

# PUNTI DI MOTIVAZIONE

## Trib. Genova – App. Genova

### Sezione VI Civile

*Estratti di sentenze*

---

NEXT GENERATION UPP: NUOVI SCHEMI COLLABORATIVI TRA  
UNIVERSITÀ E UFFICI GIUDIZIARI PER IL MIGLIORAMENTO  
DELL'EFFICIENZA E DELLE PRESTAZIONI DELLA GIUSTIZIA NELL'ITALIA  
NORD-OVEST

#### **Prof. Vincenzo Ansanelli**

Responsabile scientifico Progetto *Next Generation UPP* DIGI-UNIGE  
Professore associato in Diritto  
processuale civile  
Dipartimento di Giurisprudenza  
Università degli Studi di Genova  
Via Balbi, 30 – 16126 Genova (GE)  
Email: [vincenzo.ansanelli@unige.it](mailto:vincenzo.ansanelli@unige.it)

#### **Team di progetto area civile UNIGE**

Dott. Filippo Noceto (assegnista –  
coordinatore)  
Dott.ssa Laura Antoniotti (assegnista)  
Dott.ssa Ludovica De Barbieri  
(assegnista)  
Dott. Eugenio Costa (assegnista)  
Dott. Riccardo Perotti (assegnista)

## *Presentazione*

Il presente lavoro si inserisce nell'ambito del Progetto *Next Generation UPP – Nuovi schemi collaborativi fra Università e Uffici giudiziari per il miglioramento dell'efficienza e delle prestazioni della giustizia nell'Italia nord-ovest* ed è stato realizzato da assegnisti di ricerca del Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Genova.

La rassegna consiste in una selezione di punti di motivazione estratti da recenti sentenze emesse dalla Sezione VI del Tribunale di Genova e della Corte d'Appello di Genova.

I tratti operativi della linea di intervento e gli obiettivi ricercati dalla stessa sono stati concordati e definiti insieme al Dottor Mario Tuttobene, Presidente della Sesta Sezione Civile del Tribunale di Genova.

Ordinati per tema, e tutti individualmente identificati da parole chiave che descrivono in sintesi il loro oggetto, i punti di motivazione esprimono principi di diritto astratti riguardanti questioni giuridiche ricorrenti in giurisprudenza e, principalmente, già oggetto di pronunce di legittimità.

Il presente lavoro intende contribuire al raggiungimento degli obiettivi di riduzione dei tempi di giudizio, inserendosi organicamente nel più ampio quadro delle finalità perseguite dal PNRR-Giustizia e delle sottese esigenze di certezza e prevedibilità delle soluzioni di indirizzo giurisprudenziale.

Genova, 15 giugno 2023

## INDICE - SOMMARIO

Opera .....	1
Tribunale .....	1
Somministrazione .....	3
Tribunale .....	3
Appello .....	11
Appalto .....	12
Tribunale .....	12
Appello .....	31
Fideiussione .....	35
Tribunale .....	35
Appello .....	49
Contratto di Mutuo .....	65
Tribunale .....	65
Appello .....	79
Conto corrente e altri contratti diversi da mutuo .....	87
Tribunale .....	87
Appello .....	126
Profili generali di diritto civile processuale .....	133
Appello .....	133
Varie .....	136

# OPERA

## TRIBUNALE

- **Prestazione d'opera intellettuale**
- **Prescrizione presuntiva del compenso professionale**
- **Ammissione implicita**

### **Punto di motivazione riportato testualmente**

**(Tribunale - R.G. 9820/2020 – Giudice Dott. Russo)**

Le prescrizioni presuntive sono caratterizzate dal fatto che trascorso un dato periodo, indicato variamente dagli articoli 2954-2956 c.c., il diritto di credito si presume estinto per intervenuto pagamento.

Trattasi dunque non di una vera e propria prescrizione, ma solo di una presunzione *iuris tantum* di estinzione, che ammette cioè la prova contraria, purché data nelle limitate forme previste dagli articoli 2959-2960 c.c., e cioè ammissione in giudizio del convenuto circa il fatto che l'obbligazione non è stata estinta e deferimento del giuramento decisorio.

L'ammissione che l'obbligazione non è stata estinta può essere anche implicita.

Si legga sul punto quanto statuito da Cass., sentenza n. 9042/1992: *“La prescrizione di cui all'art. 2956 n. 3 c.c. del diritto al compenso spettante ad un notaio per le sue prestazioni professionali, essendo fondata su di una presunzione legale di pagamento, non può trovare applicazione allorché il debitore abbia ammesso anche implicitamente di non avere corrisposto al professionista il compenso dovuto, come nel caso in cui il debitore eccepisca di non avere conferito al notaio l'incarico da cui dovrebbe discendere il controverso compenso”*.

- **Responsabilità ex art. 1669 c.c.**
- **Piscina**
- **Applicabilità ad un contratto di prestazione d'opera**
- **Nozione di gravi difetti di costruzione**

**(Tribunale – R.G. 1743 /2013 – Giudice Dott. Tuttobene)**

Anche una piscina è in grado di rappresentare un immobile destinato a lunga durata, ai sensi dell'art. 1669 c.c.

Il fatto che la norma sia dettata con riferimento all'appalto non osta, inoltre, a che essa sia ritenuta applicabile anche nei confronti del prestatore d'opera, posto che la differenza tra i due tipi contrattuali non attiene tanto al contenuto del contratto quanto alla organizzazione aziendale di chi realizza l'opera.

Per verificare la fondatezza della domanda, occorre stabilire se i vizi denunciati integrino quel carattere di gravità richiamato dall'art. 1669 c.c.

E' noto che, secondo il costante insegnamento della giurisprudenza, i gravi difetti della costruzione non si identificano necessariamente con quei fenomeni che influiscono sulla stabilità dell'edificio (ipotesi questa presa in considerazione dalla norma quando, in alternativa, fa riferimento al "*pericolo di rovina*").

Essi, invece, possono consistere anche in tutte quelle alterazioni che, pur riguardando direttamente anche solo una parte dell'opera, incidono sulla sua funzionalità globale, compromettendone in modo apprezzabile il godimento, tanto da renderla inidonea all'uso a cui è destinata.

# SOMMINISTRAZIONE

## TRIBUNALE

- **Servizio idrico integrato**
- **Natura contrattuale**
- **Ammissibilità dell'eccezione di inadempimento**

**(Tribunale – RG n. 2513/2020 – Giudice Dott. Mauceri)**

La tariffa che costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato è dovuta solo laddove il relativo servizio corrisponda ad un trattamento completo.

Per arrivare a tale conclusione occorre muovere da un dato ormai pacifico nella giurisprudenza anche di legittimità, che ha avuto modo di occuparsi del problema della qualificazione giuridica della tariffa idrica anche ai fini dell'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario: le somme dovute dall'utente a fronte del servizio idrico costituiscono il corrispettivo di una prestazione commerciale complessa che, per quanto determinata nel suo ammontare in base alla legge, trova fonte non in un atto autoritativo direttamente incidente sul patrimonio dell'utente, bensì nel contratto di utenza (Cass. Sez. Un., ord. 7 luglio 2017, n. 16832, da ultimo richiamata da Cass. Sez. III, Sent. 13-02-2020, n. 3692).

Del resto, il fatto che *“Tutte le quote della tariffa del servizio idrico integrato hanno natura di corrispettivo”* è affermato esplicitamente anche dall'art. 154 del D.lgs. 152/2006.

Una volta ricondotto il credito del prestatore del servizio idrico alla sua propria natura di corrispettivo contrattuale, devono tendenzialmente trovare applicazione (ove non derogate da norme speciali) le regole generali del codice civile in tema di obbligazioni, e prima di tutto il principio, sancito dall'art. 1460 c.c, secondo cui il debitore può rifiutare il pagamento fino a quando non sia stato fornito o quantomeno offerto un adempimento completo ed esatto della controprestazione.

Del resto in questa logica sembra muoversi proprio la più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, secondo cui *“va affermato il principio secondo il quale, in caso di mancata fruizione, da parte dell'utente, del servizio di depurazione, per fatto a lui non imputabile, è irragionevole, per mancanza della controprestazione, l'imposizione dell'obbligo del pagamento della quota riferita a detto servizio”* (Cass. Sez. 5, sent. 18 aprile 2018, n. 9500, recentemente richiamata da Cass. Sez.3, sent. 13-02-2020, n. 3692).

Il diritto dell'utente alla restituzione delle somme pagate a titolo di tariffa di depurazione, qualora il servizio concretamente erogato non sia conforme alle prescrizioni normative, deriva, insomma, dall'applicabilità alla fattispecie delle norme codicistiche in tema di obbligazioni contrattuali, e va affermato a meno che non si riconosca l'esistenza di qualche norma speciale che deroghi alla disciplina generale.

- **Addizionale sulle accise in materia di energia elettrica**
- **Azione di ripetizione dell'indebito**
- **Ammissibilità**

**(Tribunale – RG n. 4444/2020 – Giudice Dott. Mauceri)**

L'addizionale sulle accise in materia di energia elettrica è stata introdotta da una fonte legislativa nazionale (d.l. 511/1988) al fine di assicurare le necessarie risorse alla finanza regionale e locale e di garantire l'assolvimento dei compiti istituzionali. Essa trova il proprio fondamento nell'art. 6, comma. 2, D.L. n. 511/1988, norma abrogata dal legislatore italiano con decorrenza 1 gennaio 2012 per le Regioni ordinarie, e dal 1 aprile 2012 per le Regioni a Statuto Speciale, rispettivamente dall'art. 18, comma 5 del D.Lgs n. 68 del 6 maggio 2011 e dall'articolo 4, comma 10, del D.L. n. 16 del 2 marzo 2012, in quanto contrastante con il disposto della Direttiva comunitaria n. 2008/118/CE.

Il contenzioso che si sta delineando a livello nazionale è riferito al periodo precedente l'abrogazione dell'art. 6 e vede delinearsi due sostanziali orientamenti giurisprudenziali: da una parte le pronunce dei Tribunali di Milano (ord. 13.3.2021, Dott.ssa Giannelli), Mantova (16.12.2020 Dott. Bertola) e Roma (19.02.2021, Dott.ssa Antonella Izzo) dall'altra l'orientamento del Tribunale di Torino (20.4.2021, Giudice Dott. Di Capua).

Se le pronunce dei Tribunali lombardi e di quello capitolino sono più propense a riconoscere la diretta applicabilità dell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia Europea del diritto unionale e quindi dell'art. 1 par. 2 direttiva 2008/118/CE, con conseguente disapplicazione della norma impositiva nazionale esistente *ratione temporis* in quanto contrastante, il ragionamento svolto dal tribunale sabaudo fa maggiormente leva sulla mancanza di efficacia orizzontale della direttiva, con conseguente sua inapplicabilità nei rapporti tra privati (ossia utente finale e fornitore) e quindi rigetto della domanda, evidenziando come le sentenze della Suprema Corte intervenute in materia e citate dalle difese di coloro che svolgono le azioni di ripetizione (Cass. 27099 e 29980 del 2019) abbiano

riguardato il diverso rapporto tributario tra utente finale e Amministrazione dello Stato, alla quale era stato richiesto direttamente il rimborso.

Si ritengono maggiormente persuasive le argomentazioni delle corti di merito che hanno riconosciuto l'azione svolta.

Le norme interne che istituiscono un'imposta addizionale priva di finalità specifica, come è appunto quella dell'art. 6 comma 2 del D.L. 511/88, sono in contrasto con il diritto dell'Unione e in particolare con la Direttiva n. 2008/118/CE. L'art.1 par. 2 direttiva 2008/118/CE stabilisce infatti che: *“Gli Stati membri possono applicare ai prodotti sottoposti ad accisa altre imposte indirette aventi finalità specifiche, purché tali imposte siano conformi alle norme fiscali comunitarie applicabili per le accise o per l'imposta sul valore aggiunto in materia di determinazione della base imponibile, calcolo, esigibilità e controllo dell'imposta; sono escluse da tali norme le disposizioni relative alle esenzioni”*.

Punto decisivo è la sussistenza di una finalità specifica, intendendosi come tale una finalità che non sia puramente di bilancio. Perché un'imposta possa garantire la finalità specifica invocata, occorre che il gettito di tale imposta sia obbligatoriamente utilizzato *«al fine di ridurre i costi ambientali specificamente connessi al consumo di energia elettrica su cui grava l'imposta in parola nonché di promuovere la coesione territoriale e sociale, di modo che sussiste un nesso diretto tra l'uso del gettito derivante dall'imposta e la finalità dell'imposizione in questione»* (Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) nella sentenza 5 marzo 2015 in causa n.C-553/13).

Dalla disapplicazione di tale norma deriva quindi il carattere indebito della traslazione dell'addizionale provinciale all'accisa sull'energia elettrica e l'obbligo del rivenditore di restituire all'utente l'importo.

- **Cessione di ramo di azienda**
- **Successione nei contratti di durata già stipulati e non esauriti**
- **Pagamento dei debiti relativi all'azienda ceduta anche da parte del cessionario**

**(Tribunale – RG n. 3818/2022 – Giudice Dott. Russo)**

In caso di cessione di ramo di azienda, vengono trasferiti anche i debiti dell'azienda medesima anteriori alla cessione.

Ciò in base a quanto disposto dall'art. 2558 c.c., che statuisce che il cessionario risponde dei debiti indipendentemente dal fatto che detti debiti risultino dai libri contabili obbligatori (quindi indipendentemente dal 2560 c.c.), inserendosi la responsabilità nell'ambito della più generale sorte



del contratto (purché, beninteso, non già del tutto esaurito), anche se in fase contenziosa al tempo della cessione dell'azienda.

E' bensì vero che secondo parte della dottrina, che muove dal presupposto che l'art. 2558 c.c. si applichi nei casi in cui sono pendenti entrambe le prestazioni, la successione nel contratto in favore del cessionario dell'azienda ai sensi della norma in esame avverrebbe, nel caso dei rapporti di durata come quello in esame, solo con riguardo alle future fasi esecutive, ma non si estenderebbe ai crediti o ai debiti legati alle prestazioni eseguite prima della cessione. Tali debiti e crediti si trasferirebbero unicamente secondo le ulteriori regole poste dagli artt. 2599 e 2560 c.c.

In questo senso sembrava orientata fino a non molto tempo fa anche qualche pronuncia giurisprudenziale: per esempio Cass. 840 del 2012 aveva (seppur incidentalmente) osservato che *"nei rapporti di durata, il problema delle prestazioni già eseguite dovrà trovare la propria regolazione, avendo - in parte qua - il rapporto generato dei diritti di credito ormai pienamente consolidati ed autonomi, sulla base delle disposizioni contenute negli artt. 2259 e 2260"*.

Tuttavia, tale orientamento era contraddetto da altre decisioni: già con la sent. n. 8219 del 1990 la Corte di Cassazione aveva affermato che *"La successione nei contratti, a norma dell'art. 2558 (...) può intervenire in qualsiasi fase del rapporto contrattuale, purché non del tutto esaurito (...). Ciò è in armonia con la natura giuridica dell'Azienda, che si configura come "universitas juris" comprendente cose materiali, mobili e immobili, beni immateriali, rapporti di lavoro, debiti e crediti con la clientela e in genere tutti gli elementi organizzati in senso funzionale per l'esercizio di un'impresa"*.

In altri termini, la successione del contratto, per effetto della quale passano in capo al cessionario dell'azienda tutte le posizioni giuridiche che competevano al contraente originario, si verifica in relazione a tutti i contratti che non siano stati completamente eseguiti. Questo orientamento è divenuto in seguito prevalente. Mette conto qui riportare le statuizioni contenute in Cass. civ. Sez. III, Sent., 07-02-2013, n. 2961, secondo cui *"La cessione del contratto di locazione aziendale, se non altro in quanto inserito in una complessiva cessione di azienda (o di ramo di azienda), non comporta la scissione del rapporto di locazione o di affitto in due "sub-rapporti" distinti, ciascuno dei quali con un titolare dello status di locatore, ma appunto il pieno subingresso del cessionario nelle stesse posizioni giuridiche, attive e passive, facenti capo al cedente, purché collegate all'esercizio dell'impresa: tra le quali deve comprendersi anche il debito di restituzione di eventuali non dovute maggiorazioni di canone percepite dal cedente" (...)* *"La percezione, da parte del locatore pro tempore, di un'indebita maggiorazione di canone di immobile aziendale dà luogo quindi ad un debito immanente allo sviluppo pregresso dell'unitario rapporto locatizio aziendale (sviluppo del quale si è*

*non legittimamente avvantaggiato il precedente locatore, con detrimento delle ragioni di controparte), il quale non assume carattere personale e si trasferisce al cessionario dell'azienda, il quale, quand'anche non abbia materialmente percepito le somme relative, ne risponde verso il contraente ceduto”.*

Tale principio merita di essere recepito anche con riferimento al caso in esame, in quanto: a) è stato espresso in relazione ad una vicenda fortemente simile a quella per cui è causa: si tratta in ambo i casi di rapporti di durata nell’ambito dei quali viene chiesta la restituzione di somme pagate indebitamente al cedente; b) risponde alla nozione, universalmente accettata, della unitarietà dell’azienda, composta da una pluralità di beni e rapporti che devono essere conservati in capo ad un medesimo soggetto; c) evita di introdurre, nell’ambito delle obbligazioni nascenti da un contratto in corso, una scissione artificiosa (non esplicitamente imposta da alcuna disposizione di legge) tra le posizioni trasferite al cessionario e quelle che resterebbero in capo al cedente; d) è l’espressione di un orientamento che può dirsi oramai consolidato.

La Corte lo afferma, nella decisione in esame, criticando esplicitamente le affermazioni contenute nella sentenza n. 840 di cui si è detto in precedenza, e mostrando di voler dare continuità all’indirizzo opposto. Va aggiunto che il principio è stato poi recentemente ripreso da Cass., ord. n. 8055/2018, secondo cui *“In tema di cessione di azienda, il regime fissato dall'art. 2560, comma 2, c.c., con riferimento ai debiti relativi all'azienda ceduta, secondo cui dei debiti suddetti risponde anche l'acquirente dell'azienda allorché essi risultino dai libri contabili obbligatori, è destinato a trovare applicazione quando si tratti di debiti in sé soli considerati, e non anche quando, viceversa, essi si ricolleghino a posizioni contrattuali non ancora definite (nella specie, ad un contratto ad esecuzione continuata e periodica quale quello di somministrazione di gas), in cui il cessionario sia subentrato a norma del precedente art. 2558 c.c., inserendosi la responsabilità, infatti, in tal caso, nell'ambito della più generale sorte del contratto (purché, beninteso, non già del tutto esaurito), anche se in fase contenziosa al tempo della cessione dell'azienda”.*

E’ vero che il principio in esame, nella misura in cui consente l’imposizione al cessionario di oneri che non erano esplicitamente contemplati al momento della stipulazione, rappresenta un arretramento, dal punto di vista dell’acquirente, rispetto alle garanzie offerte dall’art. 2560 c.c, che limita la responsabilità ai debiti pregressi risultanti dai libri contabili obbligatori. Ma va osservato che, nell’ottica di un negozio traslativo che ha per oggetto una universalità di posizioni giuridiche come l’azienda, la regola dell’art. 2560 c.c, che limita l’ambito degli obblighi trasferiti, ha carattere eccezionale, e non può pertanto atteggiarsi come principio generale a cui dovrebbe uniformarsi l’interpretazione delle altre norme, tra cui l’art. 2588 c.c. A ben vedere, d’altronde, il fatto che il

cessionario dell'azienda possa essere esposto ad azioni restitutorie concernenti i pagamenti ricevuti dal cedente non introduce una inaccettabile lesione dell'affidamento del primo: nella sopra citata sentenza n. 2961 la Corte aveva osservato che in ogni caso *“il cessionario dell'azienda è evidentemente tutelato, in ordine alla riconoscibilità del debito medesimo ed alla sua valenza economica nel complessivo assetto di interessi alla cui autoregolamentazione si induce pattuendo con il cedente, dall'evidenza della misura del canone corrisposto in passato e della sua eccessività rispetto al dovuto o, comunque, dalla sua potenziale non conformità alla normativa imperativa vigente, desumibile dall'analisi dei contratti in corso”*.

- **Fornitura di energia**
- **Contestazione dei consumi**
- **Necessità di agire anche contro il soggetto distributore**

**(Tribunale – RG n. 5172/2019– Giudice Dott. Di Rago)**

Secondo costante giurisprudenza del Tribunale di Genova si ritiene che il soggetto che vende l'energia all'utente finale, in caso di contestazione dei consumi, sia tenuto soltanto a dimostrare di avere operato sulla base delle misurazioni rilevate e comunicate dal soggetto distributore.

La predetta misurazione dei consumi vincola sia il soggetto fornitore sia l'utente finale e se quest'ultimo intende contestare i consumi indicati in fattura è tenuto a procedere giudizialmente anche nei confronti del soggetto distributore (Tribunale Genova, Sez. VI, Dott. Tuttobene, sentenza 3 Febbraio 2014).

In caso contrario, rimanendo il giudizio confinato al rapporto contrattuale tra il cliente e il fornitore, nella valutazione di quest'ultimo non si può prescindere dalle misurazioni condotte dal soggetto distributore, ovviamente purché vi sia corrispondenza tra i consumi comunicati al fornitore e quelli da quest'ultimo fatturati.

- **T.I.C.O.**
- **Condizione di procedibilità**
- **Dichiarazione di improcedibilità del giudizio**

**(Tribunale – RG n. 12919/2017 – Giudice Dott. Di Rago)**

Il tentativo di conciliazione previsto dal c.d. TICO, Testo Integrato di Conciliazione, di cui alla Delibera del 5/05/2016 n. 209/2016/E/COM dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, in vigore a far data dall'1/01/2017, è previsto quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziale dall'art. 2, comma 24, lett. b), della L. 481/95 e dall'art. 141, comma 6, lett. c), del Codice del consumo.

In particolare, il menzionato art. 2, comma 24, lett. b), della L. 481/95 stabilisce che “*fino alla scadenza del termine fissato per la presentazione delle istanze di conciliazione o di deferimento agli arbitri, sono sospesi i termini per il ricorso in sede giurisdizionale che, se proposto, è improcedibile*”. Conseguentemente, l'art. 3, comma 1, del c.d. TICO stabilisce a sua volta che l'esperimento del tentativo di conciliazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale a norma delle disposizioni sopra ricordate.

In caso di ricorso ex art. 700 c.p.c. - come previsto dall'art. 669-octies, comma 6, c.p.c. - il ricorrente che abbia ottenuto un provvedimento di accoglimento non è obbligato a promuovere il giudizio di merito entro un termine perentorio e può, quindi, presentare istanza di mediazione/conciliazione e riservarsi all'esito di agire giudizialmente, senza alcun pregiudizio per la perdurante efficacia della cautela in tal modo ottenuta. Anche in casi del genere, di conseguenza, ove una disposizione di legge preveda un obbligo di mediazione/conciliazione a pena di improcedibilità del giudizio (di merito), permangono (e vanno garantite) le esigenze di deflazione del contenzioso avute di mira dal Legislatore.

Occorre stabilire quali siano le conseguenze del rilievo ufficioso dell'improcedibilità disposta dall'art. 2, comma 24, lett. b), della L. 481/95: se quest'ultima sia cioè da dichiarare *sic et simpliciter*, ponendo immediatamente fine al processo, o se sia invece possibile concedere a chi abbia agito in giudizio la possibilità di avviare il procedimento di conciliazione in un secondo momento, sospendendo il giudizio in attesa dell'esito di quest'ultimo. In detto caso il riferimento normativo sarebbe ovviamente al meccanismo introdotto dall'art. 5, comma 1, del D.Lgs. 28/2010.

Tuttavia, benché tale normativa costituisca per certi versi una sorta di disciplina quadro in materia di mediazione, occorre evidenziare come le controversie in materia di servizi di fornitura di gas ed elettricità non siano espressamente comprese nell'elenco delle liti per le quali la mediazione è condizione di procedibilità, sempre ai sensi del richiamato art. 5, comma 1, D.Lgs. 28/2010.

Occorre inoltre ricordare come le disposizioni che prevedono condizioni di procedibilità, costituendo deroga all'esercizio del diritto di agire in giudizio, non possano essere interpretate in maniera estensiva o analogica (Cass. civ., Sez. Lav., n. 967, 21 Gennaio 2004). Evidenziato, quindi, come il già menzionato art. 2, comma 24, lett. b), della L. 481/95 si limiti a prescrivere l'improcedibilità della

controversia azionata in giudizio in mancanza del previo esperimento del tentativo di conciliazione, senza prevedere altre “soluzioni” procedurali, deve necessariamente ritenersi che in questo caso il Giudice possa procedere esclusivamente alla dichiarazione dell’improcedibilità del giudizio.

- **Fornitura di energia**
- **Opposizione a decreto ingiuntivo**
- **Onere della prova in capo a parte opposta**
- **Non sufficienza delle fatture azionate in sede monitoria e dell’estratto autentico dei libri contabili**

**(Tribunale – RG n. 1885/2018 – Giudice Dott. Di Rago)**

Per costante giurisprudenza se le risultanze delle fatture azionate in sede monitoria e l’estratto autentico dei libri contabili nei quali le stesse sono state registrate sono sufficienti, ai sensi degli artt. 633 ss c.p.c., per ottenere tutela in via monitoria, la situazione muta in sede di opposizione al decreto ingiuntivo in tal modo ottenuto, dovendo il creditore replicare alle contestazioni avversarie fornendo piena prova del proprio credito (Cass. civ., Sez. VI, 11/03/2011, n. 5915), in quanto laddove il rapporto contrattuale sia contestato tra le parti la fattura non può costituire un valido elemento di prova delle prestazioni eseguite, potendo al massimo costituire un mero indizio (Cass. civ., Sez. II, 12/01/2016, n. 299).

Si evidenzia, inoltre, come la Suprema Corte abbia ripetutamente affermato come la bolletta sia in linea di massima idonea a dimostrare l’entità dei consumi della somministrazione in assenza di contestazioni da parte dell’utente laddove, in caso contrario, spetta al somministrante fornire la prova del *quantum*, ovvero la corrispondenza tra quanto riportato in bolletta e quanto emergente dal contatore (si veda, da ultimo, Cass. civ., sez. VI, 15/12/2017, n. 30290).

Non è inoltre ammissibile l’istanza istruttoria ex art. 210 c.p.c. svolta nel corso del giudizio, volta ad ottenere l’ordine di esibizione al soggetto distributore delle fatture di trasporto e/o la certificazione delle letture dei consumi relativi all’utenza, in quanto la richiesta della predetta documentazione deve essere effettuata per tempo dalla società opposta direttamente nei confronti del soggetto distributore locale. Solo la mancata risposta da parte di quest’ultimo giustifica la necessità di ottenere un specifico ordine di esibizione giudiziale, rimedio processuale di carattere straordinario e residuale, che non può essere concesso in favore della parte che abbia la possibilità di acquisire un documento in proprio e di produrlo quindi in causa (Cass. civ., Sez. III, 6/10/2005, n. 19475).

Del pari è inammissibile la richiesta della parte opposta in merito al licenziamento di una CTU contabile, richiesta evidentemente del tutto esplorativa, per le medesime ragioni di cui sopra.

## APPELLO

- **T.I.C.O.**
- **Condizione di procedibilità**
- **Incompatibile con procedimento monitorio**

**(Corte d'Appello – RG n. 170/2020 – Sentenza n. 332/2023 pubbl. il 28/03/2023 – Giudice Dott. Cannata, Dott. Casale, Dott. Traverso)**

Il tentativo di conciliazione davanti al servizio di conciliazione dell'AEEG (Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico) o davanti agli organismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie di cui alla Delibera 209 del 5 maggio 2016 dell'AEEG – previsto dalla medesima delibera, emanata in attuazione dell'art 2 comma 24 lett. B) della Legge 14 novembre 1995 n. 481, dell'art 11 comma 6 lettera c) del Codice del Consumo e dell'art 2.1 del TICO (costituente l'allegato A alla citata delibera) - è obbligatorio, per espressa previsione normativa, con decorrenza dal 1 gennaio 2017, per i soli clienti finali e per i *prosumer* (cioè coloro che sono allo stesso tempo produttori e consumatori di energia elettrica) e non dagli operatori e dai gestori.

In ogni caso, il tentativo di conciliazione risulta incompatibile con la struttura e la finalità del procedimento monitorio, in quanto la conciliazione presuppone un giudizio che si svolga in contraddittorio attuale tra le parti.

In questo senso si è espressa recentemente la Cassazione a Sezioni unite con sentenza 8240/2020 che, con riferimento alla erogazione di servizi telefonici ha espresso il principio “*in tema di controversie tra le società erogatrici dei servizi di telecomunicazioni e gli utenti, non è soggetto all'obbligo di esperire il preventivo tentativo di conciliazione previsto dalla L. n. 249 del 1997 art 1 comma 11 chi intenda richiedere un provvedimento monitorio, essendo il preventivo tentativo di conciliazione strutturalmente incompatibile con procedimenti privi di contraddittorio o a contraddittorio differito*”, confermando un precedente orientamento espresso sempre in materia di telecomunicazioni (Cass 25611/2016) affermando che “*l'esigenza di immediata soddisfazione del creditore dotato di prova*

*scritta del credito posto a base del monitorio, che si realizza col differimento del contraddittorio rispetto alla formazione del titolo, verrebbe vanificata dal previo esperimento del tentativo di conciliazione”.*

Peraltro, la normativa generale in materia di negoziazione assistita e mediazione (DL132/2014 e L. 28/2010) esclude espressamente l'applicabilità dei procedimenti alternativi di risoluzione della controversia ai procedimenti per decreto ingiuntivo.

## **APPALTO**

### **TRIBUNALE**

- **Appalto**
- **Risoluzione per inadempimento**
- **Rigetto reciproche domande**

#### **Punto di motivazione riportato testualmente**

**(Tribunale - R.G. n. 12785/2017 – Giudice Dott. Gabriel)**

*Si richiama l'orientamento giurisprudenziale secondo cui “nei contratti con prestazioni corrispettive, ai fini della pronuncia di risoluzione per inadempimento in caso di inadempienze reciproche, il giudice di merito è tenuto a formulare un giudizio - incensurabile in sede di legittimità se congruamente motivato - di comparazione in merito al comportamento complessivo delle parti, al fine di stabilire quale di esse, in relazione ai rispettivi interessi ed all'oggettiva entità degli inadempimenti (tenuto conto non solo dell'elemento cronologico, ma anche e soprattutto degli apporti di causalità e proporzionalità esistenti tra le prestazioni inadempite e della incidenza di queste sulla funzione economico-sociale del contratto), si sia resa responsabile delle violazioni maggiormente rilevanti e causa del comportamento della controparte e della conseguente alterazione del sinallagma contrattuale. In difetto di prova sulla causa effettiva e determinante della risoluzione, il giudice non potrà dichiarare risolto il vincolo contrattuale per inadempienze equivalenti delle parti, ma dovrà limitarsi al rigetto di entrambe le domande per l'insussistenza dei fatti giustificativi posti a sostegno di esse” ove, in motivazione, si legge anche “al necessario riconoscimento della prevalenza dell'inadempimento di una delle parti su quello dell'altra il giudice del merito dovrà provvedere anche in ordine alle conseguenze di ordine risarcitorio” (Cass. 13840/2010, cui è conforme Cass. 18320/2015).*

- **Appalto e subappalto**
- **Art. 1676 c.c.**
- **Distinzione contratto di appalto e contratto di vendita/fornitura**
- **Azione di ingiustificato arricchimento**

#### **Punto di motivazione riportato testualmente**

**(Tribunale - R.G. n. 7664/2018 - Giudice Dott. Gabriel)**

La ratio di tale disposizione normativa [n.d.r. dell'art. 1676 c.c.] va individuata nella volontà di assicurare una particolare tutela in favore dei lavoratori ausiliari dell'appaltatore, atta a preservarli dal rischio dell'inadempimento di questi e può essere esercitata anche dai lavoratori del subappaltatore nei confronti del sub-committente (cfr. Cass. civ. n. 24368/2017 in parte motiva: *“la previsione contenuta nell'art. 1676 c.c., in base alla quale i lavoratori dipendenti dell'appaltatore hanno, nei confronti del committente, un'azione diretta allo scopo di conseguire quanto è loro dovuto con riferimento all'attività lavorativa prestata per eseguire l'opera appaltata, si applica anche ai dipendenti del subappaltatore nei confronti del subcommittente o subappaltante; sia in base al criterio di interpretazione letterale, in quanto il contratto di subappalto altro non è che un vero e proprio appalto che si caratterizza rispetto al contratto - tipo solo per essere un contratto derivato da altro contratto stipulato a monte, che ne costituisce il presupposto, sia in considerazione della ratio della norma, che è ravvisabile nell'esigenza di assicurare una particolare tutela in favore dei lavoratori ausiliari dell'appaltatore, atta a preservarli dal rischio dell'inadempimento di questi - esigenza che ricorre identica nell'appalto e nel subappalto”*).

*“In ordine alla distinzione del contratto di compravendita rispetto al contratto di appalto, nel contratto di appalto vi è un fare che può essere comprensivo di un dare, mentre nel contratto di compravendita vi è un dare che può comportare anche un fare. Pertanto, sono sempre da considerarsi contratti di vendita – e non di appalto – i contratti concernenti la fornitura ed eventualmente la posa in opera qualora l'assuntore dei lavori sia lo stesso fabbricante o chi fa abituale commercio di prodotti e dei materiali di che trattasi, salvo ovviamente che le clausole contrattuali obblighino l'assuntore degli indicati lavori a realizzare un quid novi rispetto alla normale serie produttiva, perché in questo caso dovrebbe ritenersi prevalente l'obbligazione di “facere”, in quanto si configurano elementi peculiari del contratto di appalto e precisamente l'“intuitus personae” e l'assunzione del rischio economico da parte dell'appaltatore. Qualora invece l'assuntore dei lavori di cui si dice non è né il fabbricante, né il rivenditore del bene da installare o mettere in opera,*



*l'attività di installazione di un bene svolta dal prestatore, risultando autonoma rispetto a quella di produzione e vendita, identifica o rinvia ad un contratto di appalto, dato che la materia viene in considerazione quale strumento per la realizzazione di un'opera o per la prestazione di un servizio"* (Cass. Civ., 17 gennaio 2014, n. 872) e *"Ciò che contraddistingue l'appalto dalla somministrazione è l'oggetto della prestazione, costituito nel primo caso da servizi prestati continuativamente, nel secondo da cose prodotte dal somministrante e da prestare in via continuativa, laddove, nel caso in cui l'attività di fare sia strumentale rispetto all'erogazione, la fattispecie va qualificata come somministrazione"* (Cass. 191790/2019).

*"L'azione di ingiustificato arricchimento di cui all'art. 2041 c.c., per la sua natura complementare e sussidiaria, può essere proposta solo quando ricorrano due presupposti: a) la mancanza di un titolo specifico idoneo a far valere il diritto di credito; b) l'unicità del fatto causativo dell'impoverimento sussistente quando la prestazione resa dall'impoverito sia andata a vantaggio dell'arricchito e lo spostamento patrimoniale non risulti determinato da fatti distinti, incidenti su due situazioni diverse e in modo indipendente l'uno dall'altro, con conseguente esclusione dei casi di arricchimento cd. "indiretto", nei quali l'arricchimento è realizzato da persona diversa rispetto a quella cui era destinata la prestazione dell'impoverito"* (Cass. Sent. n. 29672 del 22/10/2021).

- **Art. 1669 c.c.**
- **Nozione di vizi ex 1669 c.c.**
- **Prescrizione**

#### **Punto di motivazione riportato testualmente**

**(Tribunale - R.G. n. 9115 /2015 - Giudice Dott. Tuttobene)**

Secondo il fermo insegnamento della giurisprudenza, *"l'azione di garanzia ex art. 1669 c.c. ha natura personale e può esser fatta valere da qualsiasi titolare del bene oggetto della garanzia, senza necessità che al giudizio partecipino gli altri comproprietari, sia nel caso in cui i vizi denunciati riguardino la cosa comune, sia se investano delle unità immobiliari di proprietà esclusiva"* (sentenze 10/4/2000 n. 4485; 22/8/1995 n. 7080, richiamate anche da Cass. civ. Sez. II, 15-11-2006, n. 24301). Il principio è stato recentemente ribadito da Cass. civ. Sez. II Sent., 31/01/2018, n. 2436, secondo cui *"l'azione di cui all'art. 1669 c.c. intesa a rimuovere i gravi difetti di costruzione, nel caso in cui questi riguardino l'intero edificio condominiale e i singoli appartamenti, vertendosi in una ipotesi di causa comune di danno che abilita alternativamente l'amministratore del condominio e i singoli condomini ad agire per il risarcimento, senza che possa farsi distinzione tra parti comuni e singoli appartamenti*

*o parte di essi soltanto*". Devono ritenersi quindi legittimati i singoli condomini, né la sentenza pronunciata su istanza di solo alcuni di essi potrebbe ritenersi *inutiliter data*: essa, al contrario, spiegherebbe i suoi effetti anche in favore dei condomini che fossero rimasti estranei al giudizio.

Secondo l'ormai consolidato insegnamento della giurisprudenza, ripetutamente condiviso da questo Ufficio, il termine di prescrizione di cui all'art. 1669 c.c. decorre dal momento in cui l'attore acquisisce la *"conoscenza sicura dei difetti e tale consapevolezza non può ritenersi raggiunta sino a quando non si sia manifestata la gravità dei difetti medesimi e non si sia acquisita, in ragione degli effettuati accertamenti tecnici, la piena comprensione del fenomeno e la chiara individuazione ed imputazione delle sue cause, non potendosi onerare il danneggiato della proposizione di azioni generiche a carattere esplorativo"* (ass. civ. Sez. II, Ord. 10-10-2018, n. 25057 che a sua volta richiama: Cass. Sez. 2, Sentenza n. 1463 del 23/01/2008, Rv. 601284; conformi, Cass. Sez. 2, Sentenza n. 10048 del 24/04/2018, Rv. 648162; Cass. Sez. 1, Sentenza n. 2460 del 01/02/2008, Rv. 601449; Cass. Sez. 2, Sentenza n. 20853 del 29/09/2009, Rv. 610290; Cass. Sez. 2, Sentenza n. 11740 del 01/08/2003, Rv. 565596).

Secondo il fermo insegnamento della giurisprudenza, i gravi difetti richiamati dall'art. 1669 c.c. sono integrati da *"qualsiasi alterazione, conseguente ad un'insoddisfacente realizzazione dell'opera, che – pur non riguardando parti essenziali della stessa (e perciò non determinandone la "rovina" o il "pericolo di rovina"), bensì quegli elementi accessori o secondari che ne consentono l'impiego duraturo cui è destinata – incida negativamente e in modo considerevole sul godimento dell'immobile medesimo"* (Cass. civ. Sez. II, 04/10/2011, n. 20307). Il principio affermato dalla giurisprudenza in esame può essere compreso solo tenendo presente che l'azione ex art. 1669 c.c. è volta *"alla tutela dell'esigenza di carattere generale della conservazione e funzionalità degli edifici e di altri immobili destinati per loro natura a lunga durata"* (Cass. 08/05/2013, n. 10893). Occorre pertanto che il difetto trascenda gli interessi strettamente riferibili al bilanciamento delle prestazioni inerenti al contratto di appalto o di vendita, ma dia luogo ad una menomazione della funzionalità dell'immobile così rilevante da compromettere gli interessi generali di tutti i futuri utilizzatori del bene.

In altri termini, quando le sentenze in esame riconducono alla nozione di *"gravi difetti"* tutti quei vizi che incidono *"in modo considerevole"* sul godimento dell'immobile fanno riferimento, alternativamente:

- a vizi che compromettono la funzionalità di un singolo impianto (l'impianto di riscaldamento, l'ascensore esterno, ecc.) di fondamentale rilevanza per il normale godimento dell'immobile secondo la sua destinazione naturale;

- a vizi che compromettono diffusamente determinate componenti dell'edificio (i pavimenti interni, l'intonaco esterno), tanto da non rappresentare difetti isolati, bensì generalizzati, almeno potenzialmente, all'intera struttura, la cui funzionalità viene quindi ad essere menomata nella sua interezza.

E la ragione è evidente: senza un criterio di questo genere, una volta escluso che rilevanti ai fini dell'art. 1669 c.c. siano soltanto i vizi che compromettono la stabilità e la sicurezza dell'edificio, diventa impossibile distinguere il “grave difetto” di cui alla norma in esame da tutti i vizi dell'opera in relazione ai quali spetta al committente la sola garanzia di cui all'art. 1667 c.c.

- **Decadenza e prescrizione ex 1668 c.c.**

#### **Punto di motivazione riportato testualmente**

**(Tribunale - R.G. n. 1189 /2012 - Giudice Dott. Tuttobene)**

Secondo il fermo insegnamento della giurisprudenza, *“nel contratto di appalto, concernente l'esecuzione di un'opera, l'azione di garanzia per vizi può essere esercitata solo dopo la consegna dell'opera stessa, quale momento di adempimento della prestazione dell'appaltatore che ne presuppone, ovviamente, la ultimazione. Tanto si desume dal disposto dell'art. 1667 c.c., comma 3, che fa decorrere la prescrizione della relativa azione “dal giorno della consegna dall'opera”, afferente alla fase dell'esecuzione contrattuale; conseguentemente la prescrizione non opera fino a quando non avvenga, a seguito della ultimazione dei lavori, la consegna definitiva subordinata alla verifica ed all'accettazione dell'opera”* (Cfr. Cass. n. 271/2004; n. 14584/04; n.13631/13).

[P]er fare decorrere i termini di decadenza e di prescrizione è indispensabile che l'opera sia perfettamente conclusa in tutte le parti, perché fino a quando proseguono le lavorazioni è impossibile per il committente verificare se la situazione che ha di fronte sia lo stato definitivo dell'opera realizzata o non piuttosto una fase intermedia su cui verranno eseguite ulteriori rifiniture.

- **Vizi e difformità dell'opera**

#### **Punto di motivazione riportato testualmente**

**(Tribunale - R.G. n. 1938/2018 - Giudice Dott. Di Rago)**

*“In tema di appalto, qualora l'opera sia affetta da vizi e difformità che non ne comportano la radicale inutilizzabilità, ed il committente non ne pretenda l'eliminazione diretta da parte dell'esecutore, limitandosi, invece, a chiedere il risarcimento del danno per l'inesatto adempimento, i detti vizi non*

*escludono il diritto al compenso in capo al progettista ed al direttore dei lavori per l'opera professionale prestata, in quanto la domanda risarcitoria non presuppone lo scioglimento del contratto e le ragioni del committente trovano in essa adeguata tutela".*

- **Vizio di extrapetizione**
- **Onere della prova**

#### **Punto di motivazione riportato testualmente**

**(Tribunale - R.G. n. 4500/2021- Giudice Dott. Russo)**

*Cass., ordinanza n. 31664/2019: "Non ricorre il vizio di extrapetizione e, dunque, la violazione del principio contenuto nell'art. 112 c.p.c., quando il giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo revochi il provvedimento monitorio ed emetta un sentenza di condanna di questi per somma anche minore rispetto a quella ingiunta, dovendosi ritenere che nella originaria domanda di pagamento di un credito, contenuta nel ricorso per ingiunzione, e nella domanda di rigetto dell'opposizione (o dell'appello dell'opponente) sia ricompresa quella subordinata di accoglimento della pretesa per un importo minore".*

La Suprema Corte in punto onere della prova del mancato pagamento del debito ha statuito: *"Il creditore che agisce per il pagamento ha l'onere di provare il titolo del suo diritto, non anche il mancato pagamento, giacché il pagamento integra un fatto estintivo, la cui prova incombe al debitore che l'eccepisca. L'onere della prova torna a gravare sul creditore il quale, di fronte alla comprovata esistenza di un pagamento avente efficacia estintiva, ossia puntualmente eseguito con riferimento a un determinato credito, controdeduca che il pagamento deve imputarsi ad un credito diverso da quello indicato dal debitore, fermo restando che, in caso di crediti di natura omogenea, la facoltà del debitore di indicare a quale debito debba imputarsi il pagamento va esercitata e si consuma all'atto del pagamento stesso, sicché una successiva dichiarazione di imputazione, fatta dal debitore senza l'adesione del creditore, è giuridicamente inefficace"* (Cass. Sez. 2, Sentenza n.19527 del 09/11/2012. Si veda anche Cass., ordinanza n.24837 del 21/11/2014 e Cass. Sez. 3, Sentenza n.6217 del 31/03/2016).

- **Risoluzione del contratto di appalto**
- **1458 c.c.**

#### **Punto di motivazione riportato testualmente**

**(Tribunale - R.G. n. 13518/17 – Giudice Dott. Gabriel)**

Pur non essendovi nel codice civile una disposizione che regoli espressamente gli effetti della risoluzione di diritto, la migliore dottrina mette in luce come il disposto dell'art. 1458 cc, dettato per la risoluzione per inadempimento (*“La risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite”*), abbia quale spettro applicativo quello di tutte le ipotesi di risoluzione. Da ciò discende l'efficacia retroattiva della risoluzione, non essendo l'appalto un negozio ad esecuzione continuata o periodica (cfr. Cass. 8247/2009: *“l'appalto, anche nei casi in cui la sua esecuzione si protragga nel tempo, e fatte salve le ipotesi in cui le prestazioni in esso dedotte attengano a servizi o manutenzioni periodiche, non può considerarsi un contratto ad esecuzione continuata o periodica e, pertanto, non si sottrae, in caso di risoluzione, alla regola generale, dettata dall'art. 1458 cod. civ., della piena retroattività di tutti gli effetti, anche in ordine alle prestazioni già eseguite...”*, cui è conforme Cass. 22521/2011).

*“[I]n tema di appalto, gli effetti recuperatori della risoluzione in ordine alle prestazioni già eseguite operano retroattivamente, in base alla regola generale prevista dall'art. 1458 c.c., verificandosi, per ciascuno dei contraenti ed indipendentemente dall'imputabilità dell'inadempienza, una totale “restitutio in integrum”. Ne consegue che, nel caso di risoluzione del contratto per colpa dell'appaltatore, quest'ultimo ha diritto, in detrazione alle ragioni di danno spettanti al committente, al riconoscimento del compenso per le opere effettuate e delle quali, comunque, il committente stesso si sia giovato”* (Cass. 27640/2018, conforme a Cass. 6181/2011). *Il prezzo delle opere già eseguite, come precisato dalla sentenza della Suprema Corte n. 15705/2013, “può essere liquidato, a seguito della risoluzione del contratto, a titolo di equivalente pecuniario della dovuta restitutio in integrum”.*

- **Nullità del contratto**

**Punto di motivazione riportato testualmente**

**(Tribunale - R.G. n. 15381/17 – Giudice Dott. Gabriel)**

*Si è evidenziato che l'individuazione del trattamento civilistico dell'atto negoziale che si confronti con una fattispecie di reato dipende dal rapporto che, di volta in volta, si abbia tra reato e contratto (o negozio) (Sez. 3 sent. n. 26097 del 2016). Tradizionalmente quando il negozio si è concluso commettendo un reato, si usa distinguere l'ipotesi dei reati commessi nell'attività di conclusione di un contratto, cioè dei c.d. “reati in contratto”, e l'ipotesi dei reati che consistono nel concludere un determinato contratto, in sé vietato, cioè dei c.d. “reati contratto”. 6.2 In sintesi, la distinzione è la*

*seguente: nel caso in cui la norma incriminatrice penale vieti proprio la stipulazione del contratto, in ragione dell'assetto degli interessi che esso mira a realizzare, si è al cospetto del c.d. "reato-contratto" (es. la vendita di sostanze stupefacenti; la ricettazione ex art. 648 c.p.; il commercio di prodotti con segni falsi ex art. 474 c.p.); allorché, al contrario, la norma penale sanziona la condotta posta in essere da uno dei contraenti in danno dell'altro nella fase della stipulazione, rileva la categoria concettuale del c.d. "reato in contratto" (si tratta, per lo più, delle fattispecie di reato caratterizzate dalla cooperazione artificiosa della vittima come la violenza privata ex art. 610 c.p., l'estorsione ex art. 629 c.p., la circonvenzione di persona incapace ex art. 643 c.p., l'usura ex art. 644 c.p.) In merito ai c.d. reati in contratto la giurisprudenza di legittimità ha elaborato due distinti criteri per giudicare dell'invalidità del negozio concluso commettendo il reato: uno, di natura sostanziale, che tende a privilegiare la verifica della natura della norma penale violata, per valutare se si tratti di norma imperativa di ordine pubblico o comunque di rilevanza pubblica, perché posta a tutela di un interesse generale, sicché solo in tale eventualità il contratto che la viola si ritiene affetto da nullità perché in contrasto col primo comma dell'art. 1418 cod. civ.; un altro, di natura formale, che tende a privilegiare la verifica del vizio introdotto nel contratto a seguito della consumazione del reato, e dei possibili rimedi di tipo civilistico, secondo la rilevanza che la condotta vietata assume in questo ambito, sicché se la condotta del contraente - pur penalisticamente rilevante - comporti soltanto un vizio del consenso della controparte, il contratto si ritiene affetto da annullabilità, non da nullità (sul punto vedi Sez. 3 sent. n. 26097 del 2016 in motivazione).*

*6.3 Questa Corte si è orientata nel senso di privilegiare il primo dei due criteri interpretativi perché più coerente col disposto del primo comma dell'art. 1418 cod. civ., alla stregua di quella che è l'interpretazione più accreditata del sintagma contrarietà a «norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente» ivi contenuto. Ed invero si deve osservare che la nullità del negozio è lo strumento predisposto dal legislatore per realizzare o non frustrare, per il tramite di esso (e non soltanto della condotta dei contraenti, anche quando si tratti di violazione di divieti soggettivi di contrarre), interessi di carattere generale protetti dall'ordinamento. Pertanto, la violazione della norma penale dà luogo ad un negozio nullo ogni qual volta la disposizione violata si connoti come norma penale di ordine pubblico nel senso che l'interesse o il bene giuridico protetto dalla norma assume una connotazione pubblicistica (secondo una tesi dottrinale che restringe la nozione di norma inderogabile a quella, appunto, di interesse e di ordine pubblico; seguita, da ultimo, da Cass. n. 7785/16) ovvero solo quando la norma penale, tenuto conto della sua ratio, tutela interessi generali di rilevanza pubblica. Nella sentenza della Sez. III n. 26097 del 2016, sopra citata, si è ritenuto essere emblematica, in proposito, la giurisprudenza in tema di contratti conclusi da uno dei contraenti, mediante truffa o mediante circonvenzione di incapace. Quanto al primo, è consolidato*

*l'orientamento secondo cui il contratto concluso per effetto di truffa, penalmente accertata, di uno dei contraenti in danno dell'altro è non già radicalmente nullo (ex art. 1418 cod. civ., in correlazione all'art. 640 cod. pen.), ma solo annullabile, ai sensi dell'art. 1439 cod. civ., atteso che il dolo costitutivo del delitto di truffa non è ontologicamente, neanche sotto il profilo dell'intensità, diverso da quello che vizia il consenso negoziale, entrambi risolvendosi in artifici o raggiri adoperati dall'agente e diretti ad indurre in errore l'altra parte e così a viziarne il consenso. Pertanto, il contratto concluso non è nullo, né tanto meno inesistente, ma soltanto annullabile per vizio del consenso (così, da ultimo, Cass. n. 18930/2016, vedi anche Cass. n. 7468/2011). Quanto al secondo reato, si è affermato nella giurisprudenza di legittimità l'orientamento secondo il quale il contratto effetto di circonvenzione d'incapace, punito dall'art. 643 cod. pen., deve essere dichiarato nullo ai sensi dell'art. 1418 cod. civ. per contrasto con norma imperativa, giacché va ravvisata una violazione di disposizioni di ordine pubblico in ragione delle esigenze di interesse collettivo sottese alla tutela penale, trascendenti quelle di mera salvaguardia patrimoniale dei singoli contraenti perseguite dalla disciplina sulla annullabilità dei contratti (così Cass. n. 10609/2017, Cass. n. 7785/2016 e Cass. n. 2860/2008). I due diversi orientamenti, in relazione alle diverse ipotesi di reato, sono entrambi coerenti con l'interpretazione dell'art. 1418 cod. civ. cui si intende aderire, atteso che, nel primo caso, la norma penale violata (art. 640 cod. pen.) mira a tutelare un interesse privo di rilevanza pubblica, quale è quello connesso al patrimonio del soggetto passivo; nel secondo caso, la norma penale violata (art. 643 cod. pen.) mira a tutelare esigenze di interesse collettivo sottese alla tutela della libertà di autodeterminazione dell'incapace. 6.4 Sulla base di questa ricostruzione, nella successiva pronuncia n. 17959 del 2020, si è ricondotta alla seconda delle due ipotesi di c.d. “reati in contratto” la fattispecie oggetto di ricorso che attiene alla stipulazione di un contratto frutto della condotta estorsiva di una parte nei confronti dell'altra che ha stipulato i contratti oggetto della domanda di nullità per effetto della violenza o minaccia subita. Si è evidenziato, infatti, che secondo il consolidato indirizzo della giurisprudenza penale di legittimità, l'oggetto della tutela giuridica nel reato di estorsione è costituito dal duplice interesse pubblico della inviolabilità del patrimonio e della libertà personale.*

*(...) Il discrimen tra nullità e annullabilità (o altri rimedi civilistici) si ravvisa, in conclusione, per i cd. reati in contratto, nella natura imperativa della norma violata. Tale nozione, già prima delle sentenze citate, era contenuta nella sentenza del Giudice di Legittimità n. 26097/2016, richiamata da Cass. 17568/2022, laddove afferma che “la violazione della norma penale dà luogo ad un negozio nullo solo quando la disposizione violata si connoti come norma penale di ordine pubblico (secondo una tesi dottrinale che restringe la nozione di norma a quella, appunto, di interesse e di ordine*

*pubblico; seguita, da ultimo, da Cass. n. 7785/16) ovvero solo quando la norma penale, tenuto conto della sua ratio, tutela interessi generali di rilevanza pubblica”.*

- ***Nudus minister***
- **Verifica del progetto**

#### **Punto di motivazione riportato testualmente**

**(Tribunale - R.G. n. 3032/2010 – Giudice Dott. Mauceri)**

*Secondo l’unanime orientamento della Giurisprudenza di merito e di legittimità “In tema di appalto sussiste il dovere dell'appaltatore di osservare i criteri generali della tecnica relativi al particolare lavoro affidatogli e in tale ottica è obbligato a controllare, nei limiti delle sue cognizioni, la bontà del progetto e delle istruzioni ricevute dal committente e, ove queste siano palesemente sbagliate, può andare esente da colpa e responsabilità solo ove dimostri di aver manifestato il proprio dissenso e di essere stato indotto ad eseguirle, quale nudus minister, a causa delle insistenze del committente ed a rischio di costui. In mancanza l'appaltatore risponde a titolo di responsabilità contrattuale dell'opera compiuta ed è tenuto a garantire la stessa da vizi ed imperfezioni, senza poter invocare il concorso di colpa del progettista o del committente”. Cfr. fra tutte Cass. civ. Sez. II, 21/05/2012, n. 8016 Trib. Padova, 30/01/2015 Trib. Trento, 11/11/2014 App. Campobasso, 04/06/2014 Trib. Milano Sez. VII, 15/11/2012 Trib. Genova, 13/07/2012 Trib. Bologna Sez. II, 18/07/2012.*

- **Opere *extra* contratto**
- **Appalto a misura e appalto a corpo**

#### **Punto di motivazione riportato testualmente**

**(Tribunale - R.G. n. 11637/2019 - Giudice Dott. Russo)**

Occorre distinguere tra opere extra contratto e aumento della metratura di un’opera già prevista contrattualmente.

Le prime sono opere nuove e diverse rispetto a quelle pattuite in contratto, e possono essere riconosciute in favore dell’appaltatore laddove si dimostri che esse siano state concordate dalle parti o autorizzate dal committente, mentre l’aumento della metratura non è una nuova opera, e può determinare un aumento del prezzo dell’appalto e conseguente riconoscimento del maggior dovuto in favore dell’appaltatore laddove il prezzo della singola opera sia stato stabilito a misura.



In linea generale, infatti, nel caso delle opere per le quali il prezzo è stabilito a misura, le parti stabiliscono il valore monetario dovuto per singola unità lavorativa – che può essere, ad esempio, il metro quadro – il quale sarà poi moltiplicato, alla consegna dell'opera, alle unità effettivamente realizzate. La peculiarità della procedura di determinazione del prezzo delineata è individuabile nel fatto che l'importo complessivo dovuto dal soggetto committente potrà essere quantificato solamente una volta che sia stata realizzata l'opera oggetto di contratto; in questo caso, il rischio assunto dall'appaltatore sarà inevitabilmente minore rispetto all'ipotesi dell'appalto a corpo, in quanto il corrispettivo finale sarà sempre parametrato alle dimensioni effettive dell'opera realizzata.

- **Direttore dei lavori**
- **Responsabilità per vizi o difformità dell'opera appaltata**

#### **Punto di motivazione riportato testualmente**

**(Tribunale - R.G. n. 4277/2020 - Giudice Dott. Russo)**

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, al direttore dei lavori spetta l'alta sorveglianza dell'opera e la verifica della sua progressiva conformità al progetto e alle regole dell'arte.

Si legge in Cass., ordinanza n. 7336/2019: *“In tema di responsabilità conseguente a vizi o difformità dell'opera appaltata, il direttore dei lavori per conto del committente, essendo chiamato a svolgere la propria attività in situazioni involgenti l'impiego di peculiari competenze tecniche, deve utilizzare le proprie risorse intellettive ed operative per assicurare, relativamente all'opera in corso di realizzazione, il risultato che il committente-preponente si aspetta di conseguire, onde il suo comportamento deve essere valutato non con riferimento al normale concetto di diligenza, ma alla stregua della “diligentia quam in concreto”; rientrano, pertanto, nelle obbligazioni del direttore dei lavori l'accertamento della conformità sia della progressiva realizzazione dell'opera al progetto, sia delle modalità dell'esecuzione di essa al capitolato e/o alle regole della tecnica, nonché l'adozione di tutti i necessari accorgimenti tecnici volti a garantire la realizzazione dell'opera senza difetti costruttivi”*.

Ancora, la Suprema Corte (ordinanza n. 7370/2015) ha stabilito che il direttore dei lavori ha la responsabilità della opera nella sua interezza e che al medesimo compete, laddove rilevi che l'opera è affetta da vizi, di sospendere l'esecuzione dei lavori e sollecitarne la sanatoria.

Per il direttore lavori si assiste, quindi, ad una estensione, solidale e non sussidiaria, della presunzione di responsabilità posta dalla legge a carico dell'appaltatore.

- **ATP ante causam**
- **Ripartizione delle spese**

#### **Punto di motivazione riportato testualmente**

**(Tribunale - R.G. n. 4277/2020 - Giudice Dott. Russo)**

Le spese dell'ATP *ante causam* non possono essere trattate come componente risarcitoria del danno, trattandosi di spese giudiziali da porre a carico di chi sia risultato soccombente all'esito della lite.

Si legga sul punto quanto statuito da Cass., sentenza 14268/2017: *“Le spese dell'accertamento tecnico preventivo "ante causam" vanno poste, a conclusione della procedura, a carico della parte richiedente e vanno prese in considerazione nel successivo giudizio di merito (ove l'accertamento stesso venga acquisito) come spese giudiziali, da porre, salva l'ipotesi di possibile compensazione totale o parziale, a carico del soccombente e da liquidare in un unico contesto”*.

- **Appalto pubblico**
- **Subappalto**
- **Esclusa la competenza del Tribunale specializzato in materia di impresa**

**(Tribunale - R.G. n. 6152/2020 - Giudice Dott. Russo)**

Le cause vertenti in materia di subappalto, ancorchè afferenti ad un appalto pubblico, per indirizzo consolidato della giurisprudenza non sono riservate alla competenza per materia della Sezione Specializzata Imprese.

Si legga sul punto quanto statuito da Cass., ordinanza 19361/2016: *“In tema di appalto di opere pubbliche, le controversie relative ai contratti pubblici di appalto di lavori, devolute alle sezioni specializzate ai sensi dell'art. 3, comma 2, lett. f), del d.lgs. n. 168 del 2003, sono quelle relative ai contratti stipulati tra una P.A., o un concessionario che ne mutui i poteri, e l'appaltatore, secondo il significato desumibile dal d.lgs. n. 163 del 2006 (ora abrogato dall'art. 217, lett. e), del d.lgs. n. 50 del 2016), sicché deve escludersi la competenza speciale per le controversie tra appaltatore e subappaltatore, perché il primo non è una P.A. ed il secondo non viene scelto con procedure di evidenza pubblica”*.

- **Appalto pubblico**

- **Subappalto**
- **Meccanismo del pagamento diretto**
- **Ratio**

**(Tribunale - R.G. n. 6152/2020 - Giudice Dott. Russo)**

L'applicazione del meccanismo del pagamento diretto, sia in base alla vecchia che alla nuova normativa del Codice degli Appalti Pubblici, trova applicazione nella fisiologia dei rapporti tra imprese coinvolte in un appalto pubblico, ovvero esse siano *in bonis*.

La *ratio* della previsione normativa, infatti, non è quella della tutela del subappaltatore, che è solo indiretta e mediata, ma l'interesse allo spedito e corretto andamento dell'appalto pubblico: al fine di impedire che una disfunzione nei pagamenti al subappaltatore pregiudichi lo svolgimento delle prestazioni commesse a quest'ultimo, si prevede che la stazione appaltante intervenga e paghi direttamente il creditore.

Laddove una delle imprese direttamente coinvolte nel meccanismo fallisca, l'interesse sotteso alla normativa viene meno e il medesimo non può operare, atteso lo scioglimento dei contratti di appalto e di subappalto.

Le conclusioni di cui sopra trovano il loro fondamento nella statuizione della Suprema Corte, a Sezioni Unite, la quale, intervenendo sulla diversa questione della prededucibilità del credito del subappaltatore in sede fallimentare ex art. 111 L.F., afferma i principi sopra illustrati.

Questa la massima della statuizione richiamata: *"In caso di fallimento dell'appaltatore di opera pubblica, il meccanismo delineato dall'art. 118, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006 – che consente alla stazione appaltante di sospendere i pagamenti in favore dell'appaltatore, in attesa delle fatture dei pagamenti effettuati da quest'ultimo al subappaltatore – deve ritenersi riferito all'ipotesi in cui il rapporto di appalto sia in corso con un'impresa in bonis e, dunque, non è applicabile nel caso in cui, con la dichiarazione di fallimento, il contratto di appalto si scioglie; ne consegue che al curatore è dovuto dalla stazione appaltante il corrispettivo delle prestazioni eseguite fino all'intervenuto scioglimento del contratto e che il subappaltatore deve essere considerato un creditore concorsuale dell'appaltatore come gli altri, da soddisfare nel rispetto della "par condicio creditorum" e dell'ordine delle cause di prelazione, senza che rilevi a suo vantaggio l'istituto della prededuzione ex art. 111, comma 2, l.fall. (SSUU, sentenza n. 5685/2020).*

- **Cancellazione dal Registro delle Imprese della ditta individuale**

- **Legittimazione passiva della persona fisica titolare**

**(Tribunale - R.G. n. 10300/2018 - Giudice Dott. Russo)**

Non può porsi in dubbio la legittimazione passiva di una persona fisica, a seguito della cancellazione dal Registro delle Imprese della sua ditta individuale, che era stata incaricata dei lavori.

Si legga sul punto quanto statuito da Cass., sentenza n. 3052/2006: *“La domanda proposta nei confronti di una ditta individuale deve ritenersi intentata, ai fini della legittimazione passiva, contro la persona fisica del suo titolare, in quanto la ditta non ha soggettività giuridica distinta, ma si identifica con il titolare sotto l'aspetto sia sostanziale che processuale. In particolare, nell'ambito di un rapporto di lavoro intercorso con un'impresa individuale, nei confronti del lavoratore il soggetto datoriale è, ai sensi dell'art. 2094 cod.civ., colui alle cui dipendenze e sotto la cui direzione la prestazione è svolta”*.

- **Direttore Lavori**
- **Responsabilità solidale con impresa appaltatrice**

**(Tribunale - R.G. n. 10300/2018 - Giudice Dott. Russo)**

Alla natura solidale della responsabilità del Direttore Lavori e dell'impresa per vizi e difetti costruttivi non osta il fatto che ciascuno risponda per un titolo diverso.

La giurisprudenza di legittimità chiarisce che la responsabilità solidale del progettista implica che questi è tenuto, nei confronti dei terzi danneggiati, ai sensi dell'art. 2055 c.c., all'identica obbligazione risarcitoria dell'appaltatore avente ad oggetto le opere necessarie all'eliminazione dei vizi ed all'esecuzione dell'*opus* a regola d'arte.

Si legga quanto statuito da Cass., ordinanza del 20 luglio 2021, n. 20704: *“In tema di contratto di appalto il vincolo di responsabilità solidale fra l'appaltatore ed il progettista e direttore dei lavori, i cui rispettivi inadempimenti abbiano concorso in modo efficiente a produrre il danno risentito dal committente, trova fondamento nel principio di cui all'art. 2055 c.c., il quale, anche se dettato in tema di responsabilità extracontrattuale, si estende all'ipotesi in cui taluno degli autori del danno debba rispondere a titolo di responsabilità contrattuale (Cass. n. 14650 del 2012)”*.

Chiarisce la Corte che qualora il danno risentito dal committente di un contratto di appalto sia ascrivibile alle condotte concorrenti dell'appaltatore e del direttore dei lavori (o del progettista), entrambi sono solidamente responsabili del danno, a nulla rilevando la diversità dei titoli cui si ricollega la responsabilità, con la conseguenza che il danneggiato può rivolgersi indifferentemente

all'uno o all'altro per il risarcimento dell'intero danno. Va dunque ripudiata la tradizionale teoria della “*eadem causa obligandi*” in favore della interpretazione corrente dell'art. 2055 c.c., che fonda la ragione della responsabilità solidale nel semplice concorso di più soggetti in una condotta produttiva di danno che sia genericamente riconducibile alla categoria generale dei fatti illeciti.

- **Direttore Lavori**
- **Prestazione d'opera intellettuale**
- **Prescrizione e decadenza**

**(Tribunale - R.G. n. 10300/2018 - Giudice Dott. Russo)**

La giurisprudenza di legittimità è costante nell'escludere che ai professionisti intellettuali si applichi il termine breve di prescrizione stabilito dall'art. 2226 c.c.

Si legga sul punto quanto statuito da Cass., SSUU, sentenza n. 15781/2005: “*Le disposizioni dell'art. 2226 cod. civ., in tema di decadenza e prescrizione dell'azione di garanzia per vizi dell'opera, sono inapplicabili alla prestazione d'opera intellettuale, ed in particolare alla prestazione del professionista che abbia assunto l'obbligazione della redazione di un progetto di ingegneria o della direzione dei lavori, ovvero l'uno e l'altro compito, attesa l'eterogeneità della prestazione rispetto a quella manuale, cui si riferisce l'art. 2226 cod. civ., norma che perciò non è da considerare tra quelle richiamate dall'art. 2230 dello stesso codice; pertanto, si deve escludere che il criterio risolutivo ai fini dell'applicabilità delle predette disposizioni alle prestazioni in questione possa essere costituito dalla distinzione - priva di incidenza sul regime di responsabilità del professionista - fra le cosiddette obbligazioni di mezzi e le cosiddette obbligazioni di risultato: e ciò tenuto conto anche della frequente commistione, rispetto alle prestazioni professionali in questione, delle diverse obbligazioni in capo al medesimo o a distinti soggetti in vista dello stesso scopo finale, a fronte della quale una diversità di disciplina normativa risulterebbe ingiustificata*”.

Deve dunque essere esclusa l'applicazione del termine decadenziale di cui all'art. 2226 c.c. e applicato il termine di prescrizione ordinario decennale.

- **Recesso ex art. 1671 c.c.**
- **Indennizzo**
- **Onere della prova**

**(Tribunale - R.G. n. 2428/2012 - Giudice Dott. Mauceri)**

L'art. 1671 c.c. statuisce che il committente, nella fattispecie il subappaltante, possa recedere dal contratto, anche nel caso in cui sia iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione di servizi, a condizione di tenere indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno.

L'art. 1671 c.c., sostanzialmente corrispondente, seppur con qualche variante lessicale, all'art. 1641 codice civile 1865, concede al solo committente il potere di recedere unilateralmente dal contratto di appalto, anche qualora sia stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, con conseguente scioglimento del rapporto contrattuale.

Si tratta, dunque, di un recesso legale, e nella varia tipologia dei recessi legali, quello del committente è sicuramente inquadrabile tra i recessi di pentimento; è un recesso *ad libitum* o (*ad nutum*), cioè ad insindacabile arbitrio del committente che non deve fornire alcuna giustificazione al riguardo; è un recesso in tronco, cioè ad effetto immediato, senza necessità di alcun preavviso; ma è anche un recesso oneroso, perché a carico del committente che recede è posto l'obbligo di tenere indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno.

E' stato considerato *“un rimedio del tutto eccezionale, un rimedio grave, che costituisce una singolare eccezione al principio della forza obbligatoria del contratto”*, riconoscendosi, peraltro, che *“il privilegio accordato al committente non è però senza contropartita, perché la legge gli impone di indennizzare l'appaltatore, il quale viene così a conseguire, grosso modo, quanto si era ripromesso con l'appalto, il che potrebbe indurre a ritenere che, in fondo, il privilegio del committente è più apparente che reale.”* (GIANNATASIO, *L'appalto*, Milano 1967, 283).

In virtù dell'art. 1671 c.c., al recesso si ricollega quindi l'obbligo del committente di tenere indenne l'appaltatore dalle spese sostenute, dei lavori eseguiti, e del mancato guadagno.

In linea del tutto generale, possiamo dire che il committente, in primo luogo, è tenuto a rimborsare le spese già sostenute dall'appaltatore e non ancora tradotte in lavori eseguiti. Il rimborso comprende le spese generali – come quelle per sopralluoghi, o per impianto, e sorveglianza del cantiere – attinenti ai lavori non eseguiti; le spese di progetto, se non comprese nel corrispettivo convenuto; le spese per l'acquisto di materiali non ancora impiegati nell'opera, che diventano così di proprietà del committente e che devono essergli consegnati, sempre che, escluso il rimborso, l'appaltatore non intenda ritenerli; le spese per la retribuzione dei dipendenti assunti a mese o a settimana, per i giorni successivi a quelli del recesso.

L' indennizzo dovuto dal committente riguarda, inoltre, i lavori già eseguiti fino al momento del recesso nell'ipotesi in cui sia stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio.

Infine, l'indennizzo comprende il mancato guadagno che si riferisce ai lavori rimasti ineseguiti, ed è l'utile netto che l'appaltatore avrebbe ritratto da essi se avesse potuto completare l'opera. Esso, definito come la differenza tra il prezzo contrattuale di appalto e il costo delle opere eseguite (Cfr. Corte di Cassazione Civile, n. 6132/1980) è dovuto per intero se, al momento del recesso, non sia stata ancora iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio. (RUBINO, *L'appalto*, 3° ed., Torino 1958, 554 ss; GIANNATASIO, *op. cit.*, 288 ss.).

[...]

*“In ipotesi di recesso unilaterale del committente dal contratto d'appalto, ai sensi dell'art. 1671 c.c., grava sull'appaltatore, che chiede di essere indennizzato del mancato guadagno, l'onere di dimostrare quale sarebbe stato l'utile netto da lui conseguibile con l'esecuzione delle opere appaltate, costituito dalla differenza tra il pattuito prezzo globale dell'appalto e le spese che si sarebbero rese necessarie per la realizzazione delle opere” (Cfr. Cass. civ. Sez. VI - 2 Ordinanza, 06/06/2012, n. 9132, Trib. Milano, 12/03/2013).*

*Una siffatta facoltà di recesso, riconosciuta in genere all'appaltatore dall'art. 1671 cod. civ. per qualsiasi ragione, "anche se è stata iniziata ... la prestazione del servizio", impone al recedente, salvo che sia stato diversamente convenuto fra le parti, di tenere "indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno", ossia di risarcirlo del danno emergente e del lucro cessante da liquidare, secondo i principi regolatori del risarcimento del danno, anche in via equitativa”. (Cfr. Cass. civ. Sez. V, 18-12-2006, n. 27075).*

- **Recesso ex art. 1671 c.c.**

**Punto di motivazione riportato testualmente  
(Tribunale - R.G. 4591/2021- Giudice Dott. Russo)**

Si legge in Cass., sentenza n. 9645/2011: *“Nel contratto di appalto, il recesso unilaterale del committente previsto dall'art. 1671 cod. civ. costituisce esercizio di un diritto potestativo e, come tale, non esige che ricorra una giusta causa; ne consegue che la domanda giudiziale con la quale l'appaltatore chieda l'accertamento di tale recesso si fonda su presupposti diversi da quelli posti a base dell'azione con cui il medesimo deduca l'inadempimento del committente, giacché quest'ultima domanda implica un'indagine comparativa delle condotte tenute dalle parti al fine di verificare la colpevolezza e la gravità del comportamento denunciato”.*

- **Accettazione delle opere**

- **Art. 1667 c.c.**

#### **Punto di motivazione riportato testualmente**

**(Tribunale - R.G. 4340/2020 - Giudice Dott. Russo)**

L'accettazione delle opere, prevista dall'art. 1665 c.c., dalla quale sorge l'obbligo di pagamento del corrispettivo e decorre il termine per la denuncia ex art. 1667 e 1668 c.c., può essere anche tacita, quando è manifestata attraverso comportamenti concludenti. È l'ipotesi prevista dal quarto comma dell'art. 1665 c.c. *“Se il committente riceve senza riserve la consegna dell'opera, questa si considera accettata anche se non si è proceduto alla verifica”*.

Nel caso di specie, l'immobile è stato consegnato agli attori, i quali tuttavia da subito hanno avanzato riserve sia sulle opere ancora da completare (ad esempio, la porta della dispensa), sia sull'esatta esecuzione di alcuni interventi e forniture già effettuati (climatizzatore, mobiletto del bagno, arenino). I numerosi messaggi whatsapp prodotti da parte attrice provano che il dialogo tra le parti sulle parti mancanti dell'opera e su quelle necessarie a rimediare ai vizi e difetti riscontrati sulla parte di ristrutturazione già eseguita non si è mai interrotto, nonostante la consegna dell'immobile e il pagamento del prezzo (...). Si può dunque affermare che la consegna dell'immobile e il pagamento del prezzo non dimostrano né la conclusione dei lavori, né, tantomeno, l'accettazione delle opere, dal momento che, a seguito di tali due condotte, è proseguito il dialogo tra le parti relativamente alla parte di opere da completare e a quelle necessarie per ovviare ai vizi e difetti della parte di lavorazioni effettuate al fine di terminare la ristrutturazione e realizzarla secondo le regole dell'arte (...).

Si legga sul punto quanto statuito da Cass., sentenza n.14584/2004: *“Con riguardo ai vizi dell'opera conosciuti o riconoscibili, il committente, che non abbia accettato l'opera medesima, non è tenuto ad alcun adempimento, a pena di decadenza, per far valere la garanzia dell'appaltatore, poiché, ai sensi dell'art. 1667, primo comma, cod. civ., solo tale accettazione comporta liberazione da quella garanzia. Pertanto, prima dell'accettazione e consegna dell'opera non vengono in rilievo problemi di denuncia e di prescrizione per i vizi comunque rilevabili, i quali, se non fatti valere in corso d'opera, possono essere dedotti alla consegna: ma prima dell'accettazione non vi è onere di denuncia, e prima della consegna non decorrono i termini di prescrizione”*.

- **Inefficacia della denuncia dei vizi al direttore dei lavori**
- **Responsabilità del direttore dei lavori**

#### **Punto di motivazione riportato testualmente**



**(Tribunale - R.G. 1512/2018 - Giudice Dott. Mauceri)**

Il direttore dei lavori nominato dal committente va infatti qualificato come il professionista rappresentante del committente con riferimento alle manifestazioni di volontà contenute in ambito strettamente tecnico, con poteri d'ingerenza, pari a quelli del committente, finalizzati alla buona realizzazione dei lavori. Le sue dichiarazioni sono, pertanto, vincolanti per il committente medesimo soltanto se siano contenute in detto ambito tecnico, come l'accettazione dell'opera perché conforme al progetto ed eseguita ad opera d'arte (Cass. n. 7242 /2001). Egli non può quindi fungere da rappresentante del committente per attività di ordine non tecnico come quella della denuncia dei vizi dell'opera appaltata, che il committente ha quindi l'onere di contestare in via diretta e non intermediata all'appaltatore.

Il direttore dei lavori ha la funzione di tutelare la posizione del committente nei confronti dell'appaltatore, vigilando che l'esecuzione dei lavori abbia luogo in conformità con quanto stabilito dal capitolato di appalto, senza che da ciò derivi a suo carico una responsabilità per la cattiva esecuzione dei lavori, che resta imputabile alla libera iniziativa dell'appaltatore, ovvero per l'omessa costante vigilanza in relazione a profili marginali dell'esecuzione dell'opera (Cass. n. 20557/2014 ha escluso la responsabilità per "culpa in vigilando" dell'amministratore condominiale, quale direttore dei lavori, che aveva omesso di controllare l'idoneità della copertura con teloni di plastica durante i lavori di scopertura e successiva ricostruzione del tetto).

L'attività di vigilanza del direttore dei lavori sull'esecuzione delle opere, pur non richiedendo la presenza continua e giornaliera sul cantiere né il compimento di operazioni di natura elementare, comporta il controllo della realizzazione dell'opera nelle sue varie fasi e pertanto l'obbligo del professionista di verificare, attraverso periodiche visite e contatti diretti con gli organi tecnici dell'impresa, da attuarsi in relazione a ciascuna di tali fasi, se sono state osservate le regole dell'arte e la corrispondenza dei materiali impiegati (Cass. n. 10728/2008).

Il DL non risponde quindi per vizi dell'opera prettamente esecutivi che, come nel caso di specie, ( vizi accertato dal CTU consistenti in locale distacco del battiscopa in ingresso e in soggiorno - Segni di scalfittura della pittura intorno ai faretti sopra la zona cottura della cucina ) anche per la loro marginalità rispetto all'esecuzione di tutte le opere appaltate , non siano riconducibili alla sua mancata vigilanza sull'osservanza delle regole dell'arte e la corrispondenza dei materiali impiegati e per quei difetti che, sempre come nel caso di specie, non dipendono dalla mancata conformità con quanto stabilito dal capitolato di appalto.

La giurisprudenza di legittimità ha affermato, in generale, che nel contratto di appalto, le variazioni al progetto che il committente, ai sensi dell'art. 1661 c.c. ha il potere di apportare assumendone i costi, quando queste non importino notevoli modificazioni della natura dell'opera o dei quantitativi delle singole categorie dei lavori e l'ammontare dei relativi costi non superi il sesto del prezzo convenuto, non determinano, di per sé, la sostituzione del precedente contratto con uno diverso, ma solo la parziale modifica dell'oggetto della prestazione dovuta dall'appaltatore e l'obbligazione del committente di pagamento degli eventuali costi aggiuntivi, né implicano rinuncia del committente al termine di consegna dei lavori stabilito nel contratto, con conseguente applicabilità della disciplina dell'art. 1183 c.c., ma, a meno che non sia dimostrato, in concreto, un diverso e specifico accordo tra le parti e che non si tratti di variazioni di notevole entità che, comportando un importante mutamento del piano dei lavori, rendano inesigibile l'adempimento nell'originario termine, possono assumere rilievo solo come eventuale causa di ritardo non imputabile all'appaltatore e di giustificazione della inosservanza di quel termine pattuito.

In altri termini si è asserito (Cass. 4 maggio 2011, n. 9796) che, in tema di varianti al progetto nell'esecuzione di un appalto d'opere, l'art. 1661 c.c. prevede che il committente possa richiedere all'appaltatore l'esecuzione di tali varianti nei limiti del sesto del prezzo originario e l'appaltatore sia obbligato ad eseguirle con diritto al compenso per i maggiori lavori eseguiti, salvo che esse comportino "notevoli modificazioni della natura dell'opera".

Secondo il condiviso arresto del Tribunale Pavia, Sezione III Civile 23/05/2018, n. 855 la presenza di "lavori extracapitolato" non determina l'automatica inapplicabilità ed inefficacia della clausola penale. *"Anche a ritenere dimostrato il fatto che i lavori di cui trattasi non erano previsti nell'originario progetto, la mera esistenza di variazioni non può, di per sé, giustificare il venir meno del termine contrattuale di ultimazione dei lavori. Occorre, quantomeno, verificare l'impatto che queste hanno avuto sull'andamento degli stessi ed è preciso onere della parte interessata specificare le relative circostanze, che non possono neppure essere presunte alla luce del mero fatto che l'importo del corrispettivo fosse aumentato per effetto delle variazioni stesse (tale aumento, infatti, potrebbe essere determinato dalla necessità di impiegare materiali di maggior costo e non un numero superiore di ore di manodopera)"*.

## APPELLO

- **Condominio**
- **Lavori di manutenzione straordinaria**
- **Competenza esclusiva dell'assemblea**

**(Corte d'Appello – RG n. 438/2020 – Sentenza n. 278/2023 pubbl. il 14/03/2023 – Giudice Dott. Drago, Dott. Silvestri, Dott. Baudinelli)**

In ambito condominiale, il potere di concludere contratti con i terzi, che involgano lavori di manutenzione straordinaria, è attribuito in via esclusiva all'assemblea *ex art. 1135 c.c.* (mentre, tra gli atti conservativi attribuiti alla competenza dell'amministratore *ex art. 1130, co. 1, n. 4 c.c.*, rientrano solo gli atti di conservazione materiale della cosa comune di natura ordinaria o gli atti urgenti di non rilevante entità che siano necessari per la salvaguardia dell'integrità dell'immobile e non la stipula di appalti per lavori straordinari).

Il contratto concluso dal *falsus procurator* – quale quello stipulato dall'amministratore di un condominio che abbia concluso con i terzi un negozio giuridico senza previa delibera dell'assemblea e al di fuori dei poteri che gli derivano direttamente dalla legge, in particolare, alla luce della disposizione di cui all'art. 1130 c.c. – non vincola il rappresentato costituendo fonte di responsabilità per il rappresentante a mente dell'art. 1398 c.c.

E' indubbio, peraltro, che il contratto stipulato dal *falsus procurator* sia suscettibile di perfezionamento attraverso la ratifica (art. 1399 cc) da parte dell'assemblea mediante deliberazione conforme alle previsioni di legge, attese le disposizioni di cui agli art. 1130 e 1135 cc, e con effetti retroattivi (Cass. 14618/2010).

[...]

*“Per l'approvazione di un appalto di lavori straordinari da eseguirsi su edificio condominiale è necessaria apposita autorizzazione dell'assemblea o, comunque, l'approvazione mediante sua successiva ratifica, ai sensi dell'art. 1135 c.c., con la maggioranza prescritta dall'art. 1136 c.c. Senza una delibera condominiale che espressamente approvi i lavori non sussiste il diritto dell'amministratore a procedere alla riscossione delle quote da parte dei singoli condòmini. Con l'ulteriore conseguenza che gli eventuali versamenti eseguiti in favore del condominio prima che sia individuabile una definitiva delibera di approvazione dell'intervento configura un pagamento ab origine indebito, ai sensi dell'art. 2033 c.c.”*, così Corte d'Appello di Genova, Sezione II, sentenza n. 1291 del 2021.

- **Pagamento del corrispettivo**
- **Eccezione di inadempimento**
- **Onere della prova**

**(Corte d'Appello – RG n. 159/2020 – Sentenza n. 1079/2022 pubbl. il 17/10/2022 – Giudice Dott. Silvestri, Dott. Baudinelli, Dott. Traverso)**

Il diritto dell'appaltatore al corrispettivo sorge con l'accettazione dell'opera da parte del committente (art. 1665, ultimo comma, cod. civ.) e non già al momento stesso della stipulazione del contratto.

In base al principio generale che governa l'adempimento del contratto con prestazioni corrispettive, l'appaltatore, il quale agisce in giudizio per il pagamento del corrispettivo convenuto, ha l'onere - allorché il committente sollevi l'eccezione di inadempimento - di provare di aver esattamente adempiuto la propria obbligazione e, quindi, di aver eseguito l'opera conformemente al contratto e alle regole dell'arte.

Compete, dunque, all'appaltatore provare di aver adempiuto in modo diligente alla propria obbligazione.

- **Contratto di appalto**
- **Responsabilità ex art. 2051 cc.**
- **Obbligo di custodia in capo al committente**

**(Corte d'Appello – RG n. 1006/2019 – Sentenza n. 8078/2022 pubbl. il 27/07/2022 – Giudice Dott. Alparone, Dott. Latella, Dott. Bruno)**

La stipula di un contratto di appalto non esclude affatto l'obbligo di custodia in capo al soggetto committente, ma è, al contrario, un modo di esercizio di quest'ultimo.

Così si è affermato che *“In tema di appalto la consegna del bene all'appaltatore non fa venir meno il dovere di custodia e di vigilanza gravante sul committente, sicché questi resta responsabile, alla stregua dell'art. 2051 c.c., dei danni cagionati ai terzi dall'esecuzione dell'opera salvo che provi il caso fortuito, quale limite alla detta responsabilità oggettiva, che può coincidere non automaticamente con l'inadempimento degli obblighi contrattualmente assunti nei confronti del committente bensì con una condotta dell'appaltatore imprevedibile e inevitabile nonostante il costante e adeguato controllo (esercitato - se del caso - per il tramite di un direttore dei lavori)”* (Cass. n. 7553 del 2021; v. anche Cass. n. 31601 del 2021).

Si è anche osservato che *“la ratio che sta alla base dello speciale regime di responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. consiste nella tutela dei diritti del soggetto danneggiato, posta oggettivamente a carico del custode della cosa che ha arrecato il danno, con la sola salvezza del fortuito, in coerenza con i valori di solidarietà di cui agli artt. 2 e 41 Cost., secondo le coordinate generali dell'interpretazione costituzionalmente orientata del sistema della responsabilità civile. Non si può pertanto consentire, di regola, al custode di liberarsi della sua posizione di "garanzia" semplicemente trasferendo contrattualmente tale posizione in capo ad un terzo, senza alcun limite (se non quello, del tutto generico, della cd. culpa in eligendo), e ciò specie se si tratti del proprietario di un immobile che trasferisca tale posizione di garanzia ad un terzo che non ne è proprietario e non offra la stessa solvibilità. Ammettendo una siffatta possibilità, si finirebbe per eludere l'effettiva funzione della disciplina della responsabilità per i danni causati dalle cose, come delineata dall'art. 2051 c.c., disciplina che consente l'esonero del custode dalla responsabilità per i danni causati dalla cosa solo laddove egli provi il caso fortuito”* (Cass. n. 23442 del 2018).

Si deve pertanto escludere che l'appalto di lavori aventi ad oggetto una cosa faccia di per sé venir meno a carico del committente l'obbligo di custodia sulla stessa e l'obbligo di esercitare il controllo su di essa, sia pure compatibilmente con l'esistenza del contratto di appalto, in modo da impedire che essa produca danni a terzi.

*“Naturalmente ciò non significa che il committente non potrà mai essere esonerato dalla responsabilità per i danni arrecati a terzi dalla cosa in seguito alle modifiche a questa apportate dall'attività svolta dall'appaltatore, ma esclusivamente che sarà lui a dover dimostrare che l'attività dell'appaltatore sia di fatto qualificabile come caso fortuito (in particolare sia riconducibile al fatto del terzo rientrante nel fortuito, cioè non prevedibile e/o non evitabile), senza potersi limitare ad allegare genericamente che la cosa era stata a quello affidata per l'esecuzione dell'appalto”* (Cass. n. 23442 del 2018).

Quindi il committente, per essere esonerato dalla responsabilità di cui all'art. 2051 c.c., deve fornire la prova liberatoria richiesta dalla suddetta norma, e cioè quella del caso fortuito.

# FIDEIUSSIONE

## TRIBUNALE

- **Incompetenza territoriale**
- **Qualifica di consumatore del fideiussore – Cass. 8662/2020**

**(Tribunale di Genova - R.G. n. 42/2018 - Sentenza n. XXX/2023 pubbl. il 19/05/2023 – Giudice: Dott.ssa Patrizia Cazzato)**

Sull'eccezione di incompetenza territoriale [derivante dall'asserita qualifica di consumatore del soggetto garante, occorre osservare che ...]

Tra il radicarsi del presente giudizio e la sua odierna decisione è intervenuta sentenza della Cassazione in relazione alla qualifica di consumatore o meno di fideiussore che abbia prestato garanzia a favore di una società (Cass. 8662/2020).

In precedenza l'orientamento era quello di ritenere che la persona fisica, che presta fideiussione per la garanzia di un debito ricadente su di un soggetto “*professionale*”, non assume lo *status* di consumatore. In questa direzione si erano espresse, in particolare, le pronunce di Cass., 11 gennaio 2001, n. 314; Cass., 13 maggio 2005, n. 10107; Cass., 13 giugno 2006, n. 13643; Cass., 29 novembre 2011, n. 25212; Cass., 9 agosto 2016, n. 16827; Cass., 5 dicembre 2016, n. 24846.

Anche la Corte di Giustizia delle Comunità Europea (sentenza del 18 marzo 1998, causa C- 45/96), agganciava la qualità del fideiussore a quella del debitore principale e quindi stabiliva che “*la disciplina di tutela è applicabile solo quando il contratto principale si configuri come atto di consumo*”.

In linea di dissonanza con questo orientamento si era pronunciata l'ordinanza di Cass. 12 gennaio 2005, n. 449 che, a riguardo al tema dello *status* da riconoscere al fideiussore, ha escluso che possa essere dato rilievo alla “natura societaria” del debitore principale ai fini dell'eventuale applicazione della normativa di protezione consumeristica.

La Corte di Giustizia, con le pronunce 19 novembre 2015 (causa C- 74/15) e 14 settembre 2016 (causa C- 534/15) ha infatti ritenuto (con diretto riferimento a fattispecie relative a garanzie sia fideiussorie, che immobiliari costituite da terzi) che le “*regole uniformi concernenti le clausole abusive devono applicarsi a “qualsiasi contratto” stipulato tra un professionista e un consumatore*”; che l’“oggetto

*del contratto è quindi irrilevante"; che "è dunque con riferimento alla qualità dei contraenti, a seconda che essi **agiscano o meno nell'ambito della loro attività professionale**, che la Dir. n. 93/13 definisce i contratti ai quali essa si applica"; che "tale criterio corrisponde all'idea che sulla quale si basa il sistema di tutela istituito da tale Direttiva, ossia che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità"; che "questa tutela è particolarmente importante nel caso di contratto di garanzia o di fideiussione stipulato tra un istituto bancario e un consumatore"; che il "contratto di garanzia o di fideiussione, sebbene possa essere descritto...come un contratto accessorio rispetto al contratto principale da cui deriva il debito che garantisce, dal punto di vista delle parti contraenti esso si presenta come un contratto distinto quando è stipulato tra soggetti diversi dalle parti del contratto principale". Per tale motivo la Corte di legittimità ha abbandonato l'orientamento tradizionale precedente.*

Così esclusa la rilevanza dell'attività svolta dal debitore principale per la qualificazione della posizione (di consumatore o meno) del fideiussore, deve valutarsi se il rapporto contrattuale di cui alla fideiussione nel concreto rientri, oppure no, nell'ambito di attività estranee all'esercizio della eventuale professione specificamente svolta dal soggetto che ha prestato la garanzia, perdendo quindi rilevanza quel criterio di accessorietà che era seguito precedentemente.

Deve essere quindi considerato consumatore quella persona fisica che, pur svolgendo una propria attività professionale (o anche più attività professionali), stipuli il contratto di garanzia per finalità non inerenti allo svolgimento di tale attività, bensì estranee alla stessa, nel senso che si tratti di atto non espressivo di questa, né strettamente funzionale al suo svolgimento (c.d. atti strumentali in senso proprio).

Allora si può fondatamente ritenere che la fideiussione abbia una relazione strumentale con l'incarico professionale ricoperto all'interno della società e, dunque, con l'attività professionale svolta.

[Si precisa che] al fine di individuare il foro competente, [occorre considerare] il momento di stipula del contratto.

- **Qualificazione del contratto con clausola di pagamento «a prima richiesta e senza eccezioni»: fideiussione o contratto autonomo di garanzia**
- **Sezioni Unite, sentenza n. 3947/2010 e Cass. 4717/2019**

(Tribunale di Genova - R.G. n. 15655/2018 - Sentenza n. XXX/2022 pubbl. il 28/11/2022 – Giudice: Dott.ssa Chiara Russo)

Secondo [la ricostruzione di parte] convenuta i contratti impugnati avrebbero natura di contratto autonomo di garanzia. Il garante, infatti, si era impegnato al pagamento “*a semplice richiesta e senza eccezioni*”. Si sarebbe pertanto verificata l’ipotesi prevista dalla consolidata giurisprudenza di legittimità secondo cui “*l’inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento «a prima richiesta e senza eccezioni» vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia, in quanto incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un’evidente discrasia rispetto all’intero contenuto della convenzione negoziale*” (Cass. civ., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947; Cass. Sez. III, 19736/2011).

Sul punto occorre effettuare due precisazioni, una in diritto e l’altra in fatto. In diritto occorre osservare che il principio affermato dalla Corte di Cassazione e richiamato dalla convenuta non deve essere inteso in senso automatico, ricollegando la natura autonoma del rapporto alla semplice presenza della clausola “*a prima richiesta e senza eccezioni*”. [...] Bisogna comunque verificare che tale clausola non si ponga in contrasto con l’intero contenuto del contratto.

Tale principio è stato ulteriormente chiarito nella recente sentenza n. 4717/2019, secondo cui “*L’inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento “a prima richiesta e senza eccezioni” generalmente è idonea a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia, in quanto incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un’evidente discrasia rispetto all’intero contenuto della convenzione negoziale, sicché, ai fini dell’interpretazione della volontà delle parti, pur in presenza della clausola predetta, il giudice è sempre tenuto a valutarla alla luce della lettura dell’intero contratto*”. (Nella sentenza citata, la Suprema Corte ha cassato con rinvio la decisione del giudice di merito che, in virtù della mera presenza di una clausola di pagamento “a prima richiesta e senza eccezioni”, aveva qualificato una polizza assicurativa quale contratto autonomo di garanzia, senza tener conto dell’intero contenuto della polizza e, in particolare, dei riferimenti del contratto alla situazione relativa al rapporto sottostante, alla necessità di indicare, per la richiesta di pagamento, l’inadempienza riscontrata).

[Nel caso di specie...] in conclusione, la valutazione complessiva delle disposizioni contrattuali e dei rapporti intercorrenti tra le parti rende evidente come l’obbligazione assunta dal garante nelle polizze impuginate abbia mantenuto quel carattere accessorio rispetto all’obbligazione principale, che è tipico della fideiussione.



[conforme: Tribunale di Genova - R.G. n. 12163/2018 - Sentenza n. XXX/2022 pubbl. il 14/04/2022 – Giudice: Dott. Mario Tuttobene]

- Disposto art. 1957 c.c. – significato del termine «istanza»
- Clausola di pagamento “a prima richiesta” e (in)applicabilità art. 1957 c.c.

(Tribunale di Genova - R.G. n. 15655/2018 - Sentenza n. XXX/2022 pubbl. il 28/11/2022 – Giudice: Dott.ssa Chiara Russo)

[Quanto all’operatività del termine semestrale di cui all’**art. 1957 c.c.** con riferimento alle fideiussioni contenenti clausole di pagamento “a prima richiesta e senza eccezioni”, è opportuno ricordare come sia] pacifico in giurisprudenza che con il termine «istanze» usato dall’art. 1957 c.c. si intendano solo quelle di natura giurisdizionale.

Invero, dalla lettura di Cass., sentenza n. 22346/2017 si comprende che l’esigenza di non considerare integrale il richiamo all’art. 1957 c.c. riguarda le garanzie che vengono prestate con obbligo di pagamento “a prima richiesta e senza eccezioni”. Ciò al fine di salvaguardare il significato della clausola che prevede il pagamento “a prima richiesta”, la quale allude chiaramente ad una mera richiesta stragiudiziale, sia pure con le caratteristiche della formale messa in mora e che sarebbe sostanzialmente vanificata laddove si pretendesse dal creditore un’azione giudiziale.

Del resto, la *ratio* che sorregge la norma di cui all’art. 1957 c.c. è quella di tutelare la posizione del fideiussore dall’inerzia del creditore nel recupero di quanto dovuto dal debitore principale. Si legga sul punto quanto statuito da Cass., sentenza n. 1724/2016: “L’art. 1957 c.c., nell’imporre al creditore di proporre la sua “istanza” contro il debitore entro sei mesi dalla scadenza per l’adempimento dell’obbligazione garantita dal fideiussore, a pena di decadenza dal suo diritto verso quest’ultimo, tende a far sì che il creditore stesso prenda sollecite e serie iniziative contro il debitore principale per recuperare il proprio credito, in modo che la posizione del garante non resti indefinitamente sospesa; pertanto, il termine “istanza” si riferisce ai vari mezzi di tutela giurisdizionale del diritto di credito, in via di cognizione o di esecuzione, che possano ritenersi esperibili al fine di conseguire il pagamento, indipendentemente dal loro esito e dalla loro idoneità a sortire il risultato sperato.

*(Nella specie, la S.C. ha ritenuto non costituire "istanza" ai fini dell'art. 1957 c.c. la denuncia di inadempimento effettuata più volte alla società)".*

Tale esigenza non si ravvisa, o è quanto meno attenuata, laddove il garante abbia assunto un obbligo di pagamento immediato e svincolato da quello del debitore principale.

[conforme: Corte di Appello di Genova - R.G. n. 923/2020 - Sentenza n. 21/2023 pubbl. il 9/01/2023 – Collegio: Dott. Marcello Arturo Castiglione, Dott.ssa Laura Casale, Avv. Daniela Traverso]

La Corte di Cassazione ha ripetutamente affermato che *“Il contratto autonomo di garanzia reca come connotato fondamentale l’assenza di accessorietà dell’obbligazione del garante rispetto a quella dell’ordinante, essendo la prima qualitativamente diversa dalla seconda, oltre che rivolta non al pagamento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore; ne consegue, pertanto, una generale inapplicabilità a tale contratto del disposto dell’art. 1957 c.c., salvo diversa specifica pattuizione intercorsa tra le parti, purché compatibile con le restanti clausole contrattuali”* (Cass., sentenza n. 7883 del 28/03/2017).

È ormai consolidato l’orientamento giurisprudenziale quello secondo cui l’elemento caratterizzante ed essenziale del rapporto autonomo di garanzia sia costituito dalla inopponibilità da parte del garante di eccezioni di merito proprie del rapporto principale, sì che l’elemento qualificante della fattispecie viene individuato nell’impegno del garante a pagare illico et immediate, senza alcuna facoltà di opporre al creditore le eccezioni relative ai rapporti di valuta e provvista (cfr. da ultimo, Cass., sez. II, ordinanza n. 19693 del 17 giugno 2022, nella cui motivazione si legge: *“Il contratto autonomo di garanzia si caratterizza quindi, rispetto alla fideiussione, per l’assenza dell’accessorietà della garanzia, derivante dall’esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, in deroga all’art. 1945, e dalla conseguente preclusione del debitore a chiedere che il garante opponga al creditore garantito le eccezioni nascenti dal rapporto principale, nonché dalla proponibilità di tali eccezioni al garante successivamente al pagamento effettuato da quest’ultimo – Cass. 16213/18”*).

- **Disposto art. 1957 c.c. – decadenza debitore inerte**
- **Rilevabilità *ex officio* (esclusa); rinuncia preventiva (ammessa)**

**(Tribunale di Genova - R.G. n. 12163/2018 - Sentenza n. XXX/2022 pubbl. il 14/04/2022 – Giudice: Dott. Mario Tuttobene)**

[Con riferimento all'eccezione di **decadenza del creditore**] ai sensi dell'**art. 1957 c.c.** per non aver tempestivamente proposto le proprie istanze contro il debitore principale, è utile ricordare che:]

Ai sensi dell'art. 2969 c.c., invero, *“La decadenza **non può essere rilevata d'ufficio** dal giudice, salvo che, trattandosi di materia sottratta alla disponibilità delle parti, il giudice debba rilevare le cause d'improponibilità dell'azione”*.

È pacifico, in giurisprudenza, che l'art. 1957 stabilisca una ipotesi di decadenza che, di regola, non tocca questioni sottratte alla disponibilità delle parti: *“La decadenza del creditore dall'obbligazione fideiussoria di cui all'art. 1957 può formare oggetto di rinuncia preventiva da parte del fideiussore, trattandosi di pattuizione affidata alla disponibilità delle parti che non urta contro alcun principio di ordine pubblico, comportando soltanto l'assunzione da parte del fideiussore del maggior rischio inerente al mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore”* (Cass., sez. I, sentenza 03/12/2019, n. 31569).

- **Provvedimento Banca d'Italia n. 55/2005**
- **Legge 287/1990 (Normativa nazionale Antitrust)**
- **Sezioni Unite, sentenza n. 41994/2021**

**(Tribunale di Genova - R.G. n. 15655/2018 - Sentenza n. XXX/2022 pubbl. il 28/11/2022 – Giudice: Dott.ssa Chiara Russo)**

[Per pronunciarsi sull'eccezione di] nullità della clausola n. 6 inserita nelle condizioni generali di ciascuna delle fideiussioni impugnate in quanto riproduttiva di uno schema negoziale vietato [è opportuno svolgere le seguenti premesse].

**- Il provvedimento n. 55/2005 della Banca d'Italia**

[Anzitutto, occorre ricordare] che, a seguito della redazione, da parte dell'Associazione Bancaria Italiana (ABI), di un modello di schema negoziale per il contratto di fideiussione *omnibus*, la Banca

d'Italia ha avviato un'indagine volta a verificare la compatibilità del suddetto schema con la disciplina antitrust.

Interpellata da Banca d'Italia, l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato ha identificato le clausole n. 2, 6 e 8 dello schema ABI quali restrittive della concorrenza, evidenziando altresì che le condizioni generali di contratto stabilite in tale schema rappresentano l'espressione di deliberazioni di un'associazione di imprese, rientrando in tal senso nell'ambito applicativo ex art. 2, c. 1 della legge n. 287/90, ed incidendo sul comportamento delle imprese concorrenti, con il rischio di una significativa restrizione della concorrenza, stante l'elevato numero di banche associate all'ABI.

Viene quindi in rilievo la disciplina normativa nazionale a tutela della concorrenza dettata dalla legge n. 287/1990 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato) e la *ratio* ad essa sottesa, di tutela dell'ordine pubblico economico e del corretto svolgimento delle relazioni economiche poste in essere all'interno del mercato.

Il consumatore o l'impresa, a fronte di una richiesta di finanziamento, si vede costretto a sottoscrivere un contratto "a valle" di fideiussione *omnibus*, sulla scorta del modello ABI, costituente lo sbocco dell'intesa anticoncorrenziale vietata "a monte", vedendosi così elidere il proprio diritto di scelta sul tipo di contratto da concludere e sul relativo contenuto.

L'art. 2, c. 2, lett. A), della legge antitrust, vieta alle imprese le intese che abbiano per oggetto – o per effetto – di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, elencando una serie di attività esemplificative di tali accordi e sancendone la nullità, al successivo comma 3, quale sanzione nell'ipotesi che vengano realizzate in violazione di tale disposizione.

Nella stessa ottica, l'art. 101 TFUE vieta tutti gli accordi tra imprese che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno, prevedendo la nullità quale conseguenza.

Il successivo articolo 102 TFUE stabilisce che: "è incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo".

In altri termini, la posizione dominante di un'impresa è vietata se incompatibile con il mercato interno, ovvero quando abbia lo scopo di farne abuso, limitando la concorrenza.

**-L'intervento delle Sezioni Unite n. 41994/2021**

Con la sentenza n. 41994/21, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno statuito la **nullità parziale delle clausole n. 2, 6 e 8**, contenute nelle fideiussioni conformi allo schema predisposto dall'ABI e riproduttivo dell'intesa vietata a monte per violazione della normativa antitrust, salvo la declaratoria di nullità dell'intero contratto laddove le parti provino una diversa volontà, tale per cui non avrebbero concluso il contratto senza di esse.

In specie, le clausole censurate con il provvedimento n. 55/2005 di Banca d'Italia, sono: la clausola di reviviscenza (n.2); la clausola di rinuncia ai termini ex art. 1957 c.c. (n.6); la clausola di sopravvivenza (n.8).

Le clausole n. 2 e 8 prevedono la permanenza dell'obbligazione fideiussoria a fronte delle vicende estintive e delle cause di invalidità che possono riguardare il pagamento del debitore o la stessa obbligazione principale garantita, impegnando il fideiussore a tenere indenne la banca da vicende successive all'avvenuto adempimento; la n. 6 adduce conseguenze negative in capo al fideiussore anche qualora siano derivanti dal condotta negligente della banca che abbia ommesso di agire nel termine di sei mesi previsto dall'art. 1957 c.c.

La Suprema Corte esamina la tutela riconoscibile, se reale o risarcitoria, al contraente che abbia concluso con la banca un contratto di fideiussione a valle recante pedissequamente le clausole attuative dell'intesa vietata a monte. Al fine di risolvere tale contrasto, la Corte analizza i diversi orientamenti, ognuno dei quali propende per soluzioni diverse.

Secondo una prima tesi il rimedio risarcitorio dovrebbe essere l'unico possibile, altri prediligono la nullità totale della fideiussione bancaria omnibus, altri ancora ritengono che sia più idonea la tutela della nullità parziale.

Le Sezioni Unite aderiscono a tale ultimo filone interpretativo, precisando che l'eliminazione delle clausole illegittime consente di preservare la validità della fideiussione nel resto, anche in virtù del principio di conservazione degli atti negoziali.

[Si precisa, da ultimo, che] la sanzione comminata dalla Banca D'Italia, così come la giurisprudenza che ha statuito la nullità parziale del contratto, sarebbe riferibile alle sole fideiussioni *omnibus* [e non, dunque, alle], fideiussioni ordinarie o "specifiche", riferite cioè allo specifico rapporto che intendono garantire.

- Nullità (parziale) delle fideiussioni predisposte sulla base del modello ABI, riguardo le clausole di cui agli artt. 2, 6 e 8
- Provvedimento Banca d'Italia n. 55/2005 – Violazione normativa *Antitrust*
- Sezioni Unite, sentenza n. 41994/2021

(Tribunale di Genova - R.G. n. 6253/2019 + 3 - Sentenza n. XXX/2022 pubbl. il 11/01/2022 – Giudice: Dott. Mario Tuttobene  
e Tribunale di Genova - R.G. n. 12163/2018 - Sentenza n. XXX/2022 pubbl. il 14/04/2022 – Giudice: Dott. Mario Tuttobene

[Con riferimento all'eccezione di nullità del contratto di fideiussione il cui] testo ricalcherebbe quello del modello ABI, in particolar modo per quanto riguarda le tre clausole (artt. 2, 6 e 8) che, secondo la Banca d'Italia *“hanno lo scopo precipuo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale”* e di conseguenza *“contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90”*<sup>1</sup>.

La questione così posta deve essere risolta alla luce del principio di diritto recentemente dettato dalle **Sezioni Unite** della Corte di Cassazione con la sentenza n.41994 del 30/12/2021, secondo cui *“I contratti di fideiussione a valle di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con gli artt.2, comma 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990 e 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, sono **parzialmente nulli**, ai sensi degli artt.2, comma 3 della legge succitata e dell'art.1419 cod. civ., in relazione alle sole clausole che riproducano quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti”*.

Come osservano le Sezioni Unite nella sentenza sopra citata, l'istituto della nullità parziale risponde al principio di conservazione degli atti negoziali, che nel nostro ordinamento costituisce la regola, e

---

<sup>1</sup> Si tratta delle clausole:

- di cui all'art. 2 (c.d. clausola di reviviscenza), secondo cui il fideiussore è tenuto a rimborsare alla banca le somme che dalla stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi;
- di cui all'art. 6, che deroga all'art. 1957 c.c. dispensando la Banca dal rispetto del termine fissato dalla legge a pena di decadenza della garanzia;
- di cui all'art. 8 (c.d. clausola di sopravvivenza) secondo cui *“qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate”*.

che impone di considerare nulli i contratti di fideiussione a valle solo limitatamente alle clausole riproduttive dello schema illecito. Per affermare la nullità totale della fideiussione deve risultare una diversa volontà delle parti, nel senso dell'essenzialità – per l'assetto di interessi divisato – della parte del contratto colpita da nullità.

Ora, dare rilievo alla essenzialità delle clausole nulle significa che per affermare la nullità totale sarebbe necessario dimostrare che le parti non avevano interesse a stipulare un negozio fideiussorio che fosse privo delle specifiche clausole invalide. Tale verifica non va compiuta dal punto di vista soggettivo, cioè speculando sulla possibilità che le parti, consapevoli della nullità, facessero ricorso ad altre forme di garanzia: poiché il principio da tutelare è quello della conservazione del contratto esistente, si dovrà stabilire unicamente se il contratto, depurato delle clausole invalide, rispondeva comunque agli interessi delle parti come essi si atteggiavano al momento della stipulazione.

[In conclusione] il principio di diritto enunciato dalla Corte, laddove fa salva la possibilità “*che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti*”, non allude ad ipotesi in cui la nullità dovrebbe essere esclusa, bensì a quei casi in cui le parti affette da nullità risultano essenziali per le parti, le quali non avrebbero concluso il contratto senza di esse: in tali ipotesi la nullità travolgerebbe infatti l'intero contratto.

Ora è evidente che nel caso in esame il garante, che ha prestato il proprio consenso in presenza delle clausole particolarmente gravose sopra elencate, a maggior ragione avrebbe stipulato il negozio in mancanza di esse. Per quanto riguarda la Banca si deve osservare che essa, avendo concesso il credito al debitore principale, avrebbe sicuramente voluto munirsi delle garanzie personali dei fideiussori pur in mancanza delle clausole affette da nullità. Non risultano quindi motivi per discostarsi dal paradigma della nullità parziale che la Corte ha indicato come sanzione tipica della riproduzione delle clausole limitative della concorrenza, vale a dire delle tre clausole sopra menzionate.

[vedi altresì Tribunale di Genova - R.G. n. 10758/2017 – Sentenza n. XXX/2021 pubbl. il 20/09/2021 – Giudice: Dott. Alessandro Mauceri, pp. 21-23, ove si afferma:

La Banca d'Italia con il provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, reso in esercizio della funzione di Autorità Garante della concorrenza tra Istituti creditizi, ha disposto che i seguenti articoli, contenuti nello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione omnibus, contengono disposizioni che sono contrarie alla normativa antitrust: - art. 2 denominato “*annullamento, inefficacia e revoca dei pagamenti*”; - art. 6 denominato “*responsabilità del fideiussore*”; - art. 8 denominato “*invalidità dell'obbligazione garantita*”.

La Cassazione Civile, con la sentenza n. 29810 del 12 dicembre 2017, ha per la prima volta trattato, dopo numerose pronunce di merito, la questione relativa al provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2 maggio 2005, reso in esercizio della funzione di Autorità Garante della concorrenza tra Istituti creditizi. In particolare, con tale provvedimento la Banca d'Italia, all'esito di un'istruttoria avviata sullo schema contrattuale di fideiussione *omnibus* trasmesso dall'AB1 nel luglio 2003, ha disposto quanto segue: *“I diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 cod. civ., che si intende derogato”*].

[Con riferimento alla tesi sostenuta dagli oppositori secondo cui] la **fideiussione** sarebbe **nulla** perché prestata ricalcando il modello predisposto dall'A.B.I. (Associazione Bancaria Italiana) l'11 luglio del 2003, e quindi in maniera tale da **violare il divieto di intese anticoncorrenziali** previsto dall'art. 2, comma 2, lett. a), della L. n. 287/1990 (da ultimo, in questo senso, vedi Cass., Sent. n. 13846 del 22.05.2019) [si deve ricordare che]

Secondo la costante giurisprudenza di questo Ufficio, confortata anche dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. civ., **Sez. Unite**, Sent., **30/12/2021, n. 41994**), la **nullità** in questione ha carattere **parziale**, e non travolge l'intero atto, bensì le sole clausole che riproducono quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata. In altri termini, una eventuale nullità colpirebbe soltanto: - la c.d. clausola di reviviscenza, secondo cui il fideiussore è tenuto a rimborsare alla banca le somme che alla stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi; - la clausola che deroga all'art. 1957 c.c. dispensando la Banca dal rispetto del termine fissato alla legge a pena di decadenza della garanzia; - la clausola che deroga all'art. 1957 c.c. dispensando la Banca dal rispetto del termine fissato dalla legge a pena di decadenza della garanzia.

Gli oppositori quindi avrebbero potuto far valere la nullità solo al fine di rendere inoperanti le specifiche clausole di cui sopra, ma non, come hanno fatto, per ritenersi automaticamente liberati dagli obblighi assunti con la fideiussione.

Va aggiunto, per completezza, che ai sensi dell'art. 1419 c.c. *“La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità”*.

Ma nel caso in esame è evidente che il garante, che ha prestato il proprio consenso in presenza delle clausole particolarmente gravose sopra elencate, a maggior ragione avrebbe stipulato il negozio in mancanza di esse. Per quanto riguarda la Banca si deve osservare che essa, avendo concesso il credito al debitore principale, avrebbe sicuramente voluto munirsi delle garanzie personali dei fideiussori pur in mancanza delle clausole affetta da nullità. Non risultano quindi



motivi per discostarsi dal paradigma della nullità parziale che la Corte ha indicato come sanzione tipica della riproduzione delle clausole limitative della concorrenza, vale a dire delle tre clausole sopra menzionate.

- **Nullità delle fideiussioni predisposte sulla base del modello ABI, riguardo le clausole di cui agli artt. 2, 6 e 8**
- **Solo fideiussioni *omnibus* o anche fideiussioni ordinarie o “specifiche”?**

**(Tribunale di Genova - R.G. n. 15655/2018 - Sentenza n. XXX/2022 pubbl. il 28/11/2022 – Giudice: Dott.ssa Chiara Russo)**

Giova premettere che le fideiussioni *omnibus* sono quelle garanzie personali estese a tutte le obbligazioni che il debitore garantito assume verso l’istituto di credito, anche in relazione a rapporti che debbano ancora sorgere al momento della pattuizione della garanzia; la fideiussione *omnibus* si differenzia quindi da quella “ordinaria” o “specificata”, che è referita ad un determinato rapporto già sorto e precisamente individuato.

[...]

Tanto premesso, va escluso che le fideiussioni specifiche rientrino nell’ambito di applicazione del provvedimento della Banca d’Italia n.55/2005, il quale, nel dichiarare la contrarietà alla legge 287/1990 degli articoli 2, 6, 8 dello schema Abi del 2002, ha fatto esplicito riferimento allo schema contrattuale riprodotto nelle fideiussioni *omnibus*. In altri termini, la Banca D’Italia ha ritenuto che le fideiussioni *omnibus* che riproducano uno schema predisposto al di fuori della normale trattativa tra banche e cliente finale, proprio perché utilizzate in modo uniforme dagli istituti di credito, alterano e sovvertono la *ratio* della disciplina *antitrust* così come sopra descritta, ponendosi in contrasto con l’articolo 2, comma 2, lettera a) legge 287/1990.

L’intesa illecita che la Banca D’Italia ha sanzionato all’esito dell’istruttoria svolta è relativa alla sola fideiussione *omnibus*, mentre non è stata accertata un’analoga intesa illecita con riferimento alle fideiussioni specifiche. Pertanto, la sanzione di nullità che colpisce le fideiussioni *omnibus* riproduttive dello schema vietato a monte non può essere estesa alle fideiussioni specifiche.

Allo stesso modo la pronuncia delle Sezioni Unite n. 41994/2021, che ha concluso per la nullità parziale di dette clausole – tranne che vi sia la prova che le parti non avrebbero concluso il contratto senza la clausola affetta da nullità, nel qual caso esso è integralmente nullo – pur non affermando che la sanzione della nullità colpisca solo le clausole inserite nelle fideiussioni *omnibus*, deve intendersi

ad esse riferita. Del resto, la fattispecie esaminata nella sentenza delle Sezioni Unite era appunto una fideiussione *omnibus*.

[*contraria*: Corte di Appello di Genova - R.G. n. 923/2020 - Sentenza n. 21/2023 pubbl. il 9/01/2023 – Collegio: Dott. Marcello Arturo Castiglione, Dott.ssa Laura Casale, Avv. Daniela Traverso, pp.8-11]

- **Normativa Antitrust – Incompetenza Tribunale Ordinario**
- **Riparto competenza Sezioni ordinarie e Sezione Specializzata Imprese appartenenti al medesimo Ufficio Giudiziario**
- **Sezioni Unite, sentenza n. 19882/2019**

(Tribunale di Genova - R.G. n. 15655/2018 - Sentenza n. XXX/2022 pubbl. il 28/11/2022 – Giudice: Dott.ssa Chiara Russo)

[Con riferimento alla violazione della normativa Antitrust che ha devoluto la materia della concorrenza alle Sezioni specializzate imprese dei tribunali, si precisa che...]

Nella **competenza delle sezioni** [**specializzate imprese**] rientrano anche le cause aventi ad oggetto l'accertamento, in via principale, della nullità delle clausole contenute nelle fideiussioni riproduttive dello schema ABI, in quanto le stesse costituiscono applicazione concreta delle intese vietate restrittive della concorrenza.

Sul punto si veda quanto statuito da Cass., ord. n. 6523/2021 e da Cass., ord. n. 21429/2022, le quali hanno affermato che la nullità sopra esaminata, visto il legame funzionale tra le stipulazioni a valle (contratti di fideiussione) e l'intesa restrittiva della concorrenza a monte vietata, rientra tra le materie da proporsi davanti alla Sezione specializzata imprese<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Precisano le sentenze di legittimità sopra citate: “In altre parole, la nullità predicata dal singolo contraente deriva dall’invalidità dell’intesa a monte della stipula della fideiussione, per contrarietà al diritto della concorrenza; cosicché non può sostenersi, come invece fatto dal giudice a quo nell’odierna fattispecie, che la qualità della specifica controversia, come attinente all’art. 33 della l. n. 287 del 1990, venga poi meno. La segnalata necessità di valutare “la coincidenza tra la fideiussione oggetto di causa ed il testo frutto dell’intesa restrittiva della concorrenza”, lungi dall’escluderlo, richiede di estendere l’accertamento alla sorte dell’intesa restrittiva, la quale dunque finisce per rientrare nell’oggetto del processo. Invero, in linea generale, fa parte dell’oggetto del processo tutto ciò che è individuato nella domanda come suo presupposto. È pertanto errato dire che il processo nel quale si assuma la nullità della fideiussione perché riprodotto uno schema frutto di intese vietate dalla legislazione antitrust non comprenda anche la valutazione di una tale illiceità”.

Nel caso in cui la causa venga radicata davanti ad una Sezione ordinaria del Tribunale anziché davanti alla specializzata Imprese presente nel medesimo Ufficio giudiziario non si pone, però, una questione di competenza in senso tecnico, ma soltanto una questione di ripartizione degli affari interni dell'Ufficio giudiziario.

Così si è espressa la Cassazione a **Sezioni Unite** nella **sentenza n. 19882/2019**, la quale ha enunciato il seguente principio di diritto: *“Il rapporto tra sezione ordinaria e sezione specializzata in materia di impresa, nel caso in cui entrambe le sezioni facciano parte del medesimo Ufficio giudiziario, non attiene alla competenza, ma rientra nella mera ripartizione degli affari interni dell'ufficio giudiziario, da cui l'inammissibilità del regolamento di competenza, richiesto d'ufficio ex art. 45 c.p.c.; deve di contro ritenersi che rientri nell'ambito della competenza in senso proprio la relazione tra la sezione specializzata in materia di impresa e l'Ufficio giudiziario diverso da quello ove la prima sia istituita”*.

Da ciò consegue che, nell'ipotesi in cui considerata, il giudice non dovrà sollevare questione di competenza, bensì dovrà trasmettere gli atti al Presidente del Tribunale per la riassegnazione della causa alla sezione imprese competente.

- **Annullabilità del contratto ex artt. 2475-ter, 1394 e 1395 c.c.**
- **Coincidenza garante e garantito – prova del conflitto di interessi**

#### **Punto di motivazione riportato pressoché testualmente**

**(Tribunale di Genova - R.G. n. 5046/2012 - Sentenza n. XXX/2016 pubbl. il 19/01/2016 – Giudice: Dott. Alessandro Mauceri)**

[Con riferimento all'**annullabilità della polizza fideiussoria** per palese conflitto di interessi in conseguenza della coincidenza tra il debitore principale ed il soggetto che garantisce l'obbligazione...]

Secondo il prevalente orientamento della Giurisprudenza di legittimità e di quella di merito, nel caso in cui una società abbia prestato fideiussione in favore di un'altra, il cui amministratore sia contemporaneamente amministratore della prima, **l'esistenza di un conflitto d'interessi** tra la società garante ed il suo amministratore, ai fini dell'annullabilità del contratto, non può farsi discendere genericamente dalla mera coincidenza nella stessa persona dei ruoli di amministratore delle due società, ma **deve accertarsi in concreto**, sulla base di una comprovata relazione antagonista di

incompatibilità degli interessi di cui siano portatori, rispettivamente, la società che ha prestato la garanzia ed il suo amministratore (cfr. fra tutte Trib. Vicenza, 12/05/2015 Trib. Vicenza, 12/05/2015 Cass. civ. Sez. III, 30/12/2014, n. 27 Cass. civ. Sez. III, 30/12/2014, n. 27547 Cass. 547 Cass. civ. Sez. 1, 17 ottobre 2008 n. 25361; Cass. civ. Sez. IIIII, 20 maggio 2008 n. 14461, 20 maggio 2008 n. 14461).

La giurisprudenza [contraria] (in particolare Cass. 4 ottobre 2010 n.20597) non è significativa, riferendosi ad un caso in cui il conflitto di interessi emergeva nella sua concretezza dagli stessi connotati dell'operazione dedotta in giudizio. Si trattava infatti di fideiussione prestata da una società per un importo superiore al capitale sociale, con atto non consentito dall'oggetto sociale, a garanzia del debito contratto da altra società, amministrata dalla stessa persona, che al momento della stipulazione si trovava già in situazione di insolvenza.

Nel caso in esame, per contro, si tratta di garanzie offerte da A in favore di B, di cui fa parte quale [...], cioè di operazioni consuete in tal genere di rapporti, che inducono a presumere una convergenza di interessi fra garante garantita, quali atti strumentali alla conservazione del valore della partecipazione in B di cui il garante fa parte, volti a salvaguardare l'interesse di quest'ultimo e di B nel suo insieme, secondo il principio enunciato in materia dalla sentenza n. 30174/2011 delle Sezioni unite della Suprema Corte.

## APPELLO

- **Incompetenza territoriale**
- **Nullità fideiussione ex artt. 1418 e 1419 c.c.**
- **Contratto a valle redatto su modello schema ABI**
- **Provvedimento Banca d'Italia 2 maggio 2005: clausole artt. 2, 6 e 8 schema ABI violazione normativa *Antitrust* (L. 287/1990)**
- **Sezioni Unite, sentenza n. 41994/2021: regola nullità parziale, salvo clausola essenziale per le parti ex art. 1419 c.c.**
- **Applicabilità disciplina fideiussioni *omnibus* e ordinarie o “specifiche”**

**(Corte di Appello di Genova - R.G. n. 923/2020 - Sentenza n. 21/2023 pubbl. il 9/01/2023 – Collegio: Dott. Marcello Arturo Castiglione, Dott.ssa Laura Casale, Avv. Daniela Traverso – parziale riforma ordinanza Tribunale di Genova in data 9/11/2020 in causa R.G. 4280/2020)**

È noto che la **Banca d'Italia**, chiamata ad esprimere un parere preventivo sulla conformità del modello ABI alla normativa antitrust, con **provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005**, ha rilevato che le clausole di cui all'art. 2, 6 ed 8, già stabilmente inserite negli schemi delle fideiussioni omnibus ordinariamente predisposte dagli istituti di credito, fossero il frutto di un accordo lesivo della concorrenza, accordo consacrato nel modello di fideiussione predisposto dall'ABI.

In particolare, la **Banca d'Italia** ha evidenziato come “secondo l'Autorità, l'Istruttoria ha consentito di rilevare come il contenuto dello schema sia sostanzialmente riprodotto nei contratti delle banche interpellate; l'ampia diffusione delle clausole oggetto di verifica non può essere ascritta a un fenomeno “spontaneo” del mercato, ma piuttosto agli effetti di un'intesa esistente tra le banche sul tema della contrattualistica”, e, ancora, che “la previsione di talune clausole implicanti oneri aggiuntivi a carico del fideiussore risulta coerente con l'esigenza, presente nell'ordinamento giuridico, di garantire una particolare tutela alle specificità del credito bancario, in considerazione della rilevanza per lo sviluppo economico e sociale dell'attività di concessione di finanziamenti in via professionale e sistematica svolta dalle banche. Tale esigenza viene soddisfatta, nello schema contrattuale predisposto dall'ABI, dalla clausola che dispone il pagamento del fideiussore “a prima richiesta” della banca. Le altre clausole oggetto di approfondimento istruttorio non sono risultate altrettanto necessarie alla funzione della garanzia bancaria; in tal senso, la loro diffusione generalizzata potrebbe produrre effetti anticoncorrenziali nella misura in cui inducesse una completa uniformità dei comportamenti delle banche in senso ingiustificatamente sfavorevole alla clientela”. In particolare, “con riferimento alla deroga all'art. 1957 cod. civ. configurata dall'articolo 6 dello schema ABI, occorre rilevare che essa ha la funzione di esonerare la banca dal proporre e proseguire diligentemente le proprie istanze, nei confronti del debitore e del fideiussore, entro i termini previsti da detta norma. Tale clausola, pertanto, appare suscettibile di arrecare un significativo vantaggio non tanto al debitore in difficoltà – come ritiene l'ABI – quanto piuttosto alla banca creditrice, che in questo modo disporrebbe di un termine molto lungo (coincidente con quello della prescrizione dei suoi diritti verso il garantito) per far valere la garanzia fideiussoria. Ne potrebbe risultare disincentivata la diligenza della banca nel proporre le proprie istanze e conseguentemente sbilanciata la posizione della banca stessa a vantaggio del garante”. Per quanto concerne, invece, “la clausola che dispone la “reviviscenza” della garanzia dopo l'estinzione del debito principale (articolo 2 dello schema)” essa “impegna il fideiussore a tenere indenne la banca da vicende successive all'avvenuto adempimento, anche quando egli abbia confidato nell'estinzione della garanzia a seguito del pagamento del debitore e abbia conseguentemente trascurato di tutelare le proprie ragioni nei confronti di quest'ultimo (cfr. articolo 1953 cod. civ.). Da ciò derivano

*conseguenze particolarmente pregiudizievoli per il garante quando l'obbligo di restituzione alla banca sia determinato dalla declaratoria di inefficacia o dalla revoca dei pagamenti eseguiti dal debitore a seguito di fallimento dello stesso”.*

Sulla base di tali considerazioni, quindi, la Banca d'Italia ha osservato che “*l'articolo 2 comma 1, della **legge n. 287/90** considera intese gli accordi e le pratiche concordate tra le imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari*” che “*le condizioni generali di contratto comunicate dall'ABI relativamente alla fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie*”, in quanto *deliberazioni di un'associazione di imprese, rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 2, comma 1, della legge n. 287/90*”, sanzionando lo schema contrattuale predisposto dall'ABI e rimesso al suo vaglio, limitatamente alle tre clausole sopra considerate, e ricordando come “*il successivo comma 2 dell'articolo 2 della legge n. 287/90 vieta le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali, quando queste siano suscettibili di restringere la concorrenza sui mercati interessati. Le determinazioni di un'associazione di imprese, costituendo elemento di valutazione e di riferimento per le scelte delle singole associate, possono contribuire a coordinare il comportamento di imprese concorrenti*”.

Nelle more del presente giudizio, la Corte di **Cassazione a SS. UU.** con **sentenza n. 41994 del 30/12/2021**, dirimendo il contrasto giurisprudenziale formatosi sulla questione, ha statuito che “*I contratti di fideiussione “a valle” di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con gli artt. 2, comma 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990 e 101 del TFUE, sono parzialmente nulli, ai sensi degli artt. 2, comma 3 della legge citata e dell'art. 1419 c.c., in relazione alle sole clausole che riproducono quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata – perché restrittive, in concreto, della libera concorrenza – salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti*” in quanto costituenti «lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti» (Cass. Sez. Un., n. 2207/2005) – partecipano della stessa natura anticoncorrenziale dell'atto a monte, e vengono ad essere inficiati dalla medesima forma di invalidità che colpisce i primi”.

In altri termini, “*detta violazione è riscontrabile in ogni caso in cui tra atto a monte e contratto a valle sussista un nesso che faccia apparire la **connessione** tra i due atti «funzionale» a produrre un*

effetto anticoncorrenziale” che si verifica “con evidenza quando il contratto a valle (nella specie una fideiussione) è interamente o parzialmente riproduttivo dell’«intesa» a monte, dichiarata nulla dall’autorità amministrativa di vigilanza, ossia quando l’atto negoziale sia di per sé stesso un mezzo per violare la normativa antitrust, ovvero quando riproduca - come nel caso concreto - solo una parte del contenuto dell’atto anticoncorrenziale che lo precede, in tal modo venendo a costituire lo strumento di attuazione dell’intesa anticoncorrenziale”.

Si verifica in siffatte ipotesi quindi “una «nullità speciale», posta - attraverso le previsioni di cui agli artt. 101 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea e 2, lett. a) della 35 legge n. 287 del 1990 - a presidio di un interesse pubblico e, in specie, dell’«ordine pubblico economico»; dunque «nullità ulteriore a quelle che il sistema già conosceva» (Cass., n. 827/1999). Si tratta di una forma di nullità di portata più ampia della nullità codicistica (art. 1418 cod. civ.) e delle altre nullità conosciute dall’ordinamento - come la «nullità di protezione» nei contratti del consumatore (cd. secondo contratto), e la nullità nei rapporti tra imprese (cd. terzo contratto) - in quanto colpisce anche atti, o combinazioni di atti avvinti da un «nesso funzionale», non tutti riconducibili alle suindicate fattispecie di natura contrattuale. La ratio di tale speciale regime - come detto - è da ravvisarsi nell’esigenza di salvaguardia dell’«ordine pubblico economico», a presidio del quale sono state dettate le norme imperative nazionali ed europee antitrust”.

La Corte ha quindi specificato che “nei casi – come quello oggetto del presente giudizio – in cui dello schema dichiarato nullo dalla Banca d’Italia, vengano riprodotte solo le tre clausole succitate, il menzionato «principio di conservazione» degli atti negoziali, costituente nell’ordinamento la «regola», impone di considerare nulli i contratti di fideiussione a valle solo limitatamente alle clausole riproduttive dello schema illecito a monte, poiché adottato in violazione della normativa nazionale ed eurounitaria - antitrust, a meno che non risulti comprovata agli atti una diversa volontà delle parti, nel senso dell’essenzialità – per l’assetto di interessi divisato – della parte del contratto colpita da nullità” escludendo, per contro la nullità totale del contratto a valle, laddove esso riproduca le clausole dell’intesa a monte dichiarate nulle dall’organo di vigilanza, e che sono le sole ad avere - in concreto - una valenza restrittiva della concorrenza, come nel caso dello schema ABI per cui è causa. Tutte le altre clausole, coerenti con lo schema tipico del contratto di fideiussione, restano invece - come nel caso concreto ha affermato il provvedimento della Banca d’Italia n. 55 del 2005 – pienamente valide”.

Dunque le clausole del contratto di fideiussione a valle nulle sono solo quelle che riproducono gli articoli nn. 2 6 e 8 dell'intesa a monte, mentre "tutte le altre clausole del contratto di fideiussione – in quanto finalizzate, attraverso l'obbligazione di garanzia assunta dal fideiussore, ad agevolare l'accesso al credito bancario – sono immuni da rilievi di invalidità, come ha stabilito la Banca d'Italia nel citato provvedimento, nel quale ha espressamente fatte salve tutte le altre clausole dell'intesa ABI (...) di conseguenza, alla nullità parziale dell'accordo o della deliberazione a monte corrisponde - per le ragioni suesposte - la nullità parziale del contratto di fideiussione a valle che ne riproduca le revisioni colpite da tale forma di invalidità, e limitatamente alle clausole riproduttive di dette previsioni, salvo che la parte affetta da nullità risulti essenziale per i contraenti, che non avrebbero concluso il contratto «senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità», secondo il disposto di cui all'art. 1419, primo comma, cod. civ.

L'onere della relativa prova gravava sulla parte interessata all'estensione della nullità.

[...] Nel caso di specie vi è piena corrispondenza tra gli artt. XXX del contratto di fideiussione sottoscritto con le clausole nulle dello schema ABI citate, cui consegue la nullità del medesimo nelle sole parti in cui viola l'art. 2, comma 1, lett. a) l. 287/1990 ai sensi dell'art. 1419 c.c., permanendo validità ed efficacia delle altre clausole negoziali, dovendosi, in assenza di prova contraria sul punto, ritenersi in via presuntiva che i contraenti avrebbero ugualmente stipulato la fideiussione anche senza le parti colpite da nullità, a prescindere dalla rilevanza delle stesse nell'originario testo della fideiussione sottoscritta.

Quanto alla eccezione secondo cui la normativa invocata non sarebbe nel caso applicabile in quanto la fideiussione oggetto di causa non è omnibus ma specificata, si osserva come alla luce della disciplina Antitrust, come pure della Cassazione a Sezioni Unite citata, non sembra che la differenza sia rilevante. Entrambe le tipologie sono stipulate secondo il medesimo schema elaborato dall'ABI, l'unica differenza riguardando esclusivamente l'oggetto, che nelle fideiussioni *omnibus* è rappresentato da tutte le obbligazioni fino ad un importo massimo, mentre in quelle specifiche ha ad oggetto obbligazioni specificamente indicate come garantite, derivanti da operazioni bancarie.

Peraltro, sia la Cassazione n. 30818 del 2018, che la decisione n. 16558 del 2019 della ABF del Collegio di Milano hanno ribadito per entrambe le tipologie di fideiussioni la necessità che esse rispettino la normativa antitrust di cui alla l. 287/1990, e, come è stato osservato, diversamente opinando si concretizzerebbe un evidente elusione al precetto dell'Antitrust da parte delle banche, cui verrebbe consentito di dare esecuzione all'intesa vietata ricorrendo invece che ad un'unica fideiussione omnibus redatta sullo schema ABI all'utilizzo di varie fideiussioni specifiche apparentemente lecite ma sostanzialmente elusive della normativa Antitrust.



**(Corte di Appello di Genova - R.G. n. 154/2021 - Sentenza n. 192/2023 pubbl. il 27/02/2023 – Collegio: Dott. Marcello Arturo Castiglione, Dott. Franco Davini, Dott.ssa Laura Casale – conferma sentenza Tribunale di Genova in data 2/12/2020, n. 2167)**

Quanto al primo motivo di appello inerente la [errata] qualificazione della **nullità dei contratti di fideiussione** da loro conclusi [in quanto riportanti clausole conformi al modello di fideiussione “*omnibus*” predisposto dall’ABI, come tali ritenute in contrasto con l’art. 2, comma 2, lett. a) della l. n. 287/1990 dal Provvedimento di Banca di Italia n. 55/2005] come avente carattere parziale e non totale [...] appare dirimente richiamare le recenti **Sezioni Unite della Corte di Cassazione, n. 41994 del 30.12.2021** a mente delle quali “*I contratti di fideiussione “a valle” di intese dichiarate parzialmente nulle dall’Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con gli artt. 2, comma 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990 e 101 del TFUE, sono **parzialmente nulli**, ai sensi degli artt. 2, comma 3 della legge citata e dell’art. 1419 c.c., in relazione alle sole clausole che riproducono quelle dello schema unilaterale costituente l’intesa vietata - perché restrittive, in concreto, della libera concorrenza -, **salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti**”.*

In motivazione le Sezioni Unite hanno infatti evidenziato che, pur nella consapevolezza dell’estrema problematicità della scelta tra le diverse forme di tutela riconoscibili al cliente-fideiussore, deve ritenersi che, tra le tre diverse soluzioni individuate da dottrina e giurisprudenza, quella che perviene a risultati più in linea con le finalità e gli obiettivi della normativa antitrust sia la tesi che ravvisa nella fattispecie in esame un’ipotesi di «nullità parziale».

Ha infatti osservato al riguardo, che l’interesse protetto dalla normativa antitrust è principalmente quello del mercato in senso oggettivo, e non soltanto l’interesse individuale del singolo contraente pregiudicato, con la conseguente inidoneità di un rimedio risarcitorio che protegga, nei singoli casi, solo quest’ultimo, ed esclusivamente se ha subito un danno in concreto. Ed invero “*l’obbligo del risarcimento compensativo dei danni del singolo contraente non ha una efficacia dissuasiva significativa per le imprese che hanno aderito all’intesa, o che ne hanno - come nella specie - recepito le clausole illecite nello schema negoziale, dal momento che non tutti i danneggiati agiscono in giudizio, e non tutti riescono ad ottenere il risarcimento del danno. Per converso, è evidente che il riconoscimento, alla vittima dell’illecito anticoncorrenziale, oltre alla tutela risarcitoria, del diritto a far valere la nullità del contratto si rivela un adeguato completamento del sistema delle tutele, non*

*nell'interesse esclusivo del singolo, bensì in quello della trasparenza e della correttezza del mercato, posto a fondamento della normativa antitrust”.*

Una volta esclusa la idoneità della sola tutela risarcitoria, disgiunta dalla tutela reale, a garantire la realizzazione delle finalità perseguite dalla normativa antitrust, la Suprema Corte ha quindi ritenuto che la forma di tutela più adeguata allo scopo, ma che consente di assicurare anche il rispetto degli altri interessi coinvolti nella vicenda, segnatamente quello degli istituti di credito a mantenere in vita la garanzia fideiussoria, espunte le clausole contrattuali illecite, sia la nullità parziale, limitata - appunto - a tali clausole, con ciò salvaguardando anche il noto principio generale di “conservazione” del negozio, ed escludendo, per contro, la nullità totale del contratto a valle, con specifico riferimento alla fattispecie oggetto del giudizio sottoposto alla sua attenzione.

Secondo le Sezioni Unite, infatti, *“è di tutta evidenza, che - stante la finalizzazione di tale normativa ad elidere attività e comportamenti restrittivi della libera concorrenza - i contratti a valle sono integralmente nulli esclusivamente quando la loro stessa conclusione restringe la concorrenza, come nel caso di una intesa di spartizione, riprodotta integralmente nel contratto a valle. Quest’ultimo è, invece, nullo solo in parte qua, laddove esso riproduca le clausole dell’intesa a monte dichiarate nulle dall’organo di vigilanza, e che sono le sole ad avere - in concreto - una valenza restrittiva della concorrenza, come nel caso dello schema ABI per cui è causa. Tutte le altre clausole, coerenti con lo schema tipico del contratto di fideiussione, restano invece - come nel caso concreto ha affermato il provvedimento della Banca d’Italia n. 55 del 2005 - pienamente valide”.*

Per converso, tutte le altre clausole del contratto di fideiussione - in quanto finalizzate, attraverso l’obbligazione di garanzia assunta dal fideiussore, ad agevolare l’accesso al credito bancario - sono immuni da rilievi di invalidità, come ha stabilito la Banca d’Italia nel citato provvedimento, nel quale ha espressamente fatte salve tutte le altre clausole dell’intesa ABI.

Di conseguenza, spiegano ancora le Sezioni Unite, *“alla nullità parziale dell’accordo o della deliberazione a monte corrisponde la nullità parziale del contratto di fideiussione a valle che ne riproduca le previsioni colpite da tale forma di invalidità, e limitatamente alle clausole riproduttive di dette previsioni, salvo che la parte affetta da nullità risulti essenziale per i contraenti, che non avrebbero concluso il contratto «senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità», secondo quanto prevede - in piena conformità con le affermazioni della giurisprudenza europea, riferite alla normativa comunitaria - il diritto nazionale (art. 1419, primo comma, cod. civ.). E sempre che di tale essenzialità la parte interessata all’estensione della nullità fornisca adeguata dimostrazione”*: evenienza, questa, di ben difficile riscontro nel caso di specie.

[In conclusione] ove tali clausole avessero avuto un concreto rilievo nel caso in esame, in applicazione dei ricordati principi delle recenti Sezioni Unite, ciò avrebbe dovuto comportare una pronuncia di nullità parziale di tali clausole e non di tutto il contratto di fideiussione, come aveva già correttamente ritenuto sul punto la decisione di primo grado in oggi appellata, che merita pertanto conferma.

- **Mancata sottoscrizione specifica del contratto**
- **Nullità garanzia ex art. 1938 c.c. e nullità contratto per indeterminatezza oggetto – esclusione**

**(Corte di Appello di Genova - R.G. n. 243/2021 - Sentenza n. 126/2023 pubbl. il 8/02/2023 – Collegio: Dott.ssa Rossella Atzeni, Dott. Marcello Arturo Castiglione, Dott. Franco Davini – conferma sentenza Tribunale di Genova in data 17/02/2021, n. 383)**

[Quanto al motivo di appello relativo alla] mancata sottoscrizione specificatamente del primo foglio della fideiussione [...] che conteneva l'indicazione del massimale garantito, con conseguente nullità della garanzia per violazione dell'art. 1938 c.c. e nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto [si osserva che...]

Il documento in esame è formato da un solo foglio fronte/retro, stampato su ambedue le facciate, onde la sottoscrizione del contraente posta alla fine del documento sulla seconda facciata è riferibile all'intero contenuto del contratto, anche all'indicazione del massimale contenuta nella prima facciata, non essendo necessaria per l'approvazione del suo contenuto la sottoscrizione di ciascuna pagina.

- **Polizza fideiussoria *indemnitas***
- **Natura giuridica: contratto autonomo di garanzia**
- **Clausola di pagamento “a prima richiesta” e “senza eccezioni” – inopponibilità di eccezioni inerenti il rapporto base garantito**
- **Inoperatività principio assicurativo (rimborsabilità solo danno dimostrato)**

**(Corte di Appello di Genova - R.G. n. 1235/2017 - Sentenza n. 2/2023 pubbl. il 2/01/2023 – Collegio: Dott.ssa Enrica Drago, Dott.ssa Rossella Silvestri, Dott. Riccardo Baudinelli – conferma sentenza Tribunale di Genova in data 19/06/2017, n. 1632)**

[Con riferimento alle] doglianze formulate dalla società X secondo cui: (i) la “fideiussione” *de qua* [in quanto fideiussione *indemnitis*] non sarebbe escutibile se non in ragione di danni da inadempimento effettivamente subiti dal soggetto garantito, mentre, nel caso di specie, nella sentenza impugnata, al soggetto garantito non è stato riconosciuto alcun danno da inadempimento (primo motivo di appello incidentale), e (ii) nulla rileverebbe l'avvenuto riconoscimento, in favore del predetto soggetto, di un danno “non patrimoniale”, data l'estraneità di tale figura di danno dall'area della responsabilità dell'appaltatrice e, comunque, da quella di operatività dell'impegno di garanzia della Società X (terzo motivo di appello incidentale)...]

È necessario in primo luogo stabilire la **natura giuridica** della **garanzia** prestata dalla società X.

Le **Sezioni Unite** della Cassazione con la pronuncia n. 3947 del 18/02/2010 ha evidenziato le differenze tra la polizza fideiussoria e la fideiussione in quanto “la **polizza fideiussoria** è, sotto il profilo genetico, un negozio stipulato dall'appaltatore su richiesta del committente e in suo favore, strutturalmente articolato secondo lo schema del **contratto a favore di terzo**, funzionalmente caratterizzato dall'assunzione dell'impegno, da parte di una banca o di una compagnia di assicurazione, di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta dal contraente (così, ex aliis, Cass. n. 11261/2005); il terzo non è parte, né in senso sostanziale né in senso formale del rapporto, e si limita a ricevere gli effetti di una convenzione già costituita ed operante, sicché la sua adesione si configura quale mera *condicio iuris* sospensiva dell'acquisizione del diritto, rilevabile per *facta concludentia*, risultando la dichiarazione di volerne profittare necessaria soltanto per renderla irrevocabile ed immodificabile ex art. 1411 c.c., comma 3 (Cass. n. 23708/2008 e n. 13661/1992); non rileva, difatti, che il contratto sia stato eventualmente stipulato anche con la partecipazione del creditore garantito, derivandone l'esclusivo effetto di obbligare direttamente la compagnia assicuratrice nei confronti del creditore stesso ed impedire che quest'ultimo, quale beneficiario della prestazione negoziata a suo favore dal debitore, possa dichiarare di non aderire alla stipulazione secondo la disciplina del contratto a favore del terzo (Cass. n. 7766/1990), anche se, alla forma giuridica bilaterale della stipulazione - in relazione alla quale il committente è terzo - corrisponde un'operazione economica sostanzialmente trilatera, in cui l'unica parte effettivamente interessata alla validità del contratto è il beneficiario della polizza, che ad essa condiziona l'erogazione delle sue prestazioni, potendo lo stipulante appaltatore anche non avere interesse all'effettiva validità ed efficacia dell'assicurazione (così, ancora, Cass. n. 23708/2008)” con ciò differenziandosi la polizza fideiussoria sotto l'aspetto morfologico rispetto “allo schema tipico delle **convenzioni fideiussorie**, che, caratterizzate dalla funzione di garantire un'obbligazione altrui, intercorrono esclusivamente tra il fideiussore e il creditore” (...) “In altri termini, mentre con la fideiussione è tutelato l'interesse all'esatto adempimento dell'(unica) prestazione principale - per cui il fideiussore è un “vicario” del debitore

-, l'obbligazione del garante autonomo è qualitativamente altra rispetto a quella dell'ordinante - sia perché non necessariamente sovrapponibile ad essa, sia perché non rivolta al pagamento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore”.

La pronuncia citata, dopo aver rilevato che l'introduzione, nelle condizioni generali di contratto, di clausole di pagamento con diciture “a semplice” o “a prima richiesta (o domanda)”, “senza eccezioni” o analoghe (“incondizionatamente”, “a insindacabile giudizio del beneficiario” e così via) nelle polizze fideiussorie manifesta “una rilevante deroga alla disciplina legale della fideiussione, che si sostanzia nell'attribuzione, al creditore-beneficiario, del potere di esigere dal garante il pagamento immediato, a prescindere da qualsiasi accertamento (e dalla prova da parte del creditore) in ordine all'effettiva sussistenza di un inadempimento del debitore principale”, ha affermato che caratteristica fondamentale della polizza fideiussoria, che vale a distinguerla dal rapporto di fideiussione di cui agli artt. 1936 e seguenti cod. civ., “è la carenza dell'elemento dell'accessorietà: il garante s'impegna a pagare al beneficiario, senza opporre eccezioni in ordine alla validità e/o all'efficacia del rapporto di base”.

La pronuncia citata ha poi precisato che, sotto il profilo funzionale, il regime “autonomo” del *Garantievertrag* trova un limite solo quando le eccezioni attengano alla validità dello stesso contratto di garanzia ovvero al rapporto garante/beneficiario (come in relazione al diritto del garante di opporre al beneficiario la compensazione legale per un credito vantato direttamente nei suoi confronti), all'inesistenza del rapporto garantito, alla nullità del contratto-base dipendente da contrarietà a norme imperative o da illiceità della causa o quando sia proponibile la cd. *exceptio doli generalis seu presentis*, perché risulta evidente, certo ed incontestabile il venir meno del debito garantito per pregressa estinzione dell'obbligazione principale per adempimento o per altra causa (nel senso che il garante non è autorizzato ad effettuare pagamenti arbitrariamente intimatigli, a pena di perdita del regresso nei confronti del debitore principale: Cass. n. 10864/1999; n. 917/1999; n. 5997/2006; in generale, sull'obbligo del garante di opporre l'*exceptio doli* a protezione del garantito dai possibili abusi del beneficiario, Cass. n. 10864/1999; n. 5997/2006; n. 23786/2007; n. 26262/2007).

Più recentemente la Corte di Cassazione (Cass. n. 38193 del 2021), proprio in un caso in cui la società di assicurazioni aveva rilasciato, a richiesta dell'appaltatore ed a favore del Comune – come nel caso di specie – la “garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva” giusta polizza emessa ai sensi della L. n. 109 del 1994, art. 30 e del D.Lgs. n. 163 del 2006, successivo art. 113, in conformità allo Schema Tipo 1.2 di cui al D.M. n. 123 del 2004 (redatta in base allo Schema Tipo 1.2 di cui al D.M. n.

12/03/2004 (“Schemi di polizza tipo per le garanzie fideiussorie e le coperture assicurative previste agli articoli 17 e 30 della legge n. 109 del 1994 e dal regolamento generale di attuazione emanato con d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, in materia di lavori pubblici”), ha affermato che: *“Nell’indicato schema negoziale, il garante resta obbligato al pagamento in modo incondizionato e autonomo rispetto all’obbligazione principale ed il garantito, beneficiario/Stazione Appaltante, può richiedere il pagamento di quanto dovuto nei limiti della garanzia senza vedersi opporre alcun limite contrattuale. La polizza cauzionale emessa dalla compagnia di assicurazione, che quale garante assume su di sé il pagamento della cauzione definitiva, e quindi degli oneri per il mancato o inesatto adempimento dell’appaltatrice-concessionaria, va inquadrata nell’ambito dei **contratti autonomi di garanzia**. Il garante è tenuto alla prestazione garantita in favore del creditore “a prima richiesta dello stesso” e con rinuncia ad opporre le eccezioni relative al rapporto garantito in essere tra beneficiario e debitore principale, al quale il garante stesso resta estraneo. L’affrancazione del rapporto di garanzia dalle sorti di quello garantito si realizza con la previsione di un meccanismo agile di escussione definito dalla necessità che il pagamento intervenga a “prima richiesta” del soggetto garantito e nel termine di quindici giorni, arco temporale che, assolutamente contenuto nella sua durata, esclude, per ciò stesso, che il soggetto garantito possa essere chiamato a dare conto del danno risentito in esito all’inadempimento del contraente di polizza e che possa esservi, nell’indicato termine, una interlocuzione tra garante e beneficiario di polizza, in cui il primo possa chiedere la prova del danno”*.

Ancora si legge: *“La previsione pure contenuta nell’art. 4, titolato “Escussione della garanzia”, dello Schema Tipo 1.2 Allegato I del D.M. n. 123 del 2004, che fa “salve le azioni di legge nel caso che le somme pagate dal Garante risultassero parzialmente o totalmente non dovute” -(così anche nel caso in esame)- non urta con l’indicata esegesi del contratto, nella sua compatibilità con ogni iniziativa del garante diretta a spingersi fino a contestare: a) l’inesistenza dell’obbligazione principale, per adempimento o per causa di estinzione della stessa; b) la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative o per illiceità; c) l’esecuzione abusiva o fraudolenta dello stesso (exceptio doli generalis). Il garante eccepirà in tali ipotesi la violazione della correttezza e della buona fede nell’esecuzione del contratto, restando in difetto di tale eccezione, nella impossibilità ad agire in rivalsa nei confronti del debitore, per aver soddisfatto le pretese illegittime del garante che gli ha chiesto di “pagare a prima richiesta” (Cass. 3/02/1999, n. 917; Cass. 19/03/1993, n. 3291; Cass. 6/10/1989, n. 4006)”*.

E richiamando Cass. SS.UU. n. 3947 del 2010, la pronuncia succitata n. 38193 evidenzia altresì che *“l’obbligazione del garante di una polizza fideiussoria non è rivolta al pagamento del debito*

*principale bensì ad indennizzare il creditore rimasto insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore principale. (...) Il credito del creditore garantito da polizza fideiussoria avente natura di cauzione assicurativa ha natura indennitaria e non corrisponde nel quantum al danno sofferto dal creditore assicurato; la cauzione infatti è sganciata tanto dal principio strettamente assicurativo, secondo il quale l'impresa può rimborsare solo un danno subito dall'assicurato che sia stato puntualmente dimostrato, quanto dal principio che sostiene la disciplina della fideiussione e per il quale il fideiussore si obbliga ad adempiere la prestazione del debitore principale".*

A fronte dei predetti principi giurisprudenziali e, in particolare, di quanto affermato da Cass. n. 38193 del 2021, che si è occupata di un caso del tutto analogo a quello per cui è causa, appare evidente che, anche nel caso in esame, (i) la polizza *de qua* sia riconducibile alla figura del “contratto autonomo di garanzia”, caratterizzato, a differenza del contratto di fideiussione, dall'autonomia del rapporto di garanzia rispetto al rapporto base nella polizza fideiussoria, con conseguente irrilevanza, nel rapporto fra il garante il garantito, delle vicende attinenti a tale ultimo rapporto; (ii) la società X non può sostenere di non dover pagare la somma oggetto di polizza, pretesa dal garantito, assumendo che quest'ultimo non ha dimostrato di avere subito danni patrimoniali a causa dell'accertato inadempimento della società appaltatrice, avendo il primo giudice riconosciuto solo danni non patrimoniali in favore del garantito, peraltro estranei all'area della garanzia.

- **Diritto Amministrativo – Aggiudicazione procedura di gara**
- **Decadenza dalla proroga per mancato deposito della fideiussione**
- **Art. 113, d.lgs. 163/2006 e art. 103 d.lgs. 50/2016**

**(Corte di Appello di Genova - R.G. n. 506/2020 - Sentenza n. 134/2023 pubbl. il 9/02/2023 – Collegio: Dott.ssa Rossella Atzeni, Dott. Marcello Arturo Castiglione, Dott. Franco Davini – parziale riforma sentenza Tribunale di Genova in data 20 gennaio 2020, n. 101)**

Risulta errata la tesi accolta dal Tribunale che si sarebbe verificata una decadenza dalla proroga per mancato deposito della fideiussione. Ne mancano infatti i presupposti sia in fatto sia in diritto. [...]

In diritto se si esaminano i testi letterali dell'art. 113 del d.lgs. 163/2006, vigente al momento dell'incarico nel 2010, e del successivo art. 103 del d.lgs. 50/2016, vigente al momento della proroga che dispongono:

- **Art. 113, d.lgs. 12/04/2006, n. 163**, G.U. 02/05/2006 n. 100: **1.** L'esecutore del contratto è obbligato a costituire una garanzia fideiussoria del 10% dell'importo contrattuale. Fermo rimanendo quanto previsto al periodo successivo nel caso di procedure di gara realizzate in forma aggregata da centrali di committenza, l'importo della garanzia è fissato nel bando o

nell'invito nella misura massima del 10% dell'importo contrattuale. In caso di aggiudicazione con ribasso d'asta superiore al 10%, la garanzia fideiussoria è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10%; ove il ribasso sia superiore al 20%, l'aumento è di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al 20 per cento. Si applica l'articolo 75, comma 7. **2.** La garanzia fideiussoria di cui al comma 1, prevista con le modalità di cui all'articolo 75, comma 3, deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante. **3.** La garanzia fideiussoria di cui al comma 1 è progressivamente svincolata a misura dell'avanzamento dell'esecuzione, nel limite massimo dell'80% dell'iniziale importo garantito. Lo svincolo, nei termini e per le entità anzidetti, è automatico, senza necessità di benestare del committente, con la sola condizione della preventiva consegna all'istituto garante, da parte dell'appaltatore o del concessionario, degli stati di avanzamento dei lavori o di analogo documento, in originale o in copia autentica, attestanti l'avvenuta esecuzione. L'ammontare residuo, pari al 20% dell'iniziale importo garantito, è svincolato secondo la normativa vigente. Sono nulle le eventuali pattuizioni contrarie o in deroga. Il mancato svincolo nei quindici giorni dalla consegna degli stati di avanzamento o della documentazione analoga costituisce inadempimento del garante nei confronti dell'impresa per la quale la garanzia è prestata. **4.** La mancata costituzione della garanzia di cui al comma 1 determina la decadenza dell'affidamento e l'acquisizione della cauzione provvisoria di cui all'articolo 75 da parte della stazione appaltante, che aggiudica l'appalto o la concessione al concorrente che segue nella graduatoria. **5.** La garanzia copre gli oneri per il mancato od inesatto adempimento e cessa di avere effetto solo alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione;

- **Art. 103, d.lgs. 18/04/2016, n. 50 (Garanzie definitive)** 1. L'appaltatore per la sottoscrizione del contratto deve costituire una garanzia, denominata "garanzia definitiva" a sua scelta sotto forma di cauzione o fideiussione con le modalità di cui all'articolo 93, commi 2 e 3, pari al 10% dell'importo contrattuale e tale obbligazione è indicata negli atti e documenti a base di affidamento di lavori, di servizi e di forniture. Nel caso di procedure di gara realizzate in forma aggregata da centrali di committenza, l'importo della garanzia è indicato nella misura massima del 10% contrattuale. Al fine di salvaguardare l'interesse pubblico alla conclusione del contratto nei termini e nei modi programmati in caso di aggiudicazione con ribassi superiori al 10% la garanzia da costituire è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono



quelli eccedenti il 10%. Ove il ribasso sia superiore al 20%, l'aumento è di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al 20%. La cauzione è prestata a garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse, nonché a garanzia del rimborso delle somme pagate in più all'esecutore rispetto alle risultanze della liquidazione finale, salva comunque la risarcibilità del maggior danno verso l'appaltatore. La garanzia cessa di avere effetto solo alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione. La stazione appaltante può richiedere al soggetto aggiudicatario la reintegrazione della garanzia ove questa sia venuta meno in tutto o in parte; in caso di inottemperanza, la reintegrazione si effettua a valere sui ratei di prezzo da corrispondere all'esecutore. Alla garanzia di cui al presente articolo si applicano le riduzioni previste dall'articolo 93, comma 7, per la garanzia provvisoria. **2.** Le stazioni appaltanti hanno il diritto di valersi della cauzione, nei limiti dell'importo massimo garantito, per l'eventuale maggiore spesa sostenuta per il completamento dei lavori, servizi e forniture nel caso di risoluzione del contratto disposta in danno dell'esecutore e hanno il diritto di valersi della cauzione per provvedere al pagamento di quanto dovuto dall'esecutore per le inadempienze derivanti dalla inosservanza di norme e prescrizioni dei contratti collettivi, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, protezione, assicurazione, assistenza e sicurezza fisica dei lavoratori comunque presenti in cantiere o nei luoghi dove viene prestato il servizio nei casi di appalti di servizi. Le stazioni appaltanti possono incamerare la garanzia per provvedere al pagamento di quanto dovuto dal soggetto aggiudicatario per le inadempienze derivanti dalla inosservanza di norme e prescrizioni dei contratti collettivi, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, protezione, assicurazione, assistenza e sicurezza fisica dei lavoratori addetti all'esecuzione dell'appalto. **3.** La mancata costituzione della garanzia di cui al comma 1 determina la decadenza dell'affidamento e l'acquisizione della cauzione provvisoria presentata in sede di offerta da parte della stazione appaltante, che aggiudica l'appalto o la concessione al concorrente che segue nella graduatoria. **4.** La garanzia fideiussoria di cui al comma 1 a scelta dell'appaltatore può essere rilasciata dai soggetti di cui all'articolo 93, comma 3. La garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, secondo comma, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante. **5.** La garanzia di cui al comma 1 è progressivamente svincolata a misura dell'avanzamento dell'esecuzione, nel limite massimo dell'80% dell'iniziale importo garantito. L'ammontare residuo della cauzione definitiva deve permanere fino alla data di

emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, o comunque fino a dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato. Lo svincolo è automatico, senza necessità di nulla osta del committente, con la sola condizione della preventiva consegna all'istituto garante, da parte dell'appaltatore o del concessionario, degli stati di avanzamento dei lavori o di analogo documento, in originale o in copia autentica, attestanti l'avvenuta esecuzione. Tale automatismo si applica anche agli appalti di forniture e servizi. Sono nulle le pattuizioni contrarie o in deroga. Il mancato svincolo nei quindici giorni dalla consegna degli stati di avanzamento o della documentazione analoga costituisce inadempimento del garante nei confronti dell'impresa per la quale la garanzia è prestata. **6.** Il pagamento della rata di saldo è subordinato alla costituzione di una cauzione o di una garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa pari all'importo della medesima rata di saldo maggiorato del tasso di interesse legale applicato per il periodo intercorrente tra la data di emissione del certificato di collaudo o della verifica di conformità nel caso di appalti di servizi o forniture e l'assunzione del carattere di definitività dei medesimi. **7.** L'esecutore dei lavori è obbligato a costituire e consegnare alla stazione appaltante almeno dieci giorni prima della consegna dei lavori anche una polizza di assicurazione che copra i danni subiti dalle stazioni appaltanti a causa del danneggiamento o della distruzione totale o parziale di impianti ed opere, anche preesistenti, verificatisi nel corso dell'esecuzione dei lavori. Nei documenti e negli atti a base di gara o di affidamento è stabilito l'importo della somma da assicurare che, di norma, corrisponde all'importo del contratto stesso qualora non sussistano motivate particolari circostanze che impongano un importo da assicurare superiore. La polizza del presente comma deve assicurare la stazione appaltante contro la responsabilità civile per danni causati a terzi nel corso dell'esecuzione dei lavori il cui massimale è pari al 5% della somma assicurata per le opere con un minimo di 500.000 euro ed un massimo di 5.000.000 di euro. La copertura assicurativa decorre dalla data di consegna dei lavori e cessa alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione o comunque decorsi dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato. Qualora sia previsto un periodo di garanzia, la polizza assicurativa è sostituita da una polizza che tenga indenni le stazioni appaltanti da tutti i rischi connessi all'utilizzo delle lavorazioni in garanzia o agli interventi per la loro eventuale sostituzione o rifacimento. L'omesso o il ritardato pagamento delle somme dovute a titolo di premio o di commissione da parte dell'esecutore non comporta l'inefficacia della garanzia nei confronti della stazione appaltante. **8.** Per i lavori di importo superiore al doppio della soglia di cui all'articolo 35, il titolare del contratto per la liquidazione della rata di saldo è obbligato

a stipulare, con decorrenza dalla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione o comunque decorsi dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato, una polizza indennitaria decennale a copertura dei rischi di rovina totale o parziale dell'opera, ovvero dei rischi derivanti da gravi difetti costruttivi. La polizza deve contenere la previsione del pagamento dell'indennizzo contrattualmente dovuto in favore del committente non appena questi lo richieda, anche in pendenza dell'accertamento della responsabilità e senza che occorran consensi ed autorizzazioni di qualunque specie. Il limite di indennizzo della polizza decennale non deve essere inferiore al 20% del valore dell'opera realizzata e non superiore al 40%, nel rispetto del principio di proporzionalità avuto riguardo alla natura dell'opera. L'esecutore dei lavori è altresì obbligato a stipulare, per i lavori di cui al presente comma una polizza di assicurazione della responsabilità civile per danni cagionati a terzi, con decorrenza dalla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione e per la durata di dieci anni e con un indennizzo pari al 5% del valore dell'opera realizzata con un minimo di 500.000 euro ed un massimo di 5.000.000 di euro. **9.** Le garanzie fideiussorie e le polizze assicurative previste dal presente codice sono conformi agli schemi tipo approvati con decreto del Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e previamente concordato con le banche e le assicurazioni o loro rappresentanze. **10.** In caso di raggruppamenti temporanei le garanzie fideiussorie e le garanzie assicurative sono presentate, su mandato irrevocabile, dalla mandataria in nome e per conto di tutti i concorrenti ferma restando la responsabilità solidale tra le imprese. **11.** È facoltà dell'amministrazione in casi specifici non richiedere una garanzia per gli appalti di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a), nonché per gli appalti da eseguirsi da operatori economici di comprovata solidità nonché per le forniture di beni che per la loro natura, o per l'uso speciale cui sono destinati, debbano essere acquistati nel luogo di produzione o forniti direttamente dai produttori o di prodotti d'arte, macchinari, strumenti e lavori di precisione l'esecuzione dei quali deve essere affidata a operatori specializzati. L'esonero dalla prestazione della garanzia deve essere adeguatamente motivato ed è subordinato ad un miglioramento del prezzo di aggiudicazione.

risulta evidente come li stessi riguardino la fase prodromica alla conclusione del contratto e la fase della sua esecuzione (relativamente allo svincolo progressivo parziale della fideiussione) e non il caso, come nella presente fattispecie, della proroga di un contratto ormai scaduto come durata.

# CONTRATTO DI MUTUO

## TRIBUNALE

- Nullità contratto di finanziamento per mancanza requisito forma scritta (sottoscrizione Banca) ex art. 117 T.U. B. – esclusione
- Sezioni Unite, sentenza n. 898/2018

(Tribunale di Genova - R.G. n. 10758/2017 - Sentenza n. XXX/2021 pubbl. il 20/09/2021 – Giudice: Dott. Alessandro Mauceri)

[...] a tenore di inveterata giurisprudenza, “la previsione di forma contenuta nell’art. 23 del D.Lgs. n. 58 del 1998 (*TUF*) è soddisfatta dalla sottoscrizione del contratto da parte del solo investitore, allorché la copia prodotta in giudizio dal cliente rechi la dicitura «un esemplare del presente contratto ci è stato da voi consegnato»”.

L’obbligo di forma scritta è altresì rispettato quando “alla sottoscrizione del contratto da parte del solo investitore, abbiano fatto seguito, anche alternativamente, la produzione in giudizio di copia del contratto da parte della banca, oppure la manifestazione di volontà della medesima di avvalersi del contratto stesso, risultante da plurimi atti posti in essere nel corso del rapporto (ad es. comunicazione degli estratti conto)” (così, sempre esemplificativamente ed *ex plurimis*, Cass. n. 4564 del 2012, ancorché in tema di art. 23 T.U.F.).

[...] D’altro canto, è pur vero che nessuna norma impone la sottoscrizione contestuale, né temporale né materiale, richiedendo, infatti, l’art. 117 T.U.B. solo che il contratto, con le sue condizioni, sia pattuito per iscritto; il tutto, altresì, con previsione di forma di c.d. mera protezione.

Non a caso, in tale contesto, si sono inserite due pronunce della Suprema Corte più recenti e successive di sostanziale conferma della validità dei rapporti contrattuali in essere tra banca e cliente, anche nel caso di mancanza della firma della prima [...]. Trattasi, in particolare di:

- Cass. civ., Sez. I, 13-9-2016, n. 17943, che, rigettata l’eccezione di nullità sollevata dai ricorrenti, ha affermato che “Correttamente la Corte d’Appello ha osservato che gli stessi attori appellanti avevano prodotto copia/e integra/e dei contratti da ciascuno di essi sottoscritti, ivi compreso il frontespizio, nei quali si dava atto della ricezione anche di «un esemplare del presente contratto», con conseguente inammissibilità delle prove testimoniali dirette a dimostrare il contrario, ai sensi e

*per gli effetti di cui all'articolo 2722 c.c., tanto più che nessuna norma proibiva il completamento dei moduli contrattuali ad opera dell'intermediario finanziario, neppure essendo stato dedotto e tantomeno dimostrato il riempimento sine o contra pacta"; e di*

*- Cass. civ., Sez. I, 24-8-20161 n. 17290 secondo cui "...la Corte d'Appello, quanto alla doglianza relativa alla inesistenza del contratto per la natura di mera proposta della lettera di mandata, ha rilevato che detto atto costituiva invece contratto, avendo gli stessi appellanti affermato di avere ricevuto una proposta dal promotore finanziario, per cui la sottoscrizione della lettera di mandato costituiva accettazione...E detta argomentazione supera ogni rilievo degli odierni ricorrenti sulla esistenza de/ contratto in forma scritta...".*

[Inoltre] sull'eccezione di nullità dei contratti di finanziamento, sul rilievo che gli stessi sarebbero privi di valide sottoscrizioni da parte dei funzionari della banca [...] le **Sezioni Unite** della Cassazione Civile con la **sentenza n. 898 del 16/01/2018** hanno stabilito che il requisito della forma scritta impasto per i contratti bancari è rispettato ove il contratto sia redatto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente ed è sufficiente la sola sottoscrizione del cliente stesso, non essendo necessaria anche la sottoscrizione della banca, il cui consenso si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dalla stessa tenuti.

Tale prassi della mancata sottoscrizione da parte della banca è anche in linea con la Direttiva europea sul risparmio Mifid 2 da poco entrata in vigore in Italia.

Per le Sezioni Unite della Suprema corte risulta chiaro che la previsione della nullità contenuta nel precetto normativo – laddove «*in modo inequivoco prevede la redazione per iscritto del contratto*» e «*la consegna della scrittura*» è posta nell'interesse del cliente. La finalità infatti è quella di assicurare «*la piena indicazione al cliente degli specifici servizi forniti, della durata e delle modalità di rinnovo del contratto e di modifica dello stesso, delle modalità proprie con cui si svolgeranno le singole operazioni, della periodicità, contenuti e documentazione da fornire in sede di rendicontazione, considerandosi che e l'investitore che abbisogna di conoscere e di potere all'occorrenza verificare nel corso del rapporto il rispetto delle modalità di esecuzione e le regole che riguardano la vigenza del contratto, che è proprio dello specifico settore del mercato finanziario*».

Nella interpretazione della norma, prosegue la Corte, si deve infatti tutelare l'interesse effettivamente protetto che è quello del risparmiatore. Una lettura, continua la Cassazione, «*in linea con le disposizioni dell'ordinamento europeo*» sia con riferimento alla Direttiva Mifid 1 che Mifid 2 a cui è stata data attuazione con il D.lgs 129/2017, «*al fine di perseguire gli obiettivi di trasparenza e di*

*tutela degli investitori», e che «punta l'accento sulla registrazione della copia a dei documenti concordati, in tal modo evidenziandosi la necessità che risulti la verificabilità di quanto concordato».*

[vedi altresì Tribunale di Genova - R.G. n. 8614/2017 - Sentenza n. XXX/2019 pubbl. il 6/09/2019

– Giudice: Dott. Gianfranco Di Rago, ove si afferma:

Parimenti infondata risulta l'eccezione degli opposenti relativamente alla **pretesa nullità del finanziamento per mancanza della forma scritta ex art. 117 T.U. Bancario**, posto che il relativo contratto depositato in giudizio dalla banca opposta risulta sottoscritto dal legale rappresentante pro tempore della società opponente e, dunque, come chiarito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la recente sentenza n. 898/2018, nella specie il requisito legale della forma scritta deve ritenersi rispettato.]

[conformi anche: Tribunale di Genova - R.G. n. 7379/2015 - Sentenza n. XXX/2019 pubbl. il 31/05/2019 – Giudice: Mario Tuttobene; e Tribunale di Genova - R.G. n. 833/2018 - Sentenza n. XXX/2021 pubbl. il 10/03/2021 – Giudice: Dott. Gianfranco Di Rago]

- Nullità del contratto ex art. 117, c. 8, TUB (omessa indicazione del TAEG)
- Nullità del contratto ex art. 117, c. 6, TUB (presenza di clausole prevedenti condizioni più sfavorevoli rispetto a quelle pubblicizzate)
- Nullità del contratto ex art. 125-bis, c. 6, TUB (contratti dei Consumatori)

(Tribunale di Genova - R.G. n. 14440/2016 + 1418/2020 - Sentenza n. XXX/2021 pubbl. il 30/12/2021 – Giudice: Dott. Mario Tuttobene)

Questo Ufficio ha ripetutamente affermato che la **nullità di cui all'art. 117, comma 8 TUB** riguarda, come testualmente previsto dalla norma, la sola ipotesi della mancata indicazione del TAEG, e non anche la diversa fattispecie della indicazione di un TAEG (marginalmente) minore di quello reale. Non essendo possibile ampliare in via interpretativa le cause di nullità, si deve concludere che la tutela del cliente che abbia stipulato un mutuo ritenendo erroneamente di essere gravato da un TAEG minore di quello reale potrà essere invocata soltanto in via risarcitoria, ove ricorrano tutti i presupposti di una simile domanda.

Per quanto riguarda la nullità **di cui all'art. 117, comma 6 TUB**, si osserva – anche in questo caso richiamando il costante orientamento di questo Tribunale – che la situazione in esame non può essere qualificata in termini di presenza di clausole che, come richiede la norma, “prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati”. La fattispecie prevista dalla norma riguarda infatti il caso che determinati “tassi, prezzi e condizioni” (cioè specifiche quantificazioni di compensi spettanti alla banca) siano stati “pubblicizzati” (cioè siano stati portati alla conoscenza della generalità degli interessati in sede di offerta al pubblico, come prevede il precedente art. 116 TUB); e che, ciò nonostante, nel contratto i tassi, i prezzi e le condizioni in concreto praticate siano più sfavorevoli.

Completamente diversa da questa fattispecie è quella, che si verifica nel caso in esame, in cui la difformità è denunciata non tra specifici tassi o prezzi “pubblicizzati” (nel senso che si è detto) ed altrettanto specifici tassi e prezzi dedotti nel contratto, bensì tra il TAEG dichiarato in uno specifico contratto (cioè non un determinato tasso o un prezzo, ma un valore riassuntivo, calcolato sulla base delle clausole approvate) e quello che si sarebbe dovuto correttamente calcolare.

Appare significativo, a questo proposito, osservare che una nullità del tipo di quella oggi fatta valere è bensì prevista nel nostro ordinamento, ma solo per i contratti stipulati con i consumatori. Si tratta dell'ipotesi di cui all'**art. 125-bis, comma 6 TUB** (introdotto dall'art. 1 d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141), secondo cui “*Sono nulle le clausole del contratto relative a costi a carico del consumatore che, contrariamente a quanto previsto ai sensi dell'articolo 121, comma 1, lettera e), non sono stati inclusi o sono stati inclusi in modo non corretto nel TAEG pubblicizzato nella documentazione predisposta secondo quanto previsto dall'articolo 124. La nullità della clausola non comporta la nullità del contratto*”.

Infine si osserva che, siccome l'indicazione del TAEG ha funzione meramente informativa, e non attiene alla determinazione delle prestazioni dovute (la misura dei tassi e le altre condizioni risultano dalle specifiche clausole), dalla difformità denunciata non può derivare nessuna conseguenza in termini di indeterminabilità dell'oggetto.

[*vedi altresì*, in tema di contratti di credito al consumo (art. 125-bis, TUB), **Corte d'Appello – RG n. 52/2020 – Sentenza n. 1033/2022 pubbl. il 06/10/2022 – Giudice Dott. Atzeni, Dott. Davini, Dott. Casale**]

- Nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto (tasso d'interesse, ovvero SPREAD da applicare al tasso variabile)
- Conseguente applicazione dei tassi sostitutivi ex art. 117, c. 7, TUB

(Tribunale di Genova - R.G. n. 10758/2017 - Sentenza n. XXX/2021 pubbl. il 20/09/2021 – Giudice: Dott. Alessandro Mauceri)

Il **comma 4** dell'**art.117 TUB**, secondo cui: *“I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora, in quanta l'indeterminatezza dello spread da applicare al parametro variabile, corrisponde alla mancata indicazione del tasso d'interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati”*.

Il **comma 7 lettera a)** dell'**art. 117 TUB** prevede che, in caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6 del medesimo articolo, si applicano i seguenti tassi sostitutivi, ossia il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione. In merito alla definizione di operazioni attive e passive, occorre evidenziare che solitamente le stesse vengono definite, nei manuali di tecnica bancaria, con riferimento alla “Banca”. La Banca d'Italia nelle sue statistiche, come anche nelle istruzioni di vigilanza impartite alle banche, ricomprende fra le operazioni attive, come anche per i tassi attivi, quelle che sono effettuate a debito del cliente e che apportano alla banca una componente attiva di reddito, mentre, ricomprende fra le operazioni passive quelle a credito del cliente ed a debito della banca.

Pertanto, sulla base della disposizione sopra citata, qualora il contratto di finanziamento, contenga una clausola che lo rende indeterminato, trova applicazione il tasso sostitutivo minimo dei BOT di cui all'art.117 TUB.

[*vedi altresì*, in tema di mancata determinazione del tasso variabile, Tribunale di Genova - R.G. n. 6977/2018 - Sentenza n. XXX/2021 pubbl. il 2/11/2022 – Giudice: Dott. Mario Tuttobene, ove si afferma:

Dalla lettura delle clausole contrattuali è infatti agevole evincere che [...] si versa in una situazione di sostanziale impossibilità di identificare il parametro [ovvero il tasso variabile] da usare, sicché deve riconoscersi che il tasso applicabile al rapporto non è determinato nelle clausole scritte, né determinabile in base ad esse, come prescritto dall'art 117 comma 4 TUB. La sanzione non può essere che l'applicazione dei tassi sostitutivi di cui al comma 7 dell'art. 117 cit.]



- **Principio di conservazione del contratto ex art. 1367 c.c.**
- **A) Nullità di clausola contrattuale (determinazione tassi preammortamento)**
- **B) Nullità del contratto per indeterminatezza oggetto (rata ammortamento)**
- **Contrasto regolamento negoziale (prevalenza) e documento di sintesi**

**(Tribunale di Genova - R.G. n. 14440/2016 + 1418/2020 - Sentenza n. XXX/2021 pubbl. il 30/12/2021 – Giudice: Dott. Mario Tuttobene)**

È necessario premettere che anche in una materia come quella dei contratti bancari, dominata dalle regole sulla forma scritta e sulla trasparenza poste a tutela del contraente debole, vige il **principio generale di conservazione del contratto** posto dall'**art.1367 c.c.**, secondo cui *“Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno”*. In altri termini, **la nullità non deve essere dichiarata se, alla luce delle pattuizioni debitamente consacrate per iscritto, e nonostante il carattere ambiguo di alcune di esse, è possibile affermare che il consenso delle parti si era raggiunto sugli elementi essenziali del negozio.**

**A)** Nel caso in esame il testo della clausola [sulla determinazione dei tassi di preammortamento] fa riferimento alla individuazione di un tasso semestrale, del quale si dice, dopo averlo fissato, quale sarebbe l'equivalente su base annuale. Ma quest'ultima precisazione non appare costituire altro che una precisazione esplicativa, di carattere meramente accessorio rispetto alla statuizione posta in essere dalle parti per disciplinare il rapporto.

Del resto che le parti facessero riferimento, per la disciplina degli interessi, al tasso semestrale piuttosto che a quello annuale emerge, oltre che dal tenore letterale della clausola in esame, dal fatto che le rate di ammortamento e preammortamento avevano cadenza semestrale. Pare dunque chiara la volontà comune dei contraenti di assoggettare il rapporto al tasso del X% semestrale, quale che fosse il suo teorico equivalente annuale.

**B)** Deve qui ripetersi, innanzitutto, quanto osservato in merito alla necessità di applicare il contratto in ossequio al **disposto dell'art. 1367 c.c.**, cioè andando alla ricerca di una interpretazione che assicuri valore operativo alle clausole di contenuto dubbio.

Nel caso in esame il testo negoziale, pur indubbiamente affetto da contraddizioni, si presta comunque ad una interpretazione univoca rispettosa della volontà delle parti. A questo proposito appare decisivo il rilievo che il contrasto rilevato dall'attrice si pone tra le clausole del contratto (volte alla determinazione dell'ammontare delle singole rate ed alla individuazione della durata dell'ammortamento) da un lato, e la previsione di costanza delle rate (inserita nel documento di sintesi) dall'altro.

Ed invero, le clausole contrattuali e le indicazioni del documento di sintesi, pur concorrendo a formare il documento negoziale nel suo complesso, non assumono la medesima rilevanza ai fini dell'interpretazione dello stesso: le prime sono quelle in cui si consacra la volontà delle parti, mentre il secondo, come dice il nome e come risulta dalla funzione (inerente ad esigenze di trasparenza), ha una funzione esplicativa e riassuntiva, in quanto serve a selezionare e rendere chiari alle parti gli elementi salienti del contratto. Il documento di sintesi, in altri termini, sia che costituisca la base su cui si articolano le trattative per la conclusione del contratto, sia che rappresenti un estratto del contenuto di una stipulazione avvenuta, non è l'espressione diretta della volontà delle parti (come le specifiche clausole), bensì una prospettazione che si pone a monte (nel primo caso) o a valle (nel secondo) di quest'ultima. Necessariamente, pertanto, quando si ravvisi un contrasto tra le previsioni del documento di sintesi e quelle del regolamento negoziale, si dovrà fare riferimento a queste ultime per verificare se l'oggetto del contratto sia stato effettivamente determinato dalla comune volontà delle parti.

- **Usura**

**(Tribunale di Genova - R.G. n. 6977/2018 - Sentenza n. XXX/2021 pubbl. il 2/11/2022 – Giudice: Dott. Mario Tuttobene)**

Va premesso, in termini generali, che l'usura è un vizio della pattuizione, e come tale prevede che le parti abbiano stipulato un accordo avente per oggetto la corresponsione di un determinato corrispettivo per il prestito di denaro. È d'altra parte evidente che se non c'è la possibilità di determinare quale sia il tasso di interesse pattuito, è impossibile determinare il tasso effettivo del rapporto da comparare con il tasso soglia; la questione è particolarmente rilevante in un rapporto complesso come quello del mutuo, in cui il tasso effettivo può essere calcolato solo attraverso l'applicazione di formule matematiche che presuppongono la certezza di tutti i parametri da impiegare.

Nel caso in esame, come si è visto, il tasso applicabile per il periodo di preammortamento era indeterminato ed indeterminabile, il che rende impossibile operare una valutazione della natura usuraria del rapporto con riferimento alle imprecise clausole contrattuali.

Correttamente, quindi, si è dato incarico al CTU di verificare se il mutuo stipulato nel 2008, con gli interessi di preammortamento ricalcolati mediante applicazione dei tassi sostitutivi di cui all'articolo 117 comma 7 TUB, e gli interessi di ammortamento contrattuali, abbia natura usuraria oppure no.

- **Usura accertamento**
- **Rilevanza dei costi assicurativi facoltativi**

**(Tribunale di Genova - R.G. n. 4062/2019 - Sentenza n. 2583/2022 pubbl. il 15/11/2022 – Giudice: Dott. Alessandro Mauceri)**

Attualmente la giurisprudenza di legittimità è orientata, come questa Sezione di Tribunale, a ritenere sufficiente per la rilevanza delle polizze assicurative [facoltative] stipulate nell'ambito di un contratto di finanziamento, ai fini dell'[accertamento dell'] usura, il loro collegamento con il medesimo, non dovendo, dunque, necessariamente trattarsi di assicurazioni a carattere obbligatorio.

A tale riguardo, da ultimo, Cass. civ. Sez. II, Sent., del 20-08-2020, n. 17466 afferma che sussiste l'usurarietà del praticato tasso poiché ai fini della valutazione dell'eventuale natura usuraria di un contratto di mutuo, devono essere conteggiate anche le spese di assicurazione sostenute dal debitore per ottenere il credito, in conformità con quanto previsto dall'art. 644 c.p., comma 4, essendo, all'uopo, sufficiente che le stesse risultino collegate alla concessione del credito.

La sussistenza del collegamento può essere dimostrata con qualunque mezzo di prova ed è presunta nel caso di contestualità tra la spesa di assicurazione e l'erogazione del mutuo (Cass., Sez. I, del 05/04/2017 n. 8806).

[vedi altresì, sempre in tema di determinazione del tasso soglia ai fini dell'accertamento della usura:

- **Corte d'Appello – RG n. 376/2020 – Sentenza n. 110/2023 pubbl. il 03/02/2023 – Giudice Dott. Atzeni, Dott. Castiglione, Dott. Davini**, ove si afferma la irrilevanza della commissione per l'estinzione anticipata;
- **Corte d'Appello – RG n. 376/2020 – Sentenza n. 110/2023 pubbl. il 03/02/2023 – Giudice Dott. Atzeni, Dott. Castiglione, Dott. Davini**, ove si chiarisce la irrilevanza della sommatoria di interessi corrispettivi ed interessi moratori;
- **Corte di Appello di Genova - R.G. n. 376/2020 - Sentenza n. 110/2023 pubbl. il 3/02/2023 – Collegio: Dott.ssa Rossella Atzeni, Dott. Marcello Arturo Castiglione, Dott. Franco Davini – conferma sentenza Tribunale di Genova in data 10/12/2019, n. 2920**, ove si afferma la irrilevanza di entrambi i parametri di cui sopra.]

- **Piano di ammortamento alla francese**
- **Anatocismo ex art. 1283 c.c. – esclusione – C. App. Roma 731/2020**

**(Tribunale di Genova - R.G. n. 4388/2020 - Sentenza n. XXX/2023 pubbl. il 16/05/2023 – Giudice: Dott.ssa Chiara Russo)**

Può escludersi poi la sussistenza di un effetto anatocistico ex art. 1283 c.c., che non si genera in caso di adozione del sistema dell'ammortamento alla francese, poiché, com'è noto, in esso gli interessi vengono richiesti immediatamente su tutta la somma data a mutuo, e dunque anche sul capitale a scadere, ma sono calcolati sulla sola quota capitale.

Si richiama sul punto Corte d'Appello di Roma, sentenza n. 731 del 30.1.2020 (reperibile su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)), la quale, dopo aver escluso l'indeterminatezza del tasso di interesse e l'effetto anatocistico in un caso, come quello di specie, nel quale era stato adottato il regime di ammortamento alla francese, afferma sul punto: *“La contestazione in effetti si risolve nella mera affermazione della maggiore gravosità del piano di ammortamento determinata dal fatto che gli interessi sono esigibili via via che maturano nel corso dell'ammortamento del mutuo e non al momento della sua estinzione, e dal fatto che la banca non è obbligata a far credito al mutuatario anche del loro importo ma al contrario può fare propria, dal momento in cui il mutuatario è obbligato a corrisponderli, la natura fecondità del corrispondente importo monetario, che le è reso disponibile per altri impieghi. Tale fenomeno però non ha nulla a che vedere con l'anatocismo, ma costituisce una conseguenza naturale delle modalità determinate in contratto per l'adempimento dell'obbligazione del mutuatario, non sussistendo alcun divieto di prevedere l'esigibilità immediata degli interessi maturati nel corso dell'ammortamento, come si desume anche dalle disposizioni del codice civile che dettano una disciplina specifica dell'obbligazione del pagamento degli interessi (art. 1820, art. 2948 n. 4)”*.

[conforme: Corte di Appello di Genova - R.G. n. 376/2020 - Sentenza n. 110/2023 pubbl. il 3/02/2023 – Collegio: Dott.ssa Rossella Atzeni, Dott. Marcello Arturo Castiglione, Dott. Franco Davini, p. 10 – conferma sentenza Tribunale di Genova in data 10/12/2019, n. 2920]

- **Collegamento negoziale rapporto conto corrente e contratto finanziamento – esclusione**
- **Consequente inammissibilità domanda riconvenzionale ex art. 36 c.p.c.**

**(Tribunale di Genova - R.G. n. 8614/2017 - Sentenza n. XXX/2019 pubbl. il 6/09/2019 – Giudice: Dott. Gianfranco Di Rago)**

e

**Tribunale di Genova - R.G. n. 833/2018 - Sentenza n. XXX/2021 pubbl. il 10/03/2021 – Giudice: Dott. Gianfranco Di Rago)**

Ora, con riguardo al preteso collegamento negoziale tra finanziamento e conto corrente, non si può non rilevare come il semplice fatto che la somma mutuata sia stata accreditata sul conto corrente con affidamento negativo non dimostri automaticamente la preordinazione funzionale del mutuo all'estinzione del debito. Invero nel caso di specie tale pretesa preordinazione funzionale del mutuo a estinzione dell'esposizione venutasi a creare sul conto corrente affidato non risulta affatto sul piano documentale, non facendosi alcuna menzione nella scrittura costitutiva del rapporto a tale preteso scopo del mutuo.

La circostanza del preteso collegamento funzionale tra i due rapporti negoziali neppure ha trovato riscontro negli estratti conto prodotti in causa, dai quali consta che, a seguito dell'accredito dell'importo finanziato, la società correntista ha comunque fatto uso del relativo importo, come attestano le movimentazioni in uscita successive per causali estranee al pagamento dei pregressi debiti nei confronti della banca opposta.

Per quanto sopra, in assenza della prova del preteso collegamento negoziale tra i rapporti di conto corrente e di finanziamento e del vincolo (di scopo) di destinazione della somma mutuata, deve ritenersi che la scelta di impiegare il finanziamento per ripianare il debito accumulatosi sul conto corrente sia stata il frutto di una libera determinazione della società opponente.

- **Estinzione anticipata del contratto di finanziamento**
- **Ripetizione dei costi *recurring* e *up-front***

**(Tribunale di Genova - R.G. n. 4062/2019 - Sentenza n. 2583/2022 pubbl. il 15/11/2022 – Giudice: Dott. Alessandro Mauceri)**

Pare preliminarmente opportuno esporre brevemente la normativa e le interpretazioni che nel corso degli ultimi anni hanno sostanzialmente modificato il diritto per il consumatore ad ottenere una riduzione del costo complessivo del finanziamento in caso di estinzione anticipata del contratto di finanziamento.

Preliminarmente, occorre distinguere due diverse tipologie di costi connessi al finanziamento: i costi *up-front* e i costi *recurring*. I primi corrispondono ad esborsi dovuti per adempimenti preliminari alla

concessione del finanziamento (ad es. la gestione della pratica, le spese di istruttoria, le commissioni per intermediazione ecc.) che, dunque, prescindono dalla durata del rapporto di credito, mentre i secondi, invece, sono strettamente connessi alla durata del contratto (ad es. le polizze assicurative, le commissioni per l'incasso delle rate ecc.).

Ciò precisato, di seguito sono esposte le tre fasi che hanno modificato l'esercizio del diritto di rimborso:

#### FASE 1 – Ante D.L. 141/2010

Prima dell'introduzione del D.L. 141/2010, di cui si parlerà nella fase 2, l'articolo di riferimento in tema di riduzione del costo complessivo del credito era l'art. 125, comma 2, TUB, il quale disponeva quanto segue: *“Le facoltà di adempiere in via anticipata o di recedere dal contratto senza penalità spettano unicamente al consumatore senza possibilità di patto contrario. Se il consumatore esercita la facoltà di adempimento anticipato, ha diritto ad un'equa riduzione del costo complessivo del credito, secondo le modalità stabilite dal CICR”*.

Considerato che la citata delibera del CICR non è stata emanata, la giurisprudenza formatasi nel tempo ha escluso la possibilità per il consumatore di vedersi rimborsati sia i costi *up-front* sia quelli *recurring* per i contratti stipulati anteriormente all'entrata in vigore del citato D.L. 141/2010.

Sul punto, si precisa che la stessa giurisprudenza concorda sul fatto che la presenza di una clausola contrattuale che regoli il rimborso, o meno, delle spese in caso di estinzione anticipata, sia da ritenersi pienamente conforme con il quadro normativo vigente ante D.L. 141/2010<sup>3</sup>.

#### FASE 2 – Introduzione del D.L. 141/2010

Il D.L. 141/2010, entrato in vigore il 19 settembre 2010, rappresenta il recepimento della Direttiva 2008/48 dell'Unione Europea. Tale direttiva, infatti, all'art. 16 disponeva che il consumatore, in caso di rimborso anticipate, acquisisse il diritto ad una riduzione del costo totale del credito, ossia degli interessi e dei costi relativi al periodo di finanziamento non goduto. In particolare, il citato D.L. 141/2010 ha introdotto l'art. 125-sexies TUB, del quale si ritiene opportuno esporre integralmente il comma 1: *“Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore e, in tal caso, ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte”*.

---

<sup>3</sup> Cfr. in tal senso Tribunale di Roma, sentenza n. 38765 del 20/11/2018, Tribunale di Brescia, sentenza n. 1870 del 8/11/2018, Tribunale di Roma, sentenza n. 29486 del 12/09/2018, Tribunale di Gela, sentenza n. 425 del 9/05/2018, Tribunale di Napoli, sentenza n. 2936 del 8/01/2018, Tribunale di Torre Annunziata, sentenza n. 1443 del 05/02/2018, Tribunale di Benevento, sentenza n. 156 del 4/02/2021.

In altre parole, detto articolo prevede che, in caso di rimborso anticipato, il consumatore abbia diritto ad una riduzione del costo totale del credito nella misura di un importo comprendente gli interessi ed i costi dovuti per la vita residua del contratto.

Secondo alcune interpretazioni in tale norma il legislatore fa riferimento solo ai costi *recurring*, secondo altre anche a quelli *up-front*.

### FASE 3 – Sentenza Lexitor

Con una sentenza datata 11 settembre 2019, la Corte di Giustizia Ue è intervenuta sull'interpretazione del citato art. 16 della Direttiva europea e ha completamente sovvertito l'applicazione italiana, precisando che all'interno delle spese totali del credito vanno ricompresi non solo i costi *recurring*, ma anche quelli *up-front*. A seguito della pronuncia della Corte di Giustizia, sono intervenuti sia la Banca d'Italia sia Abf (Arbitro bancario finanziario), adeguandosi all'interpretazione europea.

Il legislatore, in ottemperanza ai principi sanciti dalla pronuncia europea, con l'art. 11-*octies* del D.L. 25 maggio 2021, n. 73, convertito con modificazioni dalla L. 23 luglio 2021, n. 106, ha riscritto nei seguenti termini l'**articolo 125-sexies TUB**: *“Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore e, in tal caso, ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte”*.

- **Natura mutuo fondiario: no mutuo di scopo – Cass. 20552/2020**
- **Nullità del contratto per mancanza di causa – esclusione**

**(Tribunale di Genova - R.G. n. 14440/2016 + 1418/2020 - Sentenza n. XXX/2021 pubbl. il 30/12/2021 – Giudice: Dott. Mario Tuttobene)**

Secondo l'insegnamento della giurisprudenza *“Il mutuo fondiario non configura, alla luce della disciplina di cui al d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, artt. 38 seg., un mutuo di scopo, poiché di esso non è elemento essenziale la destinazione della somma mutuata a determinate finalità”* (Cass., Sez.II, sent. n. 20552 del 29/9/2020).

[Nel caso in esame] non risulta dal testo negoziale che le parti avevano previsto che il contratto avesse la funzione di procurare al mutuatario i mezzi economici destinati al raggiungimento di una determinata finalità.

Una volta stabilito che il contratto non ha per sua natura né per specifica volontà delle parti la funzione di vincolare la somma erogata al compimento di una determinata operazione, il fatto che la mutuataria, per gli stretti legami esistenti tra le due società, avesse accettato di prestarsi all'operazione per mettere la somma a ripianamento di un debito della società X, ed il fatto che la Banca fosse partecipe di tale destinazione, non atterrebbe comunque alla causa del contratto, bensì al comune motivo di esso, che è del

tutto irrilevante ai fini della validità del contratto salva l'ipotesi, qui comunque non azionata, di cui all'art. 1345 c.c.

- **Nullità del contratto per mancanza di causa – esclusione**
- **Validità del mutuo solutorio (stipulato per ripianare un debito pregresso) – Cass. 23149/2022**

**(Tribunale di Genova - R.G. n. 4388/2020 - Sentenza n. XXX/2023 pubbl. il 16/05/2023 – Giudice: Dott.ssa Chiara Russo)**

[Con riferimento alla domanda di nullità formulata da parte attrice secondo cui] la causa del contratto di mutuo si realizza solo quando si crea liquidità in favore del mutuatario. Quando invece si estingue una passività precedente attraverso l'erogazione di un mutuo fondiario, si sostituisce ad una passività preesistente una passività “privilegiata” garantita da ipoteca, privando il contratto della sua causa tipica e realizzando un negozio in frode alla legge [...]

Occorre innanzitutto evidenziare che sul punto è recentemente intervenuta una pronuncia della **Suprema Corte, la n. 23149/2022**, la quale ha escluso che nel caso di specie si sia in presenza di contratto nullo: “Il cosiddetto “mutuo solutorio”, stipulato per ripianare la pregressa esposizione debitoria del mutuatario verso il mutuante, non è nullo - in quanto non contrario né alla legge, né all'ordine pubblico - e non può essere qualificato come una mera dilazione del termine di pagamento del debito preesistente oppure quale “pactum de non petendo” in ragione della pretesa mancanza di un effettivo spostamento di denaro, poiché l'accredito in conto corrente delle somme erogate è sufficiente ad integrare la “datio rei” giuridica propria del mutuo e il loro impiego per l'estinzione del debito già esistente purga il patrimonio del mutuatario di una posta negativa”<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Si legge nella parte motiva della sentenza: “(...) Muovendo dal presupposto che il contratto di mutuo può avere come unica causa la “erogazione di liquidità”, deducono che erroneamente la Corte d'appello ha ritenuto valido un contratto di mutuo che, essendo servito ad assolvere una funzione di garanzia, doveva ritenersi nullo. 2.1. Il motivo è infondato. Il mutuo stipulato per ripianare un debito pregresso del mutuatario verso il mutuante non è nullo. Esso infatti non è contrario né a norme di legge (vanamente se ne cercherebbero in tal senso, a meno di assai fantasiose interpretazioni), né all'ordine pubblico, posto che il pagare i propri debiti è - esso sì - principio di ordine pubblico. Non può escludersi in astratto che la concessione d'un mutuo c.d. “solutorio” possa nel singolo caso celare un atto in frode dei creditori o un mezzo anomalo di pagamento: ma in tali casi l'atto sarà nullo o revocabile per questa ragione, e non perché sia stato concesso allo scopo di saldare un debito pregresso. E nel presente giudizio gli oppositori non hanno mai fatto questione né di revocatoria, né di ammissione ad un passivo fallimentare. Del resto, che mutui e finanziamenti persino agevolati od erogati dallo Stato possano essere utilizzati per estinguere debiti pregressi, anche verso lo Stato stesso, è previsto in



La pronuncia [...] prende esplicitamente le distanze da un orientamento della giurisprudenza di legittimità, richiamato da parte attrice, secondo il quale il mutuo solutorio costituirebbe una sorta di

---

*alcuni casi dalla legge [art. 2 l. 8.8.1977 n. 546; art. 43 d.l. 18.11.1966 n. 976 (convertito dalla l. 23.12.1966 n. 1142); art. 16 r.d.l. 15.4.1926 n. 765], sicché appare arduo predicare la nullità d'una operazione consentita dalla legge. 2.2. Questi principi sono pacifici e risalenti nella giurisprudenza di questa Corte. Pacifico è, in particolare, che: -) il mutuo solutorio non è nullo, perché "il ripianamento della passività costituisce in definitiva una possibile modalità di impiego dell'importo mutuato" (Sez. 3, Ordinanza n. 37654 del 30/11/2021, Rv. 663324 - 01); -) deve ritenersi "superato il precedente indirizzo" secondo cui il mutuo solutorio è un contratto simulato oppure illecito; "il ricorso al credito come mezzo di ristrutturazione del debito è previsto dalla stessa normativa vigente, che a mezzo degli artt. 182-bis e 182-quater della legge fall." (Sez. 1, Ordinanza n. 4694 del 22/02/2021, Rv. 660570 - 01); -) il negozio lesivo dei diritti o delle aspettative dei creditori non può considerarsi di per sé illecito dal momento che, a tutela di chi risulti danneggiato da tale atto negoziale, l'ordinamento appresta rimedi speciali e la sanzione dell'inefficacia (cfr. Cass., Sez. III, 31/10/2014, n. 23158; Cass., Sez. II, 11/10/2013, n. 23158; Cass., Sez. I, 4/10/2010, n. 20576); la violazione di una norma imperativa non dà luogo necessariamente alla nullità del contratto (Sez. 1 - , Ordinanza n. 4694 del 22/02/2021, Rv. 660570 - 01); -) il perfezionamento del contratto di mutuo, con la conseguenziale nascita dell'obbligo di restituzione a carico del mutuatario, si verifica nel momento in cui la somma mutuata, ancorché non consegnata materialmente, sia posta nella disponibilità del mutuatario medesimo, non rilevando, a detto fine, che il contratto abbia le caratteristiche del mutuo cd. di scopo, nel quale sia previsto l'obbligo di utilizzare quella somma ad estinzione di altra posizione debitoria verso il mutuante. (Sez. 1, Sentenza n. 1945 del 08/03/1999, Rv. 523924 - 01). 2.3. Negli ultimi anni, in verità, è affiorata nella giurisprudenza di questa Corte l'isolata opinione secondo cui, quando l'intero mutuo sia destinato a ripianare un debito pregresso, tale operazione andrebbe qualificata non come un contratto autonomo, ma come una mera dilazione del termine di pagamento del debito preesistente, o pactum de non petendo che dir si voglia (così Sez. 1, Ordinanza n. 20896 del 05/08/2019, Rv. 655022 - 01 e Sez. 1, Sentenza n. 1517 del 25/01/2021, Rv. 660370 - 01, ambedue dovute al medesimo estensore): con la conseguenza - comunque non invocata dai ricorrenti nel presente giudizio - che il titolo esecutivo rappresentato dal mutuo solutorio in realtà non sarebbe tale, poiché il credito scaturirebbe dal contratto pregresso, non dal mutuo stipulato per estinguerlo (che, come detto, costituirebbe una pura dilazione di pagamento). 2.4. Per quanto la suddetta questione non venga strettamente in rilievo nel presente giudizio, reputa doveroso il Collegio prendere le distanze da tale orientamento. Esso infatti si fonda su un (unico) assunto così riassumibile: il mutuo solutorio costituisce un pactum de non petendo perché in esso "non vi è spostamento di denaro" dal patrimonio del mutuante a quello del mutuatario. Affermazione, questa, non sostenibile per molte ragioni, tanto evidenti quanto inoppugnabili. 2.5. In primo luogo, è principio ricevuto nella giurisprudenza di questa Corte che nel contratto di mutuo la datio rei deve essere giuridica e non fisica, con la conseguenza che anche l'accredito in conto corrente basta a tal fine (ex multis, Sez. 3, Ordinanza n. 37654 del 30/11/2021, Rv. 663324 - 01; Sez. 1, Sentenza n. 1945 del 08/03/1999, Rv. 523924 - 01). 2.6. In secondo luogo, il "patrimonio" di ogni persona si compone di beni materiali, beni immateriali e crediti. E chi usa il denaro ricevuto a mutuo per estinguere un debito verso il mutuante purga il proprio patrimonio d'una posta negativa: dunque la consistenza del patrimonio del mutuatario cambia, e se cambia è arduo sostenere che non vi è stato "spostamento di denaro". 2.7. In terzo luogo, il pagamento di una somma di euro 285.000 euro (tale era l'importo del mutuo erogato a Evario Giobbi) non può oggi, e non poteva all'epoca in cui venne erogato (31.1.2008), avvenire in contanti, ma solo per accredito in conto corrente (art. 49, comma primo, d. lgs. 21.11.2007 n. 231, che all'epoca fissava in euro 5.000 il tetto dei pagamenti consentiti in contante). Negare, quindi, che si sia al cospetto d'un mutuo quando l'accredito al mutuante avvenga in via contabile significa sostenere un'interpretazione contrastante con le norme sull'uso del contante. 2.8. In quarto luogo, sostenere che il mutuo solutorio esuli dalla "natura tipologica" del contratto di mutuo perché si ridurrebbe ad una "partita contabile" è affermazione che prova troppo: in epoca di moneta elettronica, infatti, qualsiasi solutio si riduce ad una "partita contabile". Anche il pagamento eseguito con carta di credito, carta di debito, carta revolving o PayPal, a ben riflettere, altro non è che una "annotazione" contabile o una delegatio solvendi, "attesa la progressiva dematerializzazione dei valori mobiliari e la loro sostituzione con annotazioni contabili e tenuto altresì conto che sia la normativa antiriciclaggio che le misure normative tese a limitare l'uso di contante nelle transazioni commerciali hanno accentuato l'utilizzo di strumenti alternativi al trasferimento di danaro" (sono parole di Sez. 1, Sentenza n. 38331 del 3.12.2021). 2.9. In quinto luogo, la tesi del pactum de non petendo svela la sua fragilità quando il credito estinto e il mutuo concesso per estinguerlo fossero soggetti a regole diverse quanto a interessi, accessori e garanzie (anche personali). 2.10. Da ultimo, ma è quel che più rileva, la tesi del pactum de non petendo mortifica la libertà negoziale delle parti, negando loro la facoltà di stipulare accordi di ristrutturazione atipici. La novazione oggettiva o la dilazione del pagamento, infatti, sono istituti previsti dall'ordinamento cui le parti potrebbero tranquillamente ricorrere. Se non lo fanno, e preferiscono ricorrere ad un mutuo solutorio, tale scelta costituisce un esercizio di libertà negoziale da tutelare, non un atto da sopprimere sol perché non gradito alle personali convinzioni giuridiche o, peggio, sociologiche o addirittura politiche dell'interprete. Dinanzi ad un mutuo solutorio, in conclusione, il mutuatario resta libero di invocare un vizio del consenso, un approfittamento dello stato di bisogno o un accordo simulatorio: ma se non vi riesce, ebbene ch'egli si rassegni al principio pacta sunt servanda (...)).*

*pactum de non petendo* perché in esso non vi è spostamento di denaro dal patrimonio del mutuante a quello del mutuatario, e che persegue interessi vietati dall'ordinamento in quanto il titolo esecutivo rappresentato dal mutuo solutorio in realtà non sarebbe tale, poiché il credito scaturirebbe dal contratto pregresso, non dal mutuo stipulato per estinguerlo (che appunto costituisce una pura dilazione di pagamento).

La Suprema Corte nella sentenza citata esclude la nullità del contratto, evidenziando che l'accredito della somma sul conto corrente integra effettivamente la “*traditio rei*” tipica del mutuo e l'estinzione attraverso detto accredito del debito pregresso non persegue di per sé un interesse vietato dall'ordinamento, a meno che si provi che l'operazione economica celi in realtà un atto in frode ai creditori, con conseguente revocabilità, o un mezzo anomalo di pagamento, con conseguente inammissibilità del relativo credito al passivo. In questi casi l'atto sarà invalido per le dette ragioni e non perché è stato erogato per ripianare una posizione debitoria precedente.

Ancora, la parte può lamentare l'esistenza di un accordo simulato o di un vizio del consenso, e allora il contratto sarà annullabile per tali ragioni.

[*conforme*: Corte d'Appello – RG n. 1107/2019 – Sentenza n. 1327/2022 pubbl. il 21/12/2022 – Giudice Dott. Cannata, Dott. Casale, Dott. Traverso]

## APPELLO

- **Credito al consumo**
- **Determinazione TAEG**
- **Nullità del contratto ex art. 125-bis TUB**

(Corte d'Appello – RG n. 52/2020 – Sentenza n. 1033/2022 pubbl. il 06/10/2022 – Giudice Dott. Atzeni, Dott. Davini, Dott. Casale)

Il TAEG ha la funzione di consentire al cliente di conoscere il costo totale effettivo del credito che viene erogato mediante il finanziamento, ragion per cui la sua inesatta indicazione non comporta una

maggior onerosità del finanziamento, quanto piuttosto l'erronea rappresentazione del suo costo complessivo.

Ebbene, pur corrispondendo al vero che l'**art.-125 bis** è stato introdotto nel **TUB** nel 2010, e quindi in data posteriore alla conclusione del contratto per cui è causa (**2006**), ritiene la Corte che la nullità della clausola contrattuale riportante un TAEG erroneo (espressamente comminata dal ridetto art. 125-bis TUB nel solo caso di credito al consumo) possa desumersi anche dalla normativa previgente e, in particolare, dall'art. 124 TUB.

Si osserva che l'art. 125-bis, comma 6, TUB sancisce espressamente la nullità della clausola del contratto relativa a costi a carico del consumatore, che, contrariamente a quanto previsto ai sensi dell'articolo 121, comma 1, lettera e), non sono stati inclusi (o inclusi in modo non corretto) nel TAEG pubblicizzato nella documentazione predisposta in ottemperanza alla previsione dell'art. 124. Il quinto comma dell'art. 124 TUB opera un richiamo alle indicazioni di cui al secondo comma della medesima norma (TAEG, scadenza rate, garanzie, coperture assicurative) ed è con riferimento a queste che equipara l'assenza alla nullità, la quale si deve reputare discendere dalla scorretta indicazione dei dati.

In effetti, come si legge nella decisione del 08.11.18 del Collegio di Coordinamento dell'Arbitro Bancario e Finanziario: *“In entrambi i casi il consumatore non è in grado di accedere all'informazione per lui essenziale, nel senso che – astrattamente – potrebbe ricavare, tanto nell'uno quanto nell'altro caso, il TAEG, utilizzando la formula prevista dalle norme e i dati presenti in contratto, ma siffatta operazione risulterebbe troppo complessa per un soggetto che il legislatore europeo assume come “debole” proprio sotto il profilo della capacità di elaborare tale dato”*.

Tale interpretazione risulta in linea con la giurisprudenza sovranazionale in materia di credito al consumo: si veda la sentenza della Corte di Giustizia (Ottava Sezione) resa nella Causa C-448/17, del 20 Settembre 2018, in cui, proprio con riferimento a un TAEG indicato attraverso un'equazione matematica di calcolo, in un contratto regolato dalla disciplina di recepimento della Direttiva 87/102/CEE, è stato ritenuto che - tenuto conto dell'obiettivo di tutela del consumatore perseguito da tale Direttiva, ossia consentire una avere piena conoscenza delle condizioni dell'esecuzione futura del contratto – *“viola l'articolo 4, paragrafo 2, della Direttiva 93/13/CEE, in quanto mancante di chiarezza, la clausola che non consenta al consumatore di avere piena conoscenza delle condizioni della futura esecuzione del contratto sottoscritto, al momento della sua conclusione, e conseguentemente di disporre di tutti gli elementi idonei a incidere sulla portata del suo impegno”*.

- **Carattere usurario degli interessi moratori**

- **Esclusa la nullità anche degli interessi corrispettivi**

**(Corte d'Appello – RG n. 672/2020 – Sentenza n. 235/2023 pubbl. il 07/03/2023 – Giudice Dott. Atzeni, Dott. Castiglione, Dott. Davini)**

Deve essere escluso che l'accertamento del carattere usurario degli interessi moratori comporti la nullità anche degli interessi corrispettivi, pur sotto soglia, e la trasformazione del mutuo da mutuo a titolo oneroso in un mutuo a titolo gratuito.

Rilevanti sono i chiarimenti svolti negli ultimi anni dalla Cassazione sui **rapporti fra interessi moratori ed usura** per cui *“Relativamente all'applicabilità della disciplina antiusura agli interessi moratori, 1) la disciplina antiusura si applica agli interessi moratori, essendo finalizzata a sanzionare la pattuizione di interessi eccessivi convenuti al momento della stipula del contratto quale corrispettivo per la concessione del denaro, ma anche la promessa di qualsiasi somma usuraria sia dovuta in relazione al contratto concluso; 2) la mancata indicazione dell'interesse di mora, nell'ambito del TEGM, non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali, i quali contengano comunque la rilevazione del tasso medio praticato dagli operatori professionali, statisticamente rilevato in modo del pari oggettivo e unitario, essendo questo idoneo a palesare che una clausola sugli interessi moratori sia usuraria, perché « fuori mercato », donde la formula: «TEGM, più la maggiorazione media degli interessi moratori, il tutto moltiplicato per il coefficiente in aumento, più i punti percentuali aggiuntivi, previsti quale ulteriore tolleranza dal predetto decreto »; 3) laddove i decreti ministeriali non rechino neppure l'indicazione della maggiorazione media dei moratori, resta il termine di confronto del TEGM così come rilevato, con la maggiorazione ivi prevista; 4) si applica l'art. 1815, comma 2, c.c., onde non sono dovuti gli interessi moratori pattuiti, ma vige l'art. 1224, comma 1, c.c., con la conseguente debenza degli interessi nella misura dei corrispettivi lecitamente convenuti; 5) anche in corso di rapporto sussiste l'interesse ad agire del finanziato per la declaratoria di usurarietà degli interessi pattuiti, tenuto conto del tasso-soglia del momento dell'accordo; verificatosi l'inadempimento e il presupposto per l'applicazione degli interessi di mora, la valutazione di usurarietà attiene all'interesse in concreto applicato dopo l'inadempimento”* (cfr. Cassazione civile, sez. un., 18/09/2020, n. 19597).

- **Usura – determinazione del tasso soglia**
- **Sommatoria di interessi corrispettivi, interessi moratori e commissione di estinzione anticipata – irrilevanza**

- **Sezioni Unite, sentenza n. 19597/2020 – applicabilità disciplina antiusura agli interessi moratori**

**(Corte di Appello di Genova - R.G. n. 376/2020 - Sentenza n. 110/2023 pubbl. il 3/02/2023 – Collegio: Dott.ssa Rossella Atzeni, Dott. Marcello Arturo Castiglione, Dott. Franco Davini – conferma sentenza Tribunale di Genova in data 10/12/2019, n. 2920)**

Circa la rilevanza o meno della commissione per l'estinzione anticipata, l'orientamento prevalente, a cui questa Corte aderisce, è l'irrilevanza della stessa nella verifica se vi sia un superamento o meno del tasso soglia.

In tal senso si è espressa la Cassazione, sez. III, 14 marzo 2022 n. 8109, che ha chiarito che la commissione per l'estinzione anticipata del mutuo non rappresenta un costo collegato all'erogazione del credito e non è pertanto rilevante in tema di usura, nonché la parte ampiamente maggioritaria della giurisprudenza di merito (cfr. Corte appello Torino, sez. I, 23/07/2020, n. 741; Corte appello Perugia, sez. I, 01/10/2021, n. 561 ;Tribunale Messina, sez. II, 04/10/2021, n. 1669; Tribunale Bergamo, 15/04/2021, n. 645; Tribunale Bologna, sez. IV, 08/04/2021, n. 904; Tribunale Spoleto, sez. I, 05/01/2021, n. 3; Tribunale Crotone, sez. I, 02/12/2020, n. 1065; Tribunale Milano, sez. VI, 14/10/2020, n. 6225).

Passando alla sommatoria di interessi corrispettivi ed interessi anatocistici la Cassazione ha ormai definitivamente chiarito che *“in tema di usura bancaria, ai fini della determinazione del tasso soglia, **non** è possibile procedere al **cumulo materiale** delle somme dovute alla banca a titolo di interessi corrispettivi e di interessi moratori, stante la diversa funzione che gli stessi perseguono in relazione alla natura corrispettiva dei primi e di penale per l'inadempimento dei secondi, sicché è necessario procedere al **calcolo separato della loro relativa incidenza**, per i primi ricorrendo alle previsioni dell'art. 2, comma 4, della legge n. 108 del 1996 e per i secondi, ove non citati nella rilevazione dei decreti ministeriali attuativi della citata previsione legislativa, comparando il tasso effettivo globale, aumentato della percentuale di mora, con il tasso effettivo globale medio del periodo di riferimento”* (cfr. Cassazione civile, sez. III, 06/05/2022, n. 14472; Cassazione civile, sez. VI, 04/11/2021, n. 31615).

La valutazione degli interessi moratori deve poi essere svolta secondo le indicazione della Cassazione a Sezioni Unite per cui: *“Relativamente all'applicabilità della disciplina antiusura agli interessi moratori, 1) la disciplina antiusura si applica agli interessi moratori, essendo finalizzata a*

*sanzionare la pattuizione di interessi eccessivi convenuti al momento della stipula del contratto quale corrispettivo per la concessione del denaro, ma anche la promessa di qualsiasi somma usuraria sia dovuta in relazione al contratto concluso; 2) la mancata indicazione dell'interesse di mora, nell'ambito del TEGM, non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali, i quali contengano comunque la rilevazione del tasso medio praticato dagli operatori professionali, statisticamente rilevato in modo del pari oggettivo e unitario, essendo questo idoneo a palesare che una clausola sugli interessi moratori sia usuraria, perché « fuori mercato », donde la formula: «TEGM, più la maggiorazione media degli interessi moratori, il tutto moltiplicato per il coefficiente in aumento, più i punti percentuali aggiuntivi, previsti quale ulteriore tolleranza dal predetto decreto; 3) laddove i decreti ministeriali non rechino neppure l'indicazione della maggiorazione media dei moratori, resta il termine di confronto del TEGM così come rilevato, con la maggiorazione ivi prevista; 4) si applica l'art. 1815, comma 2, c.c., onde non sono dovuti gli interessi moratori pattuiti, ma vige l'art. 1224, comma 1, c.c., con la conseguente debenza degli interessi nella misura dei corrispettivi lecitamente convenuti; 5) anche in corso di rapporto sussiste l'interesse ad agire del finanziato per la declaratoria di usurarietà degli interessi pattuiti, tenuto conto del tasso-soglia del momento dell'accordo; verificatosi l'inadempimento e il presupposto per l'applicazione degli interessi di mora, la valutazione di usurarietà attiene all'interesse in concreto applicato dopo l'inadempimento» (cfr. **Cass. civ., sez. un., 18/09/2020, n. 19597**).*

- **Usura – determinazione del tasso soglia**
- **Commissione per l'estinzione anticipata – irrilevanza**

**(Corte d'Appello – RG n. 376/2020 – Sentenza n. 110/2023 pubbl. il 03/02/2023 – Giudice Dott. Atzeni, Dott. Castiglione, Dott. Davini)**

Circa la rilevanza o meno della commissione per l'estinzione anticipata ai fini della valutazione di usurarietà del tasso pattuito, l'orientamento prevalente, a cui questa Corte aderisce, è l'irrilevanza della stessa nella verifica se vi sia un superamento o meno del tasso soglia.

In tal senso si è espressa la Cassazione Sez. III 14 marzo 2022 n. 8109, che ha chiarito che la commissione per l'estinzione anticipata del mutuo non rappresenta un costo collegato all'erogazione del credito e non è pertanto rilevante in tema di usura, nonché la parte ampiamente maggioritaria della giurisprudenza di merito (cfr. Corte appello Torino, sez. I, 23/07/2020, n. 741; Corte appello Perugia, sez. I, 01/10/2021, n. 561 ;Tribunale Messina, sez. II, 04/10/2021, n. 1669; Tribunale

Bergamo, 15/04/2021, n. 645; Tribunale Bologna, sez. IV, 08/04/2021, n. 904; Tribunale Spoleto, sez. I, 05/01/2021, n. 3; Tribunale Crotone, sez. I, 02/12/2020, n. 1065; Tribunale Milano, sez. VI, 14/10/2020, n. 6225).

- **Usura – determinazione del tasso soglia**
- **Sommatoria di interessi corrispettivi ed interessi moratori – irrilevanza**

**(Corte d’Appello – RG n. 376/2020 – Sentenza n. 110/2023 pubbl. il 03/02/2023 – Giudice Dott. Atzeni, Dott. Castiglione, Dott. Davini)**

Passando alla sommatoria di interessi corrispettivi ed interessi moratori la Cassazione ha ormai definitivamente chiarito che: *“In tema di usura bancaria, ai fini della determinazione del tasso soglia, non è possibile procedere al cumulo materiale delle somme dovute alla banca a titolo di interessi corrispettivi e di interessi moratori, stante la diversa funzione che gli stessi perseguono in relazione alla natura corrispettiva dei primi e di penale per l'inadempimento dei secondi, sicché è necessario procedere al calcolo separato della loro relativa incidenza, per i primi ricorrendo alle previsioni dell'art. 2, comma 4, della legge n. 108 del 1996 e per i secondi, ove non citati nella rilevazione dei decreti ministeriali attuativi della citata previsione legislativa, comparando il tasso effettivo globale, aumentato della percentuale di mora, con il tasso effettivo globale medio del periodo di riferimento”*. (cfr. Cassazione civile, sez. III, 06/05/2022, n. 14472; Cassazione civile, sez. VI, 04/11/2021, n. 31615).

La valutazione degli interessi moratori deve poi essere svolta secondo le indicazioni della Cassazione a Sezioni Unite per cui: *“Relativamente all'applicabilità della disciplina antiusura agli interessi moratori, 1) la disciplina antiusura si applica agli interessi moratori, essendo finalizzata a sanzionare la pattuizione di interessi eccessivi convenuti al momento della stipula del contratto quale corrispettivo per la concessione del denaro, ma anche la promessa di qualsiasi somma usuraria sia dovuta in relazione al contratto concluso; 2) la mancata indicazione dell'interesse di mora, nell'ambito del TEGM, non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali, i quali contengano comunque la rilevazione del tasso medio praticato dagli operatori professionali, statisticamente rilevato in modo del pari oggettivo e unitario, essendo questo idoneo a palesare che una clausola sugli interessi moratori sia usuraria, perché « fuori mercato », donde la formula: « TEGM, più la maggiorazione media degli interessi moratori, il tutto moltiplicato per il coefficiente in aumento, più*

*i punti percentuali aggiuntivi, previsti quale ulteriore tolleranza dal predetto decreto »; 3) laddove i decreti ministeriali non rechino neppure l'indicazione della maggiorazione media dei moratori, resta il termine di confronto del TEGM così come rilevato, con la maggiorazione ivi prevista; 4) si applica l'art. 1815, comma 2, c.c., onde non sono dovuti gli interessi moratori pattuiti, ma vige l'art. 1224, comma 1, c.c., con la conseguente debenza degli interessi nella misura dei corrispettivi lecitamente convenuti; 5) anche in corso di rapporto sussiste l'interesse ad agire del finanziato per la declaratoria di usurarietà degli interessi pattuiti, tenuto conto del tasso-soglia del momento dell'accordo; verificatosi l'inadempimento e il presupposto per l'applicazione degli interessi di mora, la valutazione di usurarietà attiene all'interesse in concreto applicato dopo l'inadempimento”(cfr. Cassazione civile, sez. un., 18/09/2020, n. 19597).*

Non è possibile pertanto sommare interessi corrispettivi ed interessi sommatori.

- **Mutuo solutorio**
- **Nullità per illiceità della causa – esclusione**

**(Corte d’Appello – RG n. 1107/2019 – Sentenza n. 1327/2022 pubbl. il 21/12/2022 – Giudice Dott. Cannata, Dott. Casale, Dott. Traverso)**

La Corte di Cassazione anche recentemente, con sentenza 25 luglio 2022 n. 23149 (in senso conforme: 11 ottobre 2022 n. 29644) ha chiarito che: “il “mutuo solutorio” stipulato per ripianare la pregressa esposizione debitoria del mutuatario verso il mutuante non è nullo – in quanto non contrario alla legge, né all’ordine pubblico – e non può essere qualificato come una mera dilazione del termine di pagamento del debito preesistente oppure quale “pactum de non petendo” in ragione della pretesa mancanza di un effettivo spostamento di denaro, poiché l’accredito in conto corrente delle somme erogate è sufficiente ad integrare la “datio rei” giuridica propria del mutuo, e il loro impiego per l’estinzione del debito già esistente purga il patrimonio del mutuatario di una posta negativa”.

In senso conforme Cass 11 ottobre 2022 n. 29644 “... sulla base della giurisprudenza in tema di mutuo fondiario anche anteriore l’entrata in vigore del t.u.b. ( segnatamente di Cass n. 9511 del 2007, ..) è stata ritenuta lecita la contrazione di un mutuo fondiario per ripianare pregresse esposizioni debitorie, anche nel caso in cui non vi sia stata una effettiva consegna della somma data a mutuo da parte del mutuante al mutuatario, escludendosi che il mutuo fondiario fosse un mutuo cd di scopo (si veda Cass n. 09511/2007 cit.)”.



La circostanza, pertanto, che il mutuo sia stato sottoscritto per ripianare debiti preesistenti non fa venir meno la liceità della causa, come pure il dedotto mancato trasferimento delle somme, in realtà accreditate sul conto ed immediatamente sottoposte a compensazione con i debiti pregressi.

- **Separazione dei coniugi**
- **Sospensione della prescrizione ex art 2941 c.c – esclusione**

**(Corte d’Appello – RG n. 1074/2019 – Sentenza n. 1324/2022 pubbl. il 21/12/2022 – Giudice Dott. Cannata, Dott. Casale, Dott. Traverso)**

Con Cassazione n. 24160/2018 (ed in senso conforme, nel 2020, Cass. ord. n. 17856) è stato statuito *“al credito vantato da coniuge separato nei confronti dell’altro per la restituzione di somme di denaro pagate per spese relative ad un immobile in comproprietà con l’altro coniuge, non si applica la sospensione della prescrizione ex art 2941 c.c., dovendo prevalere sul criterio ermeneutico letterale un’interpretazione conforme alla ratio legis, da individuarsi tenuto conto dell’evoluzione della normativa e della coscienza sociale e, quindi, della valorizzazione delle posizioni individuali dei membri della famiglia rispetto alla conservazione dell’unità familiare e della tendenziale equiparazione del regime di prescrizione dei diritti post matrimoniali e delle azioni esercitate tra coniugi separati. Nel regime di separazione, difatti, non può ritenersi sussistente la riluttanza a convenire in giudizio il coniuge, collegata al timore di turbare l’armonia familiare, poiché è già subentrata una crisi conclamata e sono già state esperite le relative azioni giudiziarie, con la conseguente cessazione della convivenza”* (Cass 24160/2018).

L’orientamento è stato ulteriormente confermato recentemente dalla Cassazione con sentenza n. 33212/2022.

## CONTO CORRENTE E ALTRI CONTRATTI DIVERSI DA MUTUO

### TRIBUNALE

- Nullità del contratto di conto corrente per mancanza del requisito di forma (sottoscrizione banca) ex artt. 117 e 127 TUB – esclusione
- Sezioni Unite, sentenza n. 898/2018

(Tribunale di Genova - R.G. n. 7379/2015 - Sentenza n. XXX/2019 pubbl. il 31/05/2019 – Giudice: Mario Tuttobene)

[Nell'ipotesi in cui] i contratti di apertura dei conti correnti risultano firmati solo dalla cliente, e non dalla banca, il che comporterebbe la nullità ai sensi dell'**art. 117 t.u.b.**, secondo il quale *“I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. (...) Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo”*.

La questione da risolvere diviene allora se, considerata la particolare funzione della forma scritta richiesta dall'art. 117 TUB e lo speciale regime di tale invalidità posto dall'art. 127 TUB (si tratta di nullità che opera solo a favore del cliente), il requisito della forma possa essere soddisfatto dalla sola sottoscrizione del cliente.

La *vexata quaestio* ha recentemente trovato soluzione (nella materia del contratto quadro di investimento, distinta da quella oggi in esame ma disciplinata da un regime normativo assolutamente identico) con la pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza **Sezioni unite 16 gennaio 2018, n. 898**), secondo cui *“il requisito della forma scritta è rispettato over sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti”*.

Come si vede, il principio affermato dalla Corte consente di superare la mancanza di sottoscrizione da parte dell'operatore, ma solo a condizione che sia avvenuta la consegna al cliente di una copia del contratto: tale adempimento, secondo il ragionamento della Corte, è indispensabile perché, nella fattispecie in esame, sia soddisfatta l'esigenza di una “piena indicazione al cliente” del complesso ed articolato regolamento negoziale.

Ora, nel caso in esame nessuna risultanza processuale consente di provare, anche in maniera meramente presuntiva, che i contratti per cui è causa fossero stati a suo tempo consegnati ai clienti. Di conseguenza, è impossibile superare il difetto di forma scritta, dal quale discende la nullità dei contratti per cui è causa.

[conformi: Tribunale di Genova - R.G. n. 8614/2017 - Sentenza n. XXX/2019 pubbl. il 6/09/2019 – Giudice: Dott. Gianfranco Di Rago; e Tribunale di Genova - R.G. n. 833/2018 - Sentenza n. XXX/2021 pubbl. il 10/03/2021 – Giudice: Dott. Gianfranco Di Rago]

- **Contratto di fido – mancata determinazione del tasso d’interesse**
- **Applicazione del tasso sostitutivo ex art. 117 TUB**

**(Tribunale di Genova - R.G. n. 869/2015 - Sentenza n. XXX/2019 pubbl. il 26/06/2019 – Giudice: Mario Tuttobene)**

[Nel caso concreto<sup>5</sup>], di fatto, manca una **determinazione** scritta del **tasso applicabile all’interno del fido**, sicché devono essere applicati i **tassi sostitutivi** di cui all’**art. 117 TUB**.

Conformemente al costante orientamento seguito da questo Ufficio, il tasso sostitutivo per gli interessi debitori deve essere individuato nel tasso massimo di rendimento dei buoni ordinari del tesoro annuali, che, secondo l’art. 117 TUB, è quello applicabile per le “operazioni passive”. Invero, l’espressione utilizzata dal legislatore è alquanto equivoca, perché non chiarisce se il carattere attivo o passivo dell’operazione debba essere visto dal punto di vista della banca ovvero da quello del correntista.

Secondo un orientamento giurisprudenziale, il legislatore avrebbe fatto riferimento alla nozione desumibile dalla tecnica bancaria, in cui vengono dette attive le operazioni con cui la banca eroga il credito, e passive quelle con cui la banca accoglie il risparmio. In quest’ottica, naturalmente, gli interessi passivi (per il correntista) sarebbero riferibili ad operazioni “attive” della banca, alle quali dovrebbe quindi applicarsi il tasso minimo. a un simile ragionamento porta alla conseguenza di fare riconoscere al correntista, per i saldi a suo credito, tassi di interesse addirittura maggiori di quelli relativi alle sue esposizioni, il che dà luogo ad una fattispecie del tutto anomala rispetto all’ordinario andamento alla logica stessa delle relazioni bancarie, e assicura al correntista una locupletazione del tutto priva di giustificazione.

---

<sup>5</sup> Rileva il Tribunale: «mentre il contratto di apertura del fido richiama genericamente le condizioni del contratto di apertura del conto corrente, quest’ultimo non precisava quale fosse il tasso debitore applicabile entro il fido. La scheda contrattuale reca, infatti, la sola indicazione del tasso per scoperto di conto (maggiore, per definizione, a quello pertinente all’utilizzo del credito). Ora, non è pensabile che, attraverso il generico richiamo al contratto di conto corrente, le parti avessero inteso richiamare, per disciplinare l’onerosità del fido concesso, il tasso dello scoperto: più ragionevole è pensare che sia intervenuto un difetto di coordinamento tra le due scritture».

Ben più ragionevole sembra quindi la tesi secondo cui la non chiara norma deve interpretarsi nel senso che le “operazioni passive” sono quelle a debito del cliente.

[conforme: Tribunale di Genova - R.G. n. 2524/2020 - Sentenza n. XXX/2022 pubbl. il 4/10/2022 – Giudice: Mario Tuttobene, pp. 11-12]

- Conto corrente bancario
- Clausola di massimo scoperto (CMS) – funzione e presupposti di validità
- Art. 2-bis, c. 2, L. 2/2009 – rilevanza CMS per determinazione tasso soglia

(Tribunale di Genova - R.G. n. 11784/2015 - Sentenza n. XXX/2020 pubbl. il 13/09/2020 – Giudice: Alessandro Mauceri)

Come ha correttamente affermato il CTU, va ritenuta la nullità della clausola con la quale risultava pattuita la **CMS**, sicché è stata decurtata dal credito vantato dalla banca convenuta.

Sul punto devono svolgersi alcune precisazioni.

Innanzitutto, com'è noto, la Commissione di Massimo Scoperto è prevista nei contratti di conto corrente bancario per riconoscere alla Banca, oltre agli interessi convenzionali, un corrispettivo pagato dal cliente per compensare l'Istituto dell'onere di dover essere in grado di fronteggiare una rapida espansione nell'utilizzo dello scoperto di conto.

La ragione economica di essa è stata indicata nel fatto che la Banca non fa previsioni sul rapporto con il singolo cliente, ma relativamente alla totalità di essi, riservando una provvista calcolata in base a previsioni medie di utilizzo, sicché, laddove si verificchino utilizzi superiori alle previsioni statistiche fatte dalla Banca, potrebbe essere necessario anche per essa, il ricorso ad intermediari, con costi aggiuntivi addebitati al cliente.

Pur nelle incertezze della giurisprudenza che spesso si è pronunciata sulla natura della C.M.S. in termini dubitativi (e così Cass. civ. 6/8/02, n.11772), deve tenersi presente che essa è un onere assimilabile in tutto agli interessi di cui condivide, persino la capitalizzazione trimestrale.

L'istituto della CMS è stato profondamente riformato dalla recente normativa anticrisi di cui alla L. 2/2009, in cui l'art. 2-bis (che individua la CMS come un onere connesso al prelevamento della somma a disposizione) afferma, infatti, la nullità della clausola in esame laddove: “il saldo del cliente risulti a debito per un periodo continuativo inferiore a trenta giorni, ovvero a fronte di utilizzo

*in assenza di fido... ( o laddove le clausole ) prevedano una remunerazione accordata indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma ...(o) indipendentemente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi..., a meno che il corrispettivo per la messa a disposizione delle somme sia predeterminato unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate...in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo ed alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente...".*

Sgomberando il campo dai molti dubbi sorti, la recente Legge prevede altresì che la **CMS entri nel calcolo del tasso soglia**, poiché: *“gli interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate che prevedono una remunerazione a favore della Banca dipendenti dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 1815 c.c., dell'art. 644 c.p. degli artt. 2 e 3 della L. 7.3.96 n. 108”* (cfr art. 2-bis L. 2/2009).

Questo giudice prende atto delle recenti sentenze della Cassazione (Sez. I, sentenza n. 22270 del 03/11/2016; Sez. I, sentenza n. 12965 del 22/06/2016) che ne escludono la rilevanza, ai fini dell'usura, nel periodo anteriore all'entrata in vigore dell'art. 2-bis, comma 2, del d.l. n. 185 del 2008 (convertito dalla l. n. 2 del 2009) giacché tale disposizione legislativa ha natura innovativa e non interpretativa. Ciò non di meno trattandosi di un costo del finanziamento, aderendo all'orientamento di questa sezione di Tribunale, va considerata, anche per il periodo pregresso, nel tasso soglia, atteso che anche la formulazione originaria dell'art. 644 c.p. attribuisce rilevanza a qualsiasi costo diretto a remunerare il finanziamento (analogamente a quanto i presenti hanno, peraltro, concordato con riferimento agli interessi moratori).

Per il futuro non pare vi saranno più dubbi circa la rilevanza della CMS per determinare il tasso soglia, diversamente dal passato.

Tuttavia, è certo che la commissione non è dovuta se non espressamente e legittimamente convenuta e comunque nei limiti di quanto stabilito nel contratto, come emerge anche dalla motivazione della sentenza n. 870/06 della Corte Suprema.

Nel presente caso, come ha affermato il CTU, con esplicito riferimento alla verifica delle pattuizioni contrattuali sulla commissione di massimo scoperto [...] tale pattuizione risulta debitamente approvata con firma del correntista apposta sia sul documento principale sia sull'allegato di X pagine. La percentuale di applicazione della commissione viene invece indicata in ciascuno dei documenti di concessione affidamento che parimenti risultano sottoscritti dalle parti. Per i motivi di cui sopra, risultando la CMS pattuita e determinata, il CTU non ha provveduto all'eliminazione della stessa dal ricalcolo del conto corrente.

[*conforme*: Tribunale di Genova - R.G. n. 15307/2018 - Sentenza n. XXX/2021 pubbl. il 2/11/2021

– Giudice: Alessandro Mauceri, nella quale si precisa:

La giurisprudenza di merito è ormai univoca nel chiarire che è nulla per indeterminatezza dell'oggetto, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1418 e 1346 c.c., la clausola che preveda la commissione di massimo scoperto indicandone semplicemente la misura percentuale, senza specificare se per massimo scoperto debba intendersi il debito massimo raggiunto anche in un solo giorno o quello che si prolunga per un certo periodo di tempo o, ancora, se il relativo importo vada calcolato sul complesso dei prelievi effettuati dal correntista, tendendo oggi a riconoscere la nullità di siffatte commissioni in mancanza di tre elementi essenziali che devono ricorrere congiuntamente:

- la percentuale (%);
- la periodicità;
- la base di calcolo su cui la commissione verrà calcolata ed applicata al rapporto.

(*ex multis* Trib. Monza 22/11/2011; Trib. Piacenza 12/4/2011, n. 309; Trib. Novara 16/7/2010, n. 774; Trib. Parma 23/3/2010; Trib. Milano, Sez. VI, 03/10/2018, n. 9694; Trib. Firenze, Sez. III, 26/11/2018, n. 3202; Trib. Bari, Sez. IV, 07/01/2019, n. 41; Trib. Termini Imerese 22/01/2019, n. 75; Corte di Appello Reggio Calabria, Sez. I, 29/01/2019, n. 74; Trib. Siena 18 gennaio 2021, n. 16; Tribunale Terni, sent. n. 167/2021; Corte di Appello Milano 18/12/2018).]

- **Nullità clausola su CMS – rilevabilità *ex officio***

(Tribunale di Genova - R.G. n. 3231/2015 - Sentenza n. XXX/2020 pubbl. il 5/11/2020 – Giudice: Mario Tuttobene)

[Con riferimento all'ulteriore eccezione di nullità della clausola sulla CMS sollevata nelle comparse conclusionali occorre ricordare che...] è noto che la precisazione delle conclusioni ha l'effetto di fissare in maniera definitiva le domande e le eccezioni delle parti, che non possono essere più in alcun modo ampliate.

È però altrettanto vero che il giudice di merito mantiene il potere di rilevare, in base ai fatti allegati e provati o comunque emergenti dagli atti di causa, ogni forma di nullità non soggetta a regime speciale, provocando il contraddittorio sulla questione. Tale potere non è soggetto a termini, sicché si deve ritenere che la questione di nullità possa essere evidenziata dalla parte, anche dopo che è maturata ogni preclusione processuale, come invito al giudice ad avvalersi dei propri poteri officiosi.

Come si è appena visto, però, il potere del giudice è condizionato alla rilevabilità *ex actis* del vizio che importa la nullità: esso quindi può essere esercitato (e stimolato dalla parte) solo ove la nullità emerga dalle prove ritualmente acquisite nel corso del processo.

- **Conti correnti – rapporto di continuità - prova**

**(Tribunale di Genova - R.G. n. 15307/2018 - Sentenza n. XXX/2021 pubbl. il 2/11/2021 – Giudice: Alessandro Mauceri)**

Quanto all'eccezione di non prosecuzione dei rapporti di conto corrente, tale eccezione è infondata. La prova dell'unitarietà dei conti è emersa incontrovertibilmente dai prodotti estratti conto da cui risultano giroconti attraverso i quali vi è stato il passaggio del saldo del vecchio conto al nuovo conto.

La stessa Suprema Corte di Cassazione è già intervenuta su analoga questione confermando la pronuncia della Corte di merito che aveva statuito la presenza di un unico rapporto in caso di continuità contabile per trasferimento delle poste da un conto all'altro. In particolare, la Corte di Cassazione ha ribadito che due rapporti devono costituire *un unicum* in ragione del susseguirsi, senza soluzione di continuità, di un conto corrente all'altro mediante un'operazione di giroconto (Cass. 30/10/2019 n. 27769): esattamente quanto avvenuto nel caso di specie.

- **Nullità del contratto di conto corrente – rideterminazione del saldo mediante esclusione degli addebiti illegittimi**
- **Onere di allegazione: indicazione delle specifiche rimesse ripetibili (non necessaria) – Sezioni Unite, sentenza n. 15895/2019**
- **Onere della prova - produzione integrale degli estratti conto (non necessaria)**
- **Prescrizione**

**(Tribunale di Genova - R.G. n. 15628/2018 - Sentenza n. XXX/2020 pubbl. il 11/11/2020 – Giudice: Mario Tuttobene)**

[Quanto all'eccezione di nullità della domanda, stante la mancata indicazione delle clausole asseritamente nulle e delle somme che si intendono recuperare...]

Il Tribunale non ignora l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il correntista avrebbe l'onere di indicare in modo specifico e dettagliato le singole operazioni cui si riferisce la domanda.

Tale principio è stato annunciato, in particolare, con riferimento alle rimesse solutorie di cui viene chiesto il rimborso nelle azioni di ripetizione di indebito, materia che, come si dirà tra breve, presenta notevoli tratti di contatto con le questioni oggetto della presente causa.

Questo Ufficio, tuttavia, non ha mai condiviso l'orientamento giurisprudenziale in esame, in quanto esso pone a carico delle parti un **onere di allegazione** eccessivo rispetto alla natura della controversia ed alle esigenze effettive del contraddittorio.

Bisogna infatti tenere presente che l'individuazione delle rimesse solutorie costituisce il frutto di una operazione assai complessa sia in diritto che in fatto: occorre individuare quali siano le clausole contrattuali affette da nullità, escludere dal conto corrente gli addebiti ad esse relativi, ricostruire l'andamento del conto corrente, stabilire se il rapporto fosse o meno munito di affidamento, e stabilire infine se i singoli movimenti a credito fossero intervenuti in un momento in cui il saldo era negativo (o, nel caso di conto affidato, oltre fido). È evidente che ciascuno di questi snodi operativi costituisce l'esito di una delicata serie di valutazioni che, nel loro complesso, sono possibili solo in sede di definizione del giudizio, in quanto dipendono anche da fattori imprevedibili (l'accoglimento di una tesi giurisprudenziale piuttosto che di un'altra, l'adozione di una delle diverse interpretazioni possibili del documento negoziale, alcuni apprezzamenti in fatto in merito alla validità normale dei contratti ecc.). Sembra del tutto irragionevole porre a carico delle parti di anticipare tutte queste valutazioni al momento della proposizione della domanda (oppure dell'eccezione di prescrizione), quando gli elementi essenziali per identificare l'oggetto del contendere sono offerti più semplicemente dalla produzione delle schede contrattuali e della documentazione contabile nonché dalla recisa indicazione delle questioni in diritto. Ciò vale a maggior ragione per le semplici questioni di nullità, nelle quali l'individuazione delle poste riconducibili alle clausole invalide ha natura meramente compilatoria e ben può essere delegata al CTU.

Si deve pertanto concludere, anche con il conforto della più autorevole giurisprudenza di legittimità (**Cass., Sez. Un., 13.06.2019 n. 15895**) che l'indicazione delle specifiche rimesse ripetibili (o prescritte) non rientri nell'onere di allegazione delle parti.

[Quanto all'**onere probatorio** incombente sull'attore...]

Malgrado esistano, in giurisprudenza, autorevoli pronunciamenti di senso contrario, si deve infatti considerare che nessuna norma giuridica, ed a ben vedere nessuna esigenza logica, impone la



produzione integrale degli estratti conto all'attore che chiede la rideterminazione del saldo mediante esclusione degli addebiti illegittimi.

Una simile operazione può infatti essere compiuta anche sulla base di una documentazione parziale, fermo restando che in questo caso il giudizio condurrà all'accertamento (con efficacia di giudicato) di un nuovo saldo dal quale in realtà saranno state detratte, conformemente a quanto richiesto dall'attore, le sole poste di cui era stata data contezza mediante le produzioni effettuate.

[Quanto all'**eccezione di prescrizione** con riferimento agli addebiti effettuati nel decennio antecedente alla proposizione della domanda giudiziale...]

Se è vero, in termini generali, che l'azione di nullità è imprescrittibile, è anche vero che in materia di conto corrente l'azione volta a far valere la nullità delle pattuizioni in base alle quali furono operati determinati addebiti non è mai una azione di nullità "pura", specie quando mira, come nel caso in esame, a fare emergere un cospicuo saldo creditore a favore del correntista. In relazione agli addebiti contabilizzati più di un decennio prima della domanda, infatti, è sempre possibile che siano intervenute, in data successiva ma sempre un decennio prima della domanda, rimesse solutorie<sup>6</sup> non più ripetibili a causa dell'intervenuta prescrizione. Ora, se in una situazione di questo genere si procedesse, una volta accertata la nullità della clausola in base a cui era stato operato l'addebito, ad escludere il movimento dagli importi che formano il saldo, si consentirebbe all'interessato di recuperare, detraendolo dal saldo attuale, un credito ormai estinto dalla prescrizione maturata.

Per questo motivo si è affidato al CTU l'incarico di individuare le sole rimesse operate entro il decennio.

- **Conto corrente bancario**
- **Illegittimità addebiti - onere della prova**
- **Esibizione documentazione bancaria ex art. 210 c.p.c.**

---

<sup>6</sup> Secondo il fermo insegnamento della giurisprudenza, per "rimesse solutorie" devono intendersi quelle effettuate in presenza di saldo debitore nel caso di conto non affidato, o di saldo debitore eccedente il fido in caso di conto affidato. Al CTU è stato conferito l'incarico di desumere l'esistenza di un affidamento unicamente dai documenti di causa. Contrariamente a quanto richiede la parte attrice, infatti, la natura affidata del rapporto, che pacificamente deve essere provata a cura del correntista (Cass sent. n. 27704 del 30/10/18), non può desumersi da circostanze inerenti all'andamento del conto (quale la frequenza e la costanza dell'esposizione debitoria): e ciò si dice non tanto con riferimento alla regola della forma scritta dei contratti bancari (regola che, in quanto attinente ad una nullità di protezione, non potrebbe mai essere fatta valere dalla banca in danno del correntista), quanto perché la mera tolleranza della banca a fronte degli sconfinamenti del correntista è cosa ben diversa dalla effettiva concessione di un affidamento, nascente da un effettivo accordo contrattuale e vincolante per ambo le parti.

**(Tribunale di Genova - R.G. n. 869/2015 - Sentenza n. XXX/2019 pubbl. il 26/06/2019 – Giudice: Mario Tuttobene)**

[Con riferimento alla istanza di esibizione degli ulteriori estratti conto da parte della banca, formulata da parte attrice al fine di ottenere una riduzione del saldo debitore tramite l'eliminazione degli addebiti relativi a clausole nulle si deve osservare ...]

Invero, l'**art. 210 c.p.c.** stabilisce che *“Negli stessi limiti entro i quali può essere ordinata a norma dell'art. 118 l'ispezione di cose in possesso di una parte o di un terzo, il giudice istruttore su istanza di parte può ordinare all'altra parte o a un terzo di esibire in giudizio un documento o altra cosa di cui ritenga necessaria l'acquisizione al processo.”*

Il requisito della “necessità” dell'acquisizione al processo è stato tradizionalmente interpretato dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti come indice di una esigenza più qualificata rispetto alla semplice “rilevanza” richiesta per l'ammissione delle prove costituenti.

Secondo questo orientamento interpretativo, che il Tribunale di Genova ha sempre seguito fino ad oggi, l'acquisizione ai sensi dell'art. 210 c.p.c. del documento è “necessaria” quando la prova del fatto non può essere raggiunta se non attraverso un documento che non è altrimenti accessibile alla parte istante.

In altri termini, non deve trattarsi di un documento che la parte – nel diligente assolvimento dell'onere probatorio su di essa gravante – avrebbe potuto acquisire prima del processo e, quindi, allegare agli atti di causa, dal momento che il ricorso allo strumento istruttorio in esame non può alcun caso supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova a carico della parte istante (cfr. C. 9514/1999; Cass. 149/2003; Cass. 19475/2005; Cass. 14656/2013).

In materia bancaria l'applicazione dei suddetti principi ha condotto all'affermazione, consolidata presso questo Ufficio, per cui il diritto sostanziale del cliente di ottenere dalla banca la documentazione relativa alle operazioni degli ultimi dieci anni (art. 119, comma 4, t.u.b) deve essere esercitato, nell'ambito del processo, entro i limiti posti dall'art. 210 c.p.c. Di conseguenza, chi agisce in giudizio per far valere l'illegittimità di determinati addebiti ha l'onere di produrre la documentazione contabile a sostegno della domanda, o deve quantomeno dimostrare di avere precedentemente richiesto detta documentazione alla banca ai sensi dell'art. 119 citato.

Tuttavia di recente la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 11554 del 11/5/17 ha cassato una sentenza di appello che aveva fatto applicazione dei suddetti principi, ed ha affermato che *“Il potere del correntista di chiedere alla banca di fornire la documentazione relativa al rapporto di conto*

corrente tra gli stessi intervenuto può essere esercitato, ai sensi del comma 4 dell'art. 119 del vigente testo unico bancario, anche in corso di causa e a mezzo di qualunque modo si mostri idoneo allo scopo, fermo restando, in tale ultima ipotesi, che la richiesta sia necessariamente mantenuta entro i confini della fase istruttoria del processo cui accede". La Corte, in particolare, ha riconosciuto che *"la facoltà di ottenere opportuna documentazione dei propri rapporti bancari (...) non contempla, o dispone, nessuna limitazione che risulti in un qualche modo attinente alla fase di eventuale svolgimento giudiziale dei rapporti tra correntista e istituto di credito. D'altra parte, non risulta ipotizzabile ragione che, per un verso o per altro, possa giustificare, o anche solo comportare, un simile risultato"*.

Secondo l'assunto della Suprema Corte, quindi, il diritto sostanziale di cui l'art. 119 TUB può essere esercitato anche in giudizio mediante la formulazione di istanza ex art. 210 c.p.c, senza alcun onere di formulazione di una preventiva richiesta stragiudiziale. Anzi, osserva la Corte, una diversa interpretazione porterebbe a trasformare uno strumento di protezione del cliente – quello approntato all'art. 119 t.u.b. - *"in uno strumento di penalizzazione del medesimo: in via indebita facendo transitare la richiesta di documentazione del cliente dalla figura della libera facoltà a quella, decisamente diversa, del vincolo dell'onere"*.

Il Tribunale non ritiene di doversi uniformare a questo pur autorevole principio.

Il fatto che l'acquisizione della documentazione dalla banca costituisca, ai sensi dell'art. 119, comma 4, t.u.b, un vero e proprio diritto del correntista, sottoposto solo alle condizioni poste da tale norma, non toglie che tale diritto debba essere esercitato, nel corso del processo, nei modi disciplinati dal codice di procedura civile, e quindi entro i limiti posti dall'art. 210 c.p.c. interpretato nel modo che si è visto.

Ed invero, l'art. 210 c.p.c. fornisce una disciplina specifica, che integra quella di natura sostanziale e che mira a temperare le contrastanti esigenze della parte interessata all'acquisizione con quelle di ordinato svolgimento del contraddittorio e di celerità del processo. Non si deve dimenticare che i dati contenuti negli estratti conto attengono non solo alla prova del diritto vantato dall'attore, ma alla stessa individuazione dell'oggetto della domanda. Senza le informazioni desumibili da tali documenti non è possibile specificare quali siano gli addebiti relativi a clausole contrattuali nulle o quali siano le rimesse solutorie ripetibili: di conseguenza, diviene impossibile corredare l'atto introduttivo con tutti gli elementi richiesti dall'art. 163 c.p.c., e diviene impossibile effettuare seriamente la procedura di mediazione obbligatoria ai sensi art. 5, comma 1-bis, d.lgs. n. 28 del 2010.

Il processo introdotto in questo modo sarà fatalmente destinato ad attraversare una anomala fase di “pre-istruttoria esplorativa”, volta all’acquisizione dei documenti necessari per la integrazione della domanda: una fase che peraltro potrà anche sovrapporsi alla normale dialettica processuale, creando pericolose e difficilmente gestibili interferenze, posto che, secondo l’insegnamento della citata decisione, l’unico limite all’esercizio della facoltà di cui all’art. 119 t.u.b. sarebbe posto dalla necessità “*che la richiesta si mantenga entro i confini della fase istruttoria del processo cui accede*”, cioè che sia formulata al più tardi con la memoria di cui all’art. 183, comma 6, n. 2, c.p.c.

Ora, una simile deviazione dai principi che disciplinano l’ordinato andamento del processo civile può ritenersi giustificata quando rappresenta l’inevitabile conseguenza dell’inadempimento della banca, previamente raggiunta da una formale richiesta di consegna dei documenti formulata dal correntista; ma non si vede per quale motivo essa debba essere consentita per tutelare un correntista che non si sia tempestivamente attivato per fare valere il proprio diritto di accesso alla documentazione.

In quest’ottica pare superabile anche il severo ammonimento della Suprema Corte: l’interpretazione che qui si prospetta non mira a trasformare un diritto sostanziale del correntista in un suo onere processuale, ma ad assicurare che detto diritto venga esercitato nel rispetto delle norme sul contraddittorio e con quella diligenza che deve sempre regolare i rapporti tra le parti.

- **Pattuizione di interessi ultralegali**
- **Distribuzione dell’onere della prova ex art. 2697 c.c.**

**(Tribunale di Genova - R.G. n. 13252/2015 - Sentenza n. XXX/2019 pubbl. il 20/11/2019 – Giudice: Mario Tuttobene)**

Questo Ufficio ha ripetutamente affermato, aderendo proprio al rigoroso orientamento giurisprudenziale, che “*con riferimento alla deduzione della mancanza di clausole contrattuali idonee a giustificare gli addebiti registrati sul conto, il correntista avrà dunque l’onere di provare o che il contratto stipulato per iscritto non conteneva tali clausole (il che potrà essere fatto appunto producendo il contratto). (...) Affermare invece che l’attore possa limitarsi a “sfidare” la controparte a produrre il documento da cui dovrebbe risultare la esistenza del titolo del pagamento (del quale l’attore chiede la ripetizione) significa ribaltare sul convenuto un onere probatorio che a lui non spetta*”.

L'inesistenza di una valida pattuizione scritta in ordine ai **tassi ultralegali** degli affidamenti si atteggia dunque come uno degli elementi costitutivi del credito vantato dall'attrice e, in quanto tale, deve essere ricondotta all'onere probatorio incombente su quest'ultima ai sensi dell'art.2697 c.c.

In verità, una recente ed autorevole pronuncia (Cass. sez.I sent. n. 24051 del 26/9/19) si è posta in senso contrario, sostenendo che *“se è vero che anche nelle azioni di accertamento negativo l'onere della prova incombe sull'attore, tuttavia quanto ai fatti negativi (nella specie, inesistenza di convenzione scritta di interessi ultralegali e di previsione contrattuale sufficientemente specifica di commissioni di massimo scoperto) trova applicazione il principio di vicinanza o inerenza della prova, che ribalta l'onere sul convenuto”*.

Tuttavia, a parere dello scrivente, nessuna deroga è possibile rispetto al chiaro precetto dell'art.2697 c.c, come affermato da altra giurisprudenza di legittimità (Cass. sent. n. 17923/2016). La norma, infatti, distribuisce l'onere probatorio in considerazione della sola natura dei fatti che devono essere provati, e non in considerazione della possibilità di accesso alla prova stessa.

- **Conto corrente bancario – accertamento usura**
- **Onere della prova e principio *iuri novit curia* – non necessaria produzione in giudizio dei D.M. in materia di usura**
- **Natura giuridica: atti formalmente amministrativi, ma sostanzialmente normativi**

(Tribunale di Genova - R.G. n. 11784/2015 - Sentenza n. XXX/2020 pubbl. il 13/09/2020 – Giudice: Alessandro Mauceri)

Vi sono delle sentenze (di merito) che esaminano l'**onere probatorio della produzione dei D.M. usura**.

Una di queste è la sentenza del Tribunale di Lecce, n. 5896 del 15 dicembre 2015. Tale pronunzia fa da apripista, nella giurisprudenza di merito, per la corretta applicazione dei dogmi della completezza e dell'autosufficienza dell'ordinamento giuridico e della esaustività del sapere del giudice (*iura novit curia*) che impongono al giudice di conoscere i D.M. usura a prescindere dall'avvenuta produzione in giudizio da parte del cliente della banca.

Detti indici, nell'era del processo telematico, sono, infatti, facilmente consultabili con il semplice collegamento alla pagina della Banca d'Italia <http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/compiti-vigilanza/tegm/index.html> e nessun magistrato può esimersi da questo minimale sforzo.

A ciò si aggiunga anche una considerazione in merito alla natura giuridica dei decreti ministeriali in oggetto: siamo in presenza, in buona sostanza, di atti che possono essere definiti come atti formalmente amministrativi, in quanto adottati da una pubblica amministrazione, ma sostanzialmente normativi, perché idonei ad innovare l'ordinamento giuridico.

Pertanto, essendo atti a contenuto innovativo sono, anch'essi, al pari della legge e di tutti gli atti aventi forza di legge, soggetti al noto principio del “iura novit curia”: la legge non deve essere provata al giudice, perché egli la conosce a prescindere da ogni attività delle parti. Si tratta, in tal caso, della cd. fuga dal tipo regolamentare: siamo in presenza, infatti, di atti ministeriali che formalmente sono amministrativi (in quanto adottati dalla pubblica amministrazione), ma che di fatto hanno natura innovativa dell'ordinamento giuridico.

Possono essere emanati con decreto ministeriale anche i regolamenti, i quali si distinguono dagli atti e provvedimenti amministrativi di carattere generale, perché questi ultimi costituiscono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono destinati alla cura concreta di interessi pubblici, mentre i regolamenti sono espressione di una potestà normativa attribuita dalla legge all'amministrazione, secondaria rispetto a quella legislativa, al fine di disciplinare aspetti attuativi o integrativi della legge, ma ugualmente innovativi rispetto all'ordinamento giuridico, senza dei quali il precetto legislativo non potrebbe essere attuato.

Dalla recente sentenza del Tribunale di Torino, VI sez. civ., n. 5795/16, Giudice estensore Dr.ssa Cecilia Marino, emergono importantissimi chiarimenti destinati a formare giurisprudenza a cui uniformarsi: 1. La non esibizione dei decreti ministeriali relativi al rilevamento del tasso soglia...omissis ...La produzione in causa di detti decreti da parte del correntista non è necessaria in quanto trattasi di siti normativi che integrano la legge penale.

Stesso principio fu adottato anche dal Tribunale di Lecce in dicembre 2015 nel sottostante ordine.

Vi sono delle sentenze che nell'esaminare le questioni trattate spaziano in maniera tanto completa e profonda da costituire dei mini compendi. Una di queste è la sentenza del Tribunale di Lecce, n. 5896 del 15 dicembre 2015, che passa dalla trattazione delle competenze bancarie nell'apertura di credito, all'usura con grande compiutezza, per esaminare anche la questione processuale della cessione del credito e per finire con l'onere probatorio della produzione dei D.M. usura.

Il provvedimento in commento fa da apripista, nella giurisprudenza di merito, per la corretta applicazione dei dogmi della completezza e dell'autosufficienza dell'ordinamento giuridico e della esaustività del sapere del giudice (*iura novit curia*) che impongono al giudice di conoscere i D.M. usura a prescindere dall'avvenuta produzione in giudizio da parte del cliente della banca.

Per Tribunale di Forlì, sentenza n.560/2017, deve solo ulteriormente puntualizzarsi che la verifica del c.t.u. non poteva neppure ritenersi impedita dalla mancata produzione da parte attrice dei decreti ministeriali indicanti il tasso soglia di riferimento: pur non essendo testi avente valore normativo, non sono neppure documenti formati dalle parti, ma sono documenti di contenuto tecnico i quali - essendo utilizzabili per le valutazioni del c.t.u. - ben possono essere acquisiti anche nell'ambito di una c.t.u. meramente "deducente" (cfr. Cass. 15.3.2016 n. 5091).

Sposa quell'orientamento dell'esaustività del sapere del giudice (*iura novit curia*) e non necessità della produzione dei D.M. usura nei giudizi di contestazione del tasso usurario Tribunale di Lecce, 15 dicembre 2015 e recentemente Tribunale di Rimini, n. 309 del 3/03/2016, più favorevole al correntista parte debole del contratto.

A conforto di tale orientamento si rileva che l'art. 644 c.p. espressamente dichiara che *“la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari”*; l'art. 2 della legge 108/1996 gli “fa eco” precisando che *“Il Ministro del tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi, rileva trimestralmente il tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari iscritti negli elenchi tenuti dall'Ufficio italiano dei cambi e dalla Banca d'Italia ai sensi degli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura. I valori medi derivanti da tale rilevazione, corretti in ragione delle eventuali variazioni del tasso ufficiale di sconto successive al trimestre di riferimento, sono pubblicati senza ritardo nella Gazzetta Ufficiale”*.

Già questa chiarissima deduzione pare dover indurre a ritenere che non ci si trovi di fronte a dei “meri atti amministrativi”, ma a veri e propri atti normativi, se pur, a tutto voler concedere, di rango secondario.

Del resto, non sfuggirà che l'art. 2 ora citato non indica la forma che la rilevazione dovrà assumere, laddove, invece, è l'art. 644 c.p. (che poi è l'art. 1 della legge 108/1996) ad espressamente prevedere che è la legge che individua il tasso.

Ci si trova di fronte, quindi, ad una c.d. norma in bianco e l'atto amministrativo mediante il quale viene integrata la norma ne acquisisce la natura.

Altrimenti si giungerebbe all'assurdo per cui una norma, la cui violazione è punita con la nullità rilevabile d'ufficio, sia soggetta ad un onere probatorio sui presupposti giuridici della sua applicazione.

In ogni caso, che i provvedimenti di organi amministrativi in materia di credito assumano la natura di atti normativi lo ricorda anche la Suprema Corte, allorquando ha precisato che *“In materia di disciplina della forma dei contratti bancari, l'art. 3, comma 3, l. n. 154 del 1992 e, successivamente, l'art. 117, comma 2, t.u.b., nella parte in cui dispongono che il CIRC può prevedere che particolari contratti, per motivate ragioni tecniche, possono essere stipulati in forma diversa da quella scritta, attribuiscono a detto Comitato interministeriale il potere da questo conferito alla Banca d'Italia di emanare disposizioni che integrano la legge e, nei limiti dalla stessa consentiti, possono derogarvi e che, perciò, costituiscono norme di rango secondario, la cui legittimità non è esclusa dalla mancata indicazione delle motivate ragioni tecniche della deroga, dovendo l'onere della motivazione ritenersi adempiuto mediante l'indicazione del tipo di contratto e la precisazione che esso deve riferirsi ad operazioni e servizi già individuati e disciplinati in contratti stipulati per iscritto”* (Cassazione civile, sez. I, 09/07/2005, n. 14470); in motivazione la Suprema corte chiarisce che *“le norme emanate dal CIRC (nel 1992 in via d'urgenza, in sua sostituzione, dal Ministro del Tesoro) e dalla Banca d'Italia completano ed integrano la norma di legge, in virtù di una facoltà espressamente prevista dalla legge stessa. Non si tratta pertanto di atti amministrativi illegittimi perché contra legem, ma di atti a contenuto ed efficacia normativi, emanati dal CIRC e dall'Autorità di vigilanza nell'esercizio di un potere espressamente loro attribuito dal legislatore”*.

Sempre su tale linea, è anche da ricordare che *“i regolamenti si distinguono dagli altri atti e provvedimenti amministrativi a carattere generale in quanto sono espressione di una potestà normativa attribuita all'amministrazione con carattere secondario rispetto a quella legislativa, e disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici mediante una regolamentazione, attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa dell'ordinamento giuridico esistente, con precetti che presentano i caratteri della generalità ed astrattezza, con la conseguenza che ai regolamenti è applicabile il principio “iura novit curia” e che le eventuali violazioni di norme regolamentari sono censurabili in sede di legittimità ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c. (v. Cass. n. 6933 del 1999, RV528289, e, con riguardo alle conseguenze sul piano impugnatorio della natura regolamentare di una disposizione, Cass. n. 33 del 2003, RV559443)”* (Cassazione civile, sez. lav., 03/08/2004, n. 14851).



Rimane che la Giurisprudenza specifica sul punto milita a favore della tesi che la determinazione del tasso sia, al più, oggetto di un atto normativo, anche se di rango secondario. Giammai di un mero atto amministrativo.

- **Interessi usurari**
- **Calcolo del tasso effettivo globale del rapporto**

**(Tribunale di Genova - R.G. n. 13252/2015 - Sentenza n. XXX/2019 pubbl. il 20/11/2019 – Giudice: Mario Tuttobene)**

Conformemente al quesito assegnatole, la CTU ha determinato il tasso effettivo globale del rapporto utilizzando la formula specificata nelle Istruzioni della Banca d'Italia.

Ciò è avvenuto in base al costante orientamento di questo ufficio, secondo cui la formula in questione deve essere utilizzata essendo la medesima in base alla quale vengono effettuate le rilevazioni che conducono alla pubblicazione dei tassi soglia.

È da sottolineare che la legge n. 108 del 7 marzo 1996 utilizza le medesime espressioni sia quando determina i parametri da considerare per le rilevazioni (art. 2: Il Ministro del tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi, rileva trimestralmente il tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse) che quando indica quelli necessari per individuare il TEG (art. 644 c.p. nel nuovo testo modificato dall'art. 1: “Per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito.”): e ciò è perfettamente logico, essendo evidente l'esigenza di operare il raffronto tra due grandezze ricavate attraverso lo stesso procedimento.

Se per la determinazione del TEG si utilizzasse una formula diversa da quella utilizzata per le rilevazioni a livello nazionale, si introdurrebbe nel sistema una disomogeneità del tutto ingiustificata e contraria alla logica del sistema.

[*vedi altresì*: Tribunale di Genova - R.G. n. 11949/2017, - Sentenza n. XXX/2021 pubbl. il 8/03/2021 – Giudice: Dott. Gianfranco Di Rago, p. 5, nella quale si afferma:

il CTU ha provveduto a ricalcolare il saldo del conto corrente alla data di chiusura del rapporto, elaborando due ipotesi di calcolo, rispettivamente basate sui c.d. saldi banca e sui saldi modificati.

Si ritiene che l'ipotesi di calcolo da confermare sia quella effettuata sulla base dei saldi modificati, ossia di quelli depurati dalle componenti derivanti dall'applicazione delle clausole ritenute nulle (si veda Cass. civ., sez. I, 19 maggio 2020, n. 9141)”.]

- **Anatocismo bancario (capitalizzazione trimestrale di interessi passivi)**
- **Divieto ex artt. 1283 c.c. e 120 T.U.B.**
- **Sezioni Unite, sentenza n. 21095/2004 e Delibera CIRC 9 febbraio 2000**

**(Tribunale di Genova - R.G. n. 15307/2018 - Sentenza n. XXX/2021 pubbl. il 2/11/2021 – Giudice: Alessandro Mauceri)**

Il fenomeno dell’**anatocismo bancario** è quella pratica, in uso fino a pochi anni or sono presso quasi tutte le banche italiane, secondo cui gli interessi a debito del correntista venivano liquidati (sul conto) con frequenza trimestrale, mentre gli interessi a credito dello stesso erano liquidati con cadenza annuale. Ciò provocava un disallineamento nella maturazione degli interessi a debito ed il conseguente fenomeno dell’anatocismo, perché venivano calcolati interessi su interessi, secondo le modalità sopra descritte.

Il divieto dell’anatocismo (bancario e non) è sempre esistito nell’ordinamento giuridico italiano in virtù dell’art. 1283 del Codice civile.

Ciò nonostante, le Banche agivano legittimamente quando applicavano la metodologia di calcolo degli interessi sopra descritta, perché tale comportamento era stato ampiamente avallato dalla giurisprudenza, almeno fino al momento in cui è iniziato tutto il processo di revisione interpretativa delle norme riguardanti l’anatocismo, che ha portato dopo molti anni alla famosa sentenza della Corte di Cassazione del 4 novembre 2004, n. 21095.

Prima di questa sentenza, c’è stato comunque l’art. 25 del D.lgs. n. 342/1999, comma 2, che, introducendo un nuovo comma all’art. 120 del D.lgs. n. 385/1993 (Testo Unico Bancario), ha previsto la possibilità di stabilire, tramite un’apposita delibera del CICR (Comitato Interministeriale per il Credito e Risparmio), le modalità ed i criteri di produzione degli interessi sugli interessi, maturati nell’esercizio dell’attività bancaria, purché fosse rispettata la stessa periodicità nel conteggio sia dei saldi passivi, sia di quelli attivi.

Il sigillo ufficiale al suddetto nuovo corso in tema di calcolo degli interessi bancari è stato poi apposto dalla Delibera del CICR emanata il 9 febbraio 2000, la quale ha definitivamente fissato il momento di decorrenza dell'obbligo, a carico delle Banche, di riconoscere ai correntisti pari periodicità nella liquidazione degli interessi.

Nel decreto n. 342/1999 il legislatore stabiliva al contempo, con norma transitoria, una vera e propria sanatoria per il pregresso, facendo salve le clausole di capitalizzazione trimestrale contenute nei contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina.

La norma transitoria è stata però dichiarata illegittima per violazione dell'articolo 77 della Costituzione, dalla Corte Costituzionale con sentenza del 17 ottobre 2000 n. 425.

Il processo di revisione al momento si può considerare concluso con la già citata sentenza del 4 novembre 2004 n. 21095, delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella quale in sostanza si afferma l'illegittimità, anche per il passato, degli addebiti bancari per anatocismo.

In sostanza la Corte afferma che le clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori precedenti al 1999 non sono mai state rispondenti ad un uso normativo, ma bensì negoziale e quindi in contrasto con il principio contenuto nell'art. 1283. L'uso normativo consiste infatti, come riportato nella sentenza, nella «ripetizione generale, uniforme, costante e pubblica di un determinato comportamento, accompagnato dalla convinzione che si tratta di comportamento giuridicamente obbligatorio, in quanto conforme a una norma che già esiste o che si ritiene debba far parte dell'ordinamento giuridico».

In altre parole, le clausole anatocistiche sono state accettate non perché gli utenti fossero convinti della loro rispondenza a principi dell'ordinamento giuridico, ma piuttosto perché costretti ad accettarle per poter accedere ai servizi bancari.

Il Testo Unico Bancario e la Legge di stabilità 2014

Di particolare importanza è la modifica apportata dalla legge di stabilità per il 2014 all'art. 120 del T.U.B.

Secondo la formulazione di tale articolo antecedente la riforma, con riferimento alle operazioni di conto corrente, la banca era tenuta ad assicurare a tutta la clientela un'uguale capitalizzazione di interessi attivi e passivi.

Oggi, a seguito della legge n. 147/2013, il Comitato interministeriale credito e risparmio è chiamato a stabilire modalità e criteri con cui gli interessi si producono nelle operazioni bancarie. Le condizioni imposte a tal fine sono che alla clientela deve continuare ad essere assicurata la parità di conteggio,

che gli interessi periodicamente capitalizzati non possono produrre altri interessi e che, nelle operazioni contabili successive, gli interessi sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale.

In sostanza viene espressamente abolito l'anatocismo bancario.

La posizione del Tribunale di Milano in attesa della delibera del CICR

Nonostante la nuova formulazione dell'articolo 120 del T.U.B., fino a qualche mese fa il CICR non aveva ancora provveduto all'emanazione dell'apposita delibera.

A tal proposito, mentre la Banca d'Italia riteneva che l'abolizione dell'anatocismo in esso prevista avrebbe dovuto essere considerata sospesa, due ordinanze del Tribunale di Milano del 25 marzo e del 3 aprile 2015 statuivano che la riforma del 2013 sarebbe da considerarsi in vigore sin dal primo gennaio 2014, non necessitando di concreta attuazione in considerazione del *“dato letterale della norma, lapidario, dove precisa che gli interessi non possano produrre ulteriori interessi”*.

La Delibera del CICR: ecco come si calcola oggi l'anatocismo

Qualcosa di ufficiale si è iniziato a smuovere a fine 2015 quando la Banca d'Italia ha predisposto uno schema di delibera, condiviso con il MEF, e lo ha sottoposto a consultazione pubblica fino al 23 ottobre di quell'anno.

Per l'approvazione definitiva della delibera da parte del Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio si è dovuto però attendere il 3 agosto 2016, quando finalmente è stata sostituita la delibera del 9 febbraio 2000 e il nuovo secondo comma dell'articolo 120 del Testo Unico Bancario ha trovato applicazione.

Più precisamente l'attuazione di tale norma è avvenuta con D.M. n. 343/2016 del Ministro dell'Economia (in qualità di presidente del CICR), che ha stabilito, innanzitutto, che gli interessi debitori maturati nelle operazioni di raccolta del risparmio e di esercizio del credito non possono produrre interessi, salvo quelli di mora.

Si è precisato, poi, che gli interessi debitori e quelli creditori hanno la stessa periodicità almeno annuale e che vanno conteggiati entro il 31 dicembre.

Gli interessi debitori poi, con riferimento alle aperture di credito regolate in conto corrente o in conto di pagamento e agli sconfinamenti di fido, sono contabilizzati separatamente dal capitale. Il D.M. ha inoltre ribadito che, come previsto dalla legge, gli interessi debitori per le aperture di credito regolate in conto corrente e in conto di pagamento divengono esigibili a partire dal 1 marzo dell'anno successivo a quello in cui sono maturati.

Si precisa poi che, in ogni caso, è necessario assicurare al cliente un periodo pari ad almeno trenta giorni da quando abbia avuto effettiva conoscenza dell'ammontare degli interessi stessi, prima che

gli stessi divengano effettivamente esigibili e, confermando le previsioni del T.U.B., che il cliente e la banca, per le aperture di credito regolate in conto corrente e in conto di pagamento, possono pattuire che gli interessi siano pagati con addebito in conto a valere sul fido: in tal modo si producono interessi su quanto utilizzato al fine di estinguere il debito da interessi.

- **Interessi anatocistici**
- **A) Rapporto stipulato prima dell'entrata in vigore della Delibera CIRC 9 febbraio 2000**
- **B) Rapporto stipulato sotto la vigenza della Delibera CIRC 9 febbraio 2000 – derogabilità del divieto ex art. 1283 c.c.**

**A) (Tribunale di Genova - R.G. n. 15628/2018 - Sentenza n. XXX/2020 pubbl. il 11/11/2020 – Giudice: Mario Tuttobene)**

e

**B) (Tribunale di Genova - R.G. n. 13252/2015 - Sentenza n. XXX/2019 pubbl. il 20/11/2019 – Giudice: Mario Tuttobene)**

**A) Trattandosi di contratto stipulato prima dell'entrata in vigore della Delibera CICR del 9/2/2000 (pubblicata su G.U. 22/2/20 e vigente dal sessantesimo giorno successivo), gli interessi anatocistici devono essere **rimossi**.**

La deliberazione CICR del 9/2/2000 consentì, in presenza delle particolari condizioni ed entro i limiti di cui agli artt. 1, 2 e 3, la stipulazione di contratti bancari contenenti la precisione di interessi anatocistici, in deroga al divieto generalmente posto dall'art.1283 c.c.

Per quanto riguarda i contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della Deliberazione, l'art. 7 comma 1 prescriveva che le condizioni applicate nel rapporto fossero adeguate alle disposizioni poste dalla nuova delibera: il che, all'evidenza, rendeva necessaria una modifica del regolamento negoziale.

Per attuare tale modifica l'art. 7 prevedeva due procedure diverse. Il comma 2 stabiliva: “*Qualora le nuove condizioni contrattuali non comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, le banche e gli intermediari finanziari, entro il medesimo termine del 30 giugno 2000, possono provvedere all'adeguamento, in via generale, mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Di tali nuove condizioni deve essere fornita opportuna notizia per iscritto alla clientela alla prima occasione utile e, comunque, entro il 31 dicembre 2000*”. Per contro, ai sensi del comma 3: “*Nel caso in cui le nuove condizioni contrattuali comportino un*

peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, esse devono essere approvate dalla clientela”.

Quindi, mentre per introdurre modifiche non peggiorative era sufficiente un’attività dichiarativa unilaterale da parte dell’istituto di credito, affine a quella prevista in termini generali dall’art. 118 T.U.B, nel caso di modificazioni peggiorative era necessario il consenso espresso del cliente.

D’altra parte, questo Tribunale ha costantemente affermato che ha sempre natura peggiorativa il passaggio da un regolamento contrattuale in cui nessun interesse anatocistico poteva essere validamente applicato (in virtù del generale divieto posto dalla orma codicistica) ad un regolamento contrattuale che, recependo le prescrizioni della nuova Delibera, consentisse la produzione di interessi sugli interessi scaduti: in tutti questi casi, quindi, l’adeguamento delle pregresse pattuizioni non poteva essere attuato che acquisendo il consenso del cliente, ai sensi del comma 3 dell’art. 7 cit.

In mancanza di una valida rinegoziazione susseguente all’adozione della Deliberazione del CICR sopra citata, è dunque rimasta ferma l’illegittimità delle clausole che prevedevano l’applicazione di interessi sugli interessi periodicamente scaduti.

I relativi addebiti, pertanto, dovranno essere espunti dai conti.

[*conforme*: Corte d’Appello – RG n. 104/2021 – Sentenza n. 77/2023 pubbl. il 26/01/2023 – Giudice Dott. Atzeni, Dott. Castiglione, Dott. Davini]

**B) Trattandosi di rapporto sorto sotto il vigore della delibera CICR del febbraio 2000**, e recante la previsione della medesima periodicità di capitalizzazione per gli interessi attivi e quelli passivi [...] gli interessi anatocistici sono dovuti, quantomeno fino al 31/12/13 quando entrò in vigore il nuovo testo dell’art. 120 comma 2 TUB, come modificato dall’art. 1 comma 629 L. 147/2013.

[...]

L’applicabilità della delibera CICR ai rapporti sorti sotto il vigore della stessa, come quello per cui è causa, è stata sempre riconosciuta da questo ufficio e dalla giurisprudenza prevalente, secondo cui: *“non vale sostenere che la Deliberazione sarebbe divenuta inefficace a seguito della sentenza del 9 - 17 ottobre 2000, n. 425, della Corte Costituzionale. Ed invero, con tale decisione la Corte dichiarò l’incostituzionalità del solo comma 3 dell’art. 25 D.L.vo 44/8/99 n.342, cioè della norma concernente la sanatoria delle invalidità dei contratti previgenti: e tanto fece riconoscendo un difetto di delega in ordine alla produzione, da parte del Governo, di una disciplina retroattiva e genericamente validante delle clausole anatocistiche. Dal ragionamento della Corte, dunque, resta escluso (formalmente ed anche sostanzialmente) il disposto del comma 2 del citato Decreto, secondo il quale “Il CICR*

*stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che nelle operazioni in conto corrente sia assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori".* Tale norma, in altri termini, è rimasta immune dal giudizio di illegittimità costituzionale, e continua a fondare, a sua volta, la legittimità delle disposizioni contenute nella delibera del CICR.

Pertanto, è stato demandato al CTU di escludere solo le capitalizzazioni operate a partire dal 2014.

- **Domanda di rideterminazione del saldo di conto corrente aperto, con conseguente ripetizione delle somme indebitamente percepite dalla banca**
- **Orientamento IV Sezione, Tribunale Genova: ammissibilità**

**(Tribunale di Genova - R.G. n. 15307/2018 - Sentenza n. XXX/2021 pubbl. il 2/11/2021 – Giudice: Alessandro Mauceri)**

Con riferimento all'ammissibilità della domanda di rideterminazione del saldo del conto corrente qualora esso non sia chiuso, è opportuno svolgere le seguenti considerazioni.

Il tema della **impugnabilità del conto aperto** è di estrema attualità, poiché riguarda gran parte delle controversie nelle quali è stato il correntista a contestare addebiti illegittimi, in costanza di rapporto chiedendone la ripetizione.

La questione è, per certi versi, figlia della pronuncia a Sezioni Unite n. 24418/10 in tema di prescrizione. Infatti nel 2013, con sentenza n. 798, la III Sezione Civile della Corte di Cassazione, ponendosi sulla scia delle richiamate Sezioni Unite, ha precisato che *“di pagamento, nella descritta situazione, potrà dunque parlarsi soltanto dopo che, conclusosi il rapporto di apertura di credito in conto corrente, la banca abbia esatto dal correntista la restituzione del saldo finale, nel computo del quale risultino compresi interessi non dovuti e, perciò, da restituire se corrisposti dal cliente all'atto della chiusura del conto”*.

Secondo diversi arresti della Suprema Corte (cfr., *ex multis*, ordinanza n. 21646 del 5 settembre 2018) è però ammessa la possibilità per il correntista di poter agire anche se il conto è aperto senza che ciò comporti inammissibilità della domanda, per far valere le nullità contrattuali allo scopo di depurare

il rapporto, e quindi il saldo da esso prodotto, degli addebiti illegittimi. Tuttavia, una simile azione comporta solo ed esclusivamente la rettifica del saldo, ma non anche la ripetizione dell'indebito. Dunque, essendo ammissibile un' **azione di mero accertamento in pendenza di rapporto** la sentenza, conseguente alla contestazione, ha valore meramente dichiarativo e non di condanna.

Resta da verificare se vi sia spazio per una pronuncia di condanna della banca alla rettifica del saldo di conto corrente. Parte della giurisprudenza di merito nega questa possibilità ritenendo che nella domanda di ripetizione è impossibile ricomprendere la domanda di condanna della banca alla rettifica del conto, atteso che la prima comporta la condanna ad un "dare", la seconda ad un "avere".

Questo giudice, conformemente all' **orientamento** della **VI sezione** di codesto Tribunale ed a quello di altri giudici di merito (cfr., *ex multis*, sentenza Tribunale di Isernia n. 119 del 23 marzo 2021) ritiene che nei casi in cui venga proposta una **domanda di ripetizione dell'indebito** relativamente ad un conto corrente ancora attivo ed emerga la sussistenza di versamenti in conto corrente illegittimamente appostati negativamente dalla Banca per aver illegittimamente determinato il saldo, in virtù di condizioni contrattuali illegittime, possa ritenersi **insita**, in una tale domanda, **altresì una domanda di rideterminazione del saldo di conto corrente**, sicché il giudice nel pronunciare la condanna della banca alla rideterminazione del saldo non incorre nel vizio di ultrapetizione.

In costanza di rapporto manca un pagamento ripetibile perché non è stato ancora effettuato, attesa la mancata chiusura del conto; pertanto, l'interesse del correntista è che si accerti, prima della chiusura del conto, la nullità o validità delle clausole relative agli interessi ed alle commissioni, l'esistenza o meno di addebiti illegittimi operati in proprio danno e, da ultimo, l'entità del saldo (parziale) ricalcolato, depurato delle appostazioni che non potevano avere luogo. Tale interesse rileva, sul piano pratico, almeno in tre direzioni: quella della esclusione, per il futuro, di annotazioni illegittime; quella del ripristino, da parte del correntista, di una maggiore estensione dell'affidamento a lui concesso, siccome eroso da addebiti *contra legem*; quella della riduzione dell'importo che la banca, una volta rielaborato il saldo, potrà pretendere a seguito della cessazione del rapporto.

Infatti, se è vero che il correntista non può ripetere l'indebito, atteso che il versamento dello stesso non ha avuto luogo, è altresì vero che la sentenza di condanna pone in capo alla banca un obbligo di fare, nello specifico di rettificare il saldo illegittimo, secondo la ricostruzione contabile emersa in giudizio.



Tale obbligo si traduce nella disponibilità immediata di fondi sul conto corrente, che possono essere utilizzati dal correntista e, se la ricostruzione del saldo porta ad un credito del correntista, è del tutto evidente la possibilità per quest'ultimo di prelevare le somme depositate sul conto corrente.

- **Azione di ripetizione delle somme indebitamente percepite dalla Banca**
- **Decorso del termine di prescrizione – distinzione operazioni solutorie e non solutorie**
- **Sezioni Unite, sentenza n. 24418/2010**

**(Tribunale di Genova - R.G. n. 15307/2018 - Sentenza n. XXX/2021 pubbl. il 2/11/2021 – Giudice: Alessandro Mauceri)**

[Sulla eccezione di prescrizione di qualsiasi diritto ripetitorio in ordine alle somme indebitamente percepite dalla banca] si ricorda che la Suprema Corte con la sentenza a **Sezioni Unite 24418/20 10** ha sottolineato l'esistenza di due differenti *dies a quo* per il decorso della prescrizione dell'azione di recupero dell'indebito: uno per le operazioni solutorie (extrafido e/o oltre il fido concesso) ed uno per quelle non solutorie.

In particolare, nella citata sentenza le S.U. hanno specificato come la prescrizione decennale decorra dalla data del pagamento e, quindi, per le operazioni solutorie (ovvero quelle effettuate extrafido o in assenza di fido, ovvero caratterizzate da sconfinamenti sporadici e/o su conto attivo) dalla data del versamento (annotazione in conto), mentre per le operazioni non solutorie dalla chiusura del conto. Un versamento, quindi, effettuato su un conto non affidato (scoperto) o il cui passivo ha superato il limite dell'affidamento concesso dalla banca con l'apertura di credito ovvero attivo ha lo scopo e l'effetto di soddisfare la pretesa della banca medesima di vedersi restituire gli importi ad essa dovuti e rappresenta, pertanto, un pagamento, con la conseguenza che la relativa azione di ripetizione si prescrive nel termine di dieci anni dal pagamento stesso (i.e. dall'annotazione di esso).

Quanto sopra è stato confermato anche dalla successiva giurisprudenza di legittimità, la quale ha ribadito la distinzione tra versamenti con funzione ripristinatoria della provvista e versamenti solutori, precisando che l'ordinaria prescrizione decennale decorre dalla data di estinzione del saldo di chiusura conto soltanto “nell'ipotesi in cui i versamenti abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista” e non, quindi, quando abbiano avuto funzione solutoria (Cass. civ., sentenza del 18/12/2013 n. 28222).

Quindi i pagamenti effettuati su saldo attivo ovvero su conto scoperto ovvero su conto, seppur affidato, il cui passivo ha superato il limite dell'affidamento concesso dalla banca con l'apertura di credito hanno natura solutoria, con conseguente decorrenza del relativo periodo di prescrizione dalla data dell'avvenuto pagamento (addebito).

- **Domanda di ripetizione delle somme indebitamente percepite dalla Banca**
- **Onere della prova**

**(Tribunale di Genova - R.G. n. 15307/2018 - Sentenza n. XXX/2021 pubbl. il 2/11/2021 – Giudice: Alessandro Mauceri)**

[Sulla fondatezza della domanda di ripetizione delle somme indebitamente percepite dalla Banca, è opportuno ricordare che...]

È principio di diritto consolidato quello per cui “*Nella domanda di ripetizione di indebito oggettivo l'onere della prova grava sul creditore istante, il quale è tenuto a provare i fatti costitutivi della sua pretesa, perciò, sia l'avvenuto pagamento, sia la mancanza di una causa che lo giustifichi (ovvero il venir meno di questa), prova che può essere fornita dimostrando l'esistenza di un fatto negativo contrario, o anche mediante presunzioni” (Cass. 7501/2012, conforme Cass. 13 novembre 2003, n.1146; Cass. 10 novembre 2010, n. 22872).*

[Nel caso di specie] parte attrice non ha dimostrato, né offerto di dimostrare, l'esistenza di un fatto negativo contrario, ma ha anzi essa stessa riconosciuto l'esistenza dei contratti di cui, non a caso, chiede la declaratoria di invalidità parziale [...] parte attrice non ha verificato, prima di agire in giudizio, i presupposti e la fondatezza delle contestazioni avanzate, né ha dimostrato i fatti costitutivi delle proprie pretese, con necessario rigetto delle domande avanzate.

Come detto, in forza dell'applicazione del principio dell'onere della prova, sarebbe stato onere di parte attrice dimostrare i fatti costitutivi delle pretese avanzate e, segnatamente, della illegittimità degli addebiti effettuati ovvero del contenuto delle clausole di cui lamenta l'invalidità, richiedendo alla banca la consegna della documentazione relativa ai rapporti, ovvero depositando i relativi contratti ed estratti conto ed indicando le poste e gli addebiti ritenuti illegittimi.

Si ricorda sul punto che, come sopra anticipato, anche di recente la Suprema Corte (Cass. 7/5/2015, n. 9201) in una fattispecie analoga alla presente ha ribadito che «*L'onere probatorio gravante, a norma dell'art. 2697 c.c., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto “fatti negativi”, in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte*

*il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo».*

Si tratta di principio più volte ribadito anche dalla giurisprudenza di merito, la quale non ha mancato di rilevare, sempre in fattispecie analoghe alla presente, che spetta a chi agisce in giudizio fornire la rigorosa dimostrazione dei fatti posti a fondamento delle domande svolte e, in particolare, la dimostrazione dell'esistenza delle pattuizioni di cui lamenta l'invalidità, nonché la ricostruzione dei rapporti dare/avere (cfr. in tal senso Trib. Palermo, sez. V, 11/01/2019, n.1322; Trib. Roma, sez. XVII, 19/09/2018, n.175793; Trib. Siena, sent. 7/7/2014 G.U. dott. Caramellino; Trib. Reggio Emilia, sent. n. 650 del 23/4/2014; Trib. Milano, sent. n. 7234 del 3/6/2014; Trib. Cagliari, sent. 11114 dell'11/09/2014).

I suesposti principi sono stati di recente ribaditi dalla Suprema Corte la quale, sempre in materia di rapporti bancari, ha affermato che (Cass. civ., ord. n. 24984 del 23/10/2017) *«in tema di contratto di conto corrente bancario, il correntista che agisca per la ripetizione dell'indebito, tenuto a fornire la prova sia degli avvenuti pagamenti che della mancanza, rispetto ad essi, di una valida causa debendi è onerato di documentare l'andamento del rapporto con la **produzione degli estratti conto**, i quali evidenziano le singole rimesse che, per riferirsi a importi non dovuti, sono suscettibili di ripetizione»,* precisando che *«in conclusione, ha errato la Corte di Appello nel ritenere che la banca, convenuta nell'azione di ripetizione, fosse tenuta a produrre gli estratti conto a far data dall'inizio del rapporto, giacché un tale onere incombeva, semmai, sull'odierna ricorrente».*

Nello stesso senso, Cass. civ., Sez. VI, sent. n. 28945 del 4/12/2017 per cui il correntista ha *«l'onere di dimostrare, nella sua precisa entità, l'appostazione di somme non dovute»* e ancora *«se ad agire in giudizio è il correntista, l'onere di dimostrare l'andamento del conto dal suo inizio incombe su detto soggetto».*

Si vedano inoltre Cass. civ., sez. I, sent. n. 27704 e 27705 del 30/10/2018 (per cui il cliente, il quale agisce ex art. 2033 c.c. per la ripetizione dell'indebito corrisposto alla banca nel corso del rapporto di conto corrente, ha l'onere di provare i fatti costitutivi del diritto vantato: vale a dire, a fronte dell'annotazione di poste passive sul suo conto corrente nell'assunto costituenti dazione indebita, la *causa petendi* dell'azione, in ragione della natura non dovuta di quegli addebiti (cfr. Cass. civ, n. 1734111; n. 5896106; 17146103) e ancora Cass. civ., sez. I, 28/11/2018, n. 30822 ove testualmente si legge *«Si è infatti stabilito, con orientamento a cui il collegio intende dare continuità* (Cass. nn. 24948 del 2017, 7501 del 2012, 3387 del 2001, 2334 del 1998, 7027 del 1997, 12897 del 1995) *che*

*il correntista, il quale agisca in giudizio per la ripetizione dell'indebito è tenuto a fornire la prova sia degli avvenuti pagamenti che della mancanza, rispetto ad essi, di una valida “causa debendi”, sicché il medesimo ha l'onere di documentare l'andamento del rapporto con la produzione di tutti quegli estratti conto che evidenziano le singole rimesse suscettibili di ripetizione in quanto riferite a somme non dovute».*

Poiché nel caso di specie risulta *per tabulas* che parte attrice non ha depositato alcun contratto e, in modo incompleto, soltanto alcuni estratto conto, non si può fondatamente dubitare che la stessa non ha dimostrato, né lo potrà più fare, i fatti costitutivi delle pretese avanzate (peraltro del tutto generiche) con conseguente immediato rigetto delle domande avanzate. Né dette carenze probatorie potranno essere supplite con la richiesta CTU in quanto la stessa, in assenza di qualsiasi produzione contrattuale, si rivela palesemente esplorativa.

[Ancora, con specifico riferimento alla domanda di ripetizione delle somme addebitate a titolo di CMS e spese non dovute, in quanto non pattuite, si precisa ulteriormente che...]

Se il cliente agisce in giudizio o comunque chiede, in via riconvenzionale, l'accertamento di un proprio credito (attraverso la rideterminazione del saldo), o addirittura chiede la condanna della banca al pagamento, è il cliente ad essere onerato della prova: dovrà produrre contratti ed estratti conto.

Come anticipato, la Corte aveva osservato che la regola sulla ripartizione dell'onere della prova non subisce deroghe qualora l'attore debba provare un fatto negativo, dato che questo può essere dimostrato mediante la prova del fatto positivo contrario o per presunzioni. [...]

L'applicazione di tale condivisibile principio alla materia bancaria comporta che, con riferimento alla deduzione della mancanza di clausole contrattuali idonee a giustificare gli addebiti registrati sul conto, il correntista avrà dunque l'onere di provare o che il contratto stipulato per iscritto non conteneva tali clausole (il che potrà essere fatto appunto producendo il contratto), ovvero deducendo e provando, per testimoni o per presunzioni, che il rapporto di conto corrente era insorto non già in base ad una scrittura, bensì tramite pattuizioni verbali (inidonee a fondare il credito della banca, essendo richiesta la forma scritta). Affermare invece che l'attore possa limitarsi a “sfidare” la controparte a produrre il documento da cui dovrebbe risultare la esistenza del titolo del pagamento (del quale l'attore chiede la ripetizione), significa ribaltare sulla convenuta banca un onere probatorio che a questa non spetta.

[conforme: Corte d'Appello – RG n. 752/2020 – Sentenza n. 142/2023 pubbl. il 10/02/2023 – Giudice Dott. Atzeni, Dott. Davini, Dott. Traverso]

- **Procedimento monitorio – competenza territoriale – derogabilità convenzionale del foro previsto ex lege (residenza debitore)**
- **Vessatorietà clausola ex art. 1341 c.c. – approvazione specifica**
- **Vessatorietà clausola ex art. 33 C. Cons. – qualità di Consumatore**

**(Tribunale di Genova - R.G. n. 2524/2020 - Sentenza n. XXX/2022 pubbl. il 4/10/2022 – Giudice: Mario Tuttobene)**

[Occorre premettere, con riferimento al caso in esame,] che il ricorso monitorio era stato presentato al Tribunale di X in forza della clausola n. X del contratto di apertura del conto corrente, che prevede appunto la competenza del tribunale dove la Banca ha la sede legale, salvi i casi in cui il cliente non sia un consumatore.

Tuttavia, secondo gli oppositori tale clausola, da ritenersi vessatoria ai sensi dell'art. 1341 c.c., non poteva ritenersi validamente approvata, perché, nel contratto, essa era stata riportata, per la sua approvazione specifica, in un insieme di clausole contrattuali di varia natura contenenti sia clausole vessatorie che clausole che non erano affatto. [...]

In realtà, esaminando il contratto risulta che le clausole richiamate per la approvazione specifica sono circa 15, rispetto alle 39 che costituiscono le condizioni generali di contratto: si tratta di una selezione sufficientemente ristretta, idonea a porre l'attenzione del contraente sul significato di dette pattuizioni.

In particolare per quanto riguarda l'art. X si precisa correttamente, richiamando la rubrica "*foro competente*", che esso riguarda la competenza territoriale, di talché la parte ha tutto il modo, leggendo le dieci righe e mezza che costituiscono l'elencazione delle clausole da approvare, di comprendere quale sia la loro portata.

[Inoltre] gli oppositori eccepiscono la qualità di consumatori dei due fideiussori, e la conseguente impossibilità di derogare dal foro legalmente prescritto della loro residenza ai sensi dell'art. 33, lett. u), d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, "Codice del Consumo". [...]

A questo proposito va ricordato che secondo la giurisprudenza più recente, che ha innovato i precedenti orientamenti secondo cui era esclusa la qualità di consumatore di chi garantiva il debito di un operatore commerciale, "*deve essere considerato consumatore il fideiussore persona fisica che, pur svolgendo una propria attività professionale (o anche più attività professionali), stipuli il contratto di garanzia per finalità non inerenti allo svolgimento di tale attività, bensì estranee alla stessa, nel senso che si tratti di atto non espressivo di questa, né strettamente funzionale al suo svolgimento*".

Ora, per quanto riguarda la posizione del signor X, socio unico ed amministratore unico della società debitrice, è di tutta evidenza come vi sia una sostanziale sovrapposizione tra società e persona fisica, e come quindi quest'ultima abbia prestato la fideiussione nell'ambito di una propria attività di impresa.

Diverso discorso va fatto per quanto riguarda la signora Y, coniuge e socia con lui in altra società non permette di riconoscere una sostanziale immedesimazione della stessa nella società X; anzi il rapporto coniugale potrebbe essere il motivo per cui la signora Y, pur estranea alla gestione dell'impresa, avrebbe potuto garantire le obbligazioni di quest'ultima.

Per la signora Y dunque non opera la modifica del foro competente prevista dalla clausola X della lettera di fideiussione.

Ci si deve chiedere a questo punto se [...] il foro del consumatore possa essere attratto nel cumulo soggettivo con gli altri due debitori ai sensi dell'art. 33 c.p.c. La risposta deve essere negativa, perché l'**art. 33 c.p.c.** esplicitamente stabilisce che la deroga alle norme ordinarie di competenza territoriale riguarda solo le regole generali di cui agli art. 18 e 19 c.p.c., non anche le norme speciali come quella in esame.

- **Contratto di fido – mancata determinazione del tasso applicabile**
- **Tasso sostitutivo ex art. 117 TUB**

**(Tribunale di Genova - R.G. n. 869/2015 - Sentenza n. XXX/2019 pubbl. il 26/06/2019 – Giudice: Mario Tuttobene)**

[Nel caso in esame,] mentre il contratto di apertura del fido richiamava genericamente le condizioni del contratto di apertura del conto corrente, quest'ultimo non precisava quale fosse il tasso debitore applicabile entro il fido. La scheda contrattuale reca, infatti, la sola indicazione del tasso per scoperto di conto (maggiore, per definizione, a quello pertinente all'utilizzo del credito). Ora, non è pensabile che, attraverso il generico richiamo al contratto di conto corrente, le parti avessero inteso richiamate, per disciplinare l'onerosità del fido concesso, il tasso dello scoperto: più ragionevole è pensare che sia intervenuto un difetto di coordinamento tra le due scritture.

Di fatto, pertanto, manca una determinazione scritta del tasso applicabile all'interno del fido, sicché devono essere applicati i tassi sostitutivi di cui all'art. 117 TUB.

Conformemente al costante orientamento seguito da questo Ufficio, il tasso sostitutivo per gli interessi debitori deve essere individuato nel tasso massimo di rendimento dei buoni ordinari del tesoro annuali, che, secondo l'art. 117 TUB, è quello applicabile per le “operazioni passive”. Invero, l'espressione utilizzata dal legislatore è alquanto equivoca, perché non chiarisce se il carattere attivo o passivo dell'operazione debba essere visto dal punto di vista della banca ovvero da quello del correntista.

Secondo un orientamento giurisprudenziale, il legislatore avrebbe fatto riferimento alla nozione desumibile dalla tecnica bancaria, in cui vengono dette attive le operazioni con cui la banca eroga il credito, e passive quelle con cui la banca accoglie il risparmio. In quest'ottica, naturalmente, gli interessi passivi (per il correntista) sarebbero riferibili ad operazioni "attive" della banca, alle quali dovrebbe quindi applicarsi il tasso minimo. a un simile ragionamento porta alla conseguenza di fare riconoscere al correntista, per i saldi a suo credito, tassi di interesse addirittura maggiori di quelli relativi alle sue esposizioni, il che dà luogo ad una fattispecie del tutto anomala rispetto all'ordinario andamento alla logica stessa delle relazioni bancarie, e assicura al correntista una locupletazione del tutto priva di giustificazione.

Ben più ragionevole sembra quindi la tesi secondo cui la non chiara norma deve interpretarsi nel senso che le "operazioni passive" sono quelle a debito del cliente.

[conforme: Tribunale di Genova - R.G. n. 2524/2020 - Sentenza n. XXX/2022 pubbl. il 4/10/2022 – Giudice: Mario Tuttobene, pp. 11-12]

- Conto corrente bancario
- Illegittima segnalazione nella Centrale Rischi di Banca d'Italia
- Risarcimento danni patrimoniali e non patrimoniali per lesione reputazione personale – onere della prova

(Tribunale di Genova - R.G. n. 11784/2015 - Sentenza n. XXX/2020 pubbl. il 13/09/2020 – Giudice: Alessandro Mauceri)

Sulla domanda di risarcimento danni non patrimoniali per l'illegittima segnalazione nella centrale rischi [è opportuno svolgere le seguenti premesse].

Il servizio di centralizzazione dei rischi gestito dalla Banca d'Italia è stato istituito al fine specifico di consentire la conoscibilità, da parte degli istituti di credito, del rischio complessivo collegato ad un cliente e dare, quindi, la possibilità di valutare meglio l'affidabilità del cliente stesso, sia al momento della verifica dell'opportunità di concludere un contratto che preveda un'esposizione della banca, sia nel corso di un rapporto già concluso.

È proprio in riferimento alle informazioni commerciali raccolte in questa sorta di banca dati che i soggetti operanti nel mondo creditizio orientano il proprio operato, decidendo se dare o meno credito

ad un determinato cliente, sulla base di un complessivo giudizio circa la solvibilità e l'affidabilità dello stesso.

La c.d. Centrale Rischi, in origine istituita con delibera del 16 maggio 1962 dal CICR (Comitato interministeriale per il credito e il risparmio), è attualmente disciplinato dalle istruzioni emanate dalla Banca d'Italia in conformità a quanto disposto dalla delibera del Comitato Interministeriale per il credito ed il risparmio del 29 marzo 1994, nonché quella del 11.02.2011, in attuazione degli articoli 53, 67 e 107 del Dlgs 385/93 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia).

Anche se i dati della Centrale dei rischi hanno carattere riservato, tuttavia i singoli soggetti possono chiedere di conoscere le informazioni registrate a loro nome.

In particolare, gli intermediari segnalanti – in base alle disposizioni attuative emanate dalla Banca d'Italia – sono tenuti a comunicare all'interessato i dati che lo riguardano contenuti nei flussi di ritorno della Centrale dei rischi; la Banca d'Italia, da parte sua, sempre su richiesta dell'interessato, fornisce il dettaglio delle segnalazioni di rischio prodotte dai singoli intermediari segnalanti.

Sulla base delle previsioni della legge del 31 dicembre 1996, n. 675 (*“Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali”*) – poi trasfusi nel Dlgs 193/2001 – la Banca d'Italia, in quanto ente pubblico non economico, può prescindere per il trattamento dei dati della Centrale dei rischi dal consenso degli interessati, riservando l'art. 11, comma 1, della legge n. 675 tale obbligo ai privati e agli enti pubblici economici che effettuano trattamenti di dati personali. Gli intermediari segnalanti, essendo tenuti a fornire alla Banca d'Italia i dati relativi all'indebitamento della clientela in base agli artt. 51, 66, comma 1, e 107, comma 3, del T.U., sono anch'essi esonerati dall'obbligo di acquisire il consenso degli interessati per comunicare i dati in discorso alla Centrale dei rischi.

Invero, l'art. 20, comma 1, lett. C, della legge n. 675 consente ai privati e agli enti pubblici economici di prescindere dal consenso dell'interessato per la comunicazione a terzi di dati personali quando la comunicazione stessa abbia luogo “in adempimento di un obbligo previsto dalla legge, da regolamento o dalla normativa comunitaria”.

Ora, proprio perché la **procedura** attraverso la quale si arriva alla **segnalazione** si svolge senza contraddittorio (il soggetto segnalante che procede nella istruttoria può anche non interpellare il cliente ed effettuare la segnalazione senza comunicarglielo) e che nella prestazione del servizio della centrale rischi la Banca d'Italia svolge un ruolo di mero esecutore delle segnalazioni ricevute dalle banche e dalle società finanziarie, delle quali non può sindacare la fondatezza, e non può, quindi,



svolgere alcuna attività di tipo istruttorio, gli intermediari devono porre la massima attenzione all'osservanza dei previsti termini di segnalazione, mentre l'Istituto di Vigilanza non può assumere alcuna responsabilità per le conseguenze causate da errori, inadempienze o uso incauto delle informazioni scambiate con gli intermediari, sui quali tale responsabilità ricade interamente.

Nel caso di specie la banca convenuta non ha prestato alcuna attenzione all'osservanza dei previsti termini di segnalazione facendo risultare e segnalando un debito superiore di oltre il 90% di quello accertato in esito alla CTU contabile espletata nel presente giudizio.

La condotta della banca che ha effettuato un'erronea segnalazione alla centrale rischi può integrare uno specifico titolo di una sua responsabilità verso i correntisti, in quanto il mancato rispetto delle regole di cautela individuate dall'ordinamento professionale risulta uno specifico indice sia della sussistenza di colpa rilevante ex art.2043 c.c. sia della violazione dei canoni di correttezza e buona fede, che devono essere intesi come fonte di integrazione del contratto, richiesti nello svolgimento di ogni rapporto obbligatorio secondo le norme generali ex art.1715 c.c.( responsabilità per le obbligazioni di terzi), 1374 c.c. ( integrazione del contratto) e 1375 c.c. (esecuzione di buona fede) – cfr. Trib. Lecce, sent.n.46/2005, Trib. di Napoli, II sez. civ., sent. del 29/11/2013 in proc. N.R.G. 10051/2011.

Il **danno da illegittima segnalazione** presso Centrale Rischi si profila sia nell'ipotesi di c.d. errore nella segnalazione di categoria (cioè a sofferenza e non ad incaglio, ecc.), sia nel c.d. errore di quantificazione della presunta esposizione.

Nel caso di specie la banca convenuta è incorsa nel c.d. **errore di quantificazione della presunta esposizione**.

Più grave è il primo errore, in quanto comporta la preclusione del credito, mentre il secondo comporta, nell'ipotesi più lieve, una saturazione del credito, sino all'effettiva impossibilità di ottenere credito. Ovviamente, nella maggior parte delle volte, gli errori convivono.

Il danno da informazione inesatta non si esplica soltanto nella mancata concessione di nuove linee di credito, ma anche nella lesione della reputazione personale e commerciale, pregiudicata da un'erronea segnalazione che certamente costituisce causa di discredito del soggetto coinvolto, tanto più ove il discredito avvenga all'interno del sistema creditizio il quale fa fronte comune nella (di norma giustificata) difesa dagli insolventi o da chi è ritenuto tale anche da uno solo degli aderenti.

Ne consegue il discredito patrimoniale del soggetto, idoneo a provocare un danno anche della reputazione imprenditoriale del segnalato.

La Cassazione civile, Sez. I, con sentenza del 09/07/2014, n. 15609 si è al riguardo espressa nei seguenti testuali termini: «*In ipotesi di **illegittima segnalazione** del debitore alla centrale rischi , possono essere risarciti sia il danno non patrimoniale alla persona, anche giuridica, con riguardo ai valori della reputazione e dell'onore (essendo anche i soggetti collettivi titolari dei diritti della personalità a tutela costituzionale ex art. 2 Cost.), sia il **danno al patrimonio**, che può essere oggetto*

*della prova presuntiva, quale conseguenza per l'imprenditore di un peggioramento della sua affidabilità commerciale, essenziale anche per l'ottenimento e la conservazione dei finanziamenti, con lesione del diritto ad operare sul mercato secondo le regole della libera concorrenza (cfr., per tali principi, le decisioni Cass. 30 agosto 2007, n. 18316; 4 giugno 2007, n. 12929; 18 aprile 2007, n. 9233; 28 giugno 2006, n. 14977; 3 aprile 2001, n. 4881; 23 marzo 1996, n. 2576; v. pure Cass. 18 settembre 2009, n. 20120, in tema di assicurazione contro i danni)».*

La Cassazione civile, Sez. I, con la sentenza del 28/06/2006, n. 14977, e la Sez. III, con la sentenza del 18/04/2007, n. 9233 pronunciate in tema di **illegittima levata del protesto cambiario**, ha stabilito che questa, conferendo pubblicità “*ipso facto*” all’insolvenza del debitore, non è destinata ad assumere rilevanza solo in un’ottica commerciale-imprenditoriale, ma si risolve in una più complessa vicenda, di indubitabile discredito, tanto personale quanto patrimoniale, così che, ove illegittimamente sollevato e privo di una conseguente, efficace rettifica, il protesto deve ritenersi idoneo a provocare un danno anche sotto il profilo della lesione dell’onore e della reputazione del protestato come persona, a prescindere dai suoi eventuali interessi commerciali: con la conseguenza che, qualora l’illegittimo protesto venga riconosciuto lesivo di diritti della persona, come quelli sopraindicati, il danno, da ritenersi “*in re ipsa*”, andrà senz’altro risarcito, non incombendo sul danneggiato l’onere di fornire la prova della sua esistenza.

Dalla **diversa struttura ontologica tra reputazione economica e reputazione personale** deriva una **diversa estensione dell’onere probatorio in caso di lesione** di esse: infatti, nel caso in cui si versi in ipotesi di lesione della reputazione commerciale e non di mera lesione dell’onore e della reputazione personale deve provarsi oltre all’evento lesivo, anche il pregiudizio economico conseguente (in tal senso Cass. civ., sez. III, 03/04/2001, n. 4881).

La Cassazione civile, Sez. III, con sentenza del 18/09/2009, n. 20120 in tema di falsa denuncia per truffa dell’assicurato, con accusa rivelatasi infondata, ha affermato che l’assicurato (nella specie, una persona giuridica) ha diritto al risarcimento del danno sia alla reputazione commerciale, sia a quella personale; che tuttavia la sussistenza del primo tipo di danno non è automaticamente e necessariamente collegata alla falsità della denuncia, la quale implica il pericolo di danno ma non la sua certezza, con la conseguenza che sarà la persona denunciata a dovere fornire la prova, anche presuntiva, delle conseguenze dannose che, in concreto, gli siano derivate; che ove invece il fatto illecito abbia causato una lesione della reputazione personale (intesa come reputazione che il soggetto gode come persona umana, tra gli altri consociati), da valutarsi con riferimento al contenuto della reputazione quale si è formata nella comune coscienza sociale di un determinato momento e non alla

considerazione che ciascuno ha della sua reputazione (“amor proprio”), una volta provata detta lesione, il danno è “in re ipsa”, in quanto si realizza una perdita di tipo analogo a quello indicato dall’art. 1223 cod. civ., costituita dalla diminuzione o dalla privazione di un valore (per quanto non patrimoniale) della persona umana alla quale il risarcimento deve essere commisurato.

I superiormente enunciati principi di diritto, a parere di questo giudice, trovano cittadinanza anche in tema di illegittima segnalazione di posizione debitoria alla Centrale Rischi, di guisa che quest’ultima deve ritenersi idonea a provocare un danno anche sotto il profilo della lesione dell’onore e della reputazione del soggetto illegittimamente segnalato alla Centrale Rischi come persona, a prescindere dai suoi eventuali interessi commerciali, danno che andrà senz’altro risarcito, non incombendo sul danneggiato l’onere di fornire la prova della sua esistenza.

[...]

Per quanto concerne la **liquidazione del danno**, questo Giudicante ritiene che, non sussistendo parametri certi di liquidazione, si possa fare ricorso, nel caso di specie alla valutazione equitativa, peraltro ampiamente utilizzata da numerose decisioni dei giudici di merito chiamati negli ultimi anni a dirimere controversie analoghe alla presente (Tribunale di Lecce, Sez. di Campi Salentina, Dott. Nocera, sentenza del 21 ottobre 2005; Tribunale di Bari, sez. I, G.U. dott. Cirillo, sentenza del 22 dicembre 2000; Corte d’Appello di Milano, sentenza del 4 novembre 2003, Presidente Urbano, Tribunale di Milano, 17 marzo 2004, G.U. Formica; Tribunale di Napoli, sezione distaccata di Frattamaggiore, sentenza n. 39 del 16 febbraio 2005).

A parere di questo giudice, il danno non patrimoniale, derivante dalla lesione della reputazione personale, quale lesione di un diritto inviolabile della persona (art. 2 Cost.) conseguente ad una illegittima segnalazione ad una Centrale Rischi va risarcito con liquidazione in via equitativa, facendo riferimento al residuo debito erroneamente segnalato, nonché al periodo temporale di durata della segnalazione illegittima (in tal senso Trib. Modena, Sez. I, 20/03/2012, in causa Tarantino Antonio c. Agos Ducato S.p.A.).

[...]

Inoltre, torna opportuno avvertire che l’obbligo del risarcimento dei danni, derivi da fatto illecito oppure da inadempimento contrattuale, costituisce sempre e comunque un debito di valore, con tutte le conseguenti implicazioni in tema di interessi e svalutazione.

Alla luce di tali considerazioni, consegue, pertanto, vertendosi in materia di risarcimento danni, che va accolta la richiesta di rivalutazione monetaria, mirante a ripristinare la situazione patrimoniale del danneggiato, quale era prima del fatto illecito generatore del danno. Tale svalutazione va determinata secondo le variazioni dell’indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati,

accertate dall'ISTAT; ed è appena il caso di osservare che la maggior somma attribuita rappresenta una diversa espressione monetaria del danno medesimo.

Sulla somma così determinata (il danno sommato alla rivalutazione annua) andranno calcolati gli interessi, che hanno la funzione di coprire il ritardo (che in questo caso si chiameranno “compensativi”, perché compensano il ritardo). In ordine al tasso di interesse da applicare, considerando che il danno in questione può essere liquidato in base al criterio equitativo, la sua determinazione è rimessa alla discrezionalità del giudice, il quale potrà considerare congruo il tasso d'interesse legale, ovvero una misura maggiore o minore a seconda della fattispecie concreta. L'operazione, che può presentare qualche difficoltà pratica, dev'essere eseguita secondo quanto sancito dalla Sent. Cass., SS. UU. n. 1712/1995: *“gli interessi, determinati nel loro ammontare dal giudice, vanno calcolati dalla data del fatto non sulla somma complessiva rivalutata alla data della liquidazione, bensì sulla somma originaria rivalutata anno dopo anno, cioè con riferimento ai singoli momenti con riguardo ai quali la predetta somma si incrementa nominalmente in base agli indici di rivalutazione monetaria”*.

- **Modalità di pagamento di importi: spedizione mediante servizio postale di titoli di credito con clausola non trasferibile – Cass. 1049/2019**
- **Responsabilità creditore danneggiato ex art. 1227 c.c.**

**(Tribunale di Genova - R.G. n. 12329/2018 - Sentenza n. XXX/2023 pubbl. il 19/01/2023 – Giudice: Dott. Gianfranco Di Rago)**

[Con riferimento alle modalità di pagamento degli importi è opportuno richiamare il] recente e condivisibile arresto della Suprema Corte in materia di spedizione mediante servizio postale di titoli di credito con clausola non trasferibile (Cass. civ., sez. III, 17 gennaio 2019, n. 1049).

In detta decisione la Cassazione, ponendosi il problema della **corretta interpretazione dell'art. 1227 c.c.**, quindi della valutazione giudiziale dell'eventuale concorso personale del creditore/danneggiato nella causazione dell'evento di danno di cui egli stesso chiede ristoro, ha ricordato un precedente reso da Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2017, n. 1295, in base al quale *“il fatto colposo del danneggiato, rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 1227, comma 1, cod.civ., deve connettersi causalmente all'evento dannoso, non potendo quest'ultimo essere pretermesso nella ricostruzione della serie causale giuridicamente rilevante, né potendosi collegare direttamente la condotta colposa del danneggiato con il danno da lui patito; ne consegue che non ogni esposizione a rischio da parte del*

*danneggiato è idonea a determinarne un concorso giuridicamente rilevante, all'uopo occorrendo, al contrario, che tale condotta costituisca concreta concausa dell'evento dannoso”.*

Ebbene, la Suprema Corte, nella menzionata decisione n. 1049/2019, ha inteso rimodulare il suddetto principio in riferimento al caso della **spedizione mediante servizio postale di titoli di credito con clausola non trasferibile** un principio di diritto, osservando che *“la violazione delle norme generali di cautela sulle modalità di spedizione postale di un titolo di credito, già riempito in ogni suo elemento formale e munito della clausola di non trasferibilità, nel caso in cui il controllo sulla contraffazione e alterazione dell'assegno sia essenzialmente e autonomamente affidato alla banca negoziatrice, tenuta alla verifica formale della genuinità del titolo presentato all'incasso dal sedicente beneficiario e della sua corretta circolazione, non ha adeguata incidenza nella fase di ricostruzione della serie causale giuridicamente rilevante ai fini della valutazione della responsabilità della banca negoziatrice e dell'eventuale concorso del creditore ai sensi dell'art. 1227 , 1 comma, cod. civ., non potendosi risalire all'infinito nell'individuazione della serie causale e dovendosi far riferimento alla causa prossima di cui all'art. 1223 cod. civ., ove il pagamento errato deriva dalla mancata attività di controllo demandata alla banca negoziatrice. (...) Pertanto alla condotta dell'emittente di un titolo di credito munito di clausola di non trasferibilità che si avvale del normale servizio postale non può attribuirsi alcun disvalore sotto il profilo della messa in circolazione del titolo in violazione di tali norme. (...) Conseguentemente, ove il titolo di credito, munito di clausola di non trasferibilità, sia stato emesso regolarmente dal titolare emittente, in conformità alla normativa di settore, ed affidato al servizio postale per il recapito alla parte legittimata all'incasso, in caso di trafugamento e alterazione deve escludersi valenza eziologica alla intera sequenza causale “emissione spedizione - contraffazione - presentazione all'incasso-controllo negoziazione” che ha condotto al pagamento a soggetto non legittimato da parte della banca negoziatrice e, ai fini della valutazione della responsabilità di quest'ultima, assume invece esclusiva rilevanza la serie causale di “presentazione-controllo pagamento a soggetto non legittimato”, autonomamente affidata alla diligenza qualificata della banca negoziatrice (...).*

Conclusivamente, deve affermarsi il seguente **principio di diritto**: «in materia di spedizione, per via postale ordinaria, di un titolo di credito pagabile all'ordine, munito della clausola di non trasferibilità, ove il pagamento a soggetto non legittimato sia attribuibile a negligenza della banca negoziatrice, ai fini della valutazione comparativa dell'incidenza o meno della “colpa” del creditore-emittente nella determinazione del danno, da accertare in concreto e alla luce del principio di «causalità adeguata», come sopra indicato in relazione all'art. 1227 , 1 comma, cod. civ., non

rilevano né il rischio generico assunto dall'emittente nell'affidarsi al servizio postale ordinario, né le modalità con le quali è stato spedito il plico postale”.

- **Pagamento di assegno – responsabilità della Banca ex art. 1176 c.c. –**  
**Sezioni Unite, sentenza n. 12477/2018**
- **Procedura semplificata c.d. “Check truncation” e pagamento di assegno falsificato**

**(Tribunale di Genova - R.G. n. 12329/2018 - Sentenza n. XXX/2023 pubbl. il 19/01/2023 – Giudice: Dott. Gianfranco Di Rago)**

Sulla responsabilità relativa al pagamento dell'assegno, in termini generali, si richiama l'ormai consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità che, a seguito della decisione di cui a **Cass., Sez. Un., 21 maggio 2018, n. 12477**, ha fornito importanti puntualizzazioni in merito all'interpretazione dell'art. 43, co. 2, l. ass., e ai suoi rapporti con la disciplina di diritto comune, contenuta nel combinato disposto degli artt. 1176, 1189 e 1992, c.c. In particolare, la Suprema Corte ha precisato che: “l'espressione “colui che paga”, adoperata dall'articolo 43, comma 2, l.a., va intesa in senso ampio, sì da riferirsi non solo alla banca trattaria (o all'emittente, nel caso di assegno circolare), ma anche alla banca negoziatrice, che è l'unica concretamente in grado di operare controlli sull'autenticità dell'assegno e sull'identità del soggetto che, girandolo per l'incasso, lo immette nel circuito di pagamento”.

La giurisprudenza di legittimità, per quanto attiene la banca trattaria (o l'emittente, nel caso di assegno circolare), si è poi espressa nel senso che una responsabilità dell'istituto di credito può essere affermata in termini di mancata osservanza della diligenza posta a carico del **professionista** (art. 1176, comma 2, c. c.), avente natura tecnica, per non avere adottato le misure idonee e sufficienti volte ad evitare la clonazione degli assegni e così a garantire la sicurezza per il cliente del servizio offerto.

Nella specie è pacifico tra le parti in causa che l'assegno circolare in questione sia stato negoziato con la **procedura semplificata c.d. “Check truncation”**, che consente alla banca negoziatrice di assegni circolari, sulla base di un'adesione volontaria a un accordo interbancario, di chiederne il pagamento alla banca emittente, mediante invio di un messaggio elettronico concernente le informazioni necessarie per la sua estinzione, con la conseguenza che il titolo non viene trasmesso nella sua materialità dalla stessa banca negoziatrice alla banca emittente.

A proposito della scelta della banca emittente di affidarsi a tale procedura semplificata, una parte della giurisprudenza di merito (si vedano: Tribunale La Spezia, n. 418 dell'8/06/2022; Tribunale Milano, n. 1037 dell'8/02/2022; Tribunale Torino n. 1435/2019; Tribunale Roma n. 503/2019 e n. 2576 del 9/02/2017; Tribunale Bologna) e l'orientamento interpretativo ormai consolidato dell'Arbitro Bancario Finanziario (si vedano ad esempio: ABF Napoli n. 11657/2017; ABF Milano, n. 2989/2015) si sono pronunciati nel senso che la stessa sia da ritenersi funzionale alla riduzione dei costi di negoziazione nell'esclusivo interesse delle banche partecipanti all'accordo, al quale resta completamente estraneo il cliente che chiede l'emissione dell'assegno, nonché il soggetto terzo che ne abbia chiesto l'emissione in favore del predetto cliente, sicché non può ritenersi che i rischi derivanti dall'utilizzo di tale procedura debbano ricadere sul cliente medesimo (o sul predetto soggetto terzo).

Nell'ipotesi di **pagamento di assegno falsificato** la banca è infatti responsabile qualora l'alterazione o la clonazione poteva dalla stessa essere rilevata attraverso l'esame del titolo con la diligenza dell'accorto banchiere, vale a dire non di un generico soggetto di media prudenza ed avvedutezza, ma di un professionista dedito a quel particolare ramo di affari e quindi dotato, in quel settore, di una specifica esperienza e competenza (Cass. civ., n. 6513/2014; Cass. civ., n. 15145/2014; Cass. civ., n. 20292/2011; Cass. civ., n. 13777/2007; Cass. civ., n. 3729/2004).

Di modo che deve ritenersi che l'omessa materiale apprensione dei titoli da parte delle banche trattarie non esclude l'esigenza di realizzare meccanismi di controllo idonei ad assolvere all'obbligo di riscontrare l'identità dei presentatori dei titoli.

Quindi il ricorso della banca emittente alla procedura semplificata c.d. "Check truncation" non può costituire fattore di attenuazione, ovvero di esonero da responsabilità della medesima: il suo utilizzo, infatti, agevola il processo di negoziazione, ma comporta inevitabilmente il rischio della mancata piena percezione delle difformità dei titoli negoziati rispetto agli originali. Si tratta di un rischio senz'altro inerente all'attività dell'impresa bancaria, come tale destinato a gravare sul soggetto che quell'attività professionalmente esercita.

[...]

Riprendendo le precedenti considerazioni in diritto, pare del tutto evidente come la materiale apprensione del titolo contraffatto in sede di negoziazione avrebbe sicuramente portato l'istituto di credito convenuto, sulla base della diligenza professionale che era lecito attendersi in un caso del genere, a individuare le differenze con quello originale e a rifiutare il pagamento.

Per le già indicate ragioni, in linea con i richiamati orientamenti giurisprudenziali e dell'Arbitro Bancario Finanziario, questo Giudice ritiene quindi che la condotta della Banca non possa andare immune da censure.

In ogni caso, per i motivi già esposti, si ritiene che, al di là delle previsioni regolamentari in vigore all'epoca dei fatti di causa - rappresentando indubbiamente la procedura di "*Check truncation*" un'alternativa, sicuramente più rischiosa, a quella di materiale apprensione del titolo, per di più basata su un accordo tra la banca emittente e quella negoziatrice, al quale il destinatario del pagamento rimane estraneo - spetti agli istituti bancari adottare tutte le opportune cautele tese a evitare pagamenti indebiti, rimanendo quindi pur sempre nella disponibilità della banca la scelta di visionare direttamente il titolo prima di autorizzarne il saldo.

- *Phishing*
- **Regolamento GDPR, art. 82 – Responsabilità Banca**

#### **Punto di motivazione riportato testualmente**

**(Tribunale di Genova - R.G. n. XXX/XXX - Sentenza n. XXX pubbl. il XXX – Giudice: dott.ssa Patrizia Cazzato)**

A fini di chiarezza si ricorda che con il termine **phishing** ci si riferisce ad una particolare **tipologia di truffa telematica** che si concretizza principalmente attraverso messaggi di posta elettronica ingannevoli.

Una e-mail invita l'utente ignaro, facendo riferimento a problemi di registrazione o di altra natura, a fornire i propri riservati dati di accesso al servizio. Solitamente nel messaggio, è indicato un collegamento (link) che rimanda solo apparentemente al sito *web* dell'istituto di credito o del servizio a cui si è registrati. Ci si collega invece ad un sito identico a quello originale, dove l'utente, può inserire i propri dati riservati, che però saranno immediatamente disponibili per usi fraudolenti.

L'attuale **Regolamento GDPR** stabilisce, all'**art. 82** che:

*“Chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione del presente regolamento ha il diritto di ottenere il risarcimento del danno dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento”.*



In questo caso, il Responsabile del trattamento è la banca che, tramite il servizio di *home-banking*, raccoglie i dati personali, le *user id* e le *password* dei propri clienti, ed è quindi tenuta al risarcimento dei danni anche se non ha alcuna colpa o non è in malafede. Si parla, cioè, di una “responsabilità oggettiva” che scatta per il solo fatto di svolgere un’attività pericolosa, come quella della gestione del risparmio *online*.

La giurisprudenza ha da sempre precisato che, nell’espletamento dei servizi di pagamento tramite *internet*, la banca è tenuta ad adottare tutte le misure tecniche idonee a garantire un adeguato standard di sicurezza, quando il cliente opera con questi sistemi di “*home-banking*”, effettuando dei pagamenti. E si ricorda che la XXX è una banca che opera solo con sistemi di home banking ed è quindi ancora di più tenuta ad adottare sistemi di sicurezza: deve quindi adoperarsi, in modo da impedire l’accesso di soggetti non abilitati al sistema ed evitare danni ai clienti.

Uniformemente agli ultimi indirizzi giurisprudenziali (v. in tal senso Cass. 9158/2018, Cass. 3 febbraio 2017, n. 2950) può affermarsi come la sottrazione dei codici del correntista, attraverso il phishing, rientri nell’area del rischio di impresa, destinato ad essere fronteggiato attraverso l’adozione di misure che consentano di verificare, prima di dare corso all’operazione, se essa sia effettivamente attribuibile al cliente. Non è sufficiente che chi esegue l’operazione bancaria – ad esempio, il bonifico – inserisca le credenziali per garantire la volontarietà dell’azione.

Nel caso di operazioni effettuate con strumenti elettronici (*home banking*), spetta all’istituto di credito verificare la riconducibilità delle stesse alla volontà del cliente, impiegando la diligenza del “accorto banchiere”. Come già detto, l’eventuale uso dei codici di accesso al sistema da parte dei terzi rientra nel rischio professionale del prestatore dei servizi di pagamento, prevedibile ed evitabile con appropriate misure tecniche, volte a verificare la riferibilità delle operazioni suddette alla volontà del correntista.

La banca non risponde del danno patito dal cliente, solo qualora dimostri che il fatto sia attribuibile al dolo del titolare o a comportamenti talmente incauti da non poter essere fronteggiati in anticipo; e ciò anche al fine di garantire la fiducia degli utenti nella sicurezza del sistema.

## APPELLO

- **Contratto di conto corrente**

- **Usurarietà sopravvenuta – irrilevanza**

**(Corte d’Appello – RG n. 580/2021 – Sentenza n. 1309/2022 pubbl. il 15/12/2022 – Giudice Dott. Atzeni, Dott. Castiglione, Dott. Cannata)**

Deve essere esclusa la rilevanza dell’usurarietà sopravvenuta anche con riguardo ai contratti di conto corrente, atteso che si tratta di un principio di applicazione generale, per cui esso non si attaglia solo all’ipotesi del contratto di mutuo, ma ad ogni contratto bancario che preveda una anticipazione di somme e quindi anche ai contratti di conto corrente bancario, poiché non risultano possibili approcci differenziati secondo che si verta in tema di contratto di mutuo o di conto corrente, con la conseguenza che occorre fare riferimento, al fine di valutare il carattere usurario o meno del corrispettivo previsto per il credito (comprensivo dell'interesse, delle spese e delle commissioni) al cd. tasso soglia rilevato nel momento in cui il corrispettivo è pattuito. (Cfr. Corte di Cassazione SS.UU. n. 24675 del 19/10/2017; Tribunale Firenze sez. III, 03/12/2021, n.3099; Corte appello Milano sez. I, 26/07/2021, n.2429; Tribunale Pisa sez. I, 22/01/2020, n.70).

- **Contratti di conto corrente stipulati prima dell’entrata in vigore della Delibera CICR 9 febbraio 2000**
- **Clausole anatocistiche – Nullità**

**(Corte d’Appello – RG n. 104/2021 – Sentenza n. 77/2023 pubbl. il 26/01/2023 – Giudice Dott. Atzeni, Dott. Castiglione, Dott. Davini)**

Per i contratti di conto corrente stipulati in data anteriore all’entrata in vigore della delibera CICR 9 febbraio 2000, le **clausole anatocistiche** sono **nulle**, per contrarietà all’art. 1283 c.c. e in virtù della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 120, c. 3, d.lgs. 385/1993, a prescindere dal fatto che abbiano rivestito forma scritta.

L’introduzione, successiva alla entrata in vigore di detta delibera, di clausole che prevedono la capitalizzazione con la medesima periodicità per gli interessi debitori e creditori è da ritenersi peggiorativa ai sensi dell’art. 7 della delibera stessa e, quindi, necessita di una espressa pattuizione/rinegoziazione tra le parti.

È richiesta quindi una specifica pattuizione delle nuove modalità di capitalizzazione, non essendo sufficienti, al riguardo, la comunicazione delle stesse e la loro pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale. La delibera CICR, infatti, esclude la necessità di una specifica pattuizione solo per il caso di modifiche migliorative rispetto a quelle previste dalla clausola nulla.

- **Contratto di fido – “fido di fatto” – inammissibilità**
- **Acquiescenza della banca a fronte di ampi e prolungati sconfinamenti – irrilevanza**

(Corte d’Appello – RG n. 405/2020 – Sentenza n. 24/2023 pubbl. il 10/01/2023 – Giudice Dott. Atzeni, Dott. Davini, Dott. Cannata)

Secondo una parte della giurisprudenza di merito (cfr. Tribunale Forlì, sez. II, 24/03/2022, n. 274; Tribunale Palermo, sez. V, 02/02/2022, n. 471; Tribunale Busto Arsizio, sez. III, 11/02/2021, n. 214; Tribunale Palermo, sez. V, 05/02/2021, n. 484) “*oltre al fido contrattualmente pattuito, vi sono altre due tipologie di affidamento: il c.d. fido "da estratto conto" (o "diversamente provato") ed il fido di fatto. Il primo è desumibile in maniera certa dagli estratti conto; si tratta di un tipo di affidamento che, pur non risultando da contratto, emerge in maniera evidente dall'esistenza di fasce di conteggio di interessi a tassi diversi (tassi più bassi per saldi a debito rientranti in un determinato limite costante e tassi più alti per saldi debordanti tali limiti). Il **fido di fatto**, invece, è ravvisabile qualora a fronte di un rapporto di conto corrente la banca accetti costanti e duraturi saldi negativi senza che risulti l'applicazione di condizioni differenziate per fasce di interessi, né l'esposizione di specifici interessi di sconfinamento o di mora, così da far ritenere sussistente un fido “di fatto” pari al saldo negativo del c/c di tempo in tempo registrato. In tale fattispecie qualunque rimessa ha carattere ripristinatorio e mai carattere solutorio della provvista, essendo per definizione qualunque saldo negativo sempre ricompreso nel fido “di fatto” concesso dalla banca che non pone in essere alcun comportamento contrario a tale acquiescenza”*”.

Un altro orientamento ritiene al contrario che in assenza di una statuizione scritta la tolleranza da parte da parte della banca di ampi e prolungati sconfinamenti non sia la prova della concessione di fatto di un fido: “*Lo sconfinamento, che si protrae nel tempo, senza che di fatto la banca abbia fatto iniziative di rientro via via che il tempo passa, denota semplicemente la mancanza di interesse di quest'ultima a ricevere nell'immediato la prestazione dovuta e di tollerare - se non di favorire - la persistenza attuale e il protrarsi futuro del debito da sconfinare del cliente. Occorre dunque ribadire che l'esistenza di scoperti di conto, anche ripetuti e cospicui non è univocamente interpretabile come*

*conseguente ad un'apertura di credito a favore della cliente, ben potendo trattarsi di mera tolleranza da parte della banca” (cfr. Corte appello Torino, sez. I, 15/02/2021, n. 184 e più recentemente Cass. Sez. VI 4 aprile 2022 n.10.776).*

*“In tema di apertura di credito in conto corrente a tempo indeterminato, è legittimo il recesso “ad nutum” della banca, se anticipato da una comunicazione al cliente con congruo preavviso, posto che tale facoltà è espressamente prevista dall'art. 1845, comma 3, c.c. e il suo esercizio non entra in conflitto con il principio generale di buona fede, sancito dall'art. 1375 c.c., allorquando il debitore abbia ripetutamente, e in modo del tutto ingiustificato, superato il limite di affidamento concesso. Né l'inerzia della banca di fronte a tali comportamenti può essere intesa come implicita autorizzazione all'innalzamento del limite dell'apertura di credito, costituendo piuttosto un atteggiamento di mera tolleranza, in attesa del corretto adempimento da parte del correntista dell'obbligo di rientrare dall'esposizione non autorizzata” (cfr. cassazione civile, sez. I, 22/12/2020, n. 29317).*

Questa Corte ritiene di aderire al secondo orientamento sia perché in tal senso sono le prime sentenze della Corte di Cassazione, sia perché la teoria del fido di fatto presenta dei punti deboli a cui non è possibile dare risposta.

Infatti non viene data risposta al quesito per quanto deve protrarsi la tolleranza dello sconfinamento per dare luogo ad un fido di fatto; inoltre di fronte ad uno sconfinamento oscillante nel tempo circa l'importo non è dato sapere a quale importo si deve fare riferimento per determinare il limite del fido di fatto, potendosi fare riferimento allo sforamento minimo, oppure a quello massimo, oppure alla media dell'entità dei diversi sforamenti.

- **Responsabilità istituto di credito ex art. 2049 c.c.**
- **Nesso di occasionalità necessaria**
- **Condotta agevolatrice del danneggiato**

**(Corte d'Appello – RG n. 666/2020 – Sentenza n. 1165/2022 pubbl. il 08/11/2022 – Giudice Dott. Bruno, Dott. Albino, Dott. Pelosi)**

Gli istituti di credito rispondono dei danni arrecati a terzi dai propri incaricati nello svolgimento delle incombenze loro affidate, quando il fatto illecito commesso sia connesso, per occasionalità necessaria, all'esercizio delle mansioni, ma la responsabilità dell'intermediario per i danni arrecati dai propri promotori finanziari è esclusa ove il danneggiato ponga in essere una condotta agevolatrice

che presenti connotati di anomalia, vale a dire, se non di collusione, quantomeno di consapevole acquiescenza alla violazione delle regole gravanti sul promotore (Cass. 28634/20; Cass. 25374/18; Cass. 22956/15; Cass. 27925/13; Cass. 6829/11; Cass. 17393/09; Cass. 8229/06).

In questi casi, secondo la giurisprudenza, viene meno il **nesso di occasionalità necessaria ex art. 2049 c.c.** A ben vedere, quindi, secondo la giurisprudenza, si può ritenere interrotto il nesso di occasionalità necessaria solo nel caso in cui le anomalie inerenti il rapporto tra cliente e promotore siano tali da manifestare che il cliente è pienamente consapevole che il promotore finanziario procura investimenti al di fuori di quanto offerto dalla propria mandante, magari ottenendo *performances* più interessanti, e che i mezzi di pagamento irregolari costruiscono una modalità necessaria per conseguire tali risultati.

Tuttavia, la giurisprudenza (Cass. 6829/11) afferma che *“la mera allegazione del fatto che il cliente abbia consegnato al promotore finanziario somme di denaro con modalità difformi da quelle con cui quest'ultimo sarebbe legittimato a riceverle, non vale, in caso di indebita appropriazione di dette somme da parte del promotore, ad interrompere il nesso di causalità esistente tra lo svolgimento dell'attività dello stesso e la consumazione dell'illecito, e non preclude, pertanto, la possibilità di invocare la responsabilità solidale dell'intermediario preponente; né un tal fatto può essere addotto dall'intermediario come concausa del danno subito dall'investitore, in conseguenza dell'illecito consumato dal promotore, al fine di ridurre l'ammontare del risarcimento dovuto. Le disposizioni di legge e regolamentari dettate in ordine alle modalità di corresponsione al promotore finanziario dell'equivalente pecuniario dei titoli acquistati o prenotati, infatti, sono dirette unicamente a porre a suo carico un obbligo di comportamento al fine di tutelare l'interesse del risparmiatore e non possono, quindi, logicamente interpretarsi come fonte di un onere di diligenza a carico di quest'ultimo, tale da comportare un addebito di colpa (concorrente, se non addirittura esclusiva) in capo al soggetto danneggiato dall'altrui atto illecito...”*.

- **Responsabilità oggettiva dell'istituto di credito**
- **Onere della prova dell'effettiva consegna del denaro**

**(Corte d'Appello – RG n. 634/2020 – Sentenza n. 861/2022 pubbl. il 21/07/2022 – Giudice Dott. Bruno, Dott. Albino, Dott. Morello)**

Posta la natura oggettiva della responsabilità dell'istituto di credito, il soggetto che agisce ai fini del risarcimento del danno è tenuto, *ex art. 2697 c.c.*, a provare l'effettiva consegna del denaro al consulente, secondo quanto uniformemente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. civ., sez. III, n. 1741 del 25 gennaio 2011).

L'investitore che agisce nei confronti dell'intermediario per il risarcimento del danno procurato dalla condotta illecita del promotore deve dimostrare di aver affidato il proprio denaro, oggetto dell'illecita appropriazione da parte del promotore, per l'effettuazione di operazioni finanziarie che apparentemente rientrano nel campo della attività affidata dall'intermediario, secondo un criterio di normale affidamento in buona fede (in tal senso Cass. civ., sez. I, n. 6829 del 24 marzo 2011).

- **Contratto di conto corrente - nullità di singole clausole**
- **Ripetizione delle somme indebitamente percepite dalla banca**
- **Onere della prova**

**(Corte d'Appello – RG n. 752/2020 – Sentenza n. 142/2023 pubbl. il 10/02/2023 – Giudice Dott. Atzeni, Dott. Davini, Dott. Traverso)**

Costituisce principio di diritto consolidato quello secondo cui in tema di ripetizione dell'indebito operi il normale principio dell'onere della prova a carico dell'attore, il quale è tenuto a dimostrare sia l'avvenuto pagamento, sia la mancanza di una causa che lo giustifichi (Cass 23 ottobre 2017 n. 24948).

Il principio trova applicazione in tema di obbligazione restitutoria dipendente dalla asserita nullità di singole clausole contrattuali, sicché chi allega di aver effettuato un pagamento solo in parte dovuto o proponga nei confronti dell'*accipiens* l'azione di indebito oggettivo per la somma pagata in eccedenza ha l'onere di provare l'inesistenza di una causa giustificativa del pagamento per la parte che si assume non dovuta (Cass 14 maggio 2012 n. 7501) (Cass. ord. 13 dicembre 2019 n. 33009).

In punto di diritto è consolidato il principio secondo cui (Cass. ordinanza 24641/2021) “Nei rapporti di conto corrente bancario, il cliente che agisca per ottenere la restituzione delle somme indebitamente versate in presenza di clausole nulle, ha l'onere di provare l'inesistenza della causa giustificativa dei pagamenti effettuati mediante la produzione del contratto che contiene siffatte clausole, senza poter invocare il principio di vicinanza della prova al fine di spostare detto onere in capo alla banca, tenuto conto che tale principio non trova applicazione quando ciascuna delle parti,

*almeno di regola, acquisisce la disponibilità del documento al momento della sua sottoscrizione”* (Cass 33009 del 13.12.2019; Cass 19566/2021), onere a cui il cliente avrebbe potuto sopperire – come rettamente evidenziato dalla Corte distrettuale – *“esercitando il diritto ad ottenere, a proprie spese, copia dei contratti e della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni, ivi compresi gli estratti conto, sancito dal Decreto legislativo n. 385 del 1993, art 119, comma 4, e che può essere esercitato in sede giudiziale attraverso l’istanza di cui all’art 210 cpc, in concorso dei presupposti previsti da tale disposizione, a condizione che detta documentazione sia stata precedentemente richiesta alla banca e quest’ultima, senza giustificazione, non abbia ottemperato (Cass. N. 24641 del 13.09.2021)....”* (Cass. ord. 23 dicembre 2021 n. 41427).

# PROFILI GENERALI DI DIRITTO CIVILE PROCESSUALE

## APPELLO

- **Obbligo di motivazione sentenza – Violazione artt. 111, c. 6, Cost. e 132, c. 4, c.p.c.**
- **Nullità sentenza con motivazione “*per relationem*” (esclusione)**
- **Sezioni Unite, sentenza n. 22232/2016**

**(Corte di Appello di Genova - R.G. n. 923/2020 - Sentenza n. 21/2023 pubbl. il 9/01/2023 – Collegio: Dott. Marcello Arturo Castiglione, Dott.ssa Laura Casale, Avv. Daniela Traverso – parziale riforma ordinanza Tribunale di Genova in data 9/11/2020 in causa R.G. 4280/2020)**

[Quanto al primo motivo di appello secondo cui] la motivazione in diritto dell’ordinanza sarebbe stata solo apparente, in quanto il Giudice si sarebbe limitato ad un copia-incolla da altre pronunce, non tutte pertinenti, intervallate da considerazioni congetturali e/o illogiche, pervenendo ad una motivazione “che tutto risulta fuorché “chiara, univoca ed esaustiva”, risultando al contrario incomprensibile. [...pertanto] alla luce di Cassazione **Sezioni Unite 22223/2016** deve ritenersi la **nullità del provvedimento giurisdizionale** affetto da vizio di “motivazione solo apparente”.

Il richiamo ad orientamenti giurisprudenziali citati a stralcio non integra gli estremi della motivazione apparente laddove il Giudice li faccia propri nell’ambito di una autonoma valutazione che si attagli al caso concreto.

Le **Sezioni Unite** hanno ad esempio affermato, con riferimento alla tecnica redazionale della sentenza “a collage”, che essa espone a rischi, che tuttavia gli stessi sono fugati quando la “*chiarezza, inequivocità ed esaustività della motivazione*” siano coniugati alla “*chiara riferibilità di essa al giudice che la sottoscrive, presupposto di validità di qualunque sentenza*” (Cass. Sezioni Unite 16 gennaio 2015, n. 42).

Ed ancora: “La motivazione di una sentenza può essere redatta per relationem rispetto ad altra sentenza, purché la motivazione stessa non si limiti alla mera indicazione della fonte di riferimento: occorre che vengano riprodotti i contenuti mutuati e che questi diventino oggetto di una autonoma valutazione critica nel contesto della diversa causa, in maniera da consentire poi anche la verifica della compatibilità logico giuridica dell’innesto” (Cass. Sezioni Unite 14814/2008; Cass 3340/2013). “Soddisfa l’obbligo di motivazione la sentenza del giudice di merito – tenuto alla concisa esposizione dei motivi in fatto e diritto della decisione – che in punto di diritto e sulla questione discussa e decisa, riporti l’orientamento della giurisprudenza di legittimità dichiarando di condividerlo e di volervisi



uniformare, in quanto anche in tal caso e con tali modalità risultano esposte, sia pure sinteticamente, le ragioni giuridiche della decisione (Cass 13066/2007).

Nel caso di specie, il Giudice di primo grado non si è limitato a riportare astrattamente i richiami giurisprudenziali menzionati a stralcio, dichiarando con chiarezza di condividerli e di volersi uniformare agli stessi nella soluzione del caso sottoposto alla sua attenzione.

[Il primo motivo di appello risulta pertanto infondato].

[conforme: Corte d'Appello – RG n. 923/2020 – Sentenza n. 21/2023 pubbl. il 09/01/2023 – Giudice Dott. Castiglione, Dott. Casale, Dott. Traverso]

- Interruzione del processo
- Art. 303, c. 4, c.p.c. – distinzione riassunzione c.d. modificativa e non modificativa

(Corte di Appello di Genova - R.G. n. 1235/2017 - Sentenza n. 2/2023 pubbl. il 2/01/2023 – Collegio: Dott.ssa Enrica Drago, Dott.ssa Rossella Silvestri, Dott. Riccardo Baudinelli – conferma sentenza Tribunale di Genova in data 19/06/2017, n. 1632)

[Con riferimenti alla distinzione tra riassunzione c.d. modificativa e riassunzione c.d. non modificativa...] va in primo luogo osservato che la Suprema Corte afferma che: «*Ove all'interruzione del processo segua una riassunzione c.d. non modificativa - nella quale, cioè, resti invariato il soggetto del rapporto processuale - , gli effetti delle domande o delle eccezioni proposte dalla parte non colpita dall'evento interruttivo permangono inalterati, anche nel caso in cui quest'ultima non si costituisca nuovamente in giudizio a seguito della riassunzione*» (così Cass.15.4.2019, m. 10445). In motivazione si legge: «*L'art. 303 c.p.c., comma 4, c.p.c., stabilisce che, quando il processo sia stato interrotto ed una delle parti abbia notificato a tutte le altre il ricorso in riassunzione col pedissequo decreto, "se la parte che ha ricevuto la notificazione non compare all'udienza fissata, si procede in sua contumacia" (...) tale disposizione (...) è destinata a disciplinare con una norma apparentemente unica due fattispecie concrete ben diverse: l'ipotesi della riassunzione c.d. modificativa (ad es., in conseguenza della morte d'una delle parti), e quella della riassunzione c.d. non modificativa (ad es., nel caso di morte del difensore d'una delle parti). Nel caso di riassunzione modificativa, la previsione di cui all'art. 303 c.p.c., comma 4, c.p.c., è perfettamente coerente col sistema: poiché parte del processo diventa un soggetto diverso da quello originario, è doveroso che questi si costituisca depositando una comparsa ai sensi dell'art. 167 c.p.c., pena la dichiarazione di*

*contumacia. Non altrettanto può dirsi nel caso di riassunzione non modificativa: in questo caso, infatti, resta invariato il soggetto del rapporto processuale, e potrebbe restare invariato sinanche il suo difensore, come accade nell'ipotesi in cui l'evento interruttivo abbia colpito una parte diversa da quella che, dopo la notifica dell'atto di riassunzione, ometta di "costituirsi"».*

In sostanza, l'indispensabilità di una nuova costituzione in giudizio a mezzo di comparsa, con conseguente riproposizione delle domande originarie, sussiste unicamente nell'ipotesi in cui si sia trattato di riassunzione modificativa, avendo l'evento interruttivo interessato la parte direttamente e non il difensore di uno dei soggetti coinvolti nel giudizio (evento, quest'ultimo, verificatosi nel caso oggetto della pronuncia di Cassazione sopra citata).

[Nel caso di specie, dunque, in cui si versa in una ipotesi di riassunzione modificativa (poiché, a seguito del fallimento dell'appellante principale, parte del processo diventerebbe un soggetto diverso da quello originario), la mancata costituzione del Fallimento società X comporta, innanzitutto, la dichiarazione di contumacia della stessa società (attesa anche la regolarità della notifica del ricorso in riassunzione). Inoltre, dovendosi fare applicazione, a contrario, del principio affermato dalla Suprema Corte nella succitata pronuncia, le domande dalla stessa in origine proposte non possono più essere esaminate in quanto, stante la loro mancata riproposizione in sede di riassunzione, devono ritenersi abbandonate.]

- **Cause scindibili ex art. 332 c.p.c. per rapporto di connessione**
- **Pluralità di parti – effetti notifica impugnazione – condanna alle spese**

**(Corte di Appello di Genova - R.G. n. 1235/2017 - Sentenza n. 2/2023 pubbl. il 2/01/2023 – Collegio: Dott.ssa Enrica Drago, Dott.ssa Rossella Silvestri, Dott. Riccardo Baudinelli – conferma sentenza Tribunale di Genova in data 19/06/2017, n. 1632)**

Afferma la Suprema Corte che “*in un giudizio svoltosi con pluralità di parti in cause scindibili ai sensi dell'art.332 cod. proc. civ., cioè cause cumulate nello stesso processo per un mero rapporto di connessione, la notificazione dell'impugnazione (nella specie, l'appello) e la sua conoscenza assolvono alla funzione di “litis denuntiatio”, così da permettere l'attuazione della concentrazione nel tempo di tutti i gravami contro la stessa sentenza. In tal caso, pertanto, il destinatario della notificazione non diviene per ciò solo parte nella fase di impugnazione e, quindi, non sussistono i presupposti per la pronuncia a suo favore della condanna alle spese a norma dell'art. 91 cod. proc.*

civ., che esige la qualità di parte, e perciò una “vocatio in ius”, e la soccombenza” (fra le altre, Cass. n. 2208/2012).

## VARIE

- **Disconoscimento dell'autenticità di una sottoscrizione prodotta in copia fotostatica**

**(Tribunale Ordinario di Genova – VI Sezione Civile – RG n. 9386/2021 – Sentenza del 29/11/2022 – Giudice dott.ssa Chiara Russo)**

Per costante giurisprudenza, a seguito del disconoscimento della sottoscrizione apposta alla scrittura privata prodotta in copia fotostatica, la parte che intende avvalersene è tenuta a produrre l'originale (e, in caso di ulteriore disconoscimento, a chiederne la verifica), atteso che *“in effetti soltanto nel documento originale possono individuarsi quegli elementi la cui peculiarità o addirittura singolarità consente di risalire, con elevato grado di probabilità, al reale autore della sottoscrizione”* (Cass. Civ., ord. n° 20484 del 29.09.2014).

Una volta esibita da una parte copia di un documento, la cui sottoscrizione viene prontamente contestata dall'altra, l'onere probatorio di produrre l'originale incombe sulla parte che formula l'istanza di verifica, onere non assolto nel caso di specie. Si tratta del principio espresso dalla S.C. con la sentenza n. 27402/2021, che ha statuito sul punto: *“In caso di disconoscimento dell'autenticità della sottoscrizione di scrittura privata prodotta in copia fotostatica, la parte che l'abbia esibita in giudizio e intenda avvalersi della prova documentale rappresentata dall'anzidetta scrittura deve produrre l'originale al fine di ottenerne la verifica”, fermo restando che, ove ciò non avvenga, “del contenuto del documento”, ma non pure, come nel caso che occupa, della sua sottoscrizione, essa “potrà fornire la prova con i mezzi ordinari, nei limiti della loro ammissibilità” (così Cass. Sez. 6-2, ord. 27 marzo 2014, n. 7267, Rv. 629895-01, ma nello stesso senso già Cass. Sez. 2, sent. 14 maggio 2004, n. 9202, Rv. 572874-01, nonché, in senso analogo, Cass. Sez. 3, sent. 19 dicembre 2019, n. 33769, Rv. 656333-02)”*.

- **Cessione di crediti e Pubblica Amministrazione**

**(Tribunale Ordinario di Genova – VI Sezione Civile – RG n. 8015/2020 – Sentenza – data da verificare – Giudice dott. Chiara Russo)**

La normativa speciale di cui al R.D. n. 2440/1923 e alla Legge n. 2248/1865, che prevede il consenso della Pubblica Amministrazione in caso di cessione di crediti, non è applicabile alle amministrazioni diverse da quella Statale, qual è il Comune in quanto ente territoriale. Né essa può essere applicata in via analogica, in ragione del suo carattere eccezionale rispetto al regime generale della cessione dei crediti di cui agli artt. 1260 c.c. e ss. (cfr., *ex multis*, Cass. 7 novembre 2018, n. 28390; Cass. 14 ottobre 2015, n. 20739; Cass. 12 febbraio 2015, n. 2760 e Cass. 31 ottobre 2014, n. 23273).

La giurisprudenza di legittimità ha chiarito, con indirizzo consolidato, che la citata normativa speciale *“fa esclusivo riferimento ad un’amministrazione dello Stato quale soggetto titolare del potere eccezionale in discorso, non può (n.d.r. quindi) considerarsi direttamente applicabile ad amministrazioni diverse, in quanto la traslazione dell’istituto – suscettibile di importare un anomalo affievolimento dei diritti di credito dei privati ad opera della stessa amministrazione che è parte del rapporto – al di fuori dell’alveo legislativamente assegnatogli ed il suo inserimento nell’ordinamento contabile di enti diversi dallo Stato potrebbero ammettersi soltanto in presenza di un’espressa normazione”* (v. con riferimento alla cessione di crediti della Provincia Cass., S.U., 4 novembre 2002, n. 15382; cfr., altresì, in tal senso, *ex multis*, Cass. 14 ottobre 2015, n. 20739; Cass. 12 febbraio 2015, n. 2760 e Cass. 31 ottobre 2014, n. 23273).

- **Interessi anatocistici**

**(Tribunale Ordinario di Genova – VI Sezione Civile – RG n. 8015/2020 – Sentenza del 10/06/2023. – Giudice dott. Chiara Russo)**

Ai sensi dell’art. 1283 c.c. “gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi”. Tale norma è interpretata dalla giurisprudenza (si vv., *ex multis*, Cassazione, sez. I, sen. 12 novembre 2014, n. 24160; Cassazione, sez. I, sen. 4 marzo 2011, n. 5218; Cass. Sez. Un., 14 ottobre 1998, n. 10156; Cass., Sez. I, 4 marzo 2011, n. 5218; Cass., Sez. III, 8 maggio 2006, n. 10500) nel senso che il giudice può condannare al pagamento degli interessi sugli interessi solo se sia accertato che: 1) vi sia una specifica domanda giudiziale del creditore o la stipula di una convenzione posteriore alla scadenza degli interessi; 2) alla data della domanda giudiziale fossero già scaduti gli interessi principali sui quali calcolare gli interessi secondari, e cioè

che il debito era esigibile e il debitore era in mora; 3) la mora si è protratta, anteriormente al giudizio, per almeno sei mesi, cioè deve trattarsi di crediti ultrasemestrali scaduti.

- **Rimborso dei costi e risarcimento del danno ex art. 6, co.2, D.lgs. 231/2002**

**(Tribunale Ordinario di Genova – VI Sezione Civile – RG n. 8015/2020 – Sentenza del 10/06/2023. – Giudice dott. Chiara Russo)**

La disposizione di cui all'art. 6, co.2, D.lgs. 231/2002 ha previsto il diritto del creditore al rimborso dei costi sostenuti per il recupero delle somme non tempestivamente corrispostegli, ove il debitore non dimostri che il ritardo non sia a lui imputabile. Il secondo periodo dell'art. 6 stabilisce, inoltre, che "il creditore ha diritto ad un importo minimo forfettario pari ad Euro 40,00 a titolo di risarcimento del danno, con possibilità di prova del maggior danno".

Non sono emerse pronunce di legittimità successive difformi.

- **Disapplicazione atto amministrativo nel giudizio ordinario**

**(Tribunale Ordinario di Genova – Caso Costa Crociere – dati non presenti nel file)**

Deve inoltre considerarsi il perimetro applicativo della disapplicazione, il cui potere viene ricavato dalla lettura "a contrario" dell'art. 5 della legge n. 2248 del 1865 All. E. (cd. legge sul contenzioso amministrativo – LAC), il quale testualmente prevede che «... *le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi a legge*»). La disapplicazione effettuata nel giudizio ordinario inerisce sempre atti amministrativi che rilevano per la controversia soltanto incidentalmente e mai quando siano direttamente determinativi del rapporto in lite dedotto. Essa può essere invocata solo quando la sua illegittimità venga denunciata in via incidentale in un giudizio tra privati, non potendo avere ad oggetto un atto amministrativo direttamente lesivo. Il terreno di elezione di tale forma di disapplicazione è quello relativo alle controversie tra privati in cui, ai fini della loro risoluzione, può assumere valenza pregiudiziale il giudizio di validità di un atto amministrativo.

- **Responsabilità della banca assegni clonati**
- **Contatto sociale qualificato**

**(Tribunale Ordinario di Genova – VI Sezione Civile – RG n. 10978/2018 – Sentenza – Data da verificare – Giudice dott. Chiara Russo)**

La natura contrattuale della responsabilità dell'operatore creditizio che negozia un titolo è stata sancita nelle sentenze nn. 12477 e 12478 del 2018 della Suprema Corte a Sezioni Unite, le quali, nel dirimere un contrasto giurisprudenziale sul punto, hanno fondato tale responsabilità sul contatto sociale qualificato derivante dall'obbligo professionale di protezione che l'operatore creditizio ha nei confronti di tutti i soggetti interessati al buon fine dell'operazione. Le Sezioni Unite ne hanno tratto la conseguenza che la responsabilità della banca negoziatrice da contatto qualificato, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c. e dal quale derivano i doveri di correttezza e buona fede nucleati dagli artt. 1175 e 1375 c.c. non è oggettiva, e cioè non ricorre a prescindere dall'elemento della colpa. [...] L'intermediario è da ritenersi responsabile qualora l'alterazione o la clonazione del titolo poteva essere rilevata attraverso l'esame del medesimo con la diligenza dell'accorto banchiere.

Si legga sul punto quanto statuito da Cass., sentenza n. 6513/2014: *“Nel caso di falsificazione di assegno bancario nella firma di traenza - la quale presenti, nella specie, "un tracciato assolutamente piatto" - la misura della diligenza richiesta alla banca nel rilevamento di detta falsificazione è quella dell'accorto banchiere, avuto riguardo alla natura dell'attività esercitata, alla stregua del paradigma di cui al secondo comma dell'art. 1176 cod. civ. Ne consegue che spetta al giudice del merito valutare la congruità della condotta richiesta alla banca in quel dato contesto storico e rispetto a quella determinata falsificazione, attivando così un accertamento di fatto volto a saggiare, in concreto, il grado di esigibilità della diligenza stessa, verificando, in particolare, se la falsificazione sia, o meno, riscontrabile attraverso un attento esame diretto, visivo o tattile, dell'assegno da parte dell'impiegato addetto, in possesso di comuni cognizioni teorico/tecniche, ovvero pure in forza di mezzi e strumenti presenti sui normali canali del mercato di consumo e di agevole utilizzo, o, piuttosto, se la falsificazione stessa sia, invece, riscontrabile soltanto tramite attrezzature tecnologiche sofisticate e di difficile e dispendioso reperimento e/o utilizzo o tramite particolari cognizioni teoriche e/o tecniche.”*

Occorre dunque verificare se nel caso di specie la banca abbia dimostrato di aver agito con la diligenza qualificata del professionista del settore nel momento in cui ha pagato il vaglia clonato e di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno.

[...]

In punto nesso causale si legga quanto statuito dalla Suprema Corte, con riferimento al diverso caso – fondato su un principio di diritto applicabile al caso di specie- in cui l'emittente di un assegno (in quel caso, la compagnia di assicurazione) spedisca il titolo al beneficiario tramite posta ordinaria e non assicurata o raccomandata, esponendo il medesimo al rischio della sua sottrazione e concorrendo con la banca negoziatrice, che abbia pagato il titolo nei confronti di un beneficiario diverso da quello effettivo, nella verifica del danno: *“La spedizione per posta ordinaria di un assegno, ancorché munito di clausola d'intrasferibilità, costituisce, in caso di sottrazione del titolo e riscossione da parte di un soggetto non legittimato, condotta idonea a giustificare l'affermazione del concorso di colpa del mittente, comportando, in relazione alle modalità di trasmissione e consegna previste dalla disciplina del servizio postale, l'esposizione volontaria del mittente ad un rischio superiore a quello consentito dal rispetto delle regole di comune prudenza e del dovere di agire per preservare gli interessi degli altri soggetti coinvolti nella vicenda, e configurandosi dunque come un antecedente necessario dell'evento dannoso, concorrente con il comportamento colposo eventualmente tenuto dalla banca nell'identificazione del presentatore”* (Cass. SSUU, sentenze nn. 9769 e 10069 del 2020).

- **Contratto di brokeraggio**

**(Tribunale di Genova – Giudice dott. Patrizia Cazzato)**

Il contratto di brokeraggio è un contratto oneroso per il cliente/mandante, in quanto l'assicuratore scarica il corrispettivo spettante al broker sul soggetto assicurato, includendo la provvigione nei premi assicurativi da questi corrisposti (c.d. caricamento del premio) (cfr per tutte TAR Campania Napoli del 20.3.2008 n. 1449 e Consiglio di Stato n. 1019/2000). L'art. 109 c.a. definisce i *broker* come «*gli intermediari che agiscono su incarico del cliente e senza poteri di rappresentanza di imprese di assicurazione o di riassicurazione*» e la loro attività è delineata dall'art. 106 c.a. Il *broker*, pertanto, può essere definito come un mediatore di assicurazione che mette in relazione l'assicurando e l'assicuratore per la conclusione di un contratto di assicurazione senza essere legato a nessuna delle parti da rapporti di collaborazione, di dipendenza, di rappresentanza (le caratteristiche di indipendenza e di imparzialità distinguono la figura del *broker* da quella dell'agente di assicurazione).

Il *broker* assicurativo si distingue, quindi, dal semplice mediatore ex artt. 1754 ss c.c. Il mediatore assicurativo, infatti, non si limita a mettere in relazione l'assicuratore con l'assicurando, ma assiste quest'ultimo nella fase precontrattuale, ricercando la compagnia più adatta ad assicurare il rischio

proposto e collaborando, quindi, alla formulazione del contenuto contrattuale, e, talora, anche nella fase post contrattuale, cooperando alla gestione ed esecuzione del contratto.

È evidente, quindi, che alla mediazione si aggiunge un'attività di prestazione di consulenza professionale a favore dell'assicurando.

Nel caso di specie i rapporti tra broker e la compagnia assicurativa erano regolamentati da un accordo di collaborazione che, pur tenendo ferma l'indipendenza e l'autonomia dei due soggetti, prevedeva condizioni vantaggiose nella stipulazione dei contratti, quindi il broker era autorizzato a riscuotere i premi assicurativi e a rimettere con frequenza mensile l'importo dei premi all'Assicurazione. Nell'esecuzione di tali contratti i rapporti di clientela sono quindi due: - uno, quello con il broker, da riferirsi ad un rapporto di consulenza indipendente in ambito assicurativo e che si sostanzia nella consulenza, da parte del professionista, che poi consentirà al cliente di optare per l'una o per l'altra impresa di assicurazioni o per l'uno o per l'altro prodotto assicurativo; - l'altro, quello con l'impresa di assicurazioni, che è da riferirsi alla resa di un servizio o di una prestazione di assunzione di rischio, da parte della compagnia, che consentirà al cliente di ottenere una copertura assicurativa dovuta per legge o comunque altrimenti utile o necessaria. La clientela non è quindi esclusivamente né di un soggetto né di un altro, ma di entrambi in relazione ai diversi rapporti contrattuali.

- **Illegittima segnalazione nominativi nella Centrale Rischi della Banca d'Italia**
- **Risarcimento del danno**

**(Tribunale Ordinario di Genova – VI Sezione Civile – RG n. 11791/2013 – Sentenza del 23/05/2016. – G.O.P. avv. Alessandro Mauceri)**

Deve essere riconosciuta l'antigiuridicità della condotta tenuta da una banca che, come nel caso oggetto della presente controversia, continuando a segnalare un debito in sofferenza per un anno dall'effettiva sua pacifica estinzione, ha conferito pubblicità interbancaria ad un non reale protrarsi dell'insolvenza del debitore

La condotta della banca che ha effettuato un'erronea segnalazione alla centrale rischi può integrare uno specifico titolo di una sua responsabilità verso i correntisti, in quanto il mancato rispetto delle regole di cautela individuate dall'ordinamento professionale risulta uno specifico indice sia della sussistenza di colpa rilevante ex art.2043 c.c. sia della violazione dei canoni di correttezza e buona fede, che devono essere intesi come fonte di integrazione del contratto, richiesti nello svolgimento di



ogni rapporto obbligatorio secondo le norme generali ex art.1715 c.c.( responsabilità per le obbligazioni di terzi), 1374 c.c. ( integrazione del contratto) e 1375 c.c. (esecuzione di buona fede) cfr. Trib.Lecce sent.n.46/2005; Trib. di Napoli II Sez.Civ. sent. del 29/11/2013 in proc. N.R.G. 10051/2011.

Il danno da illegittima segnalazione presso Centrale Rischii si profila sia nell'ipotesi di c.d. errore nella segnalazione di categoria (cioè a sofferenza e non ad incaglio, ecc.) sia nel c.d. errore di quantificazione della presunta esposizione.

Più grave è il primo errore, in quanto comporta la preclusione del credito, mentre il secondo comporta, nell'ipotesi più lieve, una saturazione del credito, sino all'effettiva impossibilità di ottenere credito. Ovviamente, nella maggior parte delle volte, gli errori convivono.

Il danno da informazione inesatta non si esplica soltanto nella mancata concessione di nuove linee di credito ma anche nella lesione della reputazione personale e commerciale, pregiudicata da un'erronea segnalazione che certamente costituisce causa di discredito del soggetto coinvolto, tanto più ove il discredito avvenga all'interno del sistema creditizio il quale fa fronte comune nella (di norma giustificata) difesa dagli insolventi o da chi è ritenuto tale anche da uno solo degli aderenti.

Ne consegue il discredito patrimoniale del soggetto, idoneo a provocare un danno anche della reputazione imprenditoriale del segnalato.

La Cass. civ. Sez. I, con sentenza del 09/07/2014, n. 15609 si è al riguardo espressa nei seguenti testuali termini:

*In ipotesi di illegittima segnalazione del debitore alla centrale rischi, possono essere risarciti sia il danno non patrimoniale alla persona, anche giuridica, con riguardo ai valori della reputazione e dell'onore (essendo anche i soggetti collettivi titolari dei diritti della personalità a tutela costituzionale ex art. 2 Cost.), sia il danno al patrimonio, che può essere oggetto della prova presuntiva, quale conseguenza per l'imprenditore di un peggioramento della sua affidabilità commerciale, essenziale anche per l'ottenimento e la conservazione dei finanziamenti, con lesione del diritto ad operare sul mercato secondo le regole della libera concorrenza (cfr., per tali principi, le decisioni Cass. 30 agosto 2007, n. 18316; 4 giugno 2007, n. 12929; 18 aprile 2007, n. 9233; 28 giugno 2006, n. 14977; 3 aprile 2001, n. 4881; 23 marzo 1996, n. 2576; v. pure Cass. 18 settembre 2009, n. 20120, in tema di assicurazione contro i danni).*

La Cassazione Civile . Sez. I, con le sentenze del 28/06/2006, n. 14977, Sez. III 18/04/2007, n. 9233 pronunciate in tema di illegittima levata del protesto cambiario, ha stabilito che questa, conferendo pubblicità "ipso facto" all'insolvenza del debitore, non è destinata ad assumere rilevanza solo in un'ottica commerciale-imprenditoriale, ma si risolve in una più complessa vicenda, di indubitabile discredito, tanto personale quanto patrimoniale, così che, ove illegittimamente sollevato e privo di

una conseguente, efficace rettifica, il protesto deve ritenersi idoneo a provocare un danno anche sotto il profilo della lesione dell'onore e della reputazione del protestato come persona, a prescindere dai suoi eventuali interessi commerciali: con la conseguenza che, qualora l'illegittimo protesto venga riconosciuto lesivo di diritti della persona, come quelli sopraindicati, il danno, da ritenersi "in re ipsa", andrà senz'altro risarcito, non incombendo sul danneggiato l'onere di fornire la prova della sua esistenza.

Dalla diversa struttura ontologica tra reputazione economica e reputazione personale deriva una diversa estensione dell'onere probatorio in caso di lesione di esse: infatti, nel caso in cui si versi in ipotesi di lesione della reputazione commerciale e non di mera lesione dell'onore e della reputazione personale deve provarsi oltre all'evento lesivo, anche il pregiudizio economico conseguente. ( in tal senso Cass. civ. Sez. III, 03/04/2001, n. 4881)

- **Obbligazioni naturali e ripetizione delle somme versate**

**(Tribunale Ordinario di Genova – VI Sezione Civile – RG n. 1335/2021 – Sentenza dell'11/06/2023. – Giudice dott. Chiara Russo)**

Per inquadrare la domanda proposta da parte attrice di condanna dei convenuti alla restituzione delle somme versate durante la convivenza con la Masetti e in ragione di essa – in particolare a titolo di ristrutturazione della casa familiare, acquisto di beni di consumo e di arredi- occorre premettere che è consolidato l'orientamento della giurisprudenza di legittimità che le considera non ripetibili in quanto esse costituiscono adempimento di obbligazioni naturali, purchè non travalichino i limiti di proporzionalità e adeguatezza.

Si legga sul punto quanto statuito da ultimo da Cass., ordinanza n. 18721/2021, in parte motiva: “(...) *un'attribuzione patrimoniale a favore del convivente more uxorio può configurarsi come adempimento di un'obbligazione naturale allorché la prestazione risulti adeguata alle circostanze e proporzionata all'entità del patrimonio e alle condizioni sociali del solvens* (Cass. n. 3713 Ric. 2019 n. 33302 del 13/03/2003; Cass. n. 14732 del 07/06/2018; Cass. n. 11303 del 12/06/2020). A monte vi è da considerare che «L'azione generale di arricchimento ha come presupposto la locupletazione di un soggetto a danno dell'altro che sia avvenuta senza giusta causa, sicché non è dato invocare la mancanza o l'ingiustizia della causa qualora l'arricchimento sia conseguenza di un contratto, di un impoverimento remunerato, di un atto di liberalità o dell'adempimento di un'obbligazione naturale. È, pertanto, possibile configurare l'ingiustizia dell'arricchimento da parte di un convivente more

*uxorio nei confronti dell'altro in presenza di prestazioni a vantaggio del primo esulanti dal mero adempimento delle obbligazioni nascenti dal rapporto di convivenza - il cui contenuto va parametrato sulle condizioni sociali e patrimoniali dei componenti della famiglia di fatto - e travalicanti i limiti di proporzionalità e di adeguatezza» (Cass. n. 11330 del 15/05/2009).(…)».*

- **BPF – decesso del cointestatario**

**(Tribunale Ordinario di Genova – VI Sezione Civile – RG n. 14102/2018 – Sentenza del 17/09/2021. – Giudice dott. Gianfranco Di Rago)**

La Suprema Corte di Cassazione con ordinanza della Sezione I Civile n. 11137 del 10/06/2020, pur ritenendo corretta la ricostruzione operata dal Giudice di merito in ordine alla successione delle norme che regolano la materia e all'applicabilità al caso di specie della disciplina contenuta nel DPR n. 156/73 e nell'art. 208 del Regolamento di attuazione di cui al DPR n. 256/89 (il quale prevede in via ordinaria che "i buoni sono rimborsabili a vista presso l'ufficio di emissione per capitale ed interessi"), ha evidenziato come l'ipotesi del decesso di uno dei cointestatari del BPF non risulti regolata dalla normativa citata e debba pertanto essere risolta in base ai principi generali. La Suprema Corte ha quindi ritenuto che, in assenza di specifica disciplina per il rimborso, si debba fare applicazione dell'art. 187, comma 1, del Regolamento di attuazione di cui al DPR n. 256/89, anch'esso relativo ai libretti di risparmio postale, ma applicabile anche ai buoni postali fruttiferi per effetto del rinvio di cui all'art. 203, comma 1, del Regolamento medesimo, secondo il quale "il rimborso a saldo del credito del libretto (...) cointestato anche con la clausola di pari facoltà a due o più persone, una delle quali sia deceduta, viene eseguito con quietanza di tutti gli aventi diritto".

- **Legittimazione del singolo coerede a riscuotere l'intero credito ereditario**

**(Tribunale Ordinario di Genova – VI Sezione Civile – RG n. 5029/2019 e RG n. 5982/2019 – Sentenza n. 2501 del 16/11/2021 – pubbl. il 18/11/2021 – G.O.P. avv. Alessandro Mauceri)**

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza interpretativa n.27417/2017 della sentenza n. 24657/2007 del Giudice di legittimità in ordine alla corretta individuazione della disciplina

applicabile ai crediti ereditari hanno ritenuto che gli stessi cadano in comunione e che debbano quindi essere divisi alla stregua delle altre componenti attive dell'asse.

I giudici di legittimità si sono al riguardo così espressi nella sentenza n.27417/2017. Tuttavia, difformemente da quanto opinato dalla Corte veneziana, si è anche sostenuto che ogni coerede ha il diritto di chiedere la riscossione dell'intero credito ovvero della quota di sua spettanza, e senza che ciò implichi la necessaria partecipazione al giudizio degli altri coeredi, essendosi esclusa la ricorrenza di una fattispecie di litisconsorzio necessario.

[...] Deve pertanto ribadirsi, in adesione a quanto statuito dalle Sezioni Unite, che ogni coerede può agire anche per l'adempimento del credito ereditario pro quota, e senza che la parte debitrice possa opporsi a dicendo il mancato consenso degli altri coeredi, dovendo trovare risoluzione gli eventuali contrasti insorti tra gli stessi nell'ambito delle questioni da affrontare nell'eventuale giudizio di divisione

- **Supercondominio**
- **Legittimazione dell'amministratore del singolo condominio**

**(Tribunale Ordinario di Genova – VI Sezione Civile – RG n. 985/2016 – Sentenza del 15/11/2018 – G.O.P. avv. Alessandro Mauceri)**

La comunione di un impianto di riscaldamento costituisce un supercondominio, in base all'orientamento della Cassazione che con la sentenza n. 14791 del 03/10/2003, si è pronunciata sulla qualificazione di una fognatura sita nel comune di Genova, in quanto sussiste supercondominio ipso facto, qualora esista un rapporto di accessorietà tra la parte comune e le singole unità immobiliari. La Sentenza Cass. n. 19558 del 26/08/2013 ha stabilito che, in presenza di un supercondominio, la legittimazione degli amministratori di ciascun condominio a compiere gli atti conservativi, si riflette nella facoltà di richiedere le necessarie misure cautelari soltanto per i beni comuni dell'edificio amministrato, non anche per quelli facenti parte del complesso immobiliare composto da più condomini. In questa ipotesi, pertanto, la legittimazione è dei singoli condòmini o dell'amministratore comune.

*...omissis...*

L'amministratore del singolo condominio, pertanto, ha legittimazione ad agire, per conto dei condòmini, soltanto in relazione a quelle parti comuni dell'edificio ricomprese nel sedime della costruzione (condominio verticale) e non per quanto concerne i diritti delle unità immobiliari

esclusive su beni posti al di fuori dell'edificio quali strade, impianti di riscaldamento e fognature, comuni con le unità immobiliari di altri stabili, per le quali sono competenti gli organi del supercondominio.

- **Supercondominio**

**(Tribunale Ordinario di Genova – VI Sezione Civile – RG n. 985/2016 – Sentenza del 15/11/2018 – G.O.P. avv. Alessandro Mauceri)**

Lo stesso termine di supercondominio, coniato dalla dottrina, prima ancora che dalla giurisprudenza, è fuorviante, atteso che suggerisce una struttura verticale che vede, all'apice, l'amministratore delle parti comuni, al di sotto del quale ci sono i singoli amministratori, al di sotto dei quali i singoli condòmini.

Invero il supercondominio si configura, se così si può dire, come uno stato federale, ove gli organi dei singoli stati e potere federale sono singolarmente competenti per le loro rispettive funzioni secondo una struttura orizzontale. Il supercondominio, pertanto, è costituito non dal rapporto di accessorietà tra le parti comuni dei singoli edifici e le parti comuni del complesso, bensì dal rapporto di accessorietà tra le singole unità immobiliari e le parti comuni del complesso, con ciò escludendosi ogni rappresentanza dei singoli amministratori.

Questa è altresì l'interpretazione seguita dal Tribunale di Genova con ordinanza del Presidente di Sezione dott. Luigi Costanzo del 17/11/2014, R.G. 4843/14 e ordinanza del Presidente di Sezione dott. Renato Delucchi del 16/03/2016 R.G. 15041/15

- **Spese urgenti in materia di condominio**

**(Tribunale Ordinario di Genova – VI Sezione Civile – RG n. 985/2016 – Sentenza del 15/11/2018 – G.O.P. avv. Alessandro Mauceri)**

Secondo giurisprudenza consolidata deve ritenersi "urgente" la spesa la cui erogazione non può essere differita, senza danno o pericolo, fino a quando l'amministratore o l'assemblea dei condomini possano utilmente provvedere (in senso conforme si vedano Cass. Civ. n. 4330/2012, Cass. Civ. n. 27519/2011, Cass. 9743/2010 e Cass. SSUU 2046/2006).

La prova dell'indifferibilità incombe sul singolo partecipante al condominio o al supercondominio. Egli deve dimostrare la sussistenza delle condizioni che imponevano di provvedere senza ritardo e che impedivano di avvertire tempestivamente e preventivamente l'amministratore o gli altri condomini.

- **Mediazione obbligatoria**
- **La forma della procura conferita al rappresentante in caso di impedimento a presenziare personalmente al procedimento di mediazione**

**(Tribunale Ordinario di Genova – VI Sezione Civile – RG n. 3731/2018 – Sentenza del 14/02/2022 – G.O.P. avv. Alessandro Mauceri)**

Ai procedimenti di mediazione le parti devono partecipare personalmente, salvo gravi, eccezionali e documentati motivi.

In tali casi si deve trattare di motivi eccezionali, gravi e che non siano transitori (in tal caso verrà infatti richiesto un differimento dell'incontro di mediazione, al fine di far intervenire la parte personalmente). In caso di gravi, documentati ed eccezionali motivi la parte può delegare un terzo ovvero il proprio avvocato a conoscenza dei fatti del procedimento conferendogli all'uopo poteri sostanziali con procura notarile.

- ***Mutatio libelli***

**(Tribunale Ordinario di Genova – VI Sezione Civile – RG n. 11200/2011 – Sentenza n. 760 - 20/03/2017– G.O.P. avv. Alessandro Mauceri)**

Nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo il creditore ha la facoltà di modificare la domanda proposta in via monitoria, essendogli consentita l'emendatio libelli ma assolutamente non gli è consentita la c.d. mutatio libelli. La modificazione della domanda, consentita ai sensi dell'art. 183 c.p.c. può riguardare uno o entrambi gli elementi della domanda, il petitum e la causa petendi, sempre che la domanda così modificata risulti comunque connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e senza che, perciò solo, si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte, ovvero l'allungamento dei termini processuali. Tale possibilità è finalizzata a consentire

che si concentrino, in un unico processo e dinnanzi allo stesso giudice, delle controversie aventi ad oggetto la medesima vicenda sostanziale, piuttosto che determinare la potenziale proliferazione dei processi. Cass. civ. Sez. II, 01/03/2016, n. 4051 ( applicazione nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo dell'arresto giurisprudenziale di cui alla sentenza Cass. civ. Sez. Unite, 15/06/2015, n. 12310)

[...]

Deve essere giudicata inammissibile una mutatio della causa petendi in sede di II memoria ex art. 183 VI co. CPC che comporta una pretesa di pagamento per lavori riferiti a contratti diversi da quello di cui alla domanda avanzata in sede monitoria.

- **Nullità citazione**

**(Tribunale di Genova – VI Sezione Civile – RG n. 5173/2018 – Sentenza n. 2825 del 9/12/2022 – pubbl. 14/12/2022– Giudice dott. Raffaella Gabriel)**

A mente del consolidato indirizzo giurisprudenziale, ai fini della declaratoria di nullità per omessa determinazione dell'oggetto della domanda della citazione, occorre che il *petitum* sia del tutto omesso o risulti assolutamente incerto e ciò non può dirsi nel caso in cui dall'esame del contenuto della domanda siano comunque ben delineabili le pretese attoree, nonché i fatti costitutivi posti a fondamento delle stesse e che questi elementi abbiano concesso al convenuto lo svolgimento di adeguate difese. La Corte di Cassazione, infatti, afferma che *“la declaratoria di nullità della citazione per omissione o assoluta incertezza del petitum postula una valutazione da compiersi caso per caso, nel rispetto di alcuni criteri di ordine generale, occorrendo, da un canto, tener conto che l'identificazione dell'oggetto della domanda va operata avendo riguardo all'insieme delle indicazioni contenute nell'atto di citazione e dei documenti ad esso allegati, dall'altro, che l'oggetto deve risultare "assolutamente" incerto; in particolare, quest'ultimo elemento deve essere vagliato in coerenza con la ragione ispiratrice della norma che impone all'attore di specificare sin dall'atto introduttivo, a pena di nullità, l'oggetto della sua domanda, ragione che, principalmente, risiede nell'esigenza di porre immediatamente il convenuto nelle condizioni di apprestare adeguate e puntuali difese (prima ancora che di offrire al giudice l'immediata contezza del thema decidendum); con la conseguenza che non potrà prescindersi, nel valutare il grado di incertezza della domanda, dalla natura del relativo oggetto e dalla relazione in cui, con esso, si trovi eventualmente la controparte (se tale, cioè, da consentire, comunque, un'agevole individuazione di quanto l'attore richiede e delle ragioni per*

*cui lo fa, o se, viceversa, tale da rendere effettivamente difficile, in difetto di maggiori specificazioni, l'approntamento di una precisa linea di difesa*) (Cass. civ. Sez. II sent. 29/01/2015 n. 1681).

- **Contratto di mandato**

**(Tribunale di Genova – VI Sezione Civile – RG n. 5173/2018 – Sentenza n. 2825 del 9/12/2022 – pubbl. 14/12/2022– Giudice dott. Raffaella Gabriel)**

L'accertamento della riconducibilità di una concreta fattispecie negoziale al tipo legale del mandato, definito dall'art. 1703 c.c., postula che le obbligazioni assunte dal mandatario trovino la propria fonte in un rapporto contrattuale che obbliga una parte a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra, e che il mandatario assume un vero e proprio obbligo di curare l'affare altrui. Sulle modalità di stipula, si noti che, secondo la miglior dottrina, il mandato non è un contratto formale, cosicché è ammissibile la conclusione per comportamento concludente ma deve escludersi la possibilità di un mandato presunto, desumibile cioè dal comportamento del mandatario a cui si accompagna il silenzio del mandante.

- *Negotiorum gestio*

**(Tribunale di Genova – VI Sezione Civile – RG n. 5173/2018 – Sentenza n. 2825 del 9/12/2022 – pubbl. 14/12/2022– Giudice dott. Raffaella Gabriel)**

L'istituto della *negotiorum gestio* è un fatto giuridico volontario che rientra tra i fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità alla legge, il cui fondamento viene ravvisato nella funzione solidaristica che giustifica l'ingerenza di un soggetto nella sfera giuridica altrui. La causa di solidarietà che permea l'istituto *de quo* giustifica la gratuità dell'obbligazione assunta dal gestore, negandogli un compenso per l'opera svolta e riconoscendogli unicamente un rimborso delle spese sostenute per la sua attività. Grava sul gestore l'onere di allegare e provare le spese sostenute e il loro ammontare.

- **Sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa**



**(Tribunale di Genova – VI Sezione Civile – RG n. 5173/2018 – Sentenza n. 2825 del 9/12/2022 – pubbl. 14/12/2022– Giudice dott. Raffaella Gabriel)**

Sulla scorta di un consolidato orientamento giurisprudenziale, *"è ammissibile la domanda di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c. proposta, in via subordinata, con la prima memoria ex art. 183 c.p.c., comma 6, nel corso del processo introdotto con domanda di adempimento contrattuale, qualora si riferisca alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, trattandosi di domanda comunque connessa (per incompatibilità) a quella inizialmente formulata"*. (Cass. S.U. 22404/2018). Sotto questo profilo, quindi, la domanda di arricchimento senza causa, proposta da parte attrice nella memoria ex art. 183 comma 6 n. 1 cpc, è ammissibile. Tuttavia l'art. 2042 cc prevede che *"l'azione di arricchimento senza causa non è proponibile quando il danneggiato può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito"*. La Suprema Corte ha delineato la portata della sussidiarietà nei termini che seguono: *"... l'azione di arricchimento può essere valutata, se proposta in via subordinata rispetto all'azione contrattuale spiegata in via principale, soltanto qualora quest'ultima sia rigettata per un difetto del titolo posto a suo fondamento, ma non anche nel caso (corrispondente a quello in esame) in cui sia stata proposta domanda ordinaria, fondata su titolo contrattuale, senza offrire prove sufficienti all'accoglimento (Sez. 3, Sentenza n. 6295 del 13/03/2013). Ciò in applicazione del principio ormai consolidato secondo cui l'azione di arricchimento senza causa ha carattere sussidiario ed è quindi inammissibile, ai sensi dell'art. 2042 c.c., allorché chi la eserciti, secondo una valutazione da compiersi in astratto e perciò prescindendo dalla previsione del suo esito, possa esercitare un'altra azione per farsi indennizzare il pregiudizio subito (Sez. U, Sentenza n. 28042 del 25/11/2008; conf. Sez. L, Sentenza n. 25461 del 16/12/2010). Orbene, l'azione di indebito arricchimento è esperibile solo quando l'arricchimento di un soggetto e la corrispondente diminuzione patrimoniale di un altro siano legati tra loro da necessaria interdipendenza, sicché siano riconducibili ad un unico fatto generatore in assenza di una giustificazione per ciascuno di essi (si vedano sul punto Cass. n. 8487/2003; n. 16305/2018)"* (Cass. 11682/2018 in motivazione, conforme a Cass. 6295/2013 e confermata da Cass. 14944/2022).

V. anche Sez. U. 26128/2010.

- **Ricognizione di debito**

**(Tribunale Ordinario di Genova – VI Sezione Civile – cause civili riunite RG n. 3917/2017 e RG n. 9016/2017– Sentenza dell’1/11/2021– G.O.P. avv. Alessandro Mauceri)**

La ricognizione di debito non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma ha solo effetto confermativo di un preesistente rapporto fondamentale, determinando, ex art. 1988 c.c., un'astrazione meramente processuale della causa debendi, da cui deriva una semplice relevatio ab onere probandi che dispensa il destinatario della dichiarazione dall'onere di provare quel rapporto, che si presume fino a prova contraria, ma dalla cui esistenza o validità non può prescindere sotto il profilo sostanziale, venendo, così, meno ogni effetto vincolante della ricognizione stessa ove rimanga giudizialmente provato che il rapporto suddetto non è mai sorto, o è invalido, o si è estinto, ovvero che esista una condizione o un altro elemento ad esso attinente che possa comunque incidere sull'obbligazione derivante dal riconoscimento. In tal senso univocamente la giurisprudenza di legittimità e di merito- Cfr. fra tutte Cass. civ. Sez. I Sent., 13/10/2016, n. 20689; Tribunale Pavia Sez. III Sent., 12/01/2021 Corte d'Appello Torino Sez. II Sent., 10/09/2020 Tribunale Milano Sez. I Sent., 06/12/2018 Tribunale Trento, 27/03/2017 Tribunale Aosta, 27/10/2017 Tribunale Bari Sez. II Sent., 24/02/2009. Dunque, secondo l’unanime orientamento della giurisprudenza di legittimità e di merito la ricognizione di debito ex art. 1988 cc, perde efficacia anche quando il dichiarante dimostri che il rapporto ad essa sottostante è invalido

- **Nullità contratto di mediazione**

**(Tribunale Ordinario di Genova – VI Sezione Civile – cause civili riunite RG n. 3917/2017 e RG n. 9016/2017– Sentenza dell’1/11/2021 – G.O.P. avv. Alessandro Mauceri)**

Il contratto di mediazione stipulato con un soggetto non iscritto nel ruolo degli agenti di affari in mediazione, invero, è nullo per contrarietà a norma imperativa di ordine pubblico, come si desume dall'art. 8 della citata legge, che commina una sanzione amministrativa per l'esercizio della mediazione in assenza di iscrizione al ruolo ed impone al mediatore l'obbligo della restituzione della somma ricevuta, con conseguente nullità di ogni diverso accordo. L'esclusione di ogni possibilità di conseguire un compenso per l'attività svolta da un soggetto non iscritto, per effetto della predetta nullità, preclude anche l'ammissibilità dell'azione di arricchimento senza causa, poiché l'esigenza perequativa alla base dell'azione stessa presuppone la meritevolezza dell'interesse, insussistente in ipotesi di nullità per contrarietà a norme imperative. Tribunale Trento, 02/10/2012.