti, e si è realizzato il ritorno alla redditività attesa; per altre, invece, il percorso di risanamento non appare più sostenibile e ragionevole, e alla crisi sta subentrando inevitabilmente l'insolvenza; per altre ancora rimane "pending" l'esame di un nuovo piano asseverato ex art. 67 l.fall. o si stanno profilando accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l.fall. in luogo dei piani di risanamento ex art. 67 l.fall. che sono stati disattesi. Il ruolo delle banche, ancora una volta, appare centrale, e alle loro indagini istruttorie sul merito creditizio delle imprese (autonome rispetto a quelle sulla fattibilità dei piani di risanamento condotte dagli esperti asseveratori) rimane affidata un'insopprimibile e primaria funzione economico-sociale. Alla qualificata professionalità delle banche è sempre demandata la tenuta del sistema economico, nonché l'affidamento dei creditori e dei terzi di buona fede che confidano nel merito creditizio delle imprese finanziate dalle banche stesse. Come è stato detto di recente<sup>4</sup>, le banche, dopo essere state per anni il bersaglio preferito delle azioni revocatorie, non possono comunque pretendere un "salvacondotto" sui piani asseverati ex art. 67 l.fall. e sugli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l.fall., nel senso che dovranno continuare ad esplicitare le proprie attività di operatori qualificati nel vagliare i nuovi piani di risanamento e nel monitorare la tenuta di quelli in essere, onde tutelare efficacemente, oltre al proprio credito e alla propria reputazione, la tenuta dell'intero sistema economico.

In questo delicato contesto, lo scrivente intende evidenziare, senza ovviamente alcuna pretesa di esaustività, alcune problematiche rilevanti che stanno influenzando l'operatività corrente su ciò che succede 'a valle' della mancata tenuta di un piano di risanamento o di un accordo di ristrutturazione dei debiti. Il tutto, naturalmente, nella concreta prospettiva di apportare tangibili miglioramenti ai prodotti e ai processi, nonché di sensibilizzare il comune sentire e l'operare quotidiano.

---

<sup>4</sup> Marina Spiotta, "Concessione abusiva del credito (con qualche riflessione *a latere* sull'art. 48 della c.d. "manovra correttiva estiva")", in *Diritto Commerciale, Giurisprudenza Italiana*, gennaio 2011, pag. 109 e ss.

## 2. Attività di “*monitoring*” dei piani di risanamento ex art.67 l.fall. e degli accordi di ristrutturazione del debito ex art.182-bis l.fall. *Covenant* e meccanismi “*self-adjusting*”. Gli scostamenti significativi. Profili di valutazione economica ed esame della ragionevolezza delle nuove azioni di risanamento. Il ruolo dell’esperto nell’attestazione del nuovo piano

Un momento sicuramente cruciale del percorso di risanamento è quello della fase post “*closing*” inerente il monitoraggio dell’esecuzione del piano. Alla presenza di piani particolarmente complessi e articolati, nella prassi operativa compare spesso il ruolo di una specifica “*Loan Agency*” terza, chiamata a svolgere importanti compiti d’informativa e coordinamento tra le banche. Questa fase di “*monitoring*” è affrontata dalle “Linee guida” nelle Raccomandazioni n.13,14 e 15, nonché dalle disposizioni della Banca d’Italia della Matrice dei conti che disciplinano le regole per la classificazione e il mantenimento in “ristrutturata” delle posizioni. I presupposti dell’esenzione della revocatoria fallimentare sono, infatti, sempre strettamente connessi non solo alla presenza e “ragionevolezza” dell’attestazione iniziale dell’esperto ma anche dalla «...perdurante idoneità del piano a consentire il risanamento dell’impresa al momento in cui l’atto viene compiuto. Pertanto, qualora si verifichi un significativo scostamento tra le previsioni e la realtà, l’originaria attestazione non può più garantire la ragionevolezza e l’idoneità del piano a consentire il raggiungimento dei suoi obiettivi nel suo mutato contesto [...]. Lo scostamento s’intende “significativo” allorché l’ipotesi contenuta nel piano e assunta a *milestone* non sia più realizzabile ovvero lo sia, ma a condizioni economiche e/o temporali incompatibili con il rispetto del cronoprogramma e/o degli obiettivi su cui si basa il piano...»<sup>5</sup>.

Sul punto, i piani prevedono di norma degli appositi strumenti per effettuare le operazioni di monitoraggio. Trattasi dei cosiddetti parametri economico – finanziari (c.d. “*covenant*”), ai quali si possono aggiungere ulteriori meccanismi “*self-adjusting*” o di “*buffer*” per consentire ai piani, nel caso emergano difficoltà contingenti, di rispettare gli obiettivi fissati dal cronoprogramma.

Si ritiene pacifico che il mancato rispetto dei “*covenant*” abbia un valore indiziaro circa la non sostenibilità del piano, specie quando gli sforamenti (ulteriori rispetto agli “*headroom*” concordati) manifestano eccessi di leva finanziaria. A parere dello scrivente, il rapporto PFN (Posizione Finanziaria Netta) / EBITDA<sup>6</sup> appare centrale nella fase di monitoraggio, in quanto rappresenta la fotografia dell’interrelazione tra livello di debito ed effettiva capacità di generazione di *cash flow*. Quello che conta non sono i valori assoluti, ma proprio la relazione tra queste due entità quan-

<sup>5</sup> “Linee Guida”, Raccomandazione n.14

<sup>6</sup> Per EBITDA s’intende usualmente il Margine operativo lordo più gli ammortamenti

titative. La PFN, ovviamente, rispecchierà sia l'indebitamento corrente legato al ciclo del Capitale Circolante Netto (CCN) sia la leva generata da operazioni di *acquisition finance*. Pertanto, eventuali eccessi di leva figli di operazioni di M&A, non opportunamente riposizionati in strumenti finanziari partecipativi e/o in parte soggetti a saldo e stralcio parziali, rischiano di ingabbiare l'impresa in crisi, che dovrà ovviamente continuare a finanziare le sue attività correnti e al contempo procedere ai rimborsi. Il parametro PFN/EBITDA non deve ovviamente diventare una "camicia di forza" e va usato con buon senso e ragionevolezza, prevedendo adeguati "headroom", specie nelle situazioni in cui l'*exit* per la banca è la vendita dell'impresa stessa nel medio periodo.

Gli altri "scostamenti" da monitorare con estrema attenzione, oltre al citato rapporto PFN/EBITDA (che, fisiologicamente, in una realtà aziendale sana non dovrebbe mai idealmente superare le 5x) sono soprattutto quelli che:

- (i) incidono sulla generazione di cassa e sull'EBITDA; anche l'EBITDA è a sua volta figlio delle dinamiche tra ricavi caratteristici e costi, e pertanto una sua erosione, attuale e prospettica, è sempre sintomatica dell'emersione di componenti negative. In imprese caratterizzate da strutture di costi fissi, anche lievi scostamenti di fatturato rispetto al "*break even*" possono comportare gravi perdite nel margine operativo lordo. In queste situazioni, l'impresa brucia cassa e finisce con l'intaccare il patrimonio, e se questo circolo vizioso non viene interrotto le perdite patrimoniali ex artt. 2446 o 2447 c.c. possono minare alle fondamenta la c.d. "continuità aziendale"; vi sono al momento settori economici che stanno soffrendo più di altri la mancata stabilizzazione dei prezzi delle materie prime (conseguente anche alla speculazione finanziaria) e che vedono, oltre all'erosione dei margini operativi, anche incrementarsi i fabbisogni finanziari per il CCN;
- (ii) condizionano o alterano le tempistiche di riequilibrio finanziario. Il manifestarsi di delta negativi rispetto ai dati fissati per gli obiettivi intermedi, specie nella generazione di cassa, possono portare a ritardi pericolosi. Spesso questi eventi possono essere correlati a eventi straordinari o comunque non prevedibili (es: accertamenti tributari, contenziosi con fornitori, insorgenza di ulteriori necessità di CAPEX<sup>7</sup> ecc.), e appare fondamentale in questi casi disporre di "*buffer*"<sup>8</sup>, specie di natura patrimoniale. Purtroppo, la disponibilità dei soci a immettere nuovi mezzi propri in tali situazioni è molto rara nella pratica, in quanto nel corso delle crisi aziendali i soci dell'impresa trovano difficilmente conveniente reintegrare o ricostituire il capitale, oppure ritengono che nessun utile futuro potrebbe

<sup>7</sup> Per CAPEX si intendono usualmente le spese per investimenti (capital expenditures)

<sup>8</sup> In termini finanziari, e in modo specifico per il *restructuring*, per "*buffer*" si intende un tampone utilizzabile per colmare eventuali deficit di natura finanziaria/patrimoniale

ripagare la “*new equity*”; paradossalmente, inoltre, la prededucibilità introdotta per legge per gli accordi di ristrutturazione favorisce in luogo degli interventi sui mezzi propri i finanziamenti soci;

- (iii) regolano le dismissioni di *asset* funzionali al rimborso del debito, specie quando il piano non mostra meccanismi interni di aggiustamento (es: apporti di “*equity*”). È il caso della previsioni di vendita di partecipazioni in società controllate, o di rami d’azienda o di beni immobili se e qualora gli obiettivi intermedi o di fine piano non dovessero essere conseguiti. Anche qui va detto che certe valutazioni *ex ante* possono rivelarsi irrealistiche *ex post*: sui beni immobili tali valutazioni oggetto di dismissione per il servizio del debito dovrebbero essere fatte in modo prudenziale in base al c.d. “valore cauzionale”, come definito dalla Banca d’Italia, depurando le proiezioni da eventi speculativi e/o straordinari di dubbia verificabilità. Tali meccanismi di “*self-adjusting*” vanno pertanto “tarati” e comunque previsti fin dall’origine della manovra (o della nuova manovra) di risanamento, in quanto, come esplicitato nelle “Linee guida”, «...non costituirebbe attuazione del piano il raggiungimento di *milestone* mediante mezzi diversi da quelli previsti, quale ad esempio, mediante una dismissione che non fosse stata prevista o mediante la dimissione di un cespite diverso. In tal caso, non solo l’operazione non sarebbe esentata da revocatoria (per il principio della necessaria indicazione degli atti più significativi che si intendono esentare), ma il piano nella sua interezza si paleserebbe come inattuabile, almeno come originariamente previsto. La correzione potrebbe allora essere attuata solo nell’ambito di una nuova attestazione del piano, che tenga conto del nuovo scenario e tracci un percorso di risanamento compatibile con questo».<sup>9</sup>

Si discute se il “*waiver*” concesso dal creditore sulla violazione del *covenant* sia considerabile come meccanismo di “*self-adjusting*” del piano. Sul punto, le “Linee guida” esigono che non ci sia una semplice tolleranza, ma che gli scostamenti siano stati effettivamente esaminati e, considerata la sostanziale tenuta del piano, la banca abbia concorso a un’effettiva “correzione” (con rinuncia in parte al credito o concessione di una maggiore dilazione), consentendo al piano «...di tornare (o restare) fattibile. Ciò in quanto il creditore può disporre del proprio diritto, e non certo di quello degli altri creditori o della generalità dei terzi».<sup>10</sup> Appare quindi evidente che la concessione del “*waiver*” in un contesto di piano di risanamento appare cosa ben diversa dalla concessione dello stesso per clienti “*in bonis*”, e comporta necessariamente degli interventi correttivi per l’ eseguibilità del piano, senza i quali quest’ultima verrebbe meno facendo cessare anche gli effetti protettivi *ex lege*.

<sup>9</sup> “Linee guida”, Raccomandazione n.14

<sup>10</sup> Ibidem

Va in ogni caso anche precisato che spesso l'attività di "monitoring" appare molto complessa, e richiede, oltre all'intervento di una specifica "Loan Agency" terza, chiamata a svolgere importanti compiti d'informativa e coordinamento tra le banche, anche la nomina di un CFO (*Chief Financial Officer*) all'interno del management aziendale, o di un apposito Comitato tecnico. La finalità è ovviamente quella di «... assicurare un flusso informativo costante, tempestivo e imparziale, senza tuttavia provocare un coinvolgimento nella gestione che può, a certe condizioni, essere inopportuno ed è generalmente non desiderato dagli stessi creditori»<sup>11</sup>. Il tema è alquanto delicato, in quanto eventuali "sconfinamenti" delle banche potrebbero comportare ipotesi di responsabilità civile per abusiva eterodirezione della società ex art.2497 c.c. Ovviamente il ceto creditorio deve sempre evitare la possibile riferibilità alla banca dell'amministrazione di fatto in virtù del rapporto contrattuale nascente dalla convenzione di risanamento.

Va anche sottolineato che sarebbe quantomeno auspicabile che l'esperto non si limitasse solo ad asseverare il piano, ma che tempo per tempo continuasse a condurre attivamente i suoi interventi e le sue analisi per testare la tenuta delle "milestone" che egli stesso ha dichiarato ragionevoli. È purtroppo ancora molto raro che succeda, e spesso in caso di mancata tenuta dei piani l'esperto iniziale viene addirittura sostituito da altro esperto (che deve ricominciare da capo).

Il tema dell'affidamento delle attività di monitoraggio dei piani è sicuramente ancora aperto e dibattuto, ma purtroppo è rimasto abbastanza nell'ombra rispetto alle più consuete tematiche tecnico-legali. Tale tema rimane centrale in quanto la verifica della "significatività" o meno degli scostamenti richiede un'attenta verifica e revisione degli originari elementi costitutivi dell'azione di risanamento. In termini bancari, è come se tutta la "pratica" debba essere oggetto di una nuova istruttoria. Accertata la "significatività" di tali scostamenti, lo scenario a questo punto imporrà la necessità della "riattestazione" (se ancora fattibile) o l'inevitabile insorgere di una procedura concorsuale, in quanto la continuazione dell'attività da parte di un'impresa (divenuta nel frattempo) insolvente è *in re ipsa* dannosa sia per l'impresa stessa che per il mercato. La banca, pertanto, che omette di osservare le regole di condotta tipizzate, viola i principi di correttezza, buona fede contrattuale e non valuta con la dovuta diligenza i dati e le informazioni che scaturiscono dall'attività di "monitoring", o peggio ancora fa permanere artificiosamente in un ambito di "restructuring" un soggetto che non versa più in uno stato di crisi reversibile, potrebbe incorrere nei rigori della legge penale fallimentare, nonostante l'esimente dell'art.217-bis l.fall. Parimenti, analoghi rischi legali le banche potrebbero incorrere nell'aderire a nuove attestazioni di piano che dovessero presentarsi a priori infondate o irragionevoli in

---

<sup>11</sup> "Linee guida", raccomandazione n.13

una prognosi di evidente irrecuperabilità della situazione di crisi, tenuto conto della concreta e evidente impossibilità dell'impresa di operare ancora proficuamente sul mercato<sup>12</sup>. Per tale ragione, sempre per finalità istruttorie, le banche dovrebbero utilizzare, almeno nei casi più complessi, apposite IBR (*Independent Business Review*) rilasciate da Advisor di comprovata fama, e con “*scope of work*” tarati per il caso specifico.

Qualora il piano sia diventato non più “idoneo”, e non ci siano meccanismi “*self-adjusting*”, sarà necessario redigere un piano alternativo e sottoporlo nuovamente all'asseverazione dell'esperto, sempreché ovviamente sia ancora percorribile la strada degli istituti di risanamento alternativi alle procedure concorsuali. È peraltro abbastanza chiaro e intuitivo che il meccanismo della “riattestazione” non può essere illimitato, specie quando appare con evidenza che alla crisi sta subentrando l'insolvenza: la “riattestazione” potrebbe inoltre essere accompagnata da richieste (*ex novo* o ulteriori) di “nuova finanza”, e/o di richiesta di moratoria o di capitalizzazione degli interessi corrispettivi, e questo dovrà pertanto indurre la banca a un esame particolarmente attento delle nuove “*assumption*”, per evitare i rigori della legge fallimentare in caso d'insorgenza di una procedura concorsuale.

Nell'ambito della “riattestazione” si assiste spesso nella prassi operativa a un dilemma. Superato un piano di risanamento ex art.67 l.fall., taluni propendono in ogni caso per un accordo di ristrutturazione ex art.182 bis l.fall., considerando che l'omologa del Tribunale competente rappresenti una sorta di “garanzia” della validità del piano. I “paladini” dell'art.182 bis l.fall. convengono infatti che dalla circostanza che al Tribunale spetti un potere-dovere di controllo “di merito” dell'accordo di ristrutturazione conseguirebbe una sorta di giudizio positivo, di *imprimatur* sull'idoneità della stesso al superamento della crisi e, quindi, un rischio minore rispetto ai piani attestati ex art.67 l.fall., d'impugnazione e/o responsabilità per gli atti compiuti in caso di successivo fallimento. Sul punto, va comunque sottolineato che nella valutazione del contenuto del controllo da parte del Tribunale (in carenza di espresse disposizioni normative) non si è purtroppo ancora giunti ad una condivisione di sistema, essendosi cristallizzati ben tre orientamenti, vale a dire quello del controllo “formale”, quello del controllo “di merito” e quello di “legalità sostanziale”. Le divergenze sono emerse anche in ambito giurisdizionale, e la Corte di Cassazione, in una recente pronuncia<sup>13</sup>, nel corso di un procedimento instaurato prima dell'emanazione del decreto legislativo n.169 del 2007, ha ritenuto che il controllo

<sup>12</sup> G.Cavalli, “La responsabilità degli organi sociali”, In Fall., 1997, pag.579 ss.

<sup>13</sup> Cassazione, 29 ottobre 2009 n.22927. Questa decisione è citata da Luigi D'Orazio, “Lavori in corso sugli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. 31 maggio 2010 n.78. Dal piano al controllo del Tribunale”, Archivio De Jure, Giurisprudenza di merito 2011, 2, 416

del Tribunale ex art.163 l.fall. (e qui siamo addirittura nell'ambito del concordato preventivo) abbia per oggetto solo la completezza e regolarità della documentazione, senza valutazioni di adeguatezza sotto il profilo del merito. Va inoltre segnalata un'importante decisione del Tribunale di Milano<sup>14</sup>, secondo la quale (si riporta la massima) "...in sede di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, il tribunale deve controllare che la relazione del professionista attesti, sotto la sua responsabilità, la fattibilità del piano e la sua idoneità ad assicurare il pagamento dei creditori dissenzienti. Qualora, poi, siano state proposte opposizioni, l'indagine cognitoria deve essere estesa al contenuto delle relative doglianze". Mentre, *a contrariis*, sempre seguendo tale decisione il controllo del tribunale nel caso in cui manchi un'opposizione, sarebbe di "mera legittimità".

Ferme restando le incognite che ancora aleggiano sull'istituto dell'accordo di ristrutturazione<sup>15</sup>, va detto in via preliminare che gli accordi di ristrutturazione, oltre ad avere tempistiche più dilatate, non sempre sono utilizzabili per i casi concreti.

Si pensi, ad esempio, alle situazioni in cui il ceto bancario non raggiunga di per sé il *quorum* del 60% e/o le situazioni in cui vi sono ingenti debiti di fornitura da regolare / riscadenzare (e con fornitori che non intendono aderire all'accordo di ristrutturazione), oppure alle situazioni in cui la pubblicazione dell'omologa potrebbe creare danni d'immagine, o ancora ai casi in cui emergono delle plusvalenze, scaturite dalla cessione ai creditori di beni a un valore superiore a quello fiscale, oppure delle sopravvenienze attive, per l'effetto della rinuncia parziale concordata dei debiti da parte dei creditori aderenti all'accordo. Trattasi, ovviamente, di componenti economiche straordinarie assoggettabili alle imposte dirette, in quanto attualmente non trovano automatica applicazione le disposizioni di non imponibilità applicabili in materia concordataria dagli art.86, V, e 88 VII comma, del T.U.I.R. Su questo punto, appare lecito pensare che il legislatore abbia concepito le disposizioni dell'art.48 del citato decreto-legge n.78 del 31 maggio 2010 (convertito nella legge n.122/2010) per far riemergere una nuova base imponibile! Detto art.48 risulterebbe pertanto frutto di un compromesso: garantire il superamento della crisi d'impresa garantendo *ex lege* la prededucibilità dei finanziamenti ponte, della nuova finanza e dei finanziamenti soci, nel presupposto che l'accordo di ristrutturazione si traduca anche in un maggior gettito fiscale per l'Erario.

Agli spesso feroci dibattiti "ideologici" sull'utilizzo dell'art.182 bis l.fall. in presenza di piani di risanamento ex art.67 l.fall disattesi, e che spesso non fanno che

<sup>14</sup> Tribunale di Milano, Sez.II, decr.,25 marzo 2010 – Pres. Lamanna – Rel. Vitiello, commentata da Alida Paluchowski in *Il Fallimento*,n.1 2011, pag. 92 e ss.

<sup>15</sup> Cfr. Alessandro Pellegatta, "Ristrutturazione del debito e risanamento delle imprese in crisi:verso un nuovo rapporto banca-impresa", in *Bancaria*, n.1/2011

distogliere gli operatori dalla disamina della situazione reale, lo scrivente predilige un esame più pacato e misurato, considerato peraltro che le stesse “Linee guida”, riportano testualmente quanto segue: «...anche se nulla vieta che il nuovo piano (di risanamento) incorpori (direttamente o per rinvio) dati ed elementi tratti dal precedente piano, esso è, a tutti gli effetti, “nuovo”, e deve essere perciò attestato ex novo per avere gli attesi effetti protettivi. La conclusione non muta se a essere non più attuabile è un piano inserito in un accordo di ristrutturazione, ed in tale caso occorre procedere ad una nuova omologazione (preceduta, verosimilmente, da una modifica dell’accordo) o da un’attestazione ex art.67, comma 3, lett.d) (nulla vieta, infatti, che un piano utilizzato ai sensi dell’art.182-bis venga modificato e utilizzato ai sensi dell’art.67, comma 3, lett.d), se l’accordo con i creditori lo consente»<sup>16</sup>.

Quello che invece, e non solo a parere di chi scrive, appare veramente essenziale è sempre la professionalità con la quale l’esperto asseveratore affronta la “riattestazione”, verificando l’attendibilità dei dati di partenza e facendo penetranti analisi di sensitività. Essendo il percorso di risanamento al suo secondo e decisivo “round”, la redazione del nuovo piano dovrebbe sempre orientarsi concretamente sull’analisi di recuperabilità del valore aziendale dell’impresa, sulla sostenibilità del debito, sulla probabilità di avveramento dei “forecast” di fatturato e redditività e sull’attendibilità dei nuovi “dati di partenza”. Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione, sotto un profilo di stretta funzionalità, non sono affatto dissimili. Medesima è la finalità di riequilibrio finanziario, ed entrambi esplicano lo stesso effetto protettivo. L’esperto asseveratore deve convincersi sull’attuabilità (per gli accordi) e perseguibilità (per i piani). Non si comprende peraltro la scelta del legislatore di riconoscere dignità giuridica ai soli accordi di ristrutturazione, ritenendo solo questi degni di omologazione da parte del Tribunale<sup>17</sup>. In sostanza, ciò che conta non dovrebbe essere “l’ospedale” ma solo l’adeguatezza della “cura” che deve sempre essere garantita da un piano idoneo, fattibile, attuabile. In tale prospettiva i due istituti potrebbero essere in futuro accorpati in una nuova figura ibrida, che avrebbe anche il pregio di smarcare l’annoso problema della “prededucibilità” dei finanziamenti ponte, della nuova finanza e dei finanziamenti soci (attualmente ammessa solo per gli accordi di ristrutturazione e non anche per i piani asseverati)<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> “Linee guida”, Raccomandazione n.15

<sup>17</sup> Giovanni La Croce, “Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”, *Giurisprudenza Italiana*, Novembre 2010, pag.2462

<sup>18</sup> *Ibidem*

### 3. Criticità normative e operative. Il finanziamento ponte

Il tema del finanziamento interinale (o “finanziamento ponte”) è stato affrontato dalle “Linee guida”, ma attende ancora, purtroppo, una soluzione sistemica. Nella prassi operativa è ormai abbastanza frequente per le banche, anche nella fase di “riattestazione” del piano, la possibilità di essere chiamate a prestare “nuova finanza” in via d’urgenza durante la delicata fase (che può durare anche alcuni mesi) che anticipa e precede il completamento della nuova manovra di risanamento e la “riattestazione” formale del piano. Spesso il ritardo con cui viene esplicitato lo stato di crisi, e l’insorgenza/aggravarsi dello stress finanziario fino alla sua plateale declamazione a seguito dello scostamento “sostanziale” delle proiezioni di piano rispetto ai dati consuntivati, possono far salire rapidamente la febbre aziendale fino ad uccidere l’impresa. Pur essendo necessario un certo arco temporale per redigere e asseverare il piano, come rilevato dalle “Linee guida”, tale periodo interinale durante il quale dovrebbero essere preservate le prospettive di continuità aziendale per le imprese in ristrutturazione rimane tuttora ancora non disciplinato dalla legge.

Al momento della pubblicazione delle “Linee guida” gli stessi redattori rilevavano sul punto che non fossero ancora maturate sufficienti riflessioni per poter fondare suggerimenti operativi. Fermo restando che il tema del finanziamento ponte altro non rappresenta che l’evidenza tangibile del fatto, incontestabile, che lo stato di crisi non è emerso con la tempestività dovuta, e cioè prima che la situazione diventasse difficilmente controllabile sul piano finanziario, in questa fase molto delicata le banche sono ben consapevoli di operare fuori dalle tutele offerta dalla formale asseverazione del piano ex art.67/182-bis l.fall. e dalle esimenti introdotte dal nuovo art. 217-bis l.fall.

Alla presenza di un evidente vuoto normativo, prestando il finanziamento ponte le banche si espongono a rilevanti rischi di credito e reputazionali. Peraltro, il piano di risanamento potrebbe in seguito non conseguire gli effetti sperati o, addirittura, non essere nemmeno perfezionato. Nella consapevolezza del quadro attuale di obiettiva minor tutela per le banche, il finanziamento ponte potrebbe essere addirittura oggetto d’impugnativa da parte del curatore, che in un momento successivo all’insorgenza della procedura concorsuale classica potrebbe contestare le ragioni e la ragionevolezza dello stesso, sostenendo che il finanziamento ponte concesso nella fase di “riattestazione” non solo non ha preservato le necessarie condizioni di “continuità aziendale” ma ha addirittura incrementato irreversibilmente il passivo, distogliendo ulteriori risorse dagli usi produttivi per far fronte al crescente debito per interessi.

Ferme restando le dichiarazioni di principio evidenziate nelle “Linee guida” sul finanziamento ponte, si pongono pertanto nella prassi operativa alcuni seri interrogativi che ruotano intorno ai requisiti minimali di tale forma d’intervento. Se appa-

re incontestabile che la concessione di un finanziamento ponte per il pagamento di fornitori strategici e dei dipendenti possa essere considerato sempre necessario ai fini di tutela della continuità aziendale, qualche motivato dubbio può emergere in presenza di pagamenti richiesti, ad esempio:

- (i) per pagare fornitori non considerati strategici (ma che potrebbero, comunque, avanzare o aver già avanzato istanze esecutive individuali);
- (ii) per pagare imposte arretrate o contributi previdenziali (visto che, almeno in linea di principio, sia per le imposte che per i contributi è possibile avanzare richiesta di pagamenti dilazionati all'Erario e agli Enti previdenziali);
- (iii) per anticipare il saldo di ulteriori necessità che sono contemplate nella manovra di risanamento (es: spese necessarie per liquidare asset o anticipazioni di crediti che si otterrebbero da dismissioni/cessioni contemplate dalla successiva manovra). Il tema delle anticipazioni su crediti futuri appare particolarmente delicato, in quanto alcune dismissioni aziendali, che nella fase ex ante possono essere considerate 'ragionevoli' e comunque 'autoliquidanti', potrebbero non esserlo più a valle della concessione del finanziamento ponte. Si pensi, ad esempio, a una proposta irrevocabile di acquisto formulata da parte di un terzo su un bene immobile di un'impresa in crisi e che la stessa vorrebbe dismettere per far cassa a servizio dei rimborsi previsti dal piano, o alla cessione di un ramo di azienda o di altri asset sottoposti ex lege ai pareri di Autorità pubbliche o ai pareri delle Autorità antitrust.

Tutte queste situazioni, spesso molto complesse e che presentano margini di aleatorietà e di irragionevolezza sopravvenuta, dovrebbero indurre sempre le banche a valutare la "stretta funzionalità" del finanziamento ponte ad un piano che sia effettivamente "in corso di avanzata elaborazione" (come richiesto dalle "Linee guida"), e a condurre qualificate istruttorie e accurate verifiche tecnico-legali indipendenti rispetto alle attività dell'Esperto asseveratore. Valutazioni, istruttorie e verifiche che non potranno tuttavia eliminare del tutto i margini di errore di valutazione.

Inoltre, il tema del finanziamento ponte nei gruppi d'impresa in crisi, con società rientranti nel perimetro del bilancio consolidato che possono essere anche assoggettate a legislazioni straniere, si interseca con l'ulteriore tema dei possibili conflitti d'interesse tra controllante e controllate e dei possibili conflitti tra i soci. In tali casi, le banche dovrebbero sempre prestare massima attenzione e guardare con sospetto l'esistenza di eventuali sacrifici, non giustificati o giustificabili o comunque non leciti, di una componente a favore di altre a livello di gruppo economico. È il caso, ad esempio, dei piani di risanamento della controllante (holding pura o mista) che si basano su apporti (caratteristici o straordinari) delle controllate, e dove si potrebbero porre dei problemi d'impugnativa dei soci o dei creditori della controllata, in quanto la manovra potrebbe essere a loro pregiudizievole. Come peraltro rilevato

dalle “Linee guida”, qualora la controllata (sempre che sia di diritto italiano) dovesse fallire, l’eventuale irrevocabilità dell’apporto, in quanto coperto dall’asseverazione del piano, non sarebbe comunque indenne da eventuale illegittimità.

Le fattispecie del finanziamento ponte meriterebbero pertanto di essere espressamente contemplate dalle norme giuridiche, sia per la tutela delle banche dal rischio revocatoria sia per l’applicazione dell’esimente del nuovo art.217-bis l.fall. Le nuove norme dovrebbero, pertanto, contemplare nel dettaglio la casistica in cui il finanziamento ponte può essere concesso, esplicitando inoltre che tale concessione debba comunque rientrare nelle previsioni di un costruendo piano di risanamento in avanzata fase di elaborazione, dove per “avanzata fase di elaborazione” si dovrebbe intendere perlomeno l’esistenza di una bozza di un piano asseverato opportunamente circolarizzata al ceto bancario e che appaia non manifestamente irragionevole. Sul punto, si potrebbe richiedere una specifica attestazione dell’esperto, che lo stesso rilascerebbe sotto la sua personale responsabilità, sull’effettiva necessità del finanziamento ponte.

Peraltro, appare oltremodo necessario condizionare la concessione del finanziamento ponte alla presenza di meccanismi di ‘*alert*’ desumibili dalla documentazione aziendale; questa correlazione funzionale, infatti, eliminerebbe da un lato l’asimmetria informativa che spesso s’insinua tra impresa debitrice e banca, e dall’altro scaglionerebbe il management e le figure di controllo aziendali dal procrastinare il momento di emersione della crisi connessa allo “sforamento” sostanziale del piano. In breve, qualora fossero richiesti precisi ‘*warning*’ enucleabili, ad esempio, dai verbali dell’Organo amministrativo e/o delle relazioni dei sindaci (e anche dei revisori), la concedibilità del finanziamento ponte potrebbe rappresentare un utile ‘incentivo’ immediato per superare le condizioni di difficoltà, e sul quale le banche potrebbero ottenere le necessarie forme di tutela dal rischio revocatoria e dai rischi legali. Le nuove norme dovrebbero inoltre esplicitare se il finanziamento ponte possa o meno essere garantito dall’impresa, o se invece le banche debbano solo invocare la garanzia generica del patrimonio aziendale e affidarsi unicamente alla caratteristica ‘autoliquidante’ del finanziamento ponte. Anche tale tema appare molto delicato, in quanto, in una fase *ex post* il finanziamento ponte potrebbe essere letto o interpretato come un evento di violazione della *par condicio* e apparire come preferenziale. Parimenti, andrebbero disciplinati anche i casi di finanziamento ponte in presenza di gruppi d’impresa.

Considerato anche il tema spinoso della possibile insorgenza dei reati di bancarotta preferenziale, per i finanziamenti ponte ben strutturati, sottoposti all’attento vaglio delle banche e dell’Esperto e concessi per le fattispecie individuate dalla norma che sarebbe auspicabile venisse emanata, appare opportuno anche estendere l’esimente indicata dal nuovo art.217-bis l.fall. Stando all’attuale legislazione, le som-

me immesse in azienda a titolo di finanziamento ponte potrebbero infatti essere *ex post* lette e interpretate, in caso di mancata definizione della manovra di risanamento e/o di insorgenza del fallimento, come atti non strettamente necessari per garantire la sopravvivenza dell'impresa (poi comunque fallita) in quanto finalizzati a prestazioni estintive di obbligazioni che, sempre *ex post*, potrebbero subire rilievi e censure da parte degli Organi delle procedure concorsuali e dei Giudici. Il rischio è che venga sempre *ex post* contestata l'indispensabilità di alcuni pagamenti disposti a fronte dei finanziamenti ponte, mentre in realtà – come ben descritto da Enrico Granata<sup>19</sup> – già fin d'ora (a prescindere da interventi del legislatore) l'eventuale contestazione non dovrebbe mai riguardare tutte le operazioni che rispondono alle logiche dell'attività d'impresa.

#### **4. Ritardi nella segnalazione degli scostamenti significativi. Mancato coordinamento tra normativa civilistica e fallimentare. Necessità d'introduzione di meccanismi istituzionali di 'alert' per la crisi d'impresa**

Come già detto e ampiamente noto, sia per fattori culturali sia per carenza di previsioni sistemiche, spesso l'emersione dello stato di crisi aziendale e dello "sforamento" del piano avviene con grande e grave ritardo, compromettendo la percorribilità di una nuova la manovra di risanamento, che anche quando si esplica in piano asseverato ex art.67 l.fall. può comunque durare alcuni mesi, durante i quali possono venir meno (per varie ragioni tra loro interagenti) i presupposti e le condizioni per il mantenimento della continuità aziendale. Sul punto, volendo percorrere percorsi alternativi a quelli già disciplinati da legislazioni straniere (es: quella francese, che adotta la figura della "*Conciliation constatée*" (non omologata) prevista dall'art.611-8 del *Code de Commerce*, su cui non è questa la sede di dilungarsi, ma che prevedono comunque un controllo dell'Organo giurisdizionale), e volendo rimanere nell'ambito dell'autonomia negoziale che contraddistingue tuttora i piani ex art.67 l.fall., occorrerebbe superare nel modo più efficace e tempestivo i ritardi che emergono nella segnalazione di tali scostamenti, contenendo il più possibile le asimmetrie informative tra le aziende in crisi e le banche (che, spesso, sottendono a problemi relazionali). È infatti fondamentale che le banche e le imprese in crisi condividano, in primis, la fase della 'conoscenza' preliminare per poter poi accedere utilmente e proficuamente alla fase 'diagnostica' (redazione del nuovo piano). Nella fase iniziale la fonte 'diretta' non può che essere rappresentata dalla stessa impresa in crisi, fermo restando che anche le fonti 'indirette' sono altrettanto rilevanti (es: indagini settoria-

<sup>19</sup> Enrico Granata, "La rilevanza dei reati fallimentari nell'operatività bancaria", *Bancaria*, n.4/2010

li, fattori esogeni che impattano sulla generazione di cassa ecc.). La 'lettura della matericità' dei dati aziendali (quantitativi, qualitativi e andamentali) e dei flussi di cassa/tesoreria attesi, peraltro, non dovrebbe mai essere fine a se stessa, ma dovrebbe tendere a una visione prospettica e strategica di medio/lungo periodo (pur nella possibile aleatorietà delle previsioni), proprio per valutare se l'impresa dispone di tutte le necessarie condizioni per progettare nel futuro le sue potenzialità e le sue aspettative economiche.

Sarebbe pertanto quanto meno opportuno un miglior coordinamento normativo tra le norme civilistiche (es: artt. 2446 e 2447 c.c.) e gli artt. 67 e 182-bis l.fall., nel senso di prevedere meccanismi istituzionali di 'alert' che dovrebbero essere attivati tempestivamente dagli organi amministrativi e/o di controllo interno delle imprese per la segnalazione tempestiva della crisi d'impresa in senso lato, e per la segnalazione nello specifico di eventuali incertezze e rischi per quanto concerne le manovre di risanamento in atto, ponendo obblighi d'informativa (sanzionabili) in capo agli amministratori e ai sindaci. In tali casi, le imprese dovrebbero sempre consentire alle banche di colmare i 'gap' informativi e accedere ai necessari elementi di conoscenza indispensabili per avviare la fase diagnostica. In tal modo, il processo di risanamento insito nella "riattestazione" potrebbe divenire maggiormente efficiente, con benefici riflessi sui tempi medi di lavorazione, che si presentano ancora mediamente molto lunghi e incerti. Tempi che risultano spesso oltremodo dilatati proprio per le asimmetrie informative e per l'emersione di problemi che dovrebbero essere tempestivamente affrontati nella fase preliminare della 'conoscenza', e con rischi a carico delle banche non trascurabili (venendo peraltro meno gli effetti protettivi dell'attestazione del piano originario).

## 5. La ristrutturazione dei debiti nel concordato preventivo

Quando si parla di "riattestazione" di un piano, c'è spesso una sorta di convitato "di pietra". Trattasi della ristrutturazione dei debiti da attuarsi attraverso il concordato preventivo ex art. 160 l.fall.

Secondo alcuni, le banche, nelle situazioni più gravi, dovrebbero valutare più realisticamente i dossier e le proprie posizioni, adottando comportamenti ispirati a maggior prudenza e ragionevolezza, anche ai fini di tutela reputazionale. In caso di eccesso di leva finanziaria e di strutturale carenza di "cash flow" prospettica, sempre le banche dovrebbero valutare con maggiore attenzione la necessità/opportunità di accettare parziali "write off" del credito, sempre ovviamente nella prospettiva di ragionevolezza e condivisione delle manovre di risanamento a cui intendono aderire. In alcuni casi andrebbe inoltre vagliata con maggiore attenzione anche la percorribilità di concordati preventivi di risanamento c.d. "partecipativi", che prevedano for-

me articolate di conversione del credito in capitale di rischio (con privilegi o meno, con diritto di voto limitato o condizionato, con “*waterfall*” predeterminata in caso di successiva cessione dell’impresa ecc.). Tuttavia, tale forma di concordato “partecipativo”, come sottolineato da Sido Bonfatti<sup>20</sup> appare purtroppo ancora molto rara, e marginale, essendosi affermate nella prassi operativa due sole figure prevalenti di concordato: quella ‘a saldo e stralcio’ e quella dell’affitto, che spesso si traducono in pesanti defalchi per le ragioni di credito delle banche creditrici, specie quando interviene un assuntore che, *in primis*, chiede una drastica riduzione della leva finanziaria originata da operazioni di *acquisition finance*.

Mentre la banca nel concordato si espone pertanto di norma a una perdita del credito, ci sono, invece, indubbi vantaggi per l’imprenditore nel richiedere il concordato preventivo<sup>21</sup> in luogo di un accordo di ristrutturazione. In particolare, nel concordato preventivo:

- (i) avviene un’esdebitazione verso tutti i crediti concorsuali ex art.184 l.fall., anche non conosciuti e comunque partecipanti al procedimento; mentre negli accordi di ristrutturazione non c’è alcun effetto remissorio per i creditori che non aderiscono alla convenzione, che invece devono essere rimborsati integralmente;
- (ii) non c’è più l’obbligo di pagare una determinata percentuale al ceto creditorio; oggi invece per gli accordi di ristrutturazione ex art.182-bis l.fall. occorre che aderiscano almeno il 60% dei creditori, mentre ai creditori non aderenti deve essere garantito il rimborso integrale; è purtroppo ormai una dura realtà per la banca vedersi proporre in ambito concordatario un rimborso per le sue linee chirografarie che spesso non supera il 10%, e questo sicuramente non favorisce l’adesione delle banche al concordato preventivo;
- (iii) come già riferito, per le componenti economiche straordinarie (plusvalenze e sopravvenienze attive) nell’ambito del concordato trovano automatica applicazione le disposizioni di non imponibilità degli art.86, V, e 88 VII comma, del T.U.I.R.; norme che, al contrario, non possono attualmente essere invocate nell’accordo di ristrutturazione.

Di contro, propendono per gli accordi di ristrutturazione la maggior snellezza della procedura e i minori costi, e soprattutto non si pongono i problemi del pagamento delle spese in prededuzione (es: compensi del CTU o dell’esperto, del Commissario giudiziale, del Liquidatore ecc.). Occorre comunque ribadire che l’intenzione del legislatore di potenziale l’accordo di ristrutturazione ex art.182-bis l.fall. si scontra ancora con le problematiche fiscali evidenziate al precedente punto (iii).

<sup>20</sup> Sido Bonfatti, “I concordati preventivi di risanamento”, in Il Caso.it, 4 febbraio 2011

<sup>21</sup> Luigi D’Orazio “Lavori in corso sugli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. 31 maggio 2010 n.78. Dal piano al controllo del Tribunale”, Archivio De Jure, Giurisprudenza di merito 2011, 2, 416

## 6. Conclusioni

È convinzione dello scrivente che il “*restructuring*” sia ancora in una fase di “cantiere”, con attività in corso che non sono di semplice “fine lavori”. I tre istituti (piano di risanamento, accordo di ristrutturazione e concordato preventivo ex art.160 l.fall.) nella prassi operativa stanno vivendo fasi e situazioni d’incertezza.

Ed è sempre convinzione dello scrivente che occorrerebbero nuovi interventi legislativi di razionalizzazione e di maggior coordinamento tra norme civilistiche, fiscali e fallimentari, e che dovrebbero tra l’altro portare alla formulazione di due soli istituti: il primo (un ibrido tra piano di risanamento e accordo di ristrutturazione), da destinarsi per le situazioni meno “gravi”, e da assoggettare a semplice omologa (*rectius*: mero controllo formale) del Tribunale, con una procedura snella e con “*timing*” brevi; il secondo, il concordato preventivo, anche eventualmente nella forma c.d. “partecipativa”, nei casi più gravi (quando la leva finanziaria è insostenibile e si presenta come inevitabile e necessario un intervento di defalco della stessa).

I piani di risanamento asseverati e gli accordi di ristrutturazione del debito rappresentano spesso situazioni molto delicate e complesse, che vanno affrontate e gestite sia da parte dell’impresa sia della banca con la massima responsabilità, trasparenza, riservatezza e professionalità. Va inoltre anche posto l’accento sul fatto che il mantenimento per la banca di elevati *standing* di “buona fede” e di “diligenza professionale” nel corso di tutte le fasi del processo di risanamento (e, pertanto, anche nella fase di “*monitoring*” ed eventuale “riattestazione” del piano) rappresenta sempre e comunque un elemento imprescindibile non solo per il buon esito del piano stesso, ma anche per evitare l’insorgenza di pericolosi rischi legali per le banche stesse in caso di sindacabilità a posteriori conseguente all’insorgenza di procedure concorsuali. Il tutto è stato egregiamente rappresentato dall’Associazione Bancaria Italiana (ABI), che emanando il citato “Codice di comportamento” già alla fine degli Anni Novanta ha anticipato e precorso i tempi. Tale codice, come ogni cosa su questo mondo, rivela tuttavia il segno degli anni, e sarebbe auspicabile che l’ABI stessa si facesse parte diligente per aggiornarlo agli attuali sviluppi, stimolando con la sua “*moral suasion*” l’adozione delle “*best practise*” (comportamentali e operative) da parte degli operatori bancari.

Le “Linee guida”, pur avendo ridotto l’incertezza operativa proponendo modelli di comportamento virtuosi, suggeriscono semplicemente (e non rendono obbligatorie) prassi operative che, pur aumentando il grado di sicurezza dell’operatore bancario, non sono comunque imposte dalla legge. Spesso non vengono applicate, e si assiste talvolta a tentativi di risanamento finanziario di imprese che, oltre ad essere in stato di liquidazione volontaria, hanno gravi deficit patrimoniali.

Anche gli esperti e gli advisor che operano nel “*restructuring*” dovrebbero, parimenti, fare “la loro parte”. Tutti gli attori dei processi devono, in sostanza, operare non

proiettando esclusivamente i propri interessi egoistici (o quelli dei propri clienti), ma considerando come obiettivo principale il risanamento dell'impresa in crisi e la "ragionevolezza" della manovra. In caso contrario, il rischio è davvero grande: i problemi, infatti, risorgerebbero nel medio o nel lungo termine. Su tale aspetto, e senza ovviamente voler fare la Cassandra, l'attuale mancata tenuta di molti piani di risanamento asseverati è probabilmente un primo segnale sintomatico che dovrebbe indurre anche gli esperti e gli advisor ad atteggiamenti di maggior rigore e obiettività.

La relazione del professionista asseveratore rimane ovviamente un punto centrale; alla perizia e alla completezza di tale relazione dipendono infatti sempre l'idoneità e la fattibilità dei percorsi di risanamento.

In sostanza, le attività di "*monitoring*" dei piani di risanamento rappresentano efficaci presidi del credito. Sul punto, anche le imprese ovviamente devono fare la loro parte, adempiendo con trasparenza agli obblighi informativi posti a loro carico e permettendo alle banche di conoscere la qualità dei propri impieghi, contenendo al minimo i rischi insiti nelle asimmetrie informative.

Le crisi si possono e si devono superare non soltanto in senso strettamente economico-finanziario, ma richiedono approcci culturali diversi e regole condivise per facilitare e favorire comportamenti virtuosi, nonché l'adozione ragionevole delle procedure di concertazione finalizzate a superare le difficoltà reversibili dell'impresa. Procedure che, a loro volta presuppongono il contributo decisivo e proattivo del sistema creditizio. L'augurio comune è che si torni all'economia reale, al primato dell'impresa come luogo di crescita e innovazione, e a un mercato responsabile, superando paure e atteggiamenti di passività, e soprattutto ricostruendo quel circolo virtuoso tra valori economici, valori finanziari e valori umani e quella "*capacità del fare*" che rappresentano il presupposto fondamentale della crescita sostenibile e del rapporto banca-impresa.



# *rivista di diritto privato*

**CACUCCI EDITORE**

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	RIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.		FAX	
	INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)		
INDIRIZZO		N. CIVICO		
CAP		LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2011	<input type="checkbox"/> abb. triennale (pagamenti con cadenza annuale)	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2011	<input type="checkbox"/> abb. triennale (pagamenti con cadenza annuale)
	€ 125,00	€ 375,00	€ 250,00	€ 750,00

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

## *Magistrati e Uditori giudiziari*

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39 - 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/62030890, o via e-mail [riviste@cacuccieditore.it](mailto:riviste@cacuccieditore.it). Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

## *Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.*

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari  
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777, e-mail: [riviste@cacuccieditore.it](mailto:riviste@cacuccieditore.it)

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA







# Provincia di Bari

*... per la cultura ...*



Foto: Nicola Amato

Sede Centrale Lungomare Nazario Sauro, 29 – 70121 Bari – Italy  
Centralino 39.080.54.12.111

ISBN 978-88-6611-071-2



9 788866 110712

€ 35,00