

GIURIMETRICA

RIVISTA DI DIRITTO, BANCA E FINANZA

ANNO 2 NUMERO 1 – GENNAIO/GIUGNO 2016

DIRETTORE RESPONSABILE
Marco Rossi

DIREZIONE SCIENTIFICA
Angelo Aldo Dolmetta
Andrea Ferrari
Giovanni Gallone
Emilio Girino
Giacchino La Rocca
Massimo Lembo
Maddalena Mandarà
Marcello Minenna
Giovanni Tartaglia Polcini
Massimo Rossi

.alma[®]
iura
A VIA PER VIA

• alma[®] iura

A VIA PER VIA

© Centro studi Alma Iura srl

Redazione: Barbara Stocchero

Editore: Centro Studi Alma Iura srl
Centro per la formazione e gli studi giuridici bancari e finanziari
Vicolo San Bernardino 5 A
37123 Verona
Tel. 045/80.33.707
Fax 045/80.26.328
Internet: www.almaiura.it
E-mail: redazione@almaiura.it

Testata registrata presso il Tribunale di Verona n. 2029

Editore registrato presso il Registro dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Numero di iscrizione al ROC: 26044

Stampa: Verona, Italia

Numeri arretrati Tel. 045.80.33.707 redazione@almaiura.it Distribuzione Centro Studi Alma Iura srl

Per inserire la tua pubblicità Tel. 045.80.33.707 redazione@almaiura.it

Quest'opera è protetta dalla legge sul diritto d'autore e la sua riproduzione è ammessa solo ed esclusivamente nei limiti stabiliti dalla stessa.

Tutti i diritti, in particolare quelli relativi alla traduzione, alla ristampa, all'utilizzo d'illustrazioni e tabelle, alla citazione orale, alla trasmissione radiofonica o televisiva, alla registrazione su microfilm o in database, o alla riproduzione in qualsiasi altra forma (stampata o elettronica) rimangono riservati anche nel caso di utilizzo parziale. La violazione delle norme comporta le sanzioni previste dalla legge.

L'utilizzo in questa pubblicazione di denominazioni generiche, nomi commerciali, marchi registrati, ecc. anche se non specificatamente identificati, non implica che tali denominazioni o marchi non siano protetti dalle relative leggi e regolamenti.

SOMMARIO

PARTE PRIMA

OPINIONI

JEAN-CLAUDE TRICHET, <i>Per una cultura bancaria più etica</i>	1
MASSIMO LEMBO, <i>Nuovo concordato preventivo. Sospensione feriale dei termini e loro proroga</i>	3
GIOVANNI GALLONE, <i>Il tasso minimo e i “derivati incorporati”, o presunti tali, nei contratti bancari e commerciali: riflessioni tecniche oltre l'opzione floor vanilla</i>	9
LUCA MASSALONGO, <i>Lo strano caso del visto del funzionario di banca in relazione al requisito della forma scritta ad substantiam nei contratti bancari</i>	25

PARTE SECONDA

NOTA A SENTENZA

ELISABETTA ROMANI, <i>Il collegamento negoziale del contratto di leasing e la tutela dell'utilizzatore (Corte di Cassazione, 5 ottobre 2015, n. 19785)</i>	39
--	----

GIURISPRUDENZA E MASSIME

<i>Corte di Cassazione, 5 ottobre 2015, n. 19785</i>	50
<i>Corte di Cassazione, 7 settembre 2015, n. 17740</i>	65
<i>Corte di Cassazione, 18 maggio 2015, n. 10095</i>	69
<i>Tribunale di Asti, Sez. Civile, 1 luglio 2015</i>	73
<i>Tribunale di Verona, ordinanza 28 gennaio 2016</i>	76

NORME REDAZIONALI GENERALI

Per la sezione «Saggi» e «Commenti» verranno presi in considerazione solamente contributi originali e inediti.

I contributi dovranno essere spediti via email all'indirizzo redazione@almaiura.it esclusivamente in formato Microsoft Word (con estensioni doc o docx), accompagnati da una versione in formato pdf.

L'invio del contributo comporta l'impegno dell'Autore a non pubblicarlo altrove – nella sua integrità o anche solo in parte – senza previa autorizzazione della Redazione.

Il testo dovrà essere accompagnato:

- da indirizzo, recapito telefonico fisso e mobile e indirizzo di email dell'Autore validi;
- dall'indicazione dell'ente/istituzione di appartenenza dell'Autore;
- dalla traduzione in inglese del titolo;
- da una fototessera dell'Autore in alta definizione (jpeg).

VESTE GRAFICA

L'articolo dovrà essere scritto in corpo 9, interlinea 1, giustificato, rientro di 0,5 cm prima riga di ogni capoverso.

Titolo del saggio: corpo 9, tutto maiuscole, centrato, in grassetto.

Nome dell'Autore: corpo 9, centrato sotto il titolo, in grassetto e deve essere corredato da rinvio a piè di pagina (con simbolo *) contenente una breve descrizione del profilo (es.: Mario Rossi, avvocato, managing partner dello studio legale Petrini & Rossi di Savona. Si occupa di diritto bancario e finanziario).

Titoli paragrafi: corpo 9, grassetto, allineato a sinistra; 2 interlinee bianche sopra e 1 sotto.

Titoli sotto paragrafi: corsivo, corpo 9, allineato a sinistra, 2 interlinee bianche sopra e 1 sotto.

È necessario suddividere il testo in paragrafi – ed eventualmente in sotto paragrafi – con numerazione in numeri arabi (es.: 1, 1.1, 1.2).

Le pagine dovranno essere numerate progressivamente, in basso a destra, con numeri arabi.

Dopo il nome dell'Autore, è necessario inserire il sommario tradizionale secondo il seguente modello: Sommario: 1. Il mutuo. - 2. Il piano di ammortamento alla francese ecc.

Le parole straniere di uso non comune dovranno essere scritte in corsivo. Non quelle di uso comune (es.: swap e non *swap*; manager e non *manager*).

Per le citazioni usare le virgolette «a sergente». Qualora il testo citato contenga delle virgolette, saranno utilizzate quelle "inglesi" (alte a doppio apice). Il testo citato dovrà rispettare i caratteri tondi e corsivi dell'originale.

Per gli incisi, l'Autore potrà utilizzare i trattini – come in questo caso – preceduti e seguiti da uno spazio, oppure, alternativamente, le parentesi tonde (come in questo caso).

CITAZIONI E NOTE A PIÈ DI PAGINA

Note a piè di pagina: corpo 8, interlinea singola. Non sono ammessi a capo.

Per l'indicazione delle note a piè di pagina l'Autore utilizzerà la numerazione progressiva e continua per l'intero testo. Non usare il formato anglosassone con Autore seguito dall'anno e rinvio alla bibliografia finale.

I nomi degli Autori andrà in maiuscoletto (non maiuscolo) (es.: ALPA e non ALPA).

Le citazioni delle opere dovranno seguire il seguente schema:

Dolmetta [A. A.], *Trasparenza dei prodotti bancari*, Bologna, Zanichelli, 2013, 110 e ss.

Rossi [M.], *I contratti derivati e il letto di Procuste della speculazione. Tra dike giuridica e hybris di mercato*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Milano, Giuffrè, 2013, 749 – 793.

Bombelli [M.], Iato [M.], *La forma del contratto di mutuo*, in G. Cassano (a cura di), *Il mutuo. Il sistema delle tutele*, Padova, Cedam, 2009, 39 – 80.

Weber [M.], *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1920; trad. it. *Economia e società*, Milano, Comunità, 1968, vol. I, parte II, cap. V, 433.

“Comma” e “commi” possono essere scritti “co.”.

Gli articoli di legge dovranno essere citati nel seguente modo: art. 2321 cc.; art. 1469-bis, co. 3, n. 3, cc.

Citare le legge nei seguenti due modi alternativi: L. 21/1990; Legge 10 ottobre 1990, n. 287.

Le sentenza dovranno essere citate in questo modo: Tribunale di Milano, Sez. IV, 10 ottobre 1991, n. 212; Cass. civ., Sez. III, 19 settembre 1983, n. 12345.

Ogni URL indicato dovrà essere verificato al fine di garantire che sia ancora attivo nel momento in cui l'articolo verrà inviato alla rivista e andrà citato senza link attivo nel seguente modo: su <http://www.ssrn.com> e in parentesi tonda la data in cui è stato verificato l'ultima volta (10 ottobre 2013).

Per non appesantire l'ingombro delle note si utilizza una serie di abbreviazioni: v., cfr., vol., ecc.

Nelle note si usano altresì le seguenti espressioni:

Idem o Id. = lo stesso Autore appena citato (cioè citati nella stessa nota o nota precedente);

Ivi = nello stesso libro o saggio appena citati (stessa nota o nota precedente);

Ibidem = nello stesso libro o saggio alla stessa pagina appena citati (stessa nota o nota precedente);

op. cit. = se si cita nuovamente l'unica opera dell'Autore presente nell'intero corpo delle note (e quindi non si ripete il titolo);

cit. = si fa seguire al titolo di un'opera se di quello stesso Autore sono citate più opere nell'intero corpo delle note.

DOUBLE-BLIND PEER REVIEW

• I contributi destinati alla sezione «Saggi» e «Commenti» verranno sottoposti a doppio referaggio anonimo. Verranno quindi inviati a due Referee di comprovata competenza ed esperienza, scelti dalla Direzione e dal Comitato scientifico tra i membri del “Comitato di referaggio”.

- L'Autore riceverà per ciascun Referee una scheda con le eventuali osservazioni e con i suggerimenti proposti per migliorare il manoscritto.
- L'Autore potrà decidere se accettare, in tutto o in parte, o meno i suggerimenti dei Referee. L'Autore dovrà quindi inviare nuovamente alla Rivista l'articolo accompagnato da una lettera in cui spiegherà se ha accolto o meno i suggerimenti dei Referee e in caso di mancato accoglimento le ragioni del rifiuto.
- La decisione definitiva sulla pubblicazione del saggio spetterà alla Direzione e al Comitato scientifico.
- In caso di accoglimento per la pubblicazione, l'Autore dovrà inviare le bozze definitive dell'articolo unitamente a una lettera con la quale concederà alla Rivista e al suo Editore l'esercizio esclusivo di tutti i diritti sul manoscritto.

MASSIMAZIONE

- La ricerca dei documenti da massimare riveste un'importanza determinante per la qualità dell'informazione che viene fornita attraverso la Rivista.
- Tutti i documenti vanno intestati come segue: organo emittente o decidente, estremi di data (giorno, mese, anno: per esteso: 12 aprile 2004), numero del provvedimento, indicazione del presidente e/o dell'estensore.
- Alla stesura della massima segue la formulazione del neretto, che rappresenta il sunto della massima stessa. Ad ogni massima corrisponde un neretto da collocare prima della massima e dopo l'intestazione del documento.
- Evitare le parentesi nel corpo del neretto. La prima parola del neretto deve indicare la materia a cui la massima si riferisce. Alla prima parola seguono altre parole o espressioni – separate fra loro da lineette – che valgono a costituire il sunto della massima.

PRINCIPI ETICI

La Direzione della Rivista e il Comitato Scientifico avranno la decisione definitiva in ordine all'opportunità o meno di pubblicare gli articoli sottoposti alla Rivista. Nel processo di valutazione non potrà essere fatta alcuna discriminazione per alcun motivo, e, in particolare, per motivi di razza, sesso, orientamento sessuale, credo religioso, origine etnica, cittadinanza, posizione scientifica o politica degli Autori. Su ogni informazione riguardante il manoscritto il Direttore e i membri del Comitato scientifico e del Comitato di Referaggio sono tenuti al segreto verso terzi e i manoscritti inediti non potranno essere utilizzati dai membri della Rivista per proprie ricerche senza il previo consenso dell'autore. Se i membri della Rivista dovessero rilevare o ricevere segnalazioni in ordine a errori o inesattezze in un articolo ovvero segnalazioni di plagio, ne daranno immediata comunicazione all'Editore il quale, dopo aver interloquuto con l'Autore, provvederà ad assumere le decisioni del caso.

I Referee dovranno accettare l'incarico solo se ritengono di averne le competenze e solo se ritengono di poter provvedere al referaggio entro un congruo tempo dal ricevimento del manoscritto anonimo (in linea di massima 30 giorni). I Referee dovranno mantenere il più

stretto riservo sui documenti ricevuti e dovranno procedere al referaggio con obiettività e senza farsi influenzare dalle eventuali proprie opinioni divergenti con quelle dell'Autore. Sono vietate le osservazioni offensive o poco rispettose nei confronti dell'Autore e del suo manoscritto. Le osservazioni dovranno essere fatte in modo chiaro e documentato. Il Referee dovrà comunicare alla Rivista se vi sia qualche somiglianza tra il saggio sottoposto a revisione e qualche altro documento di cui ha conoscenza.

Gli Autori devono garantire che le loro opere siano inedite e frutto del proprio personale lavoro di ricerca. Ogni lavoro o frase di altri Autori dovrà essere sempre citato puntualmente. I testi sottoposti a referaggio della Rivista non devono essere sottoposti ad altre Riviste ai fini di pubblicazione. Quando il manoscritto verrà accettato per la pubblicazione, tutti i diritti di sfruttamento economico, senza limiti di spazio e con tutte le modalità e le tecnologie attualmente esistenti e/o in futuro sviluppate, saranno trasferiti all'Editore della Rivista. L'Autore s'impegna a indicare come co-autori tutti gli altri autori del manoscritto e a citare nei ringraziamenti coloro i quali abbiano contribuito in qualche modo alla redazione dello stesso. Gli autori devono indicare nel manoscritto ogni forma di sostegno finanziario ricevuto per la redazione del manoscritto.

ABBREVIAZIONI

I. ENCICLOPEDIA. RIVISTE

<i>Archivio civile</i>	<i>Arch. civ.</i>
<i>Analisi Giuridica dell'Economia</i>	<i>AGE</i>
<i>Banca, borsa e titoli di credito</i>	<i>Banca borsa tit. credito</i>
<i>Banca, impresa e società</i>	<i>Banca impresa soc.</i>
<i>Bancaria</i>	<i>Banc.</i>
<i>Banche e banchieri</i>	<i>Banche e banc.</i>
<i>Contratto e impresa</i>	<i>Contr. e impr.</i>
<i>Contratti</i>	<i>Contr.</i>
<i>Corriere giuridico</i>	<i>Corr. giur.</i>
<i>Digesto IV ed.</i>	<i>D. disc. priv., sez. comm.</i>
	<i>D. disc. priv., sez. civ.</i>
	<i>D. disc. Pen.</i>
	<i>D. disc. pubbl.</i>
<i>Diritto amministrativo</i>	<i>Dir. amm.</i>
<i>Diritto della banca e dei mercati finanziari</i>	<i>Dir. banc. merc. fin.</i>
<i>Diritto del commercio internazionale</i>	<i>Dir. comm. int.</i>
<i>Diritto dell'economia</i>	<i>Dir. econ.</i>
<i>Diritto e pratica nell'assicurazione</i>	<i>Dir. e prat. assic.</i>
<i>Diritto fallimentare (e delle società commerciali)</i>	<i>Dir. fall.</i>
<i>Diritto e giurisprudenza</i>	<i>Dir. e giur.</i>
<i>Diritto industriale</i>	<i>Dir. ind.</i>
<i>Diritto dell'informazione e dell'informatica</i>	<i>Dir. inform.</i>
<i>Economia e credito</i>	<i>Econ. e cred.</i>
<i>Enciclopedia del diritto</i>	<i>Enc. dir.</i>

<i>Enciclopedia giuridica (Treccani)</i>	<i>Enc. giur.</i>
<i>Europa e diritto privato</i>	<i>Europa e dir. priv.</i>
<i>Fallimento (il)</i>	<i>Fallimento</i>
<i>Foro italiano (il)</i>	<i>Foro it.</i>
<i>Foro napoletano (il)</i>	<i>Foro nap.</i>
<i>Foro padano (il)</i>	<i>Foro pad.</i>
<i>Giurimetrica. Rivista di diritto, banca e finanza</i>	<i>questa Rivista</i>
<i>Giurisprudenza commerciale</i>	<i>Giur. comm.</i>
<i>Giurisprudenza costituzionale</i>	<i>Giur. cost.</i>
<i>Giurisprudenza italiana</i>	<i>Giur. it.</i>
<i>Giurisprudenza di merito</i>	<i>Giur. merito</i>
<i>Giustizia civile</i>	<i>Giust. civ.</i>
<i>Jus</i>	<i>Jus</i>
<i>Notariato (Il)</i>	<i>Notariato</i>
<i>Novissimo Digesto italiano</i>	<i>Noviss. Digesto it.</i>
<i>Nuova giurisprudenza civile commentata</i>	<i>Nuova giur. civ. comm.</i>
<i>Nuove leggi civili commentate (le)</i>	<i>Nuove leggi civ.</i>
<i>Quadrimestre</i>	<i>Quadr.</i>
<i>Rassegna di diritto civile</i>	<i>Rass. dir. civ.</i>
<i>Rassegna di diritto pubblico</i>	<i>Rass. dir. pubbl.</i>
<i>Rivista bancaria</i>	<i>Riv. banc.</i>
<i>Rivista critica di diritto privato</i>	<i>Riv. crit. dir. priv.</i>
<i>Rivista dei dottori commercialisti</i>	<i>Riv. dott. comm.</i>
<i>Rivista del notariato</i>	<i>Riv. not.</i>
<i>Rivista della cooperazione</i>	<i>Riv. coop.</i>
<i>Rivista di diritto civile</i>	<i>Riv. dir. civ.</i>
<i>Rivista del diritto commerciale</i>	<i>Riv. dir. comm.</i>
<i>Rivista di diritto internazionale</i>	<i>Riv. dir. internaz.</i>
<i>Rivista di diritto privato</i>	<i>Riv. dir. priv.</i>
<i>Rivista di diritto processuale</i>	<i>Riv. dir. proc.</i>
<i>Rivista di diritto pubblico</i>	<i>Riv. dir. pubbl.</i>
<i>Rivista di diritto societario</i>	<i>Riv. dir. soc.</i>
<i>Rivista italiana del leasing</i>	<i>Riv. it. leasing</i>
<i>Rivista delle società</i>	<i>Riv. soc.</i>
<i>Rivista giuridica sarda</i>	<i>Riv.giur. sarda.</i>
<i>Società (le)</i>	<i>Società</i>
<i>Vita notarile</i>	<i>Vita not.</i>

II. COMMENTARI e TRATTATI.

Il codice civile. Commentario, diretto da P. Schlesinger, e diretto da F.D. Busnelli, Milano
Commentario del codice civile, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma

Commentario Schlesinger
Commentario Scialoja-Branca

<i>Commentario Scialoja-Branca, legge fallimentare</i> a cura di F. Bricola, F. Galgano, G. Santini, Bologna-Roma	<i>Commentario</i> Scialoja-Branca, I. fall.
<i>S.r.l. Commentario</i> , a cura di A.A. Dolmetta e G. Presti, dedicato a G.B. Portale	<i>Commentario</i> S.r.l. Portale
<i>Trattato di diritto privato</i> , diretto da M. Bessone, Torino	<i>Trattato</i> Bessone
<i>Trattato di diritto privato</i> , diretto da V. Buonocore, Torino	<i>Trattato</i> Buonocore
<i>Trattato di diritto civile e commerciale</i> , già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano	<i>Trattato</i> Cicu-Messineo
<i>Trattato delle società</i> , diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale	<i>Trattato</i> Abbadessa-Portale
<i>Trattato delle società per azioni</i> , diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino	<i>Trattato</i> Colombo-Portale
<i>Trattato di diritto commerciale</i> , diretto da G. Cottino, Padova	<i>Trattato</i> Cottino
<i>Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia</i> , diretto da F. Galgano, Padova	<i>Trattato</i> Galgano
<i>Trattato di diritto privato</i> , a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano	<i>Trattato</i> Iudica-Zatti
<i>Trattato di diritto privato</i> , diretto da P. Rescigno, Torino	<i>Trattato</i> Rescigno
<i>Trattato di diritto civile</i> , diretto da R. Sacco, Torino	<i>Trattato</i> Sacco
<i>Trattato di diritto civile</i> , fondato da F. Vassalli, Torino	<i>Trattato</i> Vassalli
N.B.: va sempre aggiunto l'anno di pubblicazione del volume	

III. FONTI NORMATIVE

Circolare	circ.
Codice civile	c.c.
Codice di commercio	cod. comm.
Convezione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali	Cedu
Costituzione	Cost.
Codice di procedura civile	c.p.c.
Codice penale	c.p.
Codice di procedura penale	c.p.p.
Contratto collettivo nazionale di lavoro	c.c.n.l.
Decreto	d.

Decreto del Pres. del Consiglio dei ministri	d.p.c.m.
Decreto del Pres. della Repubblica	d.p.r.
Decreto interministeriale	d. interm.
Decreto legislativo	d.lgs.
Decreto legge	d.l.
Decreto legge luogotenenziale	d.lgt.
Decreto ministeriale	d.m.
Direttiva	dir.
Disegno di legge	d.d.l.
Disposizioni di attuazione	disp. att.
Disposizioni sulla legge in generale	disp. prel.
Disposizioni transitorie	disp. trans.
Legge assegni	l. ass.
Legge costituzionale	l. cost.
Legge fallimentare	l. fall.
Legge cambiaria	l. camb.
Legge regionale	l. reg.
Regio decreto	r.d.
Regolamento	reg.
Statuto dei lavoratori	st. lav.
Testo unico	t.u.
Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. 1-9-1993, n. 583)	t.u.b.
Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (d.lgs. 24-2-1998, n. 58)	t.u.f.
Trattato che istituisce la Comunità europea	TCE
Trattato sul funzionamento dell'Unione europea	TFUE
Trattato sull'Unione europea	TUE

IV. ABBREVIAZIONI PIÙ COMUNI

allegato	all.
articolo citato	art. cit.
articolo – articoli	art. – artt.
autori vari	Aa.Vv.
Banca centrale europea	Bce
citata (subito dopo il titolo di un testo)	cit.
Comunità economica europea	Cee
Comunità europea	Ce
conforme	conf.
confronta	cfr.
cosiddetta – cosiddetto	cd.
decisione	dec.
deliberazione	delib.
difforme	diff.

e altri	<i>et. al.</i>
eccetera	ecc.
edizione	ed.
esempio	es.
Gazzetta Ufficiale	G.U.
<i>idem</i>	id.
inedito	ined.
massima	mass.
nota del redattore	n.d.r.
nota del traduttore	n.d.t.
nota dell'Autore	n.d.a.
numero – numeri	n. – nn.
opera – opere	op. – opp.
opera già citata	op. cit.
ordinanza	ord.
per questi motivi	p.q.m.
pubblica amministrazione	p.a.
seguinte – seguenti	s. – ss.
sentenza	sent.
Sezione	Sez.
Sezione lavoro	Sez. lav.
Sezioni Unite	Sez. Un./S.U.
società a responsabilità limitata	s.r.l.
società per azioni	s.p.a.
Suprema corte	S.C.
Unione europea	UE
vedi	v.

La sede della Rivista è presso l'Editore Centro Studi Alma Iura srl, Centro per la formazione e gli studi giuridici, bancari e finanziari - Vicolo San Bernardino 5A - 37123 Verona.

COMITATO SCIENTIFICO

Aldo Angelo Dolmetta

Professore Ordinario di diritto privato presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore.

Andrea Ferrari

Professore Ordinario di Economia degli Intermediari Finanziari presso l'Università di Modena e Reggio Emilia.

Giovanni Gallone

Titolare dello Studio Gallone di Milano. B.Sc. Hons. in *Banking and Finance* presso *University of Wales – Cardiff Business School*. Già dirigente nel dipartimento di *fixed income and structured products distribution* presso Deutsche Bank London Branch ed HSBC Milano; *Head of Sales Italy fixed Income and structured derivatives* presso ABN AMRO Bank N.V. London Branch.

Emilio Girino

Avvocato in Milano, Partner dello studio Ghidini, Girino e Associati. Docente del Centro Universitario di Organizzazione Aziendale (CUOA). Editorialista di MF Milano Finanza e opinionista di Class CNBC. Componente effettivo dell'Arbitro Bancario e Finanziario, Collegio di Milano, Sezione Imprese. Presidente dell'Associazione Alunni Collegio Ghislieri.

Gioacchino La Rocca

Professore straordinario di diritto civile presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università Milano–Bicocca. Avvocato del Foro di Novara.

Massimo Lembo

Compliance Officer del Gruppo Veneto Banca. Professore a contratto di diritto bancario e assicurativo presso l'Università di Udine, facoltà di Economia aziendale. Coautore di testi in materia di antiriciclaggio, prodotti assicurativi, prodotti previdenziali, consorzi fidi. Autore di monografie e commenti a sentenze in materia giuridico-finanziaria e fallimentare.

Marcello Minenna

Docente alla London Graduate School of Mathematical Finance, Responsabile dell'Ufficio Analisi Quantitative Consob.

Maddalena Mandarà

Chief Quantitative Analyst del DMDES (Dipartimento di Matematica per il Diritto, l'Economia e le Scienze Finanziarie) del Centro Studi Alma Iura. Laurea in Matematica Applicata con indirizzo economico finanziario presso l'Università di Verona. Specializzata in Metodi Quantitativi per la Finanza presso l'Università di Verona. Già Analista funzionale del Centro Servizi del Banco Popolare, area *Risk Management*. Socio ordinario di AMASES (Associazione per la Matematica Applicata alla Scienze Economiche e Sociali).

Giovanni Tartaglia Polcini

Sostituto Procuratore presso il Tribunale di Benevento. Professore a contratto presso l'Università di Salerno.

Marco Rossi

Avvocato, managing partner dello studio tributario e legale associato Rossi Rossi & Partners. Presidente del Comitato scientifico di Alma lura. Socio ordinario di AMASES (Associazione per la Matematica Applicata alla Scienze Economiche e Sociali). Collaboratore de Il Sole 24 Ore.

Massimo Rossi

Dottore ragioniere commercialista, managing partner dello studio tributario e legale associato Rossi Rossi & Partners, esperto in bilancio e fiscalità d'impresa. Membro del Comitato scientifico e consulente del Dipartimento di Matematica per il Diritto l'Economia e le Scienze Finanziarie del centro studi Alma lura. Autore di articoli su riviste del settore e docente in convegni di alta formazione fiscale e giuridica. Iscritto all'albo dei consulenti tecnici del Tribunale di Verona, svolge attività di ctu e ctp su tutto il territorio nazionale.

COMITATO DI REDAZIONE**Barbara Stocchero**

Laurea in giurisprudenza a pieni voti presso l'Università degli studi di Verona. Referente dell'area formazione ed editoria del Centro Studi Alma lura.

Elisabetta Romani

Avvocato del Foro di Roma. Membro del Comitato di redazione della collana giuridica "Compendi giurisprudenziali", edita da Aracne editrice. Scuola di specializzazione per le professioni legali e laurea in giurisprudenza presso la LUISS Guido Carli di Roma.

PARTE PRIMA

PER UNA CULTURA BANCARIA PIÙ ETICA

JEAN-CLAUDE TRICHET*

WASHINGTON, DC – Le banche e il sistema bancario si basano sulla fiducia, un sentimento che, se da un lato richiede anni per consolidarsi, dall'altro può dissolversi all'improvviso qualora una banca dimostri scarsa etica, povertà di valori e un comportamento scorretto.

Gli eventi che hanno innescato la crisi finanziaria globale del 2008, unitamente agli scandali che sono emersi in seguito – dalla manipolazione del Libor, il tasso di riferimento dei mercati finanziari, alla violazione degli embargo e al riciclaggio di denaro – non rappresentano altro che una serie di fallimenti culturali in seno alle nostre istituzioni finanziarie. Anche se dal periodo della crisi sono state adottate misure importanti per rafforzare il sistema finanziario, questo resta caratterizzato da una profonda debolezza che, per dirla senza mezzi termini, riguarda la cultura dell'assunzione del rischio, ancora prevalente in alcuni dipartimenti delle banche mondiali e nel sistema finanziario stesso.

Troppo spesso, la promessa dei manager delle banche di cambiare la "cultura aziendale" e garantire la buona condotta dei propri impiegati non è stata seguita da una piena attuazione. In troppi casi, le banche non riescono ancora ad adempiere agli obblighi che hanno verso la propria comunità e il pubblico in generale.

È pur vero che il settore bancario sta pagando a caro prezzo i suoi misfatti: multe, contenziosi e inasprimenti normativi sono finora costati circa 300 miliardi di dollari. Ma anche i contribuenti – buoni o cattivi che siano – si sono dovuti fare carico di una serie di costi, sia diretti che indiretti. E, sebbene un gruppetto di "trader furfanti" (e, più recentemente, un manipolatore del Libor) sia finito in carcere, sarebbe troppo ottimistico credere che la punizione sia stata sufficiente per trasformare la cultura bancaria.

Dovendo svolgere un ruolo chiave a sostegno della crescita e dell'occupazione, è fondamentale che le banche e le altre istituzioni finanziarie si adoperino per riconquistare la fiducia del pubblico. Ma come?

Una maggiore regolamentazione non è necessariamente la via migliore: i regolamenti e le norme che definiscono i concetti di "giusto" e "sbagliato" sono al di là della portata di regolatori e organi di controllo. Ma le pressioni per una loro ulteriore elaborazione non potranno che aumentare se le banche non dimostreranno di prendere sul serio la sfida del cambiamento culturale. Purtroppo, fino a oggi, molte di esse hanno adottato un approccio frammentario e poco convincente.

Incrementare la conformità giuridica, tuttavia, non basta. In un nuovo rapporto pubblicato dal Gruppo dei Trenta si afferma che le banche devono fare molto di più e che

* Jean-Claude Trichet, presidente e amministratore delegato del Gruppo dei Trenta, è un ex presidente della Banca centrale europea e un ex governatore della Banque de France.

un cambiamento reale dovrebbe riguardare il nucleo fondamentale delle operazioni bancarie. Gli istituti devono cambiare le pratiche di indennizzo che premiano l'eccesso di rischio, proteggere i denunciatori, assumere e formare il personale in modo conforme all'etica e assicurare che il consiglio di amministrazione svolga un ruolo di controllo più attivo. (Sono convinto che, se si fossero resi conto del vergognoso comportamento perpetrato all'interno di alcune istituzioni, dalla vendita impropria di prodotti al controllo dei prezzi, i consigli di amministrazione sarebbero intervenuti per fermarlo).

Parliamoci chiaro: definire un insieme di valori e sviluppare una cultura organizzativa richiede una tempistica lunga e un grande impegno. Il successo del processo di riforma implica un cambiamento di mentalità nelle persone e l'abitudine all'auto-regolamentazione. Un codice scritto – che enfatizzi i benefici commerciali di una condotta etica nel business, e le conseguenze negative della sua mancata osservanza – forma parte di tale impegno e può aiutare a preservare e rafforzare tale cultura; tuttavia, un codice da solo non è sufficiente.

Richiami e ripetizioni costanti sono essenziali. I lavoratori devono capire istintivamente cosa si può fare e cosa non andrebbe mai fatto, nonché interiorizzare una cultura che dia importanza all'osservanza di elevati standard etici di condotta.

A tal fine, le banche dovrebbero rendere i propri valori e cultura una parte integrante delle decisioni in materia di assunzione, licenziamento e promozione. Di fatto, i valori e la condotta dei cosiddetti "risk-taker" di una banca dovrebbero incidere per il 50% sulla valutazione annuale della performance. L'incapacità di rispettare le norme culturali di una banca dovrebbe avere un impatto sulla carriera di un impiegato e, laddove necessario, deciderne la fine.

Le autorità e i supervisor bancari svolgono anch'essi un ruolo decisivo. Essi devono, infatti, collaborare con i consigli di amministrazione e i dirigenti per garantire che le principali riforme siano implementate e applicate in modo coerente. Un regolare scambio di opinioni tra i funzionari preposti ai controlli e le banche andrebbe visto come un elemento essenziale di questo processo.

I banchieri centrali sono rimasti sgomenti nel constatare l'incapacità di molti istituti di affrontare con decisione i difficili problemi interni legati alla condotta e alla cultura, e ormai la loro preoccupazione ha raggiunto livelli tali per cui non si può più aspettare oltre: o le banche decidono di attuare delle riforme interne, o le autorità pubbliche dovranno intervenire ancor più pesantemente.

Traduzione di Federica Frasca © ProSyn

NUOVO CONCORDATO PREVENTIVO. SOSPENSIONE FERIALE DEI TERMINI E LORO PROROGA

MASSIMO LEMBO*

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Tribunale di Reggio Emilia, decreto 05.08.2013. – 3. Tribunale di Reggio Emilia, decreto 06.03.2013.

1. Introduzione

Il Tribunale di Reggio Emilia affronta e sviluppa una tematica di natura processuale prospettando una ricostruzione organica ed una lettura evolutiva dell'accezione da attribuirsi alla locuzione "termine processuale" riferita al compimento (deposito) di atti non necessariamente connessi all'intervento diretto del professionista proponendo soluzioni differenti a seconda della tipologia e della finalità del singolo atto, anche in relazione alla eventuale proroga del termine. Il Tribunale di Reggio Emilia, nella medesima composizione, si è recentemente pronunciato su due tematiche che presentano, da un lato, profili di contiguità e, dall'altro, che non hanno una normativa specifica e che, conseguentemente, pongono non semplici problemi interpretativi.

2. Tribunale di Reggio Emilia, decreto 05.08.2013

Il primo provvedimento in esame (datato 05.08.2013) affronta la questione della applicabilità o meno della normativa sulla sospensione dei termini nel periodo feriale nell'ipotesi di concordato preventivo "in bianco" (o anche preconcordato) con assegnazione del termine per la presentazione del piano e della conseguente documentazione integrativa o da considerarsi a supporto del medesimo così come disciplinato dall'articolo 161 legge fallimentare, commi 6¹ e 10.

* Compliance Officer del Gruppo Veneto Banca. Professore a contratto di diritto bancario e assicurativo presso l'Università di Udine, facoltà di Economia aziendale. Coautore di testi in materia di anticiclaggio, prodotti assicurativi, prodotti previdenziali, consorzi fidi. Autore di monografie e commenti a sentenze in materia giuridico-finanziaria e fallimentare.

¹ La decisione sulla concessione del termine, senza una precisa disposizione, si ritiene spetti al Collegio più che al Giudice Delegato anche perché questo potrebbe benissimo non esistere non essendo ancora stato emesso il decreto di ammissione alla procedura.

Più in particolare, il termine di presentazione concesso inizialmente veniva a scadere (di poco) nel periodo feriale e nella pendenza del termine l'impresa ricorrente aveva chiesto la proroga di tale termine. Questo, sinteticamente, è il fatto in cui inserire il quesito di diritto sopra accennato.

Occorre premettere che la questione non è espressamente disciplinata ed ha avuto soluzioni differenti tanto è vero che in una recentissima indagine condotta a livello di magistratura su 70 tribunali nazionali, al quesito "il termine concesso dal giudice ex art. 161, comma 6 l. fall. è assoggettato alla sospensione feriale dei termini processuali" il 28,8% degli intervistati ha dato risposta affermativa mentre il 71,2 % si è espressa in senso contrario² optando – quindi – per una applicazione stretta degli artt. 26 e 36 l. fall. Viceversa, alla domanda "nel giudizio di omologazione trova applicazione il regime della sospensione feriale dei termini processuali" il responso è stato quasi inverso: l'81,7% ha risposto affermativamente ed il restante 18,3% negativamente³.

È di tutta evidenza come possa aver inciso sugli esiti del campione la valenza dell'aggettivo processuale associato al sostantivo termine orientando la seconda risposta in un ambito indubbiamente processuale in senso stretto lasciando la prima, per coloro che si sono espressi in senso negativo, in una concezione pre o para processuale il concordato in bianco o con riserva (preconcordato).

Del fatto che la questione da affrontare fosse (molto) discussa dà proprio atto il Tribunale di Reggio Emilia il quale si è posto nella prospettiva di motivare in modo articolato e dettagliato la sua soluzione.

L'analisi, quindi, muove, da un lato, dal fatto che la legge 07.10.1969 n. 742 disciplina la sospensione dei soli termini processuali, dall'altro che il regio decreto n. 12 del 1941 sull'ordinamento giudiziario sottrae a tale disciplina, tra gli altri, i procedimenti relativi alla dichiarazione (ed alla revoca) del fallimento (art. 92).

In questo contesto, è stata inserita, con la riforma del 2006 che ha introdotto nella legge fallimentare l'art. 36 bis in base al quale "tutti i termini processuali previsti negli articoli 26 (reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale) e 36 (reclamo contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori) non sono soggetti alla sospensione feriale". Una disciplina specifica è riservata alla amministrazione straordinaria (art. 93) ma in questa sede poco o nulla rileva.

Ricostruendo, quindi, si ha un principio generale, una eccezione diciamo pure generale, ed una eccezione della eccezione letteralmente applicabile solo al fallimento.

La lettura dell'art. 36 bis autorizza a ritenere che eccettuati gli atti per i quali non è prevista la sospensione dei termini per tutti gli altri si ricada nel principio generale.

In un'ottica di accelerazione della procedura fallimentare si potrebbe quindi dire che limitatamente ai reclami sopra indicati non operi la sospensione mentre per tutti gli altri atti operi la sospensione. E già questo spiega in buona parte la notevole differenza di opinioni rilevata dall'indagine citata per quanto attiene l'omologa del concordato cui è difficile negare la natura di fase processuale.

Il punto di attenzione, quindi, si sposta sulla natura e sulla configurazione di "processualità" di quella fase che si apre con il ricorso (che contiene la domanda di

² Ferro, Bastia, Nonno, *Il Concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, IPSOA, 2013, 113.

³ Ferro, Bastia, Nonno, op. cit., 423

concordato) con riserva di produzione di documentazione entro un termine prorogabile ma che può essere trasformato ad iniziativa del ricorrente – e senza soluzione di continuità – in un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 *bis* l. fall.

Se per termine processuale si volesse intendere ciò che prevede l'art. 152 c.p.c. in senso stretto occorre restare all'interno di un concetto che pone il singolo atto da esaminare come atto del processo, atto che, se non compiuto tempestivamente, ne comporta la decadenza o la preclusione (sulla cui differenza, per coloro che l'hanno individuata, non è questa la sede per un approfondimento).

Il Tribunale di Reggio definisce "processuale" il termine per il deposito del piano all'interno del procedimento di concordato preventivo richiamando un orientamento – ancorché non uniforme – della giurisprudenza di legittimità che attrae al regime della sospensione il procedimento concordatario per poi appoggiarsi alla recente sentenza della Suprema Corte 24.07.2012 n. 12960 che - dando atto della modifica normativa introdotta dall'art. 36 *bis* l. fall. - applica la sospensione feriale a tutti i procedimenti endofallimentari⁴.

Anticipando una abbastanza facile obiezione circa il fatto che un termine processuale possa avere anche delle ricadute sostanziali, i giudici emiliani ricordano che qualora un termine abbia (come effettivamente può accadere) una natura mista o ambivalente la Cassazione a più riprese abbia ritenuto applicabile, in ottica di *favor*, la sospensione.

Da ciò discende che - anche in relazione alla ratio che sottende l'istituto della sospensione dei termini processuali – e pur dando atto che certi atti non necessitano dell'intervento del professionista (tanto per l'avvocato quanto per il dottore commercialista) debba pur sempre essere assicurata la tutela prevista in via generale cui l'istituto della sospensione è strumentalmente funzionale.

Per inciso, riconoscendo al termine di cui si parla la natura di perentorio, il Tribunale ricorda che il codice di procedura civile preveda più casi in cui la perentorietà non impedisce la sospensione feriale e, comunque, a tutela dei creditori che potrebbero essere pregiudicati da un eccessivo protrarsi della fase intermedia (chiamiamola così) per ciò intendendo il periodo concesso per la produzione dei documenti, dilatato dalla sospensione feriale) è possibile che il Giudice espliciti formalmente l'urgenza del procedimento e, conseguentemente, possa dichiarare espressamente disapplicabile la sospensione feriale del termine.

Addentrando nelle pieghe di questa interessante tematica, il Tribunale si spinge a fare un'ulteriore considerazione da cui può ricavarsi, *a contrariis*, un argomento a supporto della tesi sostenuta: non si tratta di applicare indiscriminatamente la sospensione feriale perché, ad esempio, il diverso termine previsto dall'ottavo comma dell'art. 161 l. fall., intendendo

⁴ Decisione consultabile sul sito www.dejure.giuffe.it; in particolare, in un caso di domanda di ammissione al passivo del fallimento, si è affermato che il termine processuale entro il quale, a pena di decadenza, deve essere proposta la domanda il quale si inserisce in un procedimento endo fallimentare soggetto a sospensione nel periodo feriale ed introduce nel suo ambito un sub-procedimento a carattere contenzioso, è anche esso soggetto a sospensione. Si applica la sospensione dei termini - trattandosi di termini processuali - quelli posti, ad esempio, per il deposito della somma corrispondente al prezzo di aggiudicazione in una espropriazione immobiliare quale quello di cui all'art. 576 n. 7 c.p.c.. così come quello di cui all'art. 585 comma 1 c.p.c.. (Cass.13.7.2012 n. 12004 consultabile sul sito www.dejure.giuffe.it).

quello degli obblighi informativi periodici⁵, (così come il termine per il deposito della relazione del curatore al giudice) non rivestendo affatto natura processuale, non sono sicuramente soggetti a sospensione.

Conclusivamente, il Tribunale – come anticipato – ha ritenuto sospeso il termine per il deposito della documentazione, ne ha consentito, peraltro, una proroga ma di durata inferiore a quella consentita nel massimo dalla legge confermando - viceversa – la necessità di rispetto dei termini di legge per gli “obblighi informativi” disposti con il decreto di concessione del predetto termine, senza che a questi si possa applicare sospensione alcuna.

Questa soluzione, per come è stata motivata e per la ricostruzione del quadro giuridico e fattuale, mi sembra più che meritevole di apprezzamento ed idonea segnare una linea comportamentale che possa dirimere quelle profonde diversità di interpretazione che la citata indagine aveva chiaramente messo in evidenza.

Si segnala che, in epoca successiva al provvedimento commentato, il Tribunale di Verona con sentenza 18.09.2015, estensore Platania, consultabile sul sito www.ilcaso.it, ha assunto una posizione diversa rispetto al provvedimento in commento negando la sospensione in ipotesi di concordato in bianco (termine di presentazione originariamente fissato nel 24.09.2015) anche in considerazione delle attività che vanno svolte in termini predefiniti avuto particolare riferimento agli obblighi informativi nonché al potere-dovere del Commissario Giudiziale in relazione al disposto di cui all'art. 162 l. fall. che potrebbe attivare la dichiarazione di fallimento pacificamente non soggetta alla sospensione dei termini feriali.

Il provvedimento esamina anche il tema della proroga (di cui al secondo provvedimento che segue) motivata dalle necessità di coltivare le trattative finalizzate alla cessione dell'azienda. La proroga, nello specifico, viene concessa.

3. Tribunale di Reggio Emilia, decreto 06.03.2013

Il secondo provvedimento in esame (datato 06.03.2013), sempre in tema di concordato preventivo con riserva, esamina la possibilità di revoca della procedura⁶ e, in caso negativo, se il ricorrente possa ottenere la proroga del termine per la presentazione della documentazione.

Nello specifico, in presenza di una serie di pagamenti effettuati dopo la presentazione del ricorso, costituendo questi pagamento di debiti preesistenti, si genera la violazione del divieto in quanto contrastante con la generale regola del concorso⁷. Ma vi è di più. Pur

⁵ Il cui mancato rispetto, ove fossero stati imposti, determina l'applicazione dell'art. 162 comma 2 che determina comunque l'inammissibilità della domanda e, se in presenza di una istanza del creditore o su richiesta del P.M., la dichiarazione di fallimento.

⁶ Il controllo di legittimità del Giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo (Cass. Sez. Un. 23.1.2013 n. 1521 in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, II, 333 con nota di Censoni).

⁷ Ai sensi del combinato disposto degli artt. 161 comma 7 e 167 l.f. sussiste il divieto di pagamento di crediti anteriori tra l'iscrizione del ricorso per concordato preventivo e l'omologa del medesimo,

ipotizzando di aderire all'orientamento interpretativo più morbido, nello specifico emerge che buona parte dei pagamenti di cui si tratta, non siano pagamenti a favore di precedenti creditori ma di finanziamenti o trasferimenti di somme dalla società a favore di controllate. Va da sé che, in tali ipotesi, non sia neanche da prendere in considerazione la tematica dei rapporti pendenti in ordine ai quali troverebbe applicazione il disposto dell'art. 169 *bis* l. fall.⁸; semmai occorre verificare se dette tipologie possano astrattamente rientrare nel dettato dell'art. 161 comma 8 o, meglio ancora, se atti che in una situazione di fisiologia – all'interno del Gruppo – siano da ritenersi leciti e possano continuare a ritenersi tali quando chi li dispone versi in stato di insolvenza⁹. Il che apre la via ad un duplice approfondimento: in primo luogo, occorre capire se vadano configurati come atti di ordinaria o straordinaria amministrazione stante il diverso regime cui sono soggetti, in secondo luogo, se vadano valutati alla luce dei “vantaggi compensativi” che applicando la dottrina nata con Montalenti e recepita nella riforma del diritto societario¹⁰, vede all'interno del Gruppo “colorare” in modo diverso atti che, fuori dal Gruppo, non sarebbero leciti.

Sviluppando ulteriormente il ragionamento, il Tribunale di Reggio Emilia dichiara atti di straordinaria amministrazione quelli di cui si discute (mentre non lo sarebbero se la società fosse *in bonis*) e, conseguentemente, sono soggetti al regime della specifica autorizzazione da parte del Tribunale ex artt. 161 e 168 l. fall.. Nel caso di specie poi, aggiunge il Tribunale, l'autorizzazione sarebbe stata doppiamente necessaria (si passi il termine) in quanto non esisteva alcun accordo formalizzato tra le due società da cui potersi anche solo desumere i criteri attraverso i quali sarebbe avvenuto il riequilibrio economico o finanziario dei trasferimenti effettuati a favore della controllata.

Con ciò facendo, si assimila, a questi fini, il concordato preventivo dichiarato con il concordato con riserva di termine (posto che “un ricorso depositato instaura un procedimento di indubbia natura concorsuale”)¹¹. Si potrebbe, quindi, parlare di concorsualità estesa che abbraccia quella che è una vera e propria procedura concorsuale

violazione che comporta la inammissibilità della domanda (Trib. Milano, 28.2.2013 consultabile sul sito www.ilcaso.it).

⁸ La norma, che detta la nuova disciplina dei rapporti giuridici pendenti, ora prevede che il debitore possa chiedere al Tribunale (o al Giudice Delegato, una volta nominato) l'autorizzazione allo scioglimento o la sospensione temporanea dei contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso con ciò implicitamente riconoscendo il principio generale, in materia concordataria, della prosecuzione, a differenza di quanto avviene per il fallimento.

⁹ Senza, in questa sede, dilungarsi se il concetto di insolvenza sia unitario in ambito concorsuale o se si manifesti in modo differenziato.

¹⁰ Montalenti, *Gruppi e conflitto di interessi nella riforma del diritto societario* in *Giurisprudenza commerciale*, 2002, I, 624.

¹¹ Il Tribunale di Reggio, argomenta verosimilmente nell'ottica degli effetti protettivi riconducibili sia al concordato che al concordato in bianco (art. 168 commi 5 e 6) l.f. pur in un contesto interpretativo non esattamente uniforme. A sostegno di tale tesi vedasi Trib. Modena, 28.11.2012 consultabile sul sito www.ilcaso.it secondo cui la modifica introdotta dalla legge numero 83/2012, con riferimento all'art. 152 l.f., ha più correttamente definito come “domanda” l'istanza rivolta al tribunale tramite il ricorso per l'ammissione e l'omologazione del concordato, quale “proposta” le modalità quantitative, qualitative e temporali di soddisfacimento dei creditori e “piano” l'insieme delle attività attraverso le quali il debitore si propone di ottenere il verificarsi delle condizioni per l'adempimento della proposta.

e quella che può diventarlo e che si pone in un'ottica di sub procedimento rispetto alla prima il tutto in un quadro che si potrebbe ora definire ad assetto variabile.

Conclusivamente, pur dando atto che l'autorizzazione di cui si parla trae la sua ragion d'essere nell'ottica della tutela del ceto creditorio e della par condicio (salve le dovute eccezioni), l'assenza di danno in sé non giustificerebbe la revoca del concordato ma, non essendo stato possibile appurare a che titolo fossero avvenute le immissioni di denaro unito al fatto che non risultasse pattuito un obbligo di restituzione, il danno deve ritenersi manifestato. Questo argomento assorbe gli altri ed apre la via al disposto dell'art. 173 l. fall.¹² considerando rilevanti ai fini della predetta norma i comportamenti citati, quali atti astrattamente distrattivi del patrimonio (pur rinviando ad un provvedimento separato di cui - in questa sede - non rileva l'esito).

¹² Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento nel corso della procedura. Il provvedimento non entra nel differente tema della consecuzione dei procedimenti che, post riforma del 2005, ha subito una certa riduzione nella portata.

IL TASSO MINIMO E I "DERIVATI INCORPORATI", O PRESUNTI TALI, NEI CONTRATTI BANCARI E COMMERCIALI: RIFLESSIONI TECNICHE OLTRE L'OPZIONE FLOOR VANILLA

GIOVANNI GALLONE*

SOMMARIO¹: 1. Il tasso minimo e la sostanza economica dei derivati incorporati: dal t.u.f. pre-Mifid al D.Lgs.139/2015. - 2. Un possibile inquadramento tecnico della questione del tasso minimo. - 3. Le componenti opzionali nei prodotti finanziari complessi ed il confronto con gli embedded derivatives nei contratti bancari e commerciali. - 4. L'opzione di rimborso anticipato nelle obbligazioni strutturate: analogie e diversità rispetto a quella in capo al debitore in un contratto di mutuo. - 5. Un interest rate swap genera uno scambio di flussi, ma uno scambio di flussi non genera necessariamente uno strumento finanziario o un "derivato incorporato". - 6. Le opzioni floor sull'inflazione e i derivati impliciti, o presunti tali, nelle locazioni commerciali: cenni. - 7. Conclusioni.

1. Il tasso minimo e la sostanza economica dei derivati incorporati: dal TUF pre-Mifid al D.lgs. 139/2015

Nel contratto di mutuo e di locazione finanziaria a tasso variabile può accadere che il debitore/lessee sia chiamato a corrispondere un tasso d'interesse comunque minimo (floor) al creditore/lessor. Rilevano qui, tra gli altri, i seguenti temi: **a)** se la clausola di tasso minimo integri la combinazione di un flusso di cassa del *contratto ospite* ed uno o più *derivati*

* Titolare dello Studio Gallone di Milano. B.Sc. Hons. in Banking and Finance presso University of Wales – Cardiff Business School. Già dirigente nel dipartimento di fixed income and structured products distribution presso Deutsche Bank London Branch ed HSBC Milano; Head of Sales Italy fixed Income and structured derivatives presso ABN AMRO Bank N.V. London Branch.

¹ Ringrazio Emilio Girino e Marco Rossi per la disponibilità a intrattenersi con me sulle questioni dell'elaborato, offrendomi preziosi spunti di confronto e riflessione, che ho qui cercato di approfondire dal lato tecnico, restando io l'unico colpevole di ogni eventuale erronea valutazione o indeterminatezza di pensiero. Un sentito ringraziamento anche a Sandro Sapignoli, che ha trovato il tempo di trasmettermi utili indicazioni tecniche nonostante il suo pieno coinvolgimento nel sociale, con il Progetto Sorriso, tra San Marino e la Terra Santa, nel periodo in cui redigevo lo scritto.

*incorporati*² (o *embedded derivatives*³) e, in caso affermativo, **b)** se i *derivati incorporati* siano strumenti finanziari a tutti gli effetti. Il contributo tecnico risolve, da solo, il primo tema, ed è qui obiettivo farlo; il riscontro giuridico è tuttavia necessario, credo, per definire più precisamente se **i)** la clausola valga come negoziazione implicita di un altro contratto o strumento finanziario o **ii)** più semplicemente, integri una “mera” clausola creditizia o civilistica, il cui valore finanziario è tuttavia stimabile applicando anche tecniche riconosciute nel mondo degli strumenti finanziari derivati, qualora vi sia differenza sostanziale, in diritto, tra le ipotesi **i)** e **ii)**. Si offrirà qui un possibile inquadramento tecnico e soluzione interpretativa alla questione del tasso minimo, ritenendo non corretto esaurirla solamente nell’individuazione di una presunta opzione floor vanilla, implicitamente venduta dal debitore al creditore. Si accennerà anche, brevemente, alle presunte opzioni floor il cui sottostante è la variazione di un indice dei prezzi ed il *contratto ospite* non è uno strumento finanziario né un contratto bancario, ma una locazione commerciale. Appare interessante farvi cenno perché qui talune clausole, tipiche del nostro ordinamento giuridico, vedi la facoltà di recesso per gravi motivi, appaiono non comuni al linguaggio ISDA, ed hanno tuttavia un impatto non residuale sulla eventuale misurabilità del valore economico-finanziario delle opzioni implicite. La questione generale interessa, credo, per almeno due ragioni: 1. t.u.b. o t.u.f. per disciplinare contenuti informativi e comportamenti dell’intermediario? 2. scorporo o no del presunto derivato implicito dal “*contratto ospite*” nel bilancio d’esercizio? non mi intratterò sul primo argomento, eminentemente giuridico, se non per condividere, anche tecnicamente, la tesi secondo cui chiarezza e comprensibilità esprimono concetti diversi, se riferiti all’interpretazione e misurazione del valore economico-finanziario di una clausola contrattuale, soprattutto se questa origina prestazioni sottoposte a condizioni, anche sospensive⁴. Il secondo argomento è invece oggetto qui di indagine. La definizione di *derivato incorporato* ed i criteri per ammetterne lo scorporo dal *contratto ospite*⁵ appaiono più vicini alle valutazioni sostanziali di chi ragiona in termini di rischi finanziari e valore economico, anziché di causa e forma del contratto. In particolare, secondo i principi contabili internazionali, un *derivato incorporato* dovrebbe essere separato e contabilizzato come un derivato freestanding se e solo se, tra le altre cose, “*uno strumento a se stante con le stesse caratteristiche sarebbe un derivato.*” Appare poco chiaro se per “*caratteristiche*” si intendano esclusivamente quelle tecniche (pay-off) o anche

² Nello IAS 39 un “*derivato incorporato*” o “*embedded derivative*” viene definito come una delle componenti di uno “*strumento ibrido*” che modifica - per effetto di una variabile (tasso, cambio, prezzo, indice, etc.) - i *cash flows* generati dal contratto in cui è inserito “*host contract*” o “*contratto ospite*”. Dovrebbe essere separato e contabilizzato come un derivato *freestanding* qualora sussistano le seguenti condizioni: 1) le caratteristiche economiche e i rischi non sono strettamente correlati a quelli dell’*host contract* 2) uno strumento a se stante con le stesse caratteristiche sarebbe un derivato 3) lo strumento ibrido non è misurato al *fair value* con accertamento a conto economico delle differenze. In caso di esplicitazione, l’*host contract* dovrebbe essere contabilizzato secondo IAS 39 se è uno strumento finanziario, o secondo gli altri standard se non lo è.

³ In un’ulteriore accezione, anche “*derivati impliciti*”.

⁴ Sul diverso concetto di chiarezza e comprensibilità si veda il contributo di F. Greco “*La violazione della regola della trasparenza nel mutuo con tasso floor ed il problema della scommessa razionale nel derivato implicito*” - Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.1, 2015, pag. 0025B

⁵ Paragrafi 10 e 11 dello IAS 39.

giuridiche (forma e causa contrattuale). La questione non mi pare triviale: in un mutuo a tasso variabile, l'impossibilità di interessi negativi sarebbe riconducibile tanto ad un'opzione floor a strike zero sull'indice Euribor, *derivato incorporato* implicitamente in mano al creditore, quanto alla causa stessa del *contratto ospite*, non aleatoria. In questo caso mi sembra che sia la fisiologia causale del contratto di finanziamento ad integrare in sé "il floor a zero", non l'accordo esplicito delle parti, e ciò perché il creditore non può prestare le somme al debitore ed essere chiamato a pagare anche i frutti civili. Se così è, da tecnico, sarei allora restio, qui, ad interpretare il pay-off ignorando tout-court il diritto, e non sono sicuro che scorporerei l'opzione implicita, nonostante questa possa assumere un certo valore finanziario visto anche il contesto attuale di mercato. È un caso estremo ma, come dirò, non isolato, su cui forse un tecnico di finanza derivata, non aiutato dal giurista e dall'esperto IAS, rischia di ragionare a vuoto. Di norma, infatti, visto dal lato eminentemente tecnico-finanziario, che è poi qui la prospettiva d'indagine, lo scorporo di un *embedded derivative* dal *contratto ospite* è assimilabile alle tecniche di unbundling tipiche degli strumenti finanziari complessi. Qui il tecnico osserva "l'impronta" (il pay-off) per dedurre intuitivamente a ritroso la "specie" di derivato, tipico o atipico, che "si aggira" nel *contratto ospite*, plasmandone i cash-flows e concorrendo allo *strumento ibrido* o *prodotto composto*⁶. Curiosamente, nel "t.u.f. pre-MIFID", il nostro legislatore era stato esplicitamente sensibile alla questione dei "*derivati dati dalla combinazione di altri derivati tipici*", riconoscendo la qualifica di strumento finanziario tanto al *contratto ospite* quanto ai singoli "*derivati incorporati*", e ciò nell'Art. 1 comma 2 lettera j). Nel t.u.f. post-MIFID la fattispecie è di fatto scomparsa, ma la necessità di non trascurare la sostanza economica rispetto alla forma contrattuale, anche in tema di *derivati incorporati*, è riemersa in tutta la sua forza nel D.lgs. 139/2015, emanato in recepimento della Direttiva UE n° 34 del Giugno 2013. In particolare, l'art. 6 introduce modifiche sostanziali all'art. 2426 del codice civile, al nuovo punto 11) -bis, secondo cui "*gli strumenti finanziari derivati, anche se incorporati in altri strumenti finanziari, sono iscritti al fair value (...)*". Ciò vuol dire, credo, che da un "collared swap" vada scorporato e individualmente iscritto a bilancio il fair value tanto dell'irs vanilla quanto delle due opzioni, cap e floor, che concorrono a generare il pay-off dello *strumento ibrido* (l'irs collared). Non altrettanto esplicito appare il D.lgs. 139/2015 in tema di scorporo dei derivati impliciti se il *contratto ospite* è un contratto bancario o commerciale. Si può solo intuire, indirettamente, che il principio sostanziale sia, forse, anche qui applicabile, dal nuovo art. 2423 punto 1-bis), secondo cui "*la rilevazione e la presentazione delle voci è effettuata tenendo conto della sostanza dell'operazione o del contratto*". I principi contabili internazionali contribuirebbero qui a sciogliere ogni dubbio, mi pare, in senso positivo, ma come si può escludere a priori anche l'interpretazione giuridica della norma? Il tema è vasto e richiede pertanto competenze tra loro complementari, come dirò, per un pieno assorbimento.

⁶ Cfr. Banca D'Italia, Istruzioni di Vigilanza, Luglio 2009: per prodotto composto si intende uno "schema negoziale composto da due o più contratti tra loro collegati che realizzano un'unica operazione economica".

2. Un possibile inquadramento tecnico della questione del tasso minimo

Il contratto di opzione finanziaria su tassi d’interesse può essere negoziato “outright”, come strumento di liability management o, eventualmente, in modo implicito, quale componente di prodotti finanziari complessi⁷. Tanto l’opzione quanto il prodotto complesso che la ospita sono strumenti finanziari. Qui, la negoziazione di un’opzione floor concorre solitamente alla definizione del tasso minimo in ogni caso dovuto dal venditore implicito, che incassa il valore economico del premio “up-front” o, alternativamente, “running”, spalmato cioè sull’orizzonte temporale del prodotto finanziario complesso. Come già anticipato, un dibattito⁸ si sta sviluppando intorno alla questione dei derivati impliciti, o presunti tali, anche nei contratti di finanziamento/leasing e, fra tutti, se il tasso minimo dovuto dal debitore, laddove previsto, integri o meno, anche qui, la vendita implicita, dal debitore al creditore, di un’opzione floor vanilla⁹. Il *contratto ospite* non è, in questo caso, uno strumento finanziario, pertanto, affinché la clausola di tasso minimo sia riconducibile anche ad un pay-off derivativo, questa dovrebbe generare, almeno tecnicamente, prestazioni sempre riconducibili ad un’opzione finanziaria otc *tout court*. Come approfondirò più avanti, in sede di *unwind* di un derivato finanziario otc si procede al “pricing” per verificare chi sia il contraente “in the money” e stimare il pagamento che gli è dovuto dall’altro. Non mi pare, invece, che i contratti di finanziamento comunemente proposti nel nostro mercato del credito *retail* contemplino una clausola di “pricing to market” della presunta opzione floor al momento dell’eventuale rimborso o riscatto anticipato del mutuo o leasing. Qui, tanto il mutuatario quanto il *lessee* possono di solito esercitare la facoltà di rimborsare anticipatamente il debito senza penali, o pagando penali il cui importo non dipende comunque dal livello dei tassi d’interesse¹⁰. C’è da dire inoltre che nelle opzioni floor vanilla otc, una volta che il venditore ha ceduto l’opzione, il diritto ad esercitarla resta esclusivamente nella facoltà del compratore, altrimenti non si riuscirebbe ragionevolmente a convincerlo a pagare un premio se l’altro potesse, in ogni momento, “walk away for free” o “almost for free” dal contratto.¹¹ Quindi “no opzione floor” nei contratti di finanziamento con tasso minimo? la questione tecnica è, a mio modo di vedere, ben più articolata, dovendo passare, necessariamente, anche attraverso l’esame dell’opzione di rimborso anticipato di cui dispone il debitore, se esplicitamente prevista nel contratto. Il creditore potrà infatti incassare i differenziali¹² “in the money” dell’opzione floor solo se il debitore non eserciterà preventivamente la facoltà di rimborsare anticipatamente il debito, cosa che ragionevolmente farà, non appena di sua convenienza, tenendo conto anche dell’impatto di eventuali penali previste nel contratto. È però ragionevole assumere che il debitore possa

⁷ Prodotti finanziari complessi di cui all’Allegato 1 della Circolare Consob 97996 del 22 dicembre 2014.

⁸ Tra i vari autori F. Sartori, “Sulla clausola floor nei contratti di mutuo” - Il diritto degli affari.it, 25 marzo 2015; F. Civale, “Euribor negativo, interessi e clausole floor: prime riflessioni”, Aprile 2015 in *Diritto Bancario approfondimenti*; F. Greco, art.cit.

⁹ Diverse decisioni dell’ABF sono entrate nel merito dell’eventuale vessatorietà, chiarezza e comprensibilità della clausola di tasso minimo.

¹⁰ Si assiste spesso a penali di rimborso anticipato tra l’1% ed il 3% del nominale residuo.

¹¹ Qualche criticità tecnica è a mio avviso rawisabile nel percorso logico della Decisione N. 305 del 1 febbraio 2012 del Collegio di Napoli dell’ABF.

¹² Differenziali, se positivi, tra tasso strike dell’opzione e rilevazione del tasso parametro.

essere più incentivato ed estinguere anticipatamente il debito, *coeteris paribus*¹³, proprio nell'ipotesi in cui i tassi d'interesse scendano al di sotto del floor, per rinegoziare il debito con lo stesso o con altri intermediari, a tassi divenuti più vantaggiosi. Mi pare quindi ragionevole chiedersi se anche l'opzione di rimborso anticipato in mano al debitore sia riconducibile, almeno tecnicamente, al pay-off di uno strumento finanziario derivato, tipico o atipico. Solo successivamente potrà valer la pena discutere se questa opzione sia facilmente prezzabile e, in caso affermativo, se valga più o meno dell'opzione floor in mano al creditore¹⁴.

3. Le componenti opzionali nei prodotti finanziari complessi ed il confronto con gli embedded derivatives nei contratti bancari e commerciali

Prima di approfondire le valutazioni riferibili alla clausola di rimborso anticipato, credo opportuno riflettere ancora sui meccanismi sottesi alla costruzione e pricing dei prodotti finanziari complessi, quali i derivati ibridi e le obbligazioni strutturate, e ciò per capirne poi l'eventuale applicabilità ai presunti "*embedded derivatives*" nei contratti bancari, commerciali e atipici. Per derivato ibrido intendo uno strumento finanziario composto da derivati elementari ed il suo pay-off è la somma algebrica, o *overlay*, dei pay-off individuali dei singoli derivati. Per una dimostrazione tecnica si veda, a fini meramente indicativi, l'Appendice 1¹⁵. Un collared interest rate swap è, ad esempio, un derivato ibrido dato dalla combinazione di un interest rate swap vanilla, di un'opzione cap e di un'opzione floor. Nel t.u.f. pre-Mifid tale fattispecie veniva descritta all'Art. 1 comma 2 lettera j)¹⁶. La negoziazione contemporanea e combinata dei tre derivati elementari genera un "*incastro negoziale*" e, per i contraenti, l'obbligo reciproco di scambiarsi flussi di cassa che, nella prassi di mercato di matrice ISDA, vengono ricondotti e formalmente documentati, di fatto, con un'operazione di "*legal engineering*", attraverso le due gambe di un unico interest rate swap. Qui forma contrattuale e sostanza economica del negozio divergono. Gli stessi market makers contabilizzano spesso, nei sistemi di trading, la negoziazione non già dell'unico irs collared strutturato, ma dei tre derivati elementari¹⁷. Ciò accade, devo dire fisiologicamente, nelle banche d'affari che si occupano del *market making* di tali strumenti finanziari. Qui, infatti, le singole componenti vengono continuamente negoziate da soggetti fisicamente

¹³ Mi riferisco principalmente, ma non solo, all'ipotesi di costanza del credit spread richiesto al debitore su nuovi finanziamenti di pari caratteristiche.

¹⁴ Le penali di estinzione anticipata, solitamente tra l'1% ed il 3% del valore nominale del debito residuo, non offrono necessariamente adeguato ristoro economico, al creditore, per la perdita di opportunità di incassare fino alla naturale data di scadenza il tasso minimo contrattualmente previsto. Visti i tassi forward dei tassi parametro a cui vengono solitamente indicizzati i mutui, il valore di opzioni floor con strikes tra il 2,5% ed il 3,5% può infatti arrivare anche fino al 20% del valore nominale del contratto.

¹⁵ L'Appendice 1 è un estratto sintetico da G. Gallone "*I contratti derivati: known knowns vs unknown unknowns*" in Rivista di Diritto Privato, Cacucci, Anno 2014 N.4, pag. 603-634.

¹⁶ Preziosa e cristallina mi sembra la definizione di "derivati combinati" nell'opera di E. Girino "*I contratti derivati*", Giuffrè, seconda edizione, Pag. 120-121.

¹⁷ Nelle segnalazioni alla Centrale Rischi, l'esposizione creditizia insistente su uno swap strutturato veniva in passato collegata, da molti intermediari, alla categoria 59 (altri derivati) e non 56 (swap).

operativi su "trading desks" diversi (vanilla option desk, exotic options desk, vanilla swap desk) all'interno della stessa banca, ognuno con risk limits propri, tarati su parametri finanziari diversi, con targets di profitto budgets autonomi. Il *bundling up* del prodotto ibrido viene effettuato solitamente da un desk denominato "structured products", che si occupa di acquistare le singole componenti dai traders dei vari desks interni alla banca e/o, laddove necessario, da altre banche, assemblandole poi giuridicamente in un unico *term-sheet*, da inoltrare al cliente.¹⁸ Anche un'obbligazione strutturata nasce dalla combinazione di più strumenti finanziari. Per i temi qui trattati appare utile menzionare i "callable bonds", obbligazioni in cui l'emittente (debitore) ha facoltà di rimborsare anticipatamente ("call") il debito ai creditori. Queste obbligazioni sono costruite con la combinazione di un'obbligazione vanilla e di un'opzione che gli investitori (creditori) hanno implicitamente ceduto all'emittente (debitore), e che descriverò meglio tra breve. Ora, il prezzo di mercato di un derivato ibrido o di un'obbligazione strutturata è sempre ricavabile dalla somma dei prezzi delle singole componenti. Nel caso dell'irs collared, al momento della negoziazione iniziale "l'acquirente"¹⁹ compra implicitamente l'opzione cap finanziandone il costo, in modo parziale o totale, con il premio dell'opzione floor. Per lui, il prezzo del contratto è pertanto pari a:

Prezzo derivato ibrido = prezzo irs vanilla + prezzo cap – prezzo floor

Nel caso delle obbligazioni strutturate di tipo callable, il prezzo delle obbligazioni, visto dal lato dell'investitore (creditore), è pari a:

Prezzo callable bond = prezzo bond vanilla – prezzo opzione di rimborso anticipato²⁰.

Ciò vale, evidentemente, anche nel momento dell'eventuale unwind del derivato ibrido: si stima il prezzo delle singole componenti per determinare chi sia il contraente che, al netto, deve all'altro una somma. Nell'obbligazione callable, la posizione "corta" nell'opzione implicita concorre a ridurre il prezzo complessivamente incassato dall'investitore in caso di rivendita ad un terzo. All'atto dell'eventuale rimborso anticipato di un finanziamento "con tasso minimo", non si assiste tuttavia, apparentemente, a niente di tutto questo. Ma ciò non è qui dovuto all'assenza di un "embedded derivative" riconducibile ad un'opzione floor. Siamo anzi in presenza di almeno due "embedded derivatives": il primo, per l'appunto, in mano al creditore (l'opzione floor) ed il secondo, invece, in mano al debitore: un'opzione di rimborso anticipato che, se esercitata, sterilizza gli effetti economici anche dell'opzione floor in mano al creditore. Il mutuo a tasso variabile con tasso minimo e facoltà di rimborso anticipato è, tecnicamente, un "callable floored floater" dove il "contratto ospite" non è però un "bond" ma

¹⁸ Se il cliente del market maker è un altro intermediario, meno sofisticato e strutturato del primo, che intermedia in back to back il prodotto complesso con un cliente corporate, è molto probabile che questi contabilizzerà solo due operazioni, uguali e di segno opposto, di un prodotto complesso.

¹⁹ Nella prassi si suole dire che i contraenti "entrano in uno swap" piuttosto che "acquistano" o "vendono" il contratto. Occorre pertanto specificare il lato del contratto dal quale si "entra" nel caso in cui si vuole usare la terminologia "acquisto" o "vendita", comune ad altri strumenti finanziari.

²⁰ Una volta incassato il premio up-front, l'opzione floor e l'opzione di rimborso anticipato hanno un valore sempre negativo per il contraente che le ha implicitamente vendute, e ciò perché egli rimane l'unico soggetto obbligato ad effettuare eventuali pagamenti. Quando il premio non viene inizialmente corrisposto con pagamento "up-front" ma "running", il risultato potrebbe essere diverso, frutto del netting tra il mark to market dell'opzione (negativo per il venditore) ed il net present value della parte di premio ancora da ricevere (positivo per il venditore).

un'obbligazione non cartolarizzata. Appare pertanto utile approfondire adesso la natura tecnica dell'opzione o facoltà di rimborso anticipato.

4. L'opzione di rimborso anticipato nelle obbligazioni strutturate: analogie e diversità rispetto a quella in capo al debitore in un contratto di mutuo

Le obbligazioni callable sono diffusamente trattate nella letteratura finanziaria²¹. Mi limiterò pertanto ad una breve descrizione intuitiva di quelle particolari caratteristiche tecniche che interessano più da vicino l'indagine qui condotta²². Per fare questo, mi riferirò, a titolo meramente indicativo, all'obbligazione callable a tasso fisso emessa dalla Repubblica Italiana nel 2006 e descritta brevemente in Tabella 1:

Tabella 1

Emittente	Repubblica Italiana
Ammontare Emesso	JPY 25 miliardi
Data di Emissione	18-mag-06
Data di Scadenza	18-mag-36
Prezzo di Emissione	100% del valore nominale
Cedola Interessi	2,87% pagabile semestralmente
Call Date	18-mag-17
Call Price	100% del valore nominale

La Repubblica Italiana ha la facoltà di rimborsare anticipatamente gli investitori pagando loro un prezzo pari a 100, in data 18 maggio 2017. Questo strumento finanziario può essere tecnicamente definito come combinazione di un'obbligazione vanilla e un'opzione sul prezzo del titolo. Tale combinazione può essere espressa in due modi ma, per linearità e semplicità d'indagine, adatterò la seguente metodologia:

Obbligazione callable = Obbligazione vanilla con durata 30 anni + Opzione call, in mano all'Emittente, sul prezzo dell'obbligazione vanilla

La componente obbligazionaria pura è costituita da un'obbligazione con scadenza trentennale. L'elemento opzionale può invece essere definito, come ricordato nella letteratura finanziaria²³, una call option sul prezzo delle obbligazioni vanilla, con strike price pari al "Call Price", cioè 100, e una data di scadenza dell'opzione coincidente con la Call Date,

²¹ Fannie Mae e Freddie Mac sono stati, nel tempo, tra i più importanti emittenti di callable bonds, emessi in un'ottica di asset liability management, nel tentativo di "coprire" la convessità negativa insita nei mortgages a tasso fisso e lunga scadenza erogati alla clientela. Utilizzerò come esempio le obbligazioni della Repubblica italiana poiché impossibile rinvenire un "callable floored floater bond".

²² Tra tutti, una pregevole ed accessibile illustrazione dei meccanismi di funzionamento e di valutazione dei callable bonds e, più in particolare, dell'opzione di rimborso anticipato, è disponibile in S.Das, *Structured Products and Hybrid Securities*, Wiley Finance – Second Edition, pag. 31-128.

²³ Tra tutti, S.Das op. cit.

cioè il 18 maggio 2017 (o come meglio descritta nell'Early Redemption Clause²⁴). L'opzione è implicitamente venduta dagli investitori all'Emittente²⁵. Le obbligazioni emesse dallo Stato Italiano non sono tuttavia "credit risk free" e, pertanto, dire che la call option in mano all'Emittente è sul prezzo, significa dire che la natura del derivato embedded è un ibrido tra tassi d'interesse e credito, con impatto sulla sofisticatezza dei modelli di pricing necessari a valutarne il pay-off. Nell'esempio in Tabella 1, l'opzione sarà ragionevolmente esercitata, coeteris paribus, in caso di discesa dei tassi di mercato e/o di "tightening" (restringimento) del credit spread dell'Emittente, impedendo così agli investitori di continuare a lucrare il tasso cedolare del 2,87%. Se lo riterrà opportuno, l'Emittente deciderà poi di rifinanziarsi a un *all-in cost* evidentemente più basso alla luce delle più favorevoli condizioni di mercato. Al contrario, in caso di aumento dei tassi d'interesse e/o "widening" (allargamento) del credit spread, l'Emittente non troverà ragionevolmente conveniente, coeteris paribus, esercitare l'opzione di rimborso anticipato. Le obbligazioni emesse giungeranno necessariamente alla loro naturale data di scadenza, salvo default dell'Emittente, e gli investitori continueranno a incassare una cedola "solo" del 2,87%. E' superfluo evidenziare come la facoltà di rimborso anticipato offra all'emittente la comodità di "wait and see", ha un valore economico positivo per l'Emittente e negativo per gli investitori. La dimostrazione tecnica è resa nel Grafico 1. Per semplicità espositive, si assumerà che il credit spread dell'Emittente resti invariato: qui, al diminuire dei tassi d'interesse, la componente obbligazionaria vanilla si apprezzerà, in favore degli investitori, coeteris paribus, per effetto dei ridotti tassi di sconto a cui saranno attualizzati cedole e montante. Di riflesso, anche il valore dell'opzione call aumenterà, e ciò perché l'Emittente potrà ricomprare le obbligazioni pagando non il loro valore di mercato, apprezzato, ma "solo" 100. Per l'investitore, però, l'apprezzamento dell'opzione non è un fatto positivo, poiché egli è "corto" di quell'opzione. In sintesi, il maggior valore del derivato implicito comporta una compressione e un'erosione in valore dell'obbligazione callable, il cui prezzo è dato dalla differenza tra il prezzo dell'obbligazione vanilla e il prezzo dell'opzione call. L'area tratteggiata tra le due curve, alla sinistra del valore di 2,87%, è indicativamente rappresentativa dal valore dell'opzione implicita in mano all'Emittente, crescente al diminuire dei tassi d'interesse.

²⁴ La Optional Early Redemption Clause, nell'EMTN Program della Repubblica, è così descritta: "If this Condition 6.2 is specified in the Final Terms as being applicable, then the Issuer may, having given the appropriate notice and subject to such conditions as may be specified in the Final Terms, redeem all (but not, unless and to the extent that the Final Terms specify otherwise, some only) of the Instruments of the relevant Series at their call early redemption amount (the "Early Redemption Amount (Call)") (which shall be their Outstanding Principal Amount or, in the case of Instruments which are non-interest bearing, their Amortised Face Amount (as defined in Condition 6.10) or such other redemption amount as may be specified in, or determined in accordance with the provisions of, the Final Terms), together with accrued interest (if any) thereon on the date specified in such notice."

²⁵ Anche se il seguente aspetto non rileva ai fini dell'indagine, per completezza di esposizione appare opportuno evidenziare come, in un mondo credit risk free, che non è tuttavia quello in cui viviamo, l'emittente potrebbe monetizzare il valore della call option, cedendo una swaption su tassi d'interesse ad una controparte di mercato. Nell'esempio la swaption sarebbe di tipo receiver.

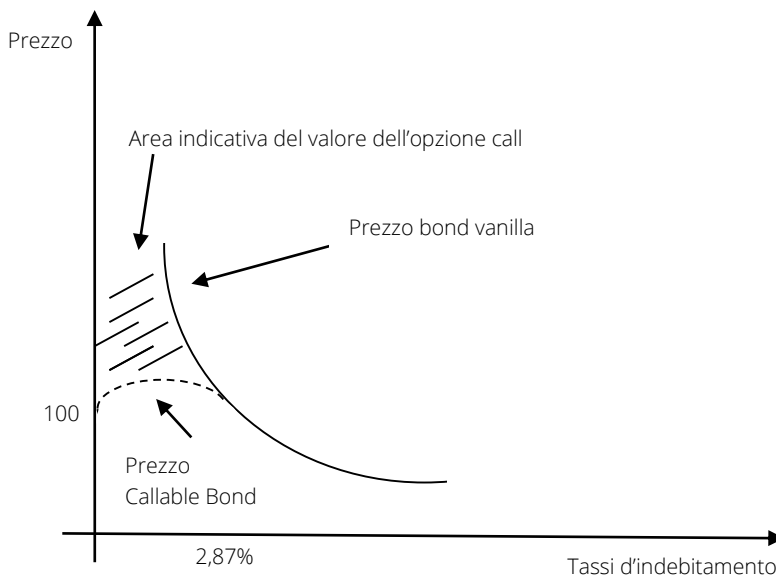


Grafico 1

L' "effetto prezzo" dell'opzione call, negativo per l'investitore/creditore, è alla base della convessità negativa nel rapporto prezzo/rendimento delle obbligazioni callable, rispetto a obbligazioni non-callable, coeteris paribus, quando i tassi di mercato scendono. Quando invece i tassi d'interesse salgono, portando il costo del debito oltre il livello del 2,87%, i prezzi dell'obbligazione callable e dell'obbligazione non-callable, coeteris paribus, tendono a ridursi in modo pressoché identico. Ciò accade perché il valore dell'opzione ceduta dall'investitore all'emittente tende a zero, poiché sempre più "out of the money", fino a perdere completamente, alla scadenza, tutto il suo valore. Tanto premesso, il ragionamento tecnico non cambia di molto se il contratto ospite, anziché essere un bond, è un mutuo o un leasing, anche se nel mutuo a tasso variabile con floor *i)* il pay-off è un tasso variabile che, sotto certe condizioni, diventa fisso e *ii)* la facoltà di rimborsare anticipatamente il debito è sempre esercitabile. Per il ragionamento che preme qui evidenziare, volto a far risaltare l'importanza della call option in mano al debitore, a volte trascurata, credo, nel dibattito in corso, queste due differenze non modificano, come si vedrà, la sostanza delle conclusioni. A titolo indicativo si farà pertanto riferimento al mutuo indicato in Tabella 2:

Emittente/Debitore	Azienda ABC
Valore Nominale Mutuo Erogato	Euro 1.000.000
Data di Emissione/Erogazione	18-mag-06
Data di Scadenza/Rimborso	18-mag-36
Prezzo di Emissione	100 (o 100% del valore nominale)
Cedola Interessi	Euribor 3 mesi + 1% con tasso minimo al 2%
Call Date	Ogni giorno
Call Price	100 (o 100% del valore nominale) se non sono previste penali di rimborso anticipato

Tabella 2

Questa tipologia di debito può essere tecnicamente definito come combinazione di un debito strutturato (debito vanilla a tasso variabile e opzione floor) e un'opzione call. Tale combinazione può essere espressa nel seguente modo:

Debito strutturato callable = Debito strutturato + opzione call

L'elemento opzionale può essere definito qui come una call option sul prezzo del debito strutturato, con strike price pari al "Call Price", cioè 100% del suo valore nominale. L'opzione è qui sempre esercitabile, fino alla data di scadenza del debito strutturato, ed è implicitamente venduta dal creditore al debitore; la combinazione, vista dal lato del debitore, può essere ulteriormente così esplicitata:

Debito strutturato callable = (Debito vanilla a tasso variabile con scadenza 2036 - opzione floor con scadenza 2036) + opzione call

La questione tecnica è qui più complessa rispetto al caso delle obbligazioni della Repubblica Italiana: in questo caso, il debitore ha in mano un'opzione call su un sottostante (debito vanilla - floor) che evidentemente ha già in se una componente opzionale. Il debitore ha in mano, di fatto, una compound option implicita, cioè un'opzione ad acquistare anche un'altra opzione (oltre al debito vanilla). E' evidente che l'opzione floor in mano al creditore ha come sottostante esclusivamente i tassi d'interesse, mentre l'opzione call in mano al debitore è un derivato su tassi d'interesse "condizionata" all'andamento del credit spread del debitore stesso posto che, come dimostrato, insiste anche sul prezzo del debito vanilla, sensibile alle oscillazioni dello spread creditizio. In caso di esercizio dell'opzione call, il debitore riacquisterà pertanto anche quella stessa opzione floor ad un premio prestabilito, opzione originariamente venduta²⁶ al creditore, sterilizzandone gli effetti. Questo è ragionevolmente il motivo tecnico per cui, in caso di rimborso anticipato del debito, non si

²⁶ Pagando il premio strike, fissato al livello identico al valore originario del premio implicitamente corrisposto dal creditore al debitore in forma "running".

assiste, solo all'apparenza, all'effetto del pricing *to market* dell'opzione floor in mano al creditore.

Il percorso logico potrebbe qui iniziare ad apparire sterilmente complesso a un giurista, e ciò è comprensibile. Non sono sicuro, in realtà, che sia tuttavia così inutile intrattenersi nelle riflessioni tecniche accennate per almeno tre ordini di motivi:

a) Gli *embedded derivatives* vanno evidenziati e separati contabilmente in bilancio quando l'*hybrid instrument* non è imputato a *fair value through profit and loss*. Ciò vuol dire che, a mio avviso, anche la call option di cui è cotto l'emittente e lungo il debitore, potrebbe essere isolata e valorizzata, con tutte le difficoltà del caso e l'incerta attendibilità del valore stimato, per i motivi che dirò a breve.

b) Il mutuo è comunque un asset che può essere ceduto, da un intermediario all'altro, o da un intermediario a terzi, con il consenso del mutuatario, e di cui occorre individuare un prezzo di negoziazione. Ciò, di fatto, è quello che accade quando una banca (Originator), cede a uno Special Purpose Vehicle (SPV) un portafoglio di mutui residenziali o commerciali, per incassarne il prezzo. L'SPV emette poi delle Asset Backed Securities il cui valore e prezzo dipendono dal sottostante, cioè i mutui, probabilmente già “strippati” della componente derivativa.

c) Discutere di asimmetrica distribuzione dell'alea nel contratto di mutuo o leasing, generata dalla clausola di tasso minimo, appare inopportuno e tecnicamente infondato senza considerare il vantaggio economico in mano al debitore, dovuto alla facoltà di rimborsare anticipatamente il mutuo in ogni momento.

Il sottostante da “modellare” per prezzare i pay-off fin qui discussi non è soltanto la term structure dei tassi d'interesse ma anche, idealmente, la term structure del credit spread del debitore. In presenza di tassi d'interesse di mercato sotto il tasso minimo contrattualmente previsto, il debitore potrebbe infatti decidere di non estinguere anticipatamente il debito se il suo merito di credito si fosse nel frattempo così deteriorato da non rendergli conveniente o possibile il rifinanziamento a tassi più agevoli. Determinare il fair value e poi il prezzo del pay-off descritto richiede la calibrazione di volatilità e stima di correlazioni implicite tra variabili che non sono osservabili nel mercato²⁷, e questo può sporcarne l'attendibilità in concreto. L'eventuale penale per il rimborso anticipato del debito può essere considerata invece parte integrante del pay-off oggetto di valutazione e del derivato esotico implicito. Una penale dell'1% in caso di rimborso anticipato è equivalente a un Call Price pari a 101% del valore nominale del debito.

5. Un interest rate swap genera uno scambio di flussi, ma uno scambio di flussi non genera necessariamente uno strumento finanziario o un “derivato incorporato”

A corollario del percorso logico appena concluso, appare utile effettuare alcune ulteriori riflessioni di carattere generale. Un amico giurista, in una chiacchierata “giuri-metrica” avuta

²⁷ Non esiste un mercato dei credit default swaps (cds) per ogni singolo debitore retail.

di recente sul tema, mi ha di recente "accusato" di essere capace di ricondurre qualsiasi tipo di clausola economica al pay-off di uno strumento finanziario derivato, plagiato a vita dalle lenti della finanza strutturata. Penso che i principi contabili internazionali²⁸ offrano utili indicazioni sui filtri da applicare per decidere se, almeno sotto il profilo contabile, e in larga misura anche tecnico-finanziario, un pay-off oggetto d'indagine possa integrare un "embedded derivative". Aggiungo qui alcuni esempi concreti di pay-off che, a mio modo di vedere, non integrano tecnicamente un "embedded derivative": in un contratto di leasing a tasso variabile, il tasso base è indicato anche per comodità di redazione del piano di ammortamento. I differenziali tra il tasso base e il parametro variabile, di volta in volta diversi per effetto delle oscillazioni del sottostante, non integrano necessariamente, a mio avviso, somme riconducibili ai differenziali di un interest rate swap, potendo semplicemente integrare invece dei conguagli contabili. Analogo ragionamento appare applicabile a talune passività indicizzate a tassi di cambio. Il fatto che le rate e gli interessi siano eventualmente regolati in Euro, anche se indicizzati all'andamento di una valuta e/o un tasso d'interesse denominato in divisa estera, non necessariamente testimonia la negoziazione di un derivato. Più banalmente, potrebbe darsi che quel mutuo o leasing integri, nella sostanza economica, un finanziamento in valuta estera, regolato in euro attraverso operazioni implicite di cambio valuta a pronti, e che tutto "giri" in euro perché, magari, le procedure contabili e amministrative dell'intermediario non sono in grado di gestire il medesimo prodotto se regolato direttamente in valuta estera. Le operazioni di cambio "a pronti" non integrano di fatto né uno strumento finanziario né tantomeno, quindi, un'opzione di tipo quanto o addirittura un cross-currency swap.

6. Le opzioni floor sull'inflazione e i derivati impliciti, o presunti tali, nelle locazioni commerciali: cenni

Mi è stato recentemente chiesto di esprimere un parere in ordine alla presenza di eventuali derivati impliciti in un contratto di locazione commerciale che prevedeva la seguente clausola:

"Art. 9: Il canone di locazione sarà aggiornato ogni anno, automaticamente e senza richiesta del locatore nella misura del 100% (cento per cento) della variazione assoluta in aumento dell'indice dei prezzi al consumo accertato dall'ISTAT per le famiglie degli operai e degli impiegati (FOI) verificatesi rispetto al mese precedente quello di inizio del presente contratto (...)"

E' agevole individuare nella clausola un "embedded derivative" e, più precisamente, un'opzione floor a strike zero sulla variazione dell'indice dei prezzi FOI, implicitamente in mano al locatore. L'aggiornamento del canone annuo è qui previsto, infatti, solo in corrispondenza di una variazione positiva dell'indice, non considerando le eventuali variazioni negative (deflazione), peraltro di recente verificatesi, favorevoli al conduttore. L'opzione ha pertanto un valore economico positivo per il locatore, oggi esclusivamente

²⁸ Paragrafo 11 dello IAS 39.

temporale e non intrinseco, posto che i tassi forward della variazione dell'indice sono al momento tutti positivi per i prossimi 6 anni²⁹. L'opzione andrebbe tuttavia prezzata senza dimenticare la facoltà di recesso in mano al conduttore, prevista per "gravi motivi", con il problema di modellare l'impatto dell'evento "gravi motivi" sul pricing del floor sull'inflazione. Siamo evidentemente in presenza di un rischio che, a mio avviso, non è misurabile, originato da eventuali accadimenti che ex-ante non sono nemmeno tutti ipotizzabili o conoscibili ("*unknown unknowns*")³⁰. Pertanto, i criteri di pricing del pay-off dell'opzione floor, così come ricavabile da un modello quantitativo, che ragiona in logica risk-neutral, dovrebbero necessariamente passare anche il vaglio "*dell'attendibilità*" logica, prima di scorporarne il *fair value*. Il concetto di "*attendibilità*" può certamente risultare superficiale e tecnicamente infondato se non opportunamente definito e circoscritto, e tuttavia, l'art. 2426 del codice civile appare, almeno in principio, sensibile a questo tipo di ragionamento: "*Il fair value non è determinato se l'applicazione dei criteri indicati al quarto comma non dà un risultato attendibile.*"

7. Conclusioni

I contratti di finanziamento con tasso minimo ed esplicita facoltà di rimborso anticipato in favore del debitore integrano, in sostanza, obbligazioni non cartolarizzate del tipo "*callable floored floater*" date dalla combinazione di tre elementi: **i)** un "*contratto ospite*", reso dal contratto di finanziamento "vanilla" a tasso variabile **ii)** un primo "*derivato incorporato*", reso dall'opzione floor implicitamente in mano al creditore, il cui pay-off si aggiunge ai flussi di cassa del *contratto ospite* modificandone la struttura e rendendoli fissi, al verificarsi di certe condizioni **iii)** un secondo "*derivato incorporato*", cioè una call option sul prezzo del debito strutturato (debito vanilla con opzione floor), ceduta implicitamente dal creditore al debitore, che attribuisce a quest'ultimo la facoltà di riacquistare, di fatto, il debito, in qualsiasi momento lo desideri, al suo valore nominale, salvo ulteriori penali (di solito tra 1% e 3% del valore nominale). Il creditore beneficerà pertanto dei pay-off positivi dell'opzione floor su tassi d'interesse, implicitamente in sue mani, solo se il debitore non rimborserà prima il debito. Ma tale ipotesi è verosimile, coeteris paribus, soprattutto quando il merito di credito del debitore si è nel frattempo così deteriorato da non permettergli di rifinanziare il prestito anche in ipotesi di discesa dei tassi d'interesse di mercato, e ciò a causa dell'aumento del suo credit spread che renderebbe in ogni caso più oneroso *l'all-in cost* dell'eventuale rifinanziamento. Si è dimostrato, pertanto, come la facoltà di rimborsare anticipatamente il debito possa assumere, di fatto, un valore notevole in favore del debitore, a scapito del creditore, permettendo al primo di uscire dal contratto di finanziamento in ogni momento lo ritenga conveniente e plausibile. Curiosamente, quindi, tale facoltà può dare origine ad un'asimmetria dell'alea contrattuale paradossalmente a sfavore del creditore, non necessariamente compensata o compensabile integralmente dalle penali di estinzione anticipata inserite nel contratto. La clausola di tasso minimo potrebbe allora essere vista come il tentativo del creditore **i)** di bilanciare tale asimmetria,

²⁹ Fonte: Bloomberg

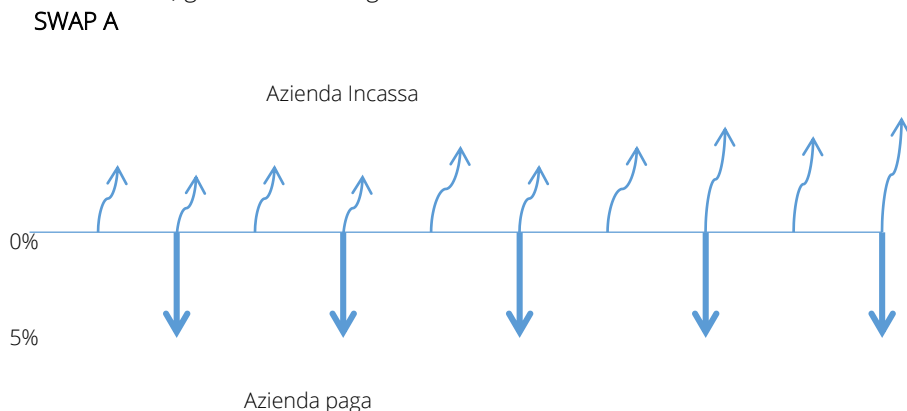
³⁰ Sul tema G. Gallone, art. cit.

forse maliziosamente, sfruttando l’eventuale “stickyness” o “pigrizia” nei comportamenti del debitore di monitorare costantemente le condizioni di mercato. ° *ii)* di proteggersi parzialmente dall’eventuale deterioramento delle condizioni di solvibilità del debitore medesimo, costretto a rimanere nel contratto ma al tasso floor maggiorato del credit spread. Mi sembrano pertanto molto condivisibili, anche sotto il profilo eminentemente tecnico, le interpretazioni giuridiche di chi sostiene che la clausola di tasso minimo, anche se chiara, possa mantenere risvolti economici non necessariamente e immediatamente comprensibili. Occorrerebbe misurare il valore delle reciproche opzioni in mano ai contraenti per appurare se siamo in presenza di condizioni economicamente equivalenti o meno. Sono state evidenziate le difficoltà e le criticità di effettuare misurazioni attendibili con variabili non osservabili né tantomeno, forse peggio, negoziabili nel mercato, vedi la term structure, la volatilità e la correlazione, con i tassi d’interesse di mercato, dei cds del debitore. Sono state illustrate anche le ragioni tecniche per cui, ai fini dell’individuazione di un eventuale derivato implicito in un contratto ospite, sia esso strumento finanziario o contratto bancario/commerciale/atipico, occorra analizzare con scrupolosità anche quelle clausole che regolano le obbligazioni dei contraenti in caso di rimborso/riscatto anticipato o cessione a terzi. Mi sembra essenziale, come imprescindibile regola di trasparenza informativa, privilegiare il più possibile la rappresentazione dei rischi sulla base della sostanza economica anziché della forma giuridica dei contratti, tenuto conto del perimetro tracciato dall’ordinamento giuridico e dal diritto del nostro Paese. Non può che essere benvenuto allora il recepimento, anche in Italia, della Direttiva UE n° 34 del giugno 2013, attraverso le modifiche agli articoli del nostro codice civile introdotte dall’Articolo 6 del D.lgs. 139/2015.

Appendice 1

La costruzione di un derivato ibrido

Un interest rate swap, che indicheremo come “Swap A”, in cui un’azienda (o solo “Azienda”) paga il tasso fisso (annualmente) e la banca (o solo “Banca”) l’Euribor 6 mesi (semestralmente) genererebbe i seguenti flussi di cassa:



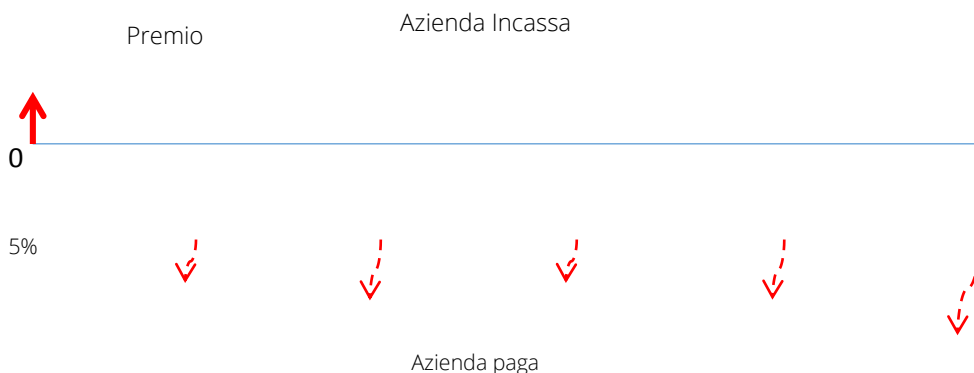
Contrattualmente le prestazioni potrebbero essere così documentate

Azienda paga: 5% (annualmente)

Banca paga: Euribor 6 mesi (semestralmente) con fixings in advance.

Immaginiamo ora che i contraenti negozino, contestualmente allo SWAP A, una prima opzione cap, che chiameremo "OPZIONE A", con scadenza pari a quella dell'irs. Più precisamente, che Azienda venda a Banca un'opzione cap sull'Euribor 12 mesi con strike al 5%. Il premio dell'opzione viene pagato immediatamente da Banca ad Azienda. Le prestazioni dell'azienda sono incerte, questa volta, non solo in termini di *quantum* ma anche di *an*, e saranno di volta in volta eventualmente pari alla differenza, se positiva, tra l'Euribor 12 mesi ed il tasso strike del 5%. I flussi dello strumento finanziario possono essere così rappresentati:

OPZIONE A



Azienda incassa con certezza il Premio, e pagherà dei flussi d'interessi aleatori se, e solo se, l'Euribor 12 mesi risulterà eventualmente superiore al 5%. Azienda non pagherà quindi il pieno valore dell'Euribor a 12 mesi, ma solo l'eccedenza rispetto al tasso strike del 5%.

Le prestazioni delle parti potrebbero essere contrattualmente così documentate:

Banca Acquirente opzione paga: Premio

Azienda Venditrice opzione paga: Al verificarsi dell'Evento A: 0%

Al verificarsi dell'Evento B: Euribor 12 mesi - 5%

Per Evento A si intende un fixing dell'Euribor 12 mesi inferiore o uguale al tasso strike

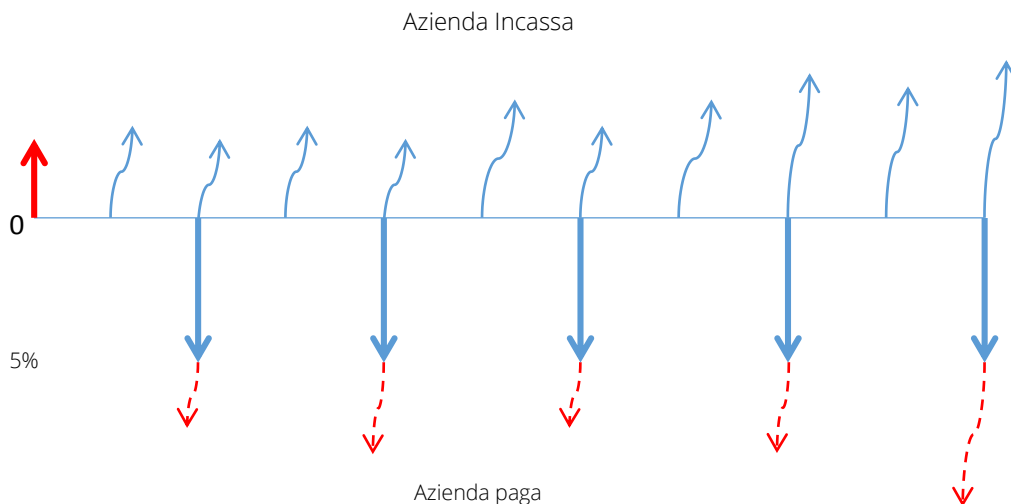
Per evento B si intende un fixing dell'Euribor 12 mesi superiore al tasso strike

Tasso Strike: 5%

Il Premio dovuto da Banca ad Azienda è qui elemento essenziale del contratto, costituendo la prestazione dell'acquirente dell'opzione, deve essere contrattualmente indicato per non incorrere nell'indeterminatezza della prestazione dell'acquirente. Peraltro, in caso di mancato pagamento del Premio, l'acquirente dell'opzione sarebbe inadempiente. Immaginiamo ora che i due strumenti finanziari si "fondano", combinandosi, e vengano documentati in un unico negozio che, nella forma, richiami un interest rate swap ma, nella sostanza tecnico finanziaria, sia di fatto un negozio di cui all'art. 1 comma 2 lettera j) del t.u.f. pre-Mifid. Si potrebbe graficamente effettuare un "overlay" delle prestazioni delle parti,

che negoziano contestualmente lo SWAP A e l'OPZIONE A attraverso un unico negozio, tecnicamente "ibrido", il "DERIVATO IBRIDO A". I flussi di cassa potrebbero essere così rappresentati:

DERIVATO IBRIDO A



I flussi di cassa sopra evidenziati possono facilmente essere documentati contrattualmente attraverso le due gambe di un apparentemente unico interest rate swap, sommando algebricamente le prestazioni individualmente dovute nei singoli contratti SWAP A ed OPZIONE A:

Banca Paga: Upfront (il cui importo altro non è che il valore economico del Premio dell'OPZIONE A) e

Euribor 6 mesi (così come dovuto per effetto dei termini dello Swap A)

Azienda Paga: Al verificarsi dell'evento A: 5% (cioè il tasso fisso dovuto per effetto dello SWAP A + 0% in quanto l'opzione cap(let) è senza effetto in questo scenario)

Al verificarsi dell'evento B: Euribor 12 mesi (cioè il risultato economico della somma algebrica delle prestazioni dovute in questo scenario per effetto dei due strumenti negoziati, SWAP A ed OPZIONE A: $5\% + (\text{Euribor 12 mesi} - 5\%) = \text{Euribor 12 mesi}$)

Per Evento A si intende un fixing dell'Euribor 12 mesi inferiore o uguale al tasso strike

Per evento B si intende un fixing dell'Euribor 12 mesi superiore al tasso strike.

Tasso Strike: 5%

Alla luce delle nuove disposizioni introdotte all'art. 2426 punto 11) -bis, i due derivati impliciti, l'irs fixed floating e l'opzione, andrebbero scorporati ed il loro fair value separatamente iscritto nel bilancio d'esercizio.

LO STRANO CASO DEL VISTO DEL FUNZIONARIO DI BANCA IN RELAZIONE AL REQUISITO DELLA FORMA SCRITTA AD SUBSTANTIAM NEI CONTRATTI BANCARI

LUCA MASSALONGO*

SOMMARIO. 1. Premessa. La nullità dei contratti bancari per difetto di forma scritta. – 2. Il significato originario dei concetti di “visto” e “autentica” nel mondo giuridico. – 3. L’orientamento giurisprudenziale “formalista” che nega al visto del funzionario di banca valore di impegno negoziale. – 4. L’orientamento “sostanzialista” sull’equipollenza tra visto del funzionario e sottoscrizione della banca. – 5. Aspetti critici della prevalente tesi “sostanzialista”. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Premessa. La nullità dei contratti bancari per difetto di forma scritta

L’invalidità dei contratti bancari per difetto di forma scritta è un tema molto ampio e dibattuto, che richiederebbe un approfondimento ben più esaustivo di quanto non sia affidato a questo breve commento.

Al fine di inquadrare correttamente il problema e, quindi, concentrare l’attenzione sul tema del valore del visto del funzionario bancario, occorre partire dalla norma.

L’art. 117, comma 1, T.u.b. così dispone: «I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti». Il successivo comma 3 precisa: «Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo».

La norma, dunque, richiede espressamente la forma scritta per i contratti bancari a pena di nullità e non sembra lasciare spazio a diverse interpretazioni, salvo l’eccezione di cui al comma 2 secondo cui: «Il CICR può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma».

Come anticipato, tuttavia, la materia è assai più complessa di quanto possa far pensare l’apparente linearità della norma. Nella prassi, infatti, si assiste non di rado a contratti stipulati senza il rispetto dei necessari crismi formali.

Sulla forma scritta dei contratti bancari si registrano opinioni diverse sia in dottrina che in giurisprudenza, ma nessuna delle tesi sinora espresse appare totalmente esente da criticità.

In ogni caso, la conclusione cui si giunge è sempre necessariamente alternativa: il contratto o è valido o è nullo.

* Avvocato presso lo Studio tributario e legale Rossi Rossi & Partners di Verona.

Optare per l'una o l'altra soluzione comporta effetti diametralmente opposti, anche e (forse) soprattutto dal punto di vista economico. Nella prima ipotesi, infatti, la banca sarà verosimilmente costretta a restituire tutto quanto percepito nel corso degli anni in forza del contratto nullo (nel caso in cui alla domanda di accertamento del difetto di forma scritta consegua una domanda di ripetizione dell'indebito e, naturalmente, fatti salvi gli eventuali effetti della prescrizione); nel secondo caso essa non dovrà restituire nulla e, a meno che non vi siano altre contestazioni, il contratto continuerà legittimamente a produrre i suoi effetti.

In realtà, nell'ampio panorama giurisprudenziale che si è formato intorno al tema del difetto di forma scritta vi è un dato statistico che non può essere trascurato e che spesso sfugge ai più: e, cioè, che a fronte del chiaro disposto normativo di cui all'art. 117, commi 1 e 3, t.u.b., si assiste ad una casistica giurisprudenziale che, pur in presenza nelle fattispecie concrete di varie irregolarità – o meglio, anomalie – formali, giunge prevalentemente a considerare i relativi contratti validi¹.

Per ragioni di brevità, non si farà qui riferimento alle ipotesi di mancanza totale della sottoscrizione del cliente o della banca né all'ipotesi del mero invio degli estratti conto in assenza di un contratto scritto, né alle altre fattispecie che si possono configurare in relazione all'inosservanza dei requisiti formali.

Ci si limiterà, invece, ad approfondire una di quelle irregolarità o anomalie che si presentano più frequentemente nella prassi della stipulazione di contratti bancari e, cioè, lo specifico caso della presenza nel documento contrattuale della sola sottoscrizione del cliente accompagnata dal cd. *Visto* del funzionario di banca.

Soprattutto nei contratti di conto corrente accade non di rado che accanto alla sottoscrizione del cliente compaia, in luogo della vera e propria sottoscrizione della banca, il cd. *Visto per l'autentica della firma*, che viene in concreto apposto dal funzionario bancario incaricato di gestire la singola pratica di finanziamento.

Nei seguenti paragrafi si cercherà di fare luce sulla natura del visto e sulla sua idoneità o meno ad integrare la volontà di impegno negoziale della banca e dunque, in estrema analisi, a determinare la validità ovvero la nullità del contratto a norma dell'art. 117 T.u.b..

2. Il significato originario dei concetti di “visto” e “autentica” nel mondo giuridico

Come anticipato, nella prassi, alcuni contratti bancari, e tra questi, in particolare, molti contratti di conto corrente, presentano accanto alla sottoscrizione del cliente/correntista soltanto il “visto per l'autentica della firma” (altrimenti definito di “convalida delle firme” o di “accertamento sottoscrizioni”, o locuzioni simili) apposto da un funzionario di banca.

¹ Un trattamento diverso, almeno sotto il profilo statistico, sembra essere riservato ai cd. contratti-quadro in materia di intermediazione finanziaria, dove la giurisprudenza pare più severa nei confronti delle banche posto che sancisce spesso la nullità di tali negozi per difetto di forma scritta ai sensi dell'art. 23 Tuf (cfr., *ex multis*, Cass. civ., Sez. I, 22 marzo 2013, n. 7283; Tribunale di Firenze, 31 maggio 2013; Tribunale di Reggio Emilia, 16 settembre 2013).

Nulla quaestio, in termini di validità del contratto, se al visto si accompagni pure la sottoscrizione vera e propria della banca². In questo caso, a meno che manchi la sottoscrizione del correntista (ipotesi, peraltro, di rara evenienza), il contratto sarà sicuramente valido, almeno sotto il profilo formale.

Se, invece, compare la sola sottoscrizione del correntista accompagnata dal visto del funzionario di banca lo scenario cambia.

Prima di esaminare quelle opinioni giurisprudenziali che, in tale ipotesi, hanno attribuito al visto uno specifico peso giuridico, è necessario cercare di comprendere il senso originario delle espressioni utilizzate al riguardo dai contraenti (*rectius*, dalla banca che predispose in concreto il testo contrattuale). In altre parole, occorre approfondire il valore giuridico della terminologia utilizzata nel contratto, owerosia il reale significato dei termini "visto", "autentica" o "autenticità".

Il visto, in diritto, consiste normalmente nel «controllo preventivo su atti, che si esercita mediante l'apposizione di un'annotazione sull'atto sottoposto a controllo, con la quale l'autorità che esercita il controllo attesta, esplicitamente e implicitamente, di ritenere legittimo l'atto stesso».

La fattispecie più emblematica è quella del visto apposto dalla Corte dei Conti sui decreti del Presidente della Repubblica, dei ministri e, in generale, sugli atti amministrativi soggetti al suo controllo. In assenza di tale visto l'atto è normalmente inefficace, pur non essendo idoneo a sanare suoi eventuali vizi formali o sostanziali.

Come è stato efficacemente sostenuto dalla più attenta dottrina, «gli effetti del visto, invero, consistono in ciò: che, sino a quando il visto non sia intervenuto, l'atto che vi è sottoposto, ancorché sia perfetto in tutti i suoi elementi e ancorché risponda sotto ogni altro riguardo, formale e sostanziale, alle esigenze del diritto, è però mancante di quella che tecnicamente si chiama "efficacia" (...): vale a dire che non può produrre i suoi effetti. Per contro l'apposizione del visto non sana eventuali ragioni di imperfezione o di invalidità dell'atto».

In senso lato, pertanto, il visto intende esprimere una funzione di controllo su un determinato atto o su un suo singolo elemento, ma non sembrerebbe poter costituire uno strumento idoneo a conferire regolarità o validità ad un atto che di per sé già presenti profili anomali o, peggio, invalidanti.

Per questo verso, nel caso dei contratti bancari il visto per l'autenticità della firma dovrebbe semplicemente esprimere la funzione di controllo da parte del funzionario di turno di quell'elemento dell'atto che è la sottoscrizione del cliente.

In secondo luogo, occorre verificare che cosa si intenda con la locuzione "per autentica" (o "per autenticità") della firma, spesso utilizzata accanto al visto.

L'art. 2703, comma 2, c.c. definisce espressamente l'autenticazione come l'attestazione da parte del pubblico ufficiale che la sottoscrizione è stata apposta in sua presenza, con la precisazione che quest'ultimo è tenuto previamente ad accertare l'identità della persona che sottoscrive.

Nel caso di sottoscrizione autenticata da notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato la stessa si ha per riconosciuta, ai sensi del primo comma della norma, con la

² In persona del legale rappresentante o, più frequentemente, del direttore di filiale o comunque di un soggetto all'uopo designato e formalmente investito dei poteri rappresentativi.

conseguenza che la scrittura privata fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta.

Ricondensando le due locuzioni appena enucleate si può quindi definire il visto per autentica della firma semplicemente come il controllo, ai fini probatori, sull'identità di chi sottoscrive.

3. L'orientamento giurisprudenziale "formalista" che nega al visto del funzionario di banca valore di impegno negoziale

Sul tema della idoneità del visto del funzionario bancario ad integrare il requisito della forma scritta ex art. 117, commi 1 e 3, T.u.b., la giurisprudenza appare nettamente divisa.

Secondo un primo orientamento, di matrice più marcatamente "formalista", il contratto sottoscritto dal solo cliente e accompagnato dal visto del funzionario per la mera autentica o convalida della sua firma sarebbe nullo per difetto di forma scritta poiché privo della vera e propria sottoscrizione della banca.

La tesi è sicuramente in linea con il dato letterale, apparentemente chiaro ed inequivocabile, della norma.

Seguendo questa impostazione, al visto del funzionario non viene riconosciuto alcun valore di impegno negoziale, come affermato, ad esempio, dal Tribunale di Taranto con sentenza del 8 luglio 2008, che così ha statuito: «Né possono assumere rilievo sotto questo profilo i documenti denominati (...) recanti solo l'indicazione del visto dell'operatore della banca, tenuto conto che la firma del funzionario della banca "per convalida" non ha valore di accettazione contrattuale ma di mera presa d'atto e ricezione dell'ordine impartito dall'investitore».

La presenza del solo visto non varrebbe dunque ad integrare il requisito della forma scritta *ad substantiam*, il quale sarebbe rispettato esclusivamente con la sottoscrizione del contratto sia da parte del cliente che da parte della banca.

Alle stesse conclusioni giunge il Tribunale di Siena, con la sentenza del 19 luglio 2012, che ha escluso la possibilità di attribuire al visto del funzionario di banca il significato di manifestazione di volontà contrattuale riferibile all'istituto bancario³.

Ben oltre si è spinta la sentenza del Tribunale di Alba del 2 novembre 2010 che – sia essa condivisibile o meno – ha avuto comunque il merito di aver lucidamente indagato la portata del visto del funzionario di banca sotto il profilo funzionale prima ancora che giuridico. I giudici piemontesi hanno infatti osservato che alla sigla dell'impiegato bancario non può attribuirsi un significato diverso da quello proprio dei termini utilizzati nel contratto, ove in concreto se ne richiedeva l'apposizione in un apposito riquadro dedicato alla "convalida firme". È stata quindi analizzata la sua reale funzione che, coerentemente con il dato letterale, consisterebbe nella mera attestazione, ad uso interno della banca, che

³ La fattispecie riguardava un contratto di intermediazione finanziaria (cd. contratto-quadro) regolato dall'art. 23 Tuf. Si osserva, a tal proposito, che la formulazione di quest'ultimo articolo è esattamente speculare a quella dell'art. 117 t.u.b., con la conseguenza che la giurisprudenza formatasi in tema di forma scritta sui contratti bancari in senso stretto e quella relativa ai contratti di intermediazione finanziaria può valere per entrambi i casi.

la proposta contrattuale indirizzata alla medesima provenga con certezza dal cliente, escludendone così ogni altra valenza espressiva⁴.

Un simile approccio, se certamente può apparire poco equo viste le conseguenze che ne deriverebbero a carico della banca allorché, ad esempio, il rapporto abbia avuto esecuzione per molti anni senza alcuna contestazione da parte del cliente, senza dubbio risulta il più fedele al dato letterale e all'inequivocabile formulazione dell'art. 117, commi 1 e 3, t.u.b..

4. L'orientamento "sostanzialista" sull'equipollenza tra visto del funzionario e sottoscrizione della banca

Un diverso orientamento, che si inserisce in quel filone di sentenze favorevoli alla validità del contratto, attribuisce tutt'altro valore al visto del funzionario.

La tesi in questione è stata lucidamente espressa in una recente sentenza del Tribunale di Reggio Emilia del 28 aprile 2015, che ha ribadito gli stessi principi già enunciati in una precedente pronuncia dello stesso giudice⁵.

Afferma la sentenza che «la firma del funzionario di banca, non potendo in alcun modo avere potere certificativo della firma del cliente, per l'assorbente rilievo che detto potere non spetta a tale funzionario, deve invece più ragionevolmente essere intesa come inequivoca esternazione della volontà negoziale del funzionario, in nome e per conto dell'istituto, ex art. 2210 c.c.».

Il ragionamento del giudice emiliano prende le mosse dalla considerazione che il potere certificativo o autentificativo delle sottoscrizioni, come già anticipato⁶, spetta soltanto al pubblico ufficiale a norma dell'art. 2703 del codice civile e, poiché il funzionario di banca non rientra in quest'ultima categoria, alla sua autenticazione andrebbe necessariamente attribuita un'altra valenza, ossia quella di espressione di volontà di impegno negoziale.

⁴ Così testualmente il Tribunale di Alba, 2 novembre 2010: «La firma (o meglio la sigla) attribuita alla banca, infatti, è chiaramente apposta in un riquadro in cui compare l'indicazione "convalida firme" e come tale non può che esserle attribuita e riferita la valenza espressiva e di significato contenuta nella predetta indicazione, cui è manifestamente collegata. In altre parole, con detta siglatura, l'impiegato della banca ha inteso-sostanzialmente- secondo l'inequivocabile significato proprio dei termini impiegati, certificare ad uso interno che la proposta contrattuale indirizzata alla banca medesima proviene con certezza dal cliente ma nulla di più è lecito desumere da tale forma di sottoscrizione. Se ne deve concludere nel senso che l'indicazione "convalida di firme" deve essere interpretata come una sorta di *protestatio* da parte dell'istituto bancario che, invece di sottoscrivere per accettazione la proposta ricevuta apponendo la propria firma a fianco di quella del cliente, si limita a prendere atto, certificandola, della provenienza della proposta da un determinato soggetto, apponendo a tal fine la propria sottoscrizione in un riquadro apposito, posizionato in calce al documento, sotto la firma del cliente e sotto altresì la data del contratto, collocata invece sullo stesso piano della firma del cliente, con ciò andando a distinguere anche graficamente la diversa valenza da attribuire alle sottoscrizioni apposto dai clienti e dalla banca. ...ad una siffatta firma (o siglatura) non può essere attribuita alcun significato in ordine alla manifestazione di volontà da parte della banca».

⁵ Tribunale di Reggio Emilia, 14 maggio 2013 (est. Morlini); in maniera meno approfondita, Tribunale di Monza, 15 febbraio 2012.

⁶ Cfr., *supra*, par. 2.

A supporto di tale tesi vengono addotti ulteriori argomenti che vale la pena qui sintetizzare brevemente: a) la predisposizione da parte della banca stessa del regolamento contrattuale; b) i continui riferimenti al "contratto" presenti nel testo negoziale; c) l'assenza di subordinazione dell'efficacia del contratto all'approvazione di altro organo della banca; d) la concreta esecuzione nel tempo del contratto da parte del correntista senza contestazioni.

Un ulteriore argomento ritenuto decisivo dai sostenitori della validità formale del contratto consiste nell'attribuzione al funzionario bancario che appone il visto della veste di *falsus procurator*.

Infatti, al fine di superare la contestazione relativa alla mancanza di poteri di legale rappresentanza (e quindi del potere di vincolare la banca) in capo all'impiegato firmatario, la giurisprudenza *de qua* ha sostenuto che lo stesso agirebbe come falso rappresentante e che, dunque, il contratto sarebbe comunque da considerarsi perfezionato per effetto del successivo contegno manifestato dalla banca nel corso dell'esecuzione del rapporto⁷. Ciò varrebbe come ratifica tacita dell'operato del *falsus procurator* ai sensi dell'art. 1399, comma 1, del codice civile, che così recita: «Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente (Art. 1398. Rappresentanza senza potere, ndr), il contratto può essere ratificato dall'interessato, con la osservanza delle forme prescritte per la conclusione di esso».

Pertanto, seguendo questa impostazione, qualunque atto successivo sottoscritto dal legale rappresentante della banca o da un apposito delegato potrebbe valere quale manifestazione del consenso negoziale, purché sia appunto rispettato il requisito della forma scritta⁸.

A supporto della tesi del valore negoziale del visto viene invocato anche il principio di conservazione del contratto (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.

Per questo verso, il visto del funzionario di banca, non potendo avere altri effetti, dovrebbe essere necessariamente interpretato come espressione del consenso negoziale dell'istituto di credito.

⁷ Secondo la già citata Cass. 4564/2012 sarebbe sufficiente anche il semplice invio da parte della banca al cliente degli estratti conto.

⁸ In questo senso si è espressa Cass. civ., Sez. II, 25 ottobre 2010, n. 21844: «La ratifica di un contratto soggetto alla forma scritta "ad substantiam", stipulato da "falsus procurator", non richiede che il "dominus" manifesti per iscritto espressamente la volontà di far proprio quel contratto, potendo la ratifica essere anche implicita - purché sia rispettata l'esigenza della forma scritta - e risultare da un atto che, redatto per fini che sono consequenziali alla stipulazione del negozio, manifesti in modo inequivoco la volontà del "dominus" incompatibile con quella di rifiutare l'operato del rappresentante senza potere». *Contra*, tuttavia, si segnala Cass. civ., Sez. I, 22 marzo 2013, n. 7283 secondo cui: «In tema di intermediazione finanziaria, ed alla stregua di quanto sancito dall'art. 23 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, sono nulle, per carenza di un indispensabile requisito di forma prescritto dalla legge a protezione dell'investitore, le operazioni di investimento compiute da una banca in assenza del cosiddetto "contratto quadro", senza che sia possibile una ratifica tacita, che sarebbe affetta dal medesimo vizio di forma».

Questi argomenti, unitamente ad altri non strettamente attinenti al tema del visto e che per ragioni di brevità non vengono qui approfonditi⁹, portano la giurisprudenza di matrice “sostanzialista” a concludere per la validità dei contratti bancari (ben inteso, purché firmati dal correntista) sotto il profilo formale.

5. Aspetti critici della prevalente tesi “sostanzialista”

Esaminati i due contrapposti orientamenti giurisprudenziali, si rende necessario evidenziarne gli aspetti critici, posto che, come rilevato, sul tema della forma scritta vi sono ben poche certezze.

Per quanto riguarda l'orientamento che abbiamo definito “formalista”, è facile intuire che esso non tiene in debito conto la realtà effettiva del rapporto che si è svolto tra le parti, magari anche per decenni e senza contestazioni, ed appare quindi in contrasto con evidenti ragioni di giustizia sostanziale e con il principio di conservazione degli effetti del contratto.

D'altro canto, l'orientamento “sostanzialista”, il quale equipara il visto del funzionario alla vera e propria sottoscrizione della banca, si presta ad una prima critica di carattere puramente logico.

Invero, i sostenitori di questa tesi affermano che poiché il funzionario bancario non ha alcun potere certificativo di stampo pubblicistico, in quanto nessuna norma glielo attribuisce, allora necessariamente la sua firma varrebbe come manifestazione della volontà negoziale della banca di accettazione della proposta contrattuale¹⁰.

Ebbene, il passaggio logico non convince: il sillogismo tra esclusione di potere autentificativo pubblico e manifestazione di volontà contrattuale si fonda sull'erroneo presupposto che le possibili funzioni del visto siano soltanto queste due (e che una escluda l'altra) e non tiene conto del vero valore del visto. In altre parole, negare valore pubblicistico al visto del funzionario non consente di attribuire automaticamente allo stesso il significato di impegno negoziale.

Ma a ben vedere, entrambi gli orientamenti sembrano cadere in un equivoco di fondo, che consiste nell'aver confuso l'autentica del funzionario di banca con l'autenticazione di cui all'art. 2703 c.c.. Come visto (cfr., *supra*, par. 2), quest'ultima consiste in un meccanismo pubblicistico volto ad attribuire un determinato valore probatorio ad un atto.

⁹ L'argomento più “forte” e richiamato in quasi tutte le pronunce di questo segno è il principio espresso, pur isolatamente, dalla già citata Cass. civ., 22 marzo 2012, n. 4564, secondo cui al fine di considerare perfezionato il contratto sarebbe sufficiente anche il mero invio al cliente degli estratti conto redatti dalla banca. Sul punto, si veda, tuttavia, la sentenza della Corte d'Appello di Napoli del 19 dicembre 2014, che ritiene il richiamo operato dalle difese delle banche a detta sentenza non condivisibile, in quanto la stessa, in realtà, avrebbe considerato validamente concluso il contratto bancario in forza di un diverso e prevalente motivo (e cioè l'aver consegnato ai clienti della copia del contratto sottoscritta dalla banca), mentre il riferimento al valore da attribuire agli estratti conto rappresenterebbe un mero *obiter dictum*, peraltro isolato e smentito dalla consolidata giurisprudenza formatasi in fattispecie analoghe.

¹⁰ La proposta contrattuale è solo formalmente proveniente dal cliente in quanto il relativo testo è sempre già predisposto dalla banca.

Ben diversa è la cd. "autentica" dell'impiegato di banca, che corrisponde ad un semplice accertamento o convalida di firme, senza alcuna effettiva pretesa di certificazione pubblica.

L'autenticazione di cui all'art. 2703 del codice civile, infatti, corrisponde ad una facoltà che il funzionario bancario non ha né mira ad avere.

Particolarmente chiara a questo proposito è la sentenza della Corte d'Appello di Napoli del 19 dicembre 2014, che ha approfondito la questione relativa alla funzione della sigla del funzionario, individuandola nell'esigenza, a meri fini interni, di identificazione del dipendente responsabile della pratica e della sua responsabilità in ordine all'accertamento dell'identità del cliente firmatario¹¹.

La Corte partenopea ha sicuramente avuto il pregio di aver approfondito, forse per la prima volta¹², la reale valenza della sigla o visto del funzionario di banca.

Inoltre, non sembra del tutto corretto il richiamo all'art. 2210 c.c. operato, ad esempio, dal citato Tribunale di Reggio Emilia, atteso che la sottoscrizione di un contratto di conto corrente non rientra tra «gli atti che ordinariamente comporta la specie delle operazioni di cui sono incaricati» gli impiegati bancari, quali le classiche operazioni di sportello.

Di conseguenza risulterebbe indebolita anche l'ulteriore argomentazione addotta dai "sostanzialisti" relativamente alla ratifica tacita dell'operato del *falsus procurator*, posto che, non avendo il visto alcuna valenza negoziale, non vi sarebbe alcunché da ratificare.

Ma anche ammettendo che il funzionario con la sua firma voglia impegnare contrattualmente la banca, la tesi del *falsus procurator* non appare del tutto lineare.

Si è sostenuto, infatti, che la ratifica di un contratto per il quale vi è l'obbligo della forma scritta non richiede che il rappresentato (cioè la banca) manifesti per iscritto esattamente la volontà di fare proprio quel contratto, potendo la ratifica essere anche implicita - purché sia rispettata l'esigenza della forma scritta - e risultare da un atto che riveli in modo inequivoco la volontà del "dominus" incompatibile con quella di rifiutare l'operato del rappresentante senza potere¹³.

Tuttavia, in altra più recente sentenza, la Suprema Corte ha affermato che «in tema di intermediazione finanziaria, ed alla stregua di quanto sancito dall'art. 23 del D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, sono nulle, per carenza di un indispensabile requisito di forma prescritto dalla legge a protezione dell'investitore, le operazioni di investimento compiute da una banca in assenza del cosiddetto "contratto quadro", senza che sia possibile una ratifica tacita, che sarebbe affetta dal medesimo vizio di forma. (In applicazione dell'anzidetto principio, la S.C. ha ritenuto che correttamente il giudice di merito non avesse tenuto conto delle note e dei rendiconti inviati dall'istituto di credito alle parti ed

¹¹ Così Corte d'Appello di Napoli, Sez. III Civile, 19 dicembre 2014, n. 1013: «Dunque, come osservato dal giudice di primo grado, per il luogo in cui era(no) apposta(e) si trattava dell'assunzione di responsabilità del funzionario, diretta a riconoscere lo specimen di firma del cliente. In ogni caso, va anche osservato che la rappresentanza della banca avrebbe implicato la spendita del nome della stessa nei confronti del cliente, e non era perciò desumibile dalla mera sigla apposta sul documento, a soli fini interni di identificazione del dipendente cui era stata affidata la cura della pratica, peraltro nemmeno apposte in corrispondenza di una parte del modulo riportante, a stampa, la denominazione completa dell'Istituto di credito».

¹² In realtà già il Tribunale di Alba cit. aveva individuato, sia pure in maniera meno approfondita, la vera funzione del visto per autentica.

¹³ In questo senso Cass. civ., Sez. II, 25 ottobre 2010, n. 21844.

asseritamente integranti, per effetto della mancata contestazione, la ratifica del contratto)»¹⁴.

In ogni caso, vi è una norma, espressione di un principio generale in tema di nullità, che sembrerebbe ostare alla possibilità di ratifica dell'operato del falso rappresentante.

L'art. 1423 c.c., infatti, statuisce: «Il contratto nullo non può essere convalidato, se la legge non dispone diversamente».

Ebbene, ammettere la possibilità di una ratifica successiva sembra cozzare contro l'inammissibilità della convalida di un contratto nullo. Se è vero, infatti, che la ratifica opera nell'ipotesi di contratto originariamente valido benché sottoscritto da un soggetto privo di potere rappresentativo (e, quindi, soltanto provvisoriamente inefficace), è altrettanto vero che il vizio che affierisce il contratto bancario privo di firma lo invalida *ab origine*, non riguardando la sua (provvisoria) inefficacia bensì la sua stessa validità originaria. Il contratto, in altre parole, nascerebbe nullo e, come tale, non potrebbe essere convalidato.

Gli ulteriori argomenti addotti a supporto della tesi della validità del contratto prestano anch'essi il fianco ad alcune critiche. Infatti: a) sulla già avvenuta predisposizione del contratto da parte della banca, si potrebbe facilmente obiettare che proprio per questo motivo non avrebbe senso la creazione da parte di quest'ultima di un riquadro riservato all'autentica della firma se questo dovesse essere interpretato come accettazione contrattuale della banca ¹⁵; b) sul continuo riferimento nel testo al "contratto", si potrebbe altrettanto agevolmente replicare che qualsiasi proposta contrattuale è formulata in modo tale da apparire come testo definitivo suscettibile, al limite, di essere accettato anche senza modifiche; c) sulla mancata subordinazione dell'efficacia del contratto ad altro organo della banca, si osserva semplicemente che ciò che si contesta è appunto la sottoscrizione del contratto da parte di un organo autorizzato; d) sull'esecuzione del contratto ad opera di tutte le parti senza contestazioni nel tempo, ci si limita ad osservare che in questo modo sarebbe sin troppo semplice aggirare l'espressa volontà del legislatore che ha richiesto la forma scritta *ad substantiam* per i contratti bancari e di fatto si svuoterebbe di significato la norma.

Avuto riguardo al principio di conservazione del contratto, si può osservare che l'art. 1367 c.c. mira a salvare il contratto in sé o singole clausole dello stesso e, sotto questo profilo, è quanto meno lecito dubitare della riconducibilità della sigla del funzionario ad una "clausola" del contratto.

Inoltre, il principio di conservazione mantiene in vita la clausola attribuendole un effetto solo nel caso in cui non ne potrebbe avere alcuno. Ma si è visto che l'effetto della sigla del funzionario esiste e consiste più che altro nell'esigenza, a meri fini interni all'istituto di credito, di individuare il responsabile della pratica ovvero di accertare l'identità del cliente firmatario.

¹⁴ Cass. civ., Sez. I, 22 marzo 2013, n. 7283

¹⁵ Tanto più che non di rado, come già si è detto, nel testo contrattuale compare anche un apposito riquadro (spesso vuoto) riservato alla vera e propria sottoscrizione della banca.

6. Osservazioni conclusive

Si è osservato come la tesi dominante dell'equipollenza tra visto del funzionario e sottoscrizione della banca presti il fianco a più di una critica.

Tuttavia, vi è un ulteriore aspetto sinora trascurato e che meriterebbe più attenzione da parte degli interpreti. Tale aspetto si ricollega alla natura intrinseca del visto.

Si è detto in precedenza¹⁶ che esso consiste in un controllo preventivo che si manifesta in un'annotazione sull'atto da sottoporre a controllo.

In realtà, proprio con riferimento a tale natura, si osserva che il visto difficilmente può essere considerato una vera e propria sottoscrizione.

Il visto è infatti una "annotazione" o una "sigla", che si concretizza quasi sempre in un segno grafico, il quale assai difficilmente è assimilabile ad una sottoscrizione.

Non a caso questo segno grafico è spesso illeggibile e, pertanto, nemmeno riferibile ad una determinata persona fisica che l'abbia apposto, in quanto non ne costituisce la sottoscrizione¹⁷.

Ebbene in questi casi sembrerebbe legittimo dubitare della stessa sussistenza di una sottoscrizione e da ciò conseguirebbe necessariamente la nullità del contratto.

A conclusioni simile giunge anche la già citata sentenza della Corte d'Appello di Napoli del 19 dicembre 2014, la quale si interroga in linea generale sull'idoneità di "una mera sigla apposta su un documento contrattuale, priva di ogni caratteristica peculiare, e sganciata, topograficamente, da altri elementi che valgano ad imputarne tipicamente la riferibilità al soggetto rappresentato" ad impegnare validamente una parte contrattuale, soprattutto quando si tratti di persone giuridiche, caratterizzate da complesse organizzazioni interne. La Corte ha quindi osservato che, secondo l'insegnamento della Cassazione, la sottoscrizione consiste nella firma costituita da nome e cognome scritti di pugno o quantomeno in una sigla caratteristica ed identificabile, volendo esprimere graficamente la paternità ed impegnatività della dichiarazione che la precede¹⁸. Infine, ha concluso per la nullità di quei contratti caratterizzati dalla presenza di sigle la cui paternità - e dunque la riferibilità ad un soggetto in grado di vincolare la banca - è sconosciuta.

Sotto questo profilo, dovrebbe essere onere (processuale) dei correntisti contestare immediatamente la riferibilità del visto o della sigla ad un soggetto riconducibile alla banca o, comunque, in grado di rappresentarla.

Insomma, gli argomenti spesi dalla giurisprudenza in favore della tesi dell'equipollenza tra visto del funzionario e sottoscrizione con valenza negoziale della banca si prestano a rilievi critici se singolarmente esaminati.

L'orientamento maggioritario, che tende a valorizzare la circostanza che il contratto abbia avuto concreta esecuzione senza contestazioni anche per molto tempo (si pensi a fidi di durata pluridecennale) e, dunque, a salvaguardare la reale volontà delle parti di dar corso al contratto, appare senza dubbio improntato a canoni di giustizia sostanziale ed equità. Tuttavia, l'approccio più formalistico, seppur meno accattivante per la giurisprudenza di merito e apparentemente meno equo, ha un significato che va oltre il

¹⁶ Cfr., *supra*, par. 2.

¹⁷ Spesso tale segno grafico riproduce proprio la "V" di visto.

¹⁸ Cass. civ., Sez. II, 28 luglio 1992, n. 9040.

mero rigorismo formale ed è da ricercarsi nelle ragioni che hanno indotto il legislatore ad introdurre l'obbligo della forma scritta nei contratti bancari.

Infatti, con la previsione di tale obbligo il legislatore ha voluto tutelare la parte "debole" del contratto rispetto alle condizioni imposte unilateralmente dal contraente "forte", cioè la banca, in quella famosa ottica di trasparenza che intende porre dei limiti allo strapotere contrattuale degli istituti di credito.

È evidente, dunque, che gli obblighi formalistici non sono mai imposti per un mero virtuosismo stilistico del legislatore, ma intendono presidiare interessi primari di carattere individuale e generale¹⁹.

Il principio è stato recentemente valorizzato dalle Sezioni Unite della Cassazione che, con la sentenza n. 26242 del 12 dicembre 2014 hanno ricondotto le nullità cd. di protezione - quale è appunto la nullità ex art. 117 T.u.b. - nell'alveo delle nullità generali codicistiche consentendone (anzi, imponendone) la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice.

Inoltre, analoghi orientamenti "morbidi" sugli obblighi di forma difficilmente si rinvergono in altri casi. Si pensi al caso della vendita di un immobile ovvero al caso di un testamento olografo. In queste ipotesi, in caso di mancato rispetto degli obblighi di forma, nessuno porrà mai in dubbio la nullità della vendita o del testamento (anche se scritto di pugno dal testatore, ma privo della sua firma). Eppure, dal punto di vista sostanziale, non vi sono dubbi di quale fosse la reale volontà del compratore o del testatore. A ciò si aggiunga che spesso l'acquirente di un immobile o l'erede sono soggetti privi delle necessarie conoscenze tecnico-giuridiche, a differenza della banca che, in quanto operatore professionale, dovrebbe ben conoscere le regole cui è soggetta la propria contrattazione.

Del resto, l'eventuale azione di nullità non precluderebbe alla banca di rivalersi (ad esempio, nelle forme dell'*exceptio doli*) sul cliente che si sia approfittato in mala fede e per lungo tempo di un contratto nullo per fare valere le proprie ragioni.

In conclusione, la tesi "formalistica" che nega al visto del funzionario valenza di impegno contrattuale, oltre che apparire lineare e coerente con l'assetto voluto dal legislatore, se correttamente interpretata, potrebbe risultare anche dal punto di vista sostanziale altrettanto idonea a tutelare interessi sia individuali sia generali in conformità ai recenti dettami delle Sezioni Unite.

Alla luce di tutto ciò, sarebbe auspicabile un intervento chiarificatore della giurisprudenza di legittimità che, chiamata a pronunciarsi direttamente sulla questione (e non in un *obiter dictum*), sia in grado di mettere un punto fermo alla problematica, destinata altrimenti a rimanere ancora a lungo senza valide soluzioni.

¹⁹ Sotto questo profilo è appena il caso di evidenziare che la trasparenza tutela anche la libera concorrenza e il mercato.

PARTE SECONDA

IL COLLEGAMENTO NEGOZIALE DEL CONTRATTO DI LEASING E LA TUTELA DELL'UTILIZZATORE

ELISABETTA ROMANI*

SOMMARIO: 1. Il caso deciso. – 2. Il contratto di leasing. – 3. Il collegamento negoziale. – 4. Le azioni esperibili dall'utilizzatore e dal concedente. – 5. I vizi della cosa.

La recente sentenza delle Sezioni Unite n. 19785 del 26 maggio - 5 ottobre 2015 interviene sulla controversa questione della possibilità per l'utilizzatore di un bene in leasing di esercitare l'azione di risoluzione (o di riduzione del prezzo) del contratto di vendita tra il fornitore ed il concedente, laddove manchi un'espressa previsione contrattuale al riguardo.

La sentenza, innanzitutto, prende posizione in merito alla natura giuridica del contratto di leasing, ossia se lo stesso debba essere considerato quale contratto trilaterale oppure debba essere ricondotto al fenomeno del collegamento negoziale; in secondo luogo, la pronuncia in esame analizza le diverse azioni che possono essere esperite dall'utilizzatore e dal concedente nei confronti del fornitore, a seconda del tipo di vizio fatto valere.

1. Il caso deciso

La società Alfa s.r.l., utilizzatrice del bene in leasing, conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Verona la società fornitrice (società Beta S.p.A.) al fine di ottenere la risoluzione per inadempimento del contratto di vendita, intercorso tra quest'ultima ed il concedente. In particolare, parte attrice lamentava che il bene dato in leasing (un autocarro) era risultato privo di una qualità essenziale, in quanto strutturalmente inadatto ad ottenere l'autorizzazione ADR e la conseguente omologazione da parte del Ministero dei Trasporti.

Il Giudice di prime cure, dopo aver dichiarato la risoluzione del contratto di fornitura per fatto e colpa della venditrice Beta S.p.A., condannava quest'ultima alla restituzione di quanto percepito come corrispettivo del contratto di vendita e rigettava la domanda risarcitoria.

La sentenza veniva successivamente impugnata innanzi alla Corte d'Appello di Venezia, la quale, riformando la sentenza di primo grado, dichiarava la carenza di legittimazione attiva della società Alfa s.r.l. e, per l'effetto, rigettava tutte le domande da questa proposte.

Proposto ricorso al giudice di legittimità, venivano investite le Sezioni Unite in considerazione della questione di diritto di massima importanza, concernente – con riguardo ai presupposti sostanziali e processuali di applicazione dell'art. 1705, co. 2 c.c. alla locazione finanziaria – le azioni direttamente proponibili dall'utilizzatore nei confronti del

* Avvocato del foro di Roma.

venditore ed, in special modo, quella di risoluzione della vendita per inadempimento di quest'ultimo.

2. Il contratto di leasing

La prima questione affrontata dalle Sezioni Unite attiene alla natura giuridica dell'operazione di leasing finanziario e, segnatamente, se il contratto di compravendita, tra il fornitore del bene ed il concedente, e l'altro di locazione finanziaria, tra concedente ed utilizzatore, diano luogo ad un contratto unitario plurilaterale oppure ad una ipotesi di collegamento negoziale.

Tale questione, ormai risolta da tempo in favore della tesi sul collegamento negoziale, assume particolare rilevanza nel caso di specie, atteso che, laddove si ravvisi un contratto unitario plurilaterale, l'utilizzatore sarà direttamente legittimato ad esperire l'azione di risoluzione nei confronti del fornitore, essendo anch'esso parte del contratto di compravendita. Diversamente, se si trattasse di una ipotesi di collegamento negoziale, l'utilizzatore sarebbe del tutto estraneo al rapporto contrattuale tra fornitore e concedente, con la conseguenza che lo stesso non potrebbe far valere in giudizio né l'azione di risoluzione né quella di riduzione del prezzo.

La locazione finanziaria si articola in una operazione di finanziamento volta a consentire all'utilizzatore il godimento di un bene tramite l'impiego di capitali di un soggetto abilitato al credito (*rectius*, concedente), il quale, in tal modo, permette all'utilizzatore – a fronte del pagamento di un canone periodico¹ - di soddisfare un interesse che diversamente non avrebbe avuto la possibilità o l'utilità di realizzare.

Pertanto, al contratto di leasing vero e proprio si affianca un'ordinaria compravendita, attraverso la quale il concedente acquista dal fornitore il bene richiesto dall'utilizzatore, al precipuo fine di concederlo in godimento a quest'ultimo.

Al termine del contratto di leasing, l'utilizzatore potrà scegliere se esercitare l'opzione a favore del concessionario ed acquistare il bene ad un prezzo residuo predeterminato, restituire il bene al concedente oppure rinnovare il contratto stesso.

Come noto, la giurisprudenza² suole distinguere due diversi tipi di locazione finanziaria: il leasing di godimento ed il leasing traslativo. Nel primo caso, il leasing viene stipulato al fine di finanziare beni che non sono idonei, alla scadenza del rapporto contrattuale, di conservare un apprezzabile valore residuale, cosicché i canoni saranno remunerativi unicamente della fruizione del bene stesso.

Si ha, invece, leasing traslativo ogni qual volta il contratto di finanziamento abbia ad oggetto un bene che, all'esito del rapporto, mantenga un valore residuo superiore a quanto pattuito per l'esercizio del diritto di opzione. In tal caso, essendo il contratto di leasing programmato per l'eventuale trasferimento del diritto di proprietà in favore dell'utilizzatore,

¹ Come sottolineato dalla pronuncia in commento, detto canone si compone sia del costo del bene che degli interessi dovuti al concedente/finanziatore per l'anticipazione del capitale.

² Cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. I, 23 maggio 2008 n. 13418 e 7 febbraio 2001 n. 1715; Cass., Sez. III, 14 luglio 2004 n. 13073; Cass., Sez. Un., 7 gennaio 1993 n. 65. Si veda altresì CORNELI [N.], *Il collegamento negoziale nel contratto di leasing*, in *Archivio civile*, Piacenza, La Tribuna, 2004, 12, 1415.

i canoni sono comprensivi anche di una quota del prezzo del bene in previsione del successivo acquisto.

È indubbio che, da un punto di vista economico, l'operazione di leasing sia trilaterale, nel senso che i rapporti tra fornitore, concedente e utilizzatore costituiscono un tutto unitario³. Tuttavia, ponendo l'attenzione ai profili giuridici, i due contratti mantengono la loro autonomia, essendo sottoscritti tra soggetti diversi (utilizzatore – concedente e concedente – fornitore) ed essendo sorretti entrambi da uno specifico profilo causale⁴.

Il leasing, non essendo disciplinato in modo organico dalla legge⁵, è un contratto atipico, il quale, pur avendo tratti in comune sia con la locazione che con la vendita (con riservato dominio), non può essere ricondotto complessivamente a nessun tipo legale⁶. Ciò nonostante, il leasing ha ormai conquistato, anche nel nostro ordinamento giuridico, una sua tipicità social-giurisprudenziale⁷, di cui questa pronuncia ne è un'espressione.

Un primo orientamento più risalente riconduceva l'operazione di locazione finanziaria nel suo complesso nel novero dei contratti plurilaterali unitari (ad es. contratti associativi), intesi come quei contratti da cui sorgono contestualmente impegni per più parti, o che in ogni caso disciplinano interessi di più parti, fra loro interdipendenti⁸.

Tale interpretazione trovava fondamento, da un lato, sulla struttura trilaterale del rapporto e, dall'altro, sulla considerazione che il bene, il fornitore e le modalità di acquisto sono scelti direttamente dall'utilizzatore, limitandosi il concedente ad accettare la proposta di leasing e ad acquistare il bene così prescelto.

Con riguardo all'azione di risoluzione, tale impostazione⁹ riteneva che l'utilizzatore potesse esperire il rimedio di cui all'art. 1453 c.c. nei confronti del fornitore unicamente nel caso in cui avesse partecipato al giudizio anche il concedente¹⁰, così introducendo di fatto una nuova ipotesi di litisconsorzio necessario (art. 102 c.p.c.).

In tal modo, si voleva evitare che il concedente, in caso di accoglimento della domanda attorea (*rectius*, dell'utilizzatore), potesse perdere la proprietà ed i canoni derivanti dalla locazione a seguito di un'azione esperita da un soggetto sostanzialmente terzo al contratto di compravendita, intercorso – quantomeno formalmente – tra fornitore e concedente.

Tale impostazione è stata superata dalla tesi del collegamento negoziale, secondo la quale tra il contratto di compravendita e quello di locazione finanziaria sussiste una

³ In tal senso, DE NOVA [G.], *Il contratto di leasing*, Milano, Giuffrè, 1995, 33.

⁴ Mentre la funzione della compravendita si rinviene nello scambio di una cosa contro un prezzo, nel contratto di leasing, la causa consiste nel godimento, per un determinato periodo, del bene oggetto del contratto. In tal senso, Cass., Sez. III, 2 novembre 1998 n. 10926.

⁵ Una regolamentazione legislativa vera e propria si registra con riguardo ai rapporti internazionali, disciplinati dalla legge 14 luglio 1993 n. 259 di ratifica ed esecuzione della convenzione Unidroit sul leasing finanziario internazionale, stipulata ad Ottawa il 28 maggio 1988. Inoltre, il leasing è disciplinato dall'art. 160-bis del d.lgs. n. 163/2006, che si occupa della locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, e dalla normativa in materia fiscale.

⁶ Si richiama DE NOVA [G.], op. cit., 16.

⁷ Così come è stato osservato da ROPPO [V.], *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2001, 423.

⁸ ROPPO [V.], op. cit., 129.

⁹ Cass., Sez. II, 26 gennaio 2000 n. 854.

¹⁰ Diversamente, la sentenza sarebbe stata *inutiliter data*.

interdipendenza funzionale tale da legare tra loro i negozi contrattuali, pur mantenendo gli stessi una propria autonomia causale.

3. Il collegamento negoziale

In tale contesto, dunque, sembrano utili alcune riflessioni sulla categoria giuridica del collegamento negoziale¹¹ ed, in special modo, sulle conseguenze pratiche che si riflettono sulla tutela dell'utilizzatore.

Come noto, si definisce collegamento negoziale quel "meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, che viene realizzato non per mezzo di un singolo contratto ma attraverso una pluralità coordinata di contratti i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è finalizzato ad un unico regolamento dei reciproci interessi"¹².

In altri termini, il collegamento negoziale non dà vita ad un nuovo tipo di contratto, bensì è uno strumento di regolamento degli interessi economici delle parti¹³, in quanto ciascuno dei contratti, pur mantenendo una propria causa e conservando una distinta individualità giuridica, è funzionalmente ordinato al medesimo fine unitario.

Il principale riflesso¹⁴ di questo rapporto di interdipendenza si ravvisa nel fatto che le vicende patologiche che investono un contratto (invalidità, inefficacia, risoluzione ecc.) possono riverberarsi sull'altro, anche laddove sussista un collegamento unilaterale¹⁵ ed i negozi siano legati da un rapporto di principale ad accessorio.

Tra le diverse classificazioni che sono state elaborate in dottrina, una distinzione particolarmente rilevante è quella tra collegamento necessario, ossia legalmente tipizzato (ad es. il contratto definitivo rispetto al preliminare) ovvero insito nella funzione stessa del negozio, e collegamento volontario, il quale si configura ogni qual volta siano le stesse parti

¹¹ Per una disamina del fenomeno del collegamento negoziale, si veda SCOGNAMIGLIO [R.], voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.* Milano, Giuffrè, 1960, 375.

¹² In tal senso, *ex multis*, Cass. civ., Sez. I, 1 ottobre 2014 n. 20726; Cass. civ., Sez. III, 10 luglio 2008 n. 18884 e 12 luglio 2005 n. 14611.

¹³ I contratti collegati devono essere tenuti distinti dai contratti misti, i quali si configurano quando la fusione delle cause, tramite il criterio della causa prevalente, fa sì che gli elementi di ciascun tipo contrattuale diano luogo ad un unico negozio. Inoltre, il fenomeno del collegamento negoziale si differenzia altresì dal contratto complesso, in cui la pluralità di prestazioni è riconducibile ad un unico rapporto, caratterizzato *ex ante* da un'unica causa.

¹⁴ Per un quadro delle diverse conseguenze pratiche del collegamento negoziale si veda NARDI [S.], *Causa del contratto, collegamento negoziale e presupposizione*, in *Giurisprudenza di merito*, Milano, Giuffrè, 2006, 3, 569 e ss.

¹⁵ Si ha collegamento unilaterale ogni qual volta la sorte di un contratto si ripercuote sull'altro ma non viceversa (ad es. contratti di garanzia). Per contro, il collegamento è bilaterale quando i contratti sono avinti da un nesso di interdipendenza reciproca. In tal senso, BIANCA [C. M.], *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2000, 483 e GAZZONI [F.], *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, 821.

a programmare due contratti, che di per sé sarebbero del tutto autonomi, come elementi di una medesima operazione¹⁶.

Con specifico riguardo al contratto di leasing, le Sezioni Unite hanno rilevato che nella prassi il collegamento negoziale si realizza mediante apposite clausole previste in ciascuno dei due contratti - di leasing e di fornitura - le quali denotano come l'acquisto del bene sia funzionale al soddisfacimento di un interesse proprio dell'utilizzatore. A titolo esemplificativo si pensi alla clausola, contenuta nel contratto di leasing, con cui il concedente cede all'utilizzatore diritti futuri, ma determinabili in quanto derivanti dal contratto di fornitura.

Pertanto, come rilevato nella pronuncia in commento, laddove vi siano dette clausole di interconnessione tra i due regolamenti contrattuali, il contratto di fornitura può essere ricondotto nel novero dei contratti produttivi di alcuni effetti obbligatori a favore del terzo utilizzatore, senza dover "ipotizzare la presenza di un mandato implicito al contratto di leasing" (art. 1705, co. 2 c.c.).

In ogni modo, anche in mancanza di previsioni espresse, la sussistenza del collegamento negoziale si desume dalla struttura stessa dell'operazione di locazione finanziaria, in quanto il concedente si impegna a cedere in godimento all'utilizzatore un bene che ancora non è nella sua disponibilità, con la conseguenza che il contratto di fornitura è strumentale al contratto di leasing stesso.

Così ricostruita la sussistenza di un collegamento negoziale, le Sezioni Unite si sono interrogate sulla possibilità che la fattispecie in esame sia o meno qualificabile come collegamento in senso tecnico, stante le notevoli conseguenze che, in caso di esito positivo, si avrebbero sulla disciplina dell'azione di risoluzione.

Si ha collegamento negoziale in senso tecnico ogni qual volta le operazioni, oltre ad essere legate dal punto di vista economico - "costituendo un tutto unitario" -, siano caratterizzate dalla presenza del c.d. elemento soggettivo, ossia dall'intento negoziale unitario perseguito dai contraenti (c.d. *animus colligandi*)¹⁷. In altri termini, è proprio l'elemento soggettivo che costituisce il momento unificatore tra i vari contratti coinvolti nella operazione economica complessa¹⁸.

In tal caso, data l'interdipendenza funzionale tra i contratti collegati in senso tecnico, si è soliti affermare che le vicende che colpiscono uno di essi si dovrebbero automaticamente riflettere sull'altro contratto, in base al noto brocardo latino *simul stabunt, simul cadent*.

Nella pronuncia in commento, le Sezioni Unite hanno rilevato che, nel caso dell'operazione di leasing finanziario, non è ravvisabile un tale tipo di collegamento tecnico,

¹⁶ Si veda ROPPO [V.], op. cit., 388 e GAZZONI [F.], op. cit., 821.

¹⁷ Secondo Cass. civ., Sez. III, 5 luglio 2004 n. 12279, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, Padova, Cedam, 2005, 1, 765, il requisito soggettivo, pur non dovendo necessariamente essere manifestato in forma espressa, consiste nel comune intento pratico delle parti di volere sia l'effetto tipico dei singoli negozi posti in essere sia il collegamento ed il coordinamento di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, non essendo sufficiente che quel fine sia perseguito da una delle parti all'insaputa e senza la partecipazione dell'altra.

¹⁸ NARDI [S.], op. cit., 563.

mancando proprio l'elemento soggettivo, ossia l'intenzione delle parti di collegare i vari negozi in uno scopo comune¹⁹.

Infatti, il fornitore non addivene alla vendita in vista della circostanza che successivamente il bene sarà concesso in locazione dal compratore/concedente all'utilizzatore/locatario, avendo di mira unicamente il proprio interesse alla vendita²⁰. Ne consegue che, dal punto di vista causale, il contratto stipulato tra il fornitore ed il finanziatore/concedente è caratterizzato dalla funzione tipica del contratto di compravendita, ossia il trasferimento del bene in cambio del prezzo.

Pertanto, le circostanze che sia proprio l'utilizzatore a scegliere il fornitore, a trattare con lui ed a ricevere la consegna del bene e che il fornitore, a sua volta, sia consapevole che l'acquisto da parte del committente sia finalizzato alla locazione del bene in favore del terzo utilizzatore, sono del tutto esterne rispetto alla struttura stessa dei contratti che si vanno a stipulare e non sono capaci di mutarne la causa di ciascuno.

In definitiva, pur intercorrendo tra il contratto di leasing finanziario e quello di fornitura un'ipotesi di collegamento negoziale, ciascun tipo contrattuale mantiene la propria individualità, sia dal punto di vista causale che da quello soggettivo, tanto da non ravvisarsi i presupposti del collegamento di tipo tecnico.

4. Le azioni esperibili dall'utilizzatore e dal concedente nei confronti del fornitore

Appurato che il contratto di leasing e quello di fornitura non sono avinti da un collegamento negoziale di tipo tecnico, si pone allora il problema di individuare i rimedi giurisdizionali che l'utilizzatore può esperire nei confronti del fornitore, pur essendo formalmente estraneo al contratto di compravendita del bene.

Innanzitutto, le Sezioni Unite hanno ribadito l'orientamento prevalente in giurisprudenza in forza del quale l'utilizzatore, in caso di inadempimento del fornitore, è ammesso ad esercitare in via diretta nei confronti di quest'ultimo l'azione di adempimento (art. 1453, co. 1 c.c.) e quella di risarcimento del danno da inesatto adempimento.

In passato, tale statuizione trovava fondamento nelle norme relative al mandato senza rappresentanza ed, in special modo, nell'art. 1705, co. 2 c.c., in quanto parte della

¹⁹ In tal senso, si veda anche DE NOVA [G.], *op. cit.*, 34. Sul punto, si veda anche FOCHESSATO [E.], *Causa unitaria nell'ambito dell'operazione di leasing finanziario e tutela dell'utilizzatore: una svolta della Cassazione?*, in *I contratti*, Milano, Ipsoa, 2007, 4, 377 e ss., il quale sottolinea che la Suprema Corte (Cass., Sez. III, 27 luglio 2006 n. 17145) ha elevato l'interesse dell'utilizzatore al godimento della cosa al rango di causa concreta dell'intera fattispecie collegata, di talché troverebbe automatica applicazione il principio *simul stabunt, simul cadent*.

²⁰ Così anche CLARIZIA [R.], *La locazione finanziaria*, Torino, Giappichelli, 1996, 211, secondo il quale dalla risoluzione del contratto di locazione finanziaria non deriva automaticamente la risoluzione del contratto di compravendita, atteso che il venditore "vuole che il contratto di compravendita sia insensibile alle vicende patologiche del contratto di locazione finanziaria".

giurisprudenza²¹ riteneva che, anche nella locazione finanziaria, si configurasse quel fenomeno di scissione di posizioni nella conclusione del contratto tipico del rapporto di mandato (senza rappresentanza). Ciò in quanto, di fatto, il concedente agirebbe come mandatario, atteso che addivene alla stipula del contratto di fornitura nell'esclusivo interesse dell'utilizzatore (mandante) al godimento del bene.

A ben vedere, la pronuncia in commento sembra giungere alla medesima conclusione - riconoscendo all'utilizzatore la legittimazione attiva relativamente ai rimedi succitati - senza, tuttavia, ricorrere alle norme sul mandato senza rappresentanza. Infatti, posto che il contratto di leasing e quello di fornitura sono strettamente dipendenti l'uno dall'altro, le Sezioni Unite affermano che la tutela dell'utilizzatore e la relativa legittimazione ad agire in via diretta nei confronti del fornitore trovano fondamento sullo stesso collegamento negoziale²².

Venendo alla *quaestio iuris* oggetto dell'ordinanza di rimessione, in dottrina ed in giurisprudenza era sorto un vivace dibattito tra coloro²³ che, pur riconoscendo un collegamento negoziale tra il contratto di fornitura e quello di leasing, ritenevano che l'utilizzatore fosse legittimato ad esercitare in nome proprio le azioni scaturenti dal contratto intercorso tra fornitore e concedente e l'opposta tesi, secondo cui, nonostante la sussistenza di un collegamento funzionale tra i due negozi (pur dando luogo ad una operazione giuridica unitaria), l'utilizzatore non potesse chiedere lo scioglimento del contratto di fornitura.

Innanzitutto, laddove nel regolamento contrattuale vi sia una specifica clausola con la quale il concedente ceda all'utilizzatore la propria posizione sostanziale, è evidente che quest'ultimo, pur essendo formalmente del tutto estraneo al contratto, potrà agire autonomamente nei confronti del fornitore ed, in particolare, potrà esperire l'azione di risoluzione ex art. 1453 c.c.

Fermo restando che la questione attiene alla titolarità attiva del rapporto e non già alla *legitimitatio ad causam*, la sussistenza di tale clausola dovrà essere accertata dal giudice di merito in relazione al singolo caso concreto.

Per contro, in mancanza di una clausola espressa che riconosca all'utilizzatore la possibilità di esperire l'azione di risoluzione del contratto di fornitura, tornerà a trovare applicazione la regola generale in tema di effetti del contratto, secondo cui il contratto ha forza di legge unicamente tra le parti, di talché lo stesso non può essere sciolto che per mutuo consenso - o per cause ammesse dalla legge - e non produce alcun effetto nei confronti dei terzi, salvo che la legge disponga diversamente (regola c.d. della relatività del contratto, di cui all'art. 1372 c.c.).

²¹ Cass., Sez. III, 5 settembre 2005 n. 17767.

²² In tema di tutela dell'utilizzatore, la necessità di superare il ricorso alla disciplina del mandato senza rappresentanza era già stata evidenziata da TOSCHI VESPASIANI [F.], *Natura giuridica del leasing*, in *I contratti*, Milano, Ipsoa, 2009, 1, 60.

²³ Cass., Sez. III, 30 marzo 2005 n. 6728 (ord.); Cass., Sez. III, 12 marzo 2004 n. 5125; Cass., Sez. II, 26 gennaio 2000 n. 854; Cass., Sez. III, 2 novembre 1998 n. 10926.

Infatti, i Giudici di legittimità hanno rilevato che tale principio può essere derogato soltanto laddove si verta in un'ipotesi di collegamento negoziale in senso tecnico, ma, come già ampiamente motivato, nel caso di specie si tratta di un collegamento negoziale meramente funzionale.

La circostanza, che l'utilizzatore partecipi in prima persona alla determinazione del regolamento contrattuale (scelta del bene, del fornitore e delle modalità) – tanto da ricevere egli stesso in via diretta il bene – e che il fornitore sia a conoscenza che il bene è acquistato all'esclusivo fine di concederlo in locazione, non incide sulla struttura del contratto di fornitura e non ne modifica il profilo causale.

Pertanto, il contratto di fornitura, pur essendo funzionale al contratto di leasing, opera unicamente *inter partes*, ossia tra il concedente/acquirente ed il fornitore, con la conseguenza che, in mancanza di un'espressa previsione normativa in tal senso e di una clausola contrattuale, l'utilizzatore non può esercitare né l'azione di risoluzione né quella di riduzione del prezzo nei confronti del fornitore²⁴.

5. I vizi della cosa

Alla luce di quanto premesso, le Sezioni Unite hanno affrontato il problema della tutela dell'utilizzatore in caso di vizi della cosa²⁵ che la rendano inadatta all'uso ed, a tal fine, hanno distinto l'ipotesi in cui i vizi della cosa siano immediatamente riconoscibili da quella in cui si manifestino successivamente alla consegna.

Tale problematica risulta di particolare interesse, in quanto, nel contratto di leasing, spesso è previsto l'esonero di responsabilità in capo al concedente per qualsiasi vizio della *res* (c.d. clausola di inversione del rischio²⁶), con la conseguenza che l'utilizzatore sarà tenuto a verificare con particolare diligenza le qualità della cosa al momento della consegna²⁷.

A fronte di tale squilibrio tra le posizioni contrattuali, il contratto di leasing e quello di fornitura, in genere, estendono le garanzie prestate dal fornitore anche nei confronti dell'utilizzatore.

²⁴ In senso conforme, si veda Cass., Sez. III, 27 luglio 2006 n. 17145.

²⁵ Per una disamina dei diversi orientamenti che si erano formati in giurisprudenza si veda BUSSANI [M.], *Contratti moderni factoring franchising leasing*, in *Trattato di diritto civile* (diretto da R. Sacco), Torino, Utet, 2004, 341.

²⁶ Con tale termine si vuole indicare quella clausola, contenuta nel contratto di leasing, in forza della quale l'utilizzatore, in caso di mancata o ritardata consegna o in presenza di vizi della cosa, è tenuto, in ogni caso, al pagamento di tutti i canoni in favore del concedente, il quale, in tal modo, è esonerato da qualsiasi responsabilità per eventi imputabili al fornitore.

²⁷ In tal senso, Cass., Sez. III, 5 luglio 2004 n. 12279 e 6 giugno 2002 n. 8222, la quale ha affermato che il concedente, in base all'art. 1375 c.c., può fare affidamento sull'autoresponsabilità dell'utilizzatore nel ricevere il bene dal fornitore, nel senso che l'utilizzatore, al momento della consegna, dovrà accertare con diligenza la mancanza di vizi della *res*.

In passato, si erano registrati due diversi orientamenti: da un lato, parte della giurisprudenza riconosceva in capo all'utilizzatore, pur in assenza di una espressa clausola contrattuale, una tutela diretta nei confronti del fornitore in caso di vizi della cosa, facendo ricorso alle norme in tema di mandato senza rappresentanza (art. 1705 c.c.)²⁸. Dall'altro, alcune pronunce²⁹ avevano accolto l'impostazione secondo cui l'utilizzatore sarebbe legittimato ad esperire unicamente l'azione di risarcimento danni, posto che le altre azioni edilizie inciderebbero sulla sfera giuridica del concedente.

Nella tematica in oggetto, un ruolo significativo è svolto dal canone di buona fede (art. 1375 c.c.) che, essendo inteso in tale ambito come regola di condotta alla quale devono conformarsi i contraenti (buona fede c.d. in senso oggettivo), integra il contenuto del contratto di leasing.

Nello specifico, in forza dell'obbligo di buona fede, da un lato, grava sull'utilizzatore l'obbligo di informare immediatamente il concedente di eventuali vizi della cosa e, dall'altro, è posto a carico del concedente l'obbligo di solidarietà e di protezione verso l'utilizzatore medesimo, così da evitare che quest'ultimo subisca pregiudizi.

Nel caso in cui il vizio sia immediatamente riconoscibile, la Corte ha ravvisato un'ipotesi assimilabile a quella della mancata consegna, di talché il concedente, dopo essere stato informato dall'utilizzatore di aver rifiutato la consegna, ha l'obbligo di sospendere il pagamento del prezzo in favore del fornitore. Inoltre, laddove ricorrano i presupposti di gravità dell'inadempimento, il concedente sarà altresì tenuto ad esperire l'azione di risoluzione del contratto di fornitura, con il conseguente effetto della risoluzione del contratto di leasing.

Infatti, pur non configurandosi un collegamento in senso tecnico, l'acquisto del bene da parte del concedente è *conditio sine qua non*³⁰ per il contratto di leasing, con la conseguenza che quest'ultimo risentirà delle eventuali invalidità relative al contratto di fornitura, e non viceversa (c.d. collegamento unilaterale)³¹.

Per contro, ove il vizio della cosa sia stato occultato o taciuto in male fede dal fornitore e si sia reso riconoscibile soltanto in un secondo momento, l'utilizzatore potrà agire direttamente nei confronti dello stesso per l'eliminazione dei vizi o la sostituzione della cosa³².

²⁸ Cfr. Cass., Sez. III, 27 aprile 2006 n. 17145.

²⁹ Cfr. Cass., Sez. III, 21 settembre 2004 n. 19657.

³⁰ In tal senso, si veda PENNETTA [A. L.], *Leasing finanziario e legittimazione dell'utilizzatore ad agire direttamente nei confronti del fornitore*, in *Il Corriere giuridico*, Milano, Ipsoa, 2007, 10, 1433, la quale evidenzia come, nonostante il contratto di leasing sia concluso prima del contratto di fornitura, quest'ultimo sia il *prius* logico per la nascita del rapporto di locazione finanziaria.

³¹ Sul punto, si veda CLARIZIA [R.], op. cit., 212.

³² In tal caso, secondo SOLINAS [G.], *In tema di leasing e collegamento negoziale*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Padova, Cedam, 2005, 5, 775, l'utilizzatore non potrebbe esonerarsi dal pagare i canoni, in quanto il contratto di compravendita è stato regolarmente eseguito, sulla base degli accertamenti da lui stesso effettuati al momento della consegna del bene.

In ogni caso, laddove ne ricorrano i presupposti, il concedente, informato dall'utilizzatore dell'emersione del vizio, dovrà agire in giudizio nei confronti del fornitore al fine di esperire l'azione di risoluzione o di riduzione del prezzo (art. 1492, co. 1 c.c.), i cui effetti si rifletteranno sul collegato contratto di fornitura.

In entrambi i casi, l'utilizzatore, agendo con l'azione di garanzia per vizi (art. 1490 c.c.) nei confronti del fornitore, potrà richiedere anche il risarcimento dei danni che egli abbia sofferto per tali difetti del bene locato, ottenendo anche la restituzione dei canoni eventualmente già corrisposti in favore del concedente nel periodo in cui non ha potuto godere del bene in quanto viziato³³.

La pronuncia in commento, nel delineare la tutela riconosciuta all'utilizzatore in caso di vizi o di difetti del bene, omette di soffermarsi sui rimedi che lo stesso può esperire laddove il concedente, diligentemente informato, rifiuti di esercitare l'azione di risoluzione o, rimanendo inerte, lasci trascorrere i termini per la stessa³⁴.

Al fine di inquadrare correttamente la questione in esame, si ritiene necessario accennare brevemente all'evoluzione giurisprudenziale che si è avuta con riguardo agli obblighi di buona fede e correttezza, i quali hanno acquisito nel tempo una sempre maggiore rilevanza.

In passato, l'orientamento giurisprudenziale consolidato riteneva che l'obbligo di buona fede fosse un mero parametro valutativo del comportamento dei contraenti nella fase esecutiva del contratto, con la conseguenza che la sua violazione non comportava né responsabilità civile né invalidità del contratto³⁵.

Tale tesi è stata superata dalla più recente giurisprudenza³⁶, la quale ha affermato che l'obbligo di buona fede, ravvisando il suo fondamento in un generale principio di solidarietà sociale (art. 2 Cost.), implica un obbligo di reciproca lealtà di condotta, che deve presiedere sia all'esecuzione del contratto sia alla sua formazione ed interpretazione, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge. Ne consegue che la violazione di detti obblighi costituisce di per sé inadempimento e genera responsabilità contrattuale.

Alla luce di quest'ultima impostazione, l'utilizzatore potrà richiedere nei confronti del concedente, oltre al risarcimento dei danni, anche la risoluzione per inadempimento del contratto di locazione finanziaria, atteso che il concedente, tenendo un comportamento

³³ Conforme, Cass, Sez. III, 21 settembre 2004 n. 19657.

³⁴ Osserva PROSPERETTI [L.], *Note in tema di tutela dell'utilizzatore rispetto ai vizi originari del bene nel leasing finanziario*, in *Banca borsa tit. credito*, Milano, Giuffrè, 2005, 6, 629-630, che, in presenza di clausole di inversione del rischio, il concedente non ha alcun interesse ad esercitare l'azione di risoluzione nei confronti del fornitore, in quanto, nonostante il bene sia viziato od inidoneo all'uso, egli continuerà, in ogni caso, a percepire i canoni da parte dell'utilizzatore.

³⁵ Sul punto si veda Cass., Sez. III, 18 ottobre 1980 n. 5610.

³⁶ Si veda, *ex multis*, Cass., Sez. II, sentenza n. 17716/2011.

contrario ai canoni di correttezza e buona fede, influisce negativamente sull'interesse dell'utilizzatore all'esatto adempimento della prestazione³⁷.

Infatti, laddove i vizi della cosa fossero così gravi da impedirne l'uso, ciò andrebbe ad incidere direttamente sul sinallagma contrattuale, in quanto non sarebbe più soddisfatto l'interesse dell'utilizzatore al godimento del bene.

Ovviamente, nel singolo caso concreto, sarà rimesso alla valutazione del giudice di merito l'accertamento della sussistenza o meno dei presupposti del grave inadempimento.

³⁷ Sulla rilevanza della violazione dei canoni di correttezza e buona fede ai fini della risoluzione del rapporto contrattuale si veda Cass., Sez. III, 1 agosto 2002 n. 11437.

CORTE DI CASSAZIONE

5 Ottobre 2015

Pres. Rovelli

1 - Il processo.

La [RS srl] citò in giudizio la [CD spa], chiedendo la risoluzione, per inadempimento di quest'ultima, del contratto di fornitura di un autocarro collegato ad un contratto di leasing stipulato con Austria Finanza S.p.A.; autocarro poi risultato privo di una qualità essenziale, in quanto strutturalmente inidoneo ad ottenere l'autorizzazione ADR e la conseguente omologazione da parte del Ministero dei Trasporti. Chiese, altresì, la condanna della società convenuta al risarcimento dei danni o, quantomeno, alla riduzione del prezzo di compravendita.

Nella costituzione in giudizio di [CD spa] e previa riunione di questa causa ad altra da quest'ultima introdotta nei confronti della [M] s.n.c. di C.E. & C., alla quale era stato dato incarico di allestire ed adeguare l'autocarro in vista dell'ottenimento della suddetta autorizzazione ministeriale, intervenne la sentenza con la quale il tribunale di Verona:

Dichiarò la risoluzione del contratto di fornitura per fatto e colpa della venditrice [CD spa]; condannò quest'ultima alla restituzione di quanto percepito nella vendita; respinse la domanda risarcitoria.

Interposto gravame da parte della [CD spa], la corte di appello di Venezia, in riforma della sentenza di primo grado, dichiarò la carenza di legittimazione attiva della Spinelli & Rampazzo s.r.l., con conseguente rigetto di tutte le domande da questa proposte.

Awerso tale decisione ha proposto ricorso per cassazione [S] s.r.l. (già [RS srl]) sulla base di un unico motivo. Resiste con controricorso la [CD spa] [S] ha depositato memoria ex art. 378 c.p.c. Nessuna attività difensiva è stata svolta dalla [M] s.n.c.

La terza sezione civile di questa Corte, ritenuto che la causa pone una questione di massima di particolare importanza, ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite. Il Primo Presidente ha così disposto.

2- Il motivo di ricorso.

Con l'unico motivo di ricorso [S srl] deduce, ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), violazione e falsa applicazione dell'art. 1705 c.c., e delle disposizioni che presidono all'interpretazione dei negozi giuridici ex art. 1362 c.p.c. e segg. La corte di appello avrebbe erroneamente affermato la carenza della sua legittimazione attiva alla risoluzione della vendita sull'erroneo presupposto che l'esercizio diretto dell'azione contrattuale da parte dell'utilizzatore del bene in leasing nei confronti del fornitore, non derivando da una previsione generale di legge, sia ammissibile solo in presenza di specifica clausola contrattuale, nella specie inesistente.

A corredo del motivo viene formulato, ex art. 366 bis c.p.c. (qui applicabile *ratione temporis*), il seguente quesito di diritto: "se vi è stata violazione e falsa applicazione dell'art.

1705 c.c., e dei criteri che presiedono all'interpretazione dei negozi giuridici in virtù dei quali nel contratto di locazione finanziaria all'utilizzatore è riconosciuta, quale effetto naturale connaturato all'operazione di locazione finanziaria stessa, una tutela diretta verso il fornitore per i vizi della cosa anche in assenza di specifiche clausole contrattuali, avendo ritenuto nel caso di specie la corte di appello di Venezia, nonostante la pacifica e documentata sussistenza della locazione finanziaria, il difetto di legittimazione attiva dell'utilizzatore, sul presupposto che la stessa dovesse avere la propria fonte in un patto contrattuale non rinvenuto agli atti del giudizio; dovendosi invece dichiarare sussistente la legittimazione attiva dell'odierna ricorrente quale utilizzatore nel contratto di locazione finanziaria intercorrente con la Car Diesel, con ogni conseguenza di legge".

3 -L'ordinanza di rimessione.

Con ordinanza interlocutoria del 4 agosto 2014, n. 17597, la Terza Sezione Civile di questa Corte ha chiesto l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite in ordine alla questione di massima di particolare importanza, concernente - con riguardo ai presupposti sostanziali e processuali di applicazione dell'art. 1705 c.c., comma 2, alla locazione finanziaria - le azioni direttamente proponibili dall'utilizzatore nei confronti del venditore e, segnatamente, quella di risoluzione della vendita per inadempimento di quest'ultimo.

Ha osservato il collegio che tale questione non può prescindere dalla considerazione della natura e della struttura del contratto di locazione finanziaria.

In particolare, sotto il profilo della causa contrattuale, viene evidenziato che il conseguimento del bene nella disponibilità dell'utilizzatore è reso possibile dall'intervento del concedente;

Il quale, peraltro, esaurisce il proprio ruolo nel fornire il supporto finanziario necessario all'acquisto, restando sostanzialmente indifferente allo svolgimento della relazione materiale con il bene, sebbene ne sia divenuto formalmente proprietario. Ed, infatti, il concedente: non intrattiene rapporti con il fornitore diversi da quelli necessari a formalizzare l'acquisto, nemmeno nella fase della trattativa (occupandosi direttamente l'utilizzatore della scelta del bene da acquistare); non assume i rischi riconducibili a vario titolo al rapporto con la cosa (deterioramento, sottrazione, perimento, vizi, difetti funzionali, inidoneità all'uso previsto, mancata o incompleta consegna).

Insomma, il concedente sostiene finanziariamente un'operazione che è definita da soggetti diversi nei suoi aspetti essenziali.

Sotto il profilo della struttura del contratto, poi, l'ordinanza ritiene ormai superata la ricostruzione del leasing in termini di contratto unitario plurilaterale, preferendo dottrina e giurisprudenza fare riferimento alla figura del collegamento negoziale tra compravendita e locazione finanziaria. Tale ricostruzione, che non mette in discussione la causa unitaria dell'operazione economica, condurrebbe ad ammettere l'azione diretta dell'utilizzatore nei confronti del fornitore, seppure in presenza di alcuni presupposti e limiti, non sempre univocamente determinati, riconducibili al mandato senza rappresentanza di cui all'art. 1705 c.c., comma 2, laddove l'utilizzatore assume la veste di mandante, il concedente quella di mandatario (compiendo un'attività giuridica per conto dell'utilizzatore senza spenderne il nome) ed il fornitore quella del terzo.

Sostiene, pertanto, l'ordinanza che:

a) l'operazione economica che interviene tra concedente, utilizzatore e fornitore non dà luogo ad un contratto plurilaterale, ma ad un collegamento negoziale tra un contratto di

compravendita ed un contratto di locazione finanziaria, per effetto del quale l'utilizzatore è legittimato ad esercitare in nome proprio le azioni scaturenti dal contratto di fornitura. Con la conseguenza che la clausola derogativa della competenza, contenuta nel contratto di vendita ed espressamente approvata per iscritto dalle parti di quel contratto, deve ritenersi operante anche nei confronti dell'utilizzatore, in quanto clausola di trasferimento, facente parte del contratto dal quale l'utilizzatore deriva il suo potere di azione;

b) "in caso di leasing finanziario - atteso che con la conclusione del contratto di fornitura viene a realizzarsi nei confronti del terzo contraente quella stessa scissione di posizioni che si ha per i contratti conclusi dal mandatario senza rappresentanza (sicché ai sensi dell'art. 1705 c.c., comma 2, il mandante ha diritto di far propri di fronte ai terzi in via diretta e non in via surrogatoria i diritti di credito sorti in testa al mandatario, assumendo l'esecuzione dell'affare, a condizione che egli non pregiudichi i diritti spettanti al mandatario in base al contratto concluso, potendo il mandante peraltro esercitare in confronto del terzo le azioni derivanti dal contratto stipulato dal mandatario volte ad ottenerne l'adempimento od il risarcimento del danno in caso di inadempimento) - l'utilizzatore è legittimato a far valere la pretesa all'adempimento del contratto di fornitura, oltre che al risarcimento del danno conseguentemente sofferto" (in questo senso Cass. 27 luglio 2006, n. 17145), nonché ancora all'accertamento dell'esatto corrispettivo spettante al fornitore;

c) l'utilizzatore non è, invece, normalmente legittimato all'azione di risoluzione del contratto di vendita tra il fornitore e la società di leasing, salva la presenza di una specifica clausola contrattuale che trasferisca in capo all'utilizzatore la posizione sostanziale spettante al concedente. Legittimazione, peraltro, riconosciuta da alcune sentenze, le quali, facendosi carico del pregiudizio che la risoluzione del contratto di vendita potrebbe arrecare al concedente, configurano, a tutela di quest'ultimo e a garanzia della utilità della sentenza medesima, una fattispecie di litisconsorzio necessario che ne permetta la partecipazione al giudizio; litisconsorzio esteso anche all'azione di riduzione del prezzo della fornitura.

L'ordinanza interlocutoria richiama, poi, la L. 14 luglio 1993, n. 259, di ratifica ed esecuzione della Convenzione Unidroit sul leasing finanziario internazionale stipulata ad Ottawa il 28 maggio 1988.

L'art. 10, della menzionata legge - non applicabile nel caso all'esame della Corte ma pur sempre utile a fini interpretativi - stabilisce che gli obblighi del fornitore derivanti dal contratto di fornitura possono essere fatti valere anche dall'utilizzatore, pur non essendo quest'ultimo parte del contratto, anche se per l'annullamento o per la risoluzione del contratto di fornitura occorre in ogni caso il consenso del concedente. Il tutto, peraltro, nel quadro di una disciplina informata ad una maggiore tutela dell'utilizzatore nei confronti del concedente, laddove per il diritto interno è preclusa la possibilità di ottenere la risoluzione del contratto di leasing per questioni inerenti alla cosa, nonché la possibilità di far valere nei confronti del concedente l'inadempimento del fornitore.

Si afferma, altresì, che qualsiasi soluzione interpretativa non può prescindere dalle conclusioni raggiunte da Sez. U, 8 ottobre 2008, n. 24772, secondo la quale "l'espressione diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato (art. 1705 c.c., comma 2), che accorda al mandante pretese dirette nei confronti del terzo contraente, va circoscritta all'esercizio dei diritti sostanziali acquistati dal mandatario, rimanendo escluse le azioni poste a loro tutela (annullamento, risoluzione, rescissione, risarcimento del danno)". Si tratta, beninteso,

di una decisione non emessa in materia di leasing ma di portata generale, affrontandosi tutti gli aspetti della legittimazione sostitutiva del mandante, così come desumibili dall'art. 1705 c.c., comma 2, norma ritenuta ormai costituente "Il passaggio obbligato comunemente invocato per normativamente giustificare e definire, anche nella locazione finanziaria, le azioni contrattuali esperibili in via diretta dall'utilizzatore".

Il collegio della terza sezione, peraltro, dubita che il decisum di Sez. U, n. 24772/2008, con riferimento all'attribuzione al mandante dei diritti ma non delle azioni, possa essere trasposto sic et simpliciter in materia di leasing in quanto significherebbe negare la peculiarità di tale istituto e la stessa sua perfetta sussumibilità sotto la disciplina del mandato senza rappresentanza. Ed, invero:

a) con riferimento all'art. 1705 c.c., comma 2, l'utilizzatore, a differenza del mandante, ha un rapporto diretto con il fornitore (terzo nel rapporto di mandato), gestendo in prima persona, fin dall'inizio, il rapporto di fornitura e stabilendone discrezionalmente le condizioni;

b) con riferimento all'art. 1706 c.c., il regime degli acquisti del mandatario poco o nulla si attaglia alla locazione finanziaria, nella quale il passaggio delle cose alla proprietà del mandante non avviene (se avviene) per rivendica (cose mobili) o per obbligo di ritrasferimento (immobili e mobili registrati), ma per esercizio del riscatto;

c) la ratio ispiratrice di Sez. U, n. 24772/2008 è volta alla tutela del terzo: "ciò che osta all'accoglimento della tesi ammissiva della legittimazione diretta da parte del soggetto, il mandante, che pure ha acquisito i diritti negoziali e ne può fruire in quanto titolare sostanziale, è la preclusione a configurare nella specie in pregiudizio del terzo ed in violazione dell'articolo 1406 del codice civile- una cessione al mandante dell'intera posizione contrattuale formalmente costituitasi in capo al mandatario (...) senza consenso del contraente ceduto. Orbene, si tratta di un ostacolo che, nella locazione finanziaria, non sembra abbia ragione di esistere; dal momento che in essa il rapporto (ancorché non unitario) viene purtuttavia ad instaurarsi ed a svolgersi nella piena consapevolezza e volontà di tutti e tre i contraenti; certamente incluso il venditore. Sicché non vi sarebbe motivo di parlare di cessione contrattuale senza consenso del contraente ceduto, ma soltanto di esposizione del terzo (anche senza una specifica previsione pattizia) ad una legittimazione non soltanto non aliena, ma addirittura coesenziale al contratto da lui stipulato".

L'ordinanza di rimessione osserva, altresì, che Sez. U, n. 24772/2008 non stabiliscono una regola assoluta, ma un semplice rapporto regola - eccezione, ragion per cui sarebbe sempre possibile far rientrare il leasing tra le ipotesi in cui la legge riconosce eccezionalmente all'utilizzatore - mandante la legittimazione sostanziale e processuale. Tuttavia, resterebbe il problema di stabilire quali sono le azioni che spettano all'utilizzatore e, segnatamente, se gli spetta l'azione di risoluzione, che potrebbe essere pregiudizievole per il mandatario-concedente.

In realtà, sembra necessario al collegio della terza sezione contemperare, quale naturale conseguenza del collegamento negoziale, le diverse esigenze di tutela del concedente e dell'utilizzatore, pressappoco come avvenuto nel caso limitrofo del collegamento negoziale tra compravendita e mutuo di scopo, in cui è stato riconosciuto che, in caso di risoluzione del contratto di vendita per fatto imputabile al venditore, l'obbligo di restituzione al mutuante della somma ricevuta grava sul venditore e non sul mutuatario;

e ciò in relazione al venir meno, in tale evenienza, dello scopo del contratto di mutuo. Allo stesso modo, lo scioglimento della vendita potrebbe comportare lo scioglimento della locazione finanziaria se fosse valorizzata la funzione economica non solo finanziaria, ma anche di scambio insita nel collegamento negoziale tra contratto di fornitura e leasing. Infine, viene evidenziato che la soluzione del litisconsorzio necessario con il concedente, affermata in alcune pronunce al fine di ammettere la risoluzione ad istanza dell'utilizzatore, non è soddisfacente, perché "la sola partecipazione alla lite del concedente (quand'anche la si ritenesse necessaria) nulla sarebbe in grado di dire sui diritti contrattuali che, nel processo così soggettivamente esteso, possono trovare deduzione e riconoscimento".

In tale situazione di incertezza interpretativa, è richiesto, pertanto, un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite.

4 - La questione sottoposta alle Sezioni Unite - Premesse.

La questione sottoposta alle Sezioni Unite può essere, dunque, così sintetizzata: se, in caso di leasing finanziario, l'utilizzatore sia legittimato - oltre che a far valere la pretesa all'adempimento del contratto di fornitura e al risarcimento del danno conseguentemente sofferto - anche a proporre domanda di risoluzione del contratto di vendita tra il fornitore e la società di leasing, come effetto naturale del contratto di locazione finanziaria, oppure se tale legittimazione sussista solamente in presenza di specifica clausola contrattuale con la quale venga trasferita la posizione sostanziale, del concedente all'utilizzatore.

Prima di procedere alla soluzione della questione occorre svolgere alcune premesse.

Vanno dati per acquisiti una serie di concetti, nozioni e definizioni consolidatisi intorno al contratto del quale si discute, che, benché atipico rispetto a quelli previsti dal codice civile, ha ormai trovato, nelle sue molteplici versioni, unanime definizione dottrina e giurisprudenziale, nonché ripetuti riconoscimenti normativi. Va, dunque, ristretta la trattazione nei limiti del quesito posto alle Sezioni Unite e delle perplessità avanzate dall'ordinanza di rimessione rispetto ad un preponderante quadro dottrinario e giurisprudenziale che, come si vedrà in seguito (e come la stessa ordinanza ammette), non solo ha da tempo negato alla vicenda la natura di negozio plurilaterale ma, ravvisando un'ipotesi di collegamento negoziale (tra la vendita e la locazione), ha escluso che l'utilizzatore possa sperimentare verso il fornitore l'azione di risoluzione e quella di riduzione del prezzo.

Altrettanto occorre premettere che, come meglio si spiegherà, la prassi mercantile ha di fatto risolto il problema attraverso la frequente stipulazione di atti ai quali partecipano le tre parti (soprattutto nel leasing immobiliare), oppure attraverso clausole contenute nel contratto di locazione con le quali il concedente trasferisce all'utilizzatore tutti i diritti e le correlate azioni che egli potrebbe sperimentare verso il fornitore.

5 - Le azioni esperibili dall'utilizzatore in ipotesi di inadempimento del fornitore - Il risalente quadro giurisprudenziale.

La chiave di volta della questione risiede nella configurazione strutturale del contratto del quale si discute, posto che, se lo si ravvisa come contratto unitario plurilaterale, è agevole farne discendere l'esperibilità dell'azione di risoluzione da parte dell'utilizzatore contro il fornitore, posto che quest'ultimo è considerato anch'egli parte del contratto di compravendita. Il problema si pone, invece, se l'interprete tiene ben distinti, nella vicenda, il contratto di vendita (tra fornitore/venditore e concedente/acquirente) e contratto di

locazione (tra concedente/proprietario/locatore della cosa ed utilizzatore/locatario della stessa), pur riconoscendo l'indiscutibile collegamento esistente tra i due.

In questa seconda ipotesi, il contratto di vendita è, per l'utilizzatore, negozio stipulato tra terzi (*res inter alios acta*) rispetto al quale egli non ha alcun potere d'incidenza; restando, comunque, da verificare se il riconosciuto collegamento negoziale conceda all'utilizzatore (come sostiene il ricorso in esame e pone in chiave problematica l'ordinanza interlocutoria) quel potere, compresa l'esperibilità da parte sua dell'azione di risoluzione del contratto di vendita, al quale egli non ha partecipato.

Come s'è già visto in precedenza, una risalente giurisprudenza, proprio per risolvere positivamente il problema, tendeva a configurare la locazione finanziaria come un rapporto trilaterale, in cui l'acquisto ad opera del concedente va effettuato per conto dell'utilizzatore, con la previsione, quale elemento naturale del negozio, dell'esonero del primo da ogni responsabilità in ordine alle condizioni del bene acquistato per l'utilizzatore, essendo quest'ultimo a prendere contatti con il fornitore, a scegliere il bene che sarà oggetto del contratto e a stabilire le condizioni di acquisto del concedente, il quale non assume direttamente l'obbligo della consegna, né garantisce che il bene sia immune da vizi e che presenti le qualità promesse, né rimane tenuto alla garanzia per evizione (in tal senso, Cass. n. 4367/97, n. 6076/95, n. 5571/91).

Così ragionando, si evitava di lasciare l'utilizzatore senza tutela, essendo comunque "abilitato ad esperire direttamente le azioni derivanti dalla compravendita del bene nei confronti del fornitore" (in questo senso si esprimeva la già citata Cass. n. 4367/97);

Azioni giustificate proprio dalla struttura trilaterale del rapporto e dal fatto che è l'utilizzatore (e non il concedente/proprietario, che si è limitato a finanziare l'operazione) ad avere intrattenuto rapporti diretti con il fornitore del bene oggetto del contratto.

Più in particolare, Cass. n. 854/00, ponendosi appunto nell'ottica del contratto di leasing come contratto plurilaterale, osservava che, poiché la prestazione del fornitore va ritenuta essenziale nell'economia dell'affare ai sensi dell'art. 1459 c.c., non v'è possibilità da parte dell'utilizzatore di chiedere la risoluzione del contratto di fornitura per inadempimento del fornitore senza che venga coinvolto anche il concedente. Invero, "la locazione finanziaria dà luogo ad un'operazione giuridica unitaria, nella quale ognuno dei contraenti è consapevole di concludere un accordo con le altre parti interessate dall'affare; ciascun contraente assume volontariamente obblighi nei confronti delle altre due parti; il fornitore si obbliga, nei confronti del concedente, a trasferirgli la proprietà e, nei confronti dell'utilizzatore, a consegnargli il bene e a dargli le garanzie della vendita; il concedente si obbliga a pagare il prezzo del bene al fornitore e a consentirne il godimento all'utilizzatore; questi a sua volta si obbliga a rimborsare al concedente con gli interessi e le spese il finanziamento ottenuto.

Nascono vincoli obbligatori incrociati tra loro nei quali la prestazione del fornitore è essenziale nell'economia del contratto, perché è quella che soddisfa l'interesse di entrambe le altre, oltre che quello dello stesso fornitore a ricevere il prezzo; se essa viene meno, il contratto si scioglie rispetto a tutte le altre parti.

La risoluzione del rapporto di compravendita chiesta ed ottenuta autonomamente dall'utilizzatore il quale consegua la restituzione del prezzo e il risarcimento del danno pregiudicherebbe la condizione del concedente; questi oltre ad essere privato della garanzia rappresentata dalla proprietà del bene rischierebbe anche di non ricevere i canoni essendo venuta meno con la cessazione del godimento del bene la causa della

contrapposta obbligazione dell'utilizzatore di pagare i canoni". Di qui la necessità della partecipazione al giudizio di risoluzione del concedente, che la sentenza riteneva rispondere all'esigenza avvertita anche dal legislatore, allorquando, con l'art. 10 della legge n. 259/1993, recependo la Convenzione Unidroit sul leasing internazionale, ha stabilito che l'utilizzatore, pur potendo agire direttamente nei riguardi del fornitore per l'adempimento del contratto di fornitura (comma 1), non può chiederne tuttavia la risoluzione senza il consenso del concedente (secondo comma).

Questa sorta di litisconsorzio necessario nei confronti del concedente (nell'azione di risoluzione direttamente introdotta dall'utilizzatore contro il fornitore) sembrava, a siffatta giurisprudenza, un espediente capace di rimediare alla stridente anomalia dell'azione risolutiva concessa a chi non è stato parte del contratto da risolvere e che, nel suo esito positivo, necessariamente comporta la perdita in danno del concedente/proprietario/locatore non solo della proprietà (garanzia rispetto all'utilizzatore) ma anche dei canoni derivanti dalla locazione (sulla stregua di quest'orientamento si vedano anche Cass. n. 5125/04 e n. 11776/06).

6 - Segue - L'evoluzione giurisprudenziale.

La tesi del contratto unitario plurilaterale è stata, però, ben presto abbandonata dalla giurisprudenza a seguito della decisa critica della dottrina, iniziandosi a ricostruire, in accordo con questa, la struttura del contratto di leasing come ipotesi di collegamento negoziale. Secondo quest'idea, l'operazione di leasing finanziario consta di due contratti collegati tra loro: quello di leasing propriamente detto e quello di fornitura. "Questo collegamento, consistente in ciò che il contratto di fornitura, nel complesso dell'operazione, ha la funzione di mezzo per l'esecuzione di quello di leasing, risulta da più indici: la struttura del procedimento di formazione negoziale, in cui intervengono in varia sequenza le tre parti; la sussunzione, a contenuto del contratto di fornitura, di elementi individuati insieme dal fornitore e dell'utilizzatore; la circostanza che i contratti, di fornitura come di leasing, esplicitino, per solito, come ragione dell'acquisto del bene da parte del concedente sia la sua concessione in godimento all'utilizzatore che lo ha scelto, sia la previsione, contenuta nel contratto di fornitura, che la consegna del bene dovrà farsi dal fornitore direttamente all'utilizzatore" (così motiva Cass. n. 10926/98 e le fanno seguito Cass. n. 15762/00, n. 5125/04, n. 19657/04, n. 6728/05, n. 20592/07).

In altri termini, il leasing finanziario "realizza un'ipotesi di collegamento negoziale tra contratto di leasing e contratto di fornitura, quest'ultimo venendo dalla società di leasing concluso allo scopo, noto al fornitore, di soddisfare l'interesse del futuro utilizzatore ad acquisire la disponibilità della cosa" (Cass. n. 17145/06). Ed il nesso di collegamento tra i due contratti viene normalmente in evidenza proprio "in virtù di clausole di interconnessione, per cui nel contratto di vendita tra fornitore e società di leasing viene convenuto che il bene oggetto del negozio sia acquistato allo scopo di cederlo in godimento al cliente della società (il quale in precedenza ha provveduto ad indicarlo specificamente) ed è previsto anche che il bene sia consegnato direttamente dal fornitore all'utilizzatore" (Cass. n. 16158/07, n. 9417/14).

In quest'ordine di idee, s'è fatto ricorso alla disposizione dell'art. 1705 c.c., comma 2, (il quale attribuisce al mandante il diritto, in via diretta e non in via surrogatoria, di far propri di fronte ai terzi i diritti di credito sorti in testa al mandatario, assumendo l'esecuzione dell'affare, a condizione che egli non pregiudichi i diritti spettanti al mandatario in base al

contratto concluso, potendo il mandante esercitare in confronto del terzo le azioni, derivanti dal contratto concluso dal mandatario, intese ad ottenerne l'adempimento od il risarcimento del danno in caso di inadempimento) per dedurre che l'utilizzatore ha la legittimazione a far valere le azioni intese all'adempimento del contratto di fornitura ed al risarcimento del danno da inesatto adempimento (così Cass. n. 10926/98, n. 17145/06, n. 17767/05, n. 5125/04, n. 19657/04), con esplicita o talvolta implicita esclusione dell'azione di risoluzione.

Sulla base della stessa premessa normativa, si è pure aggiunto che, in assenza di diversa pattuizione, con la consegna del bene dal fornitore direttamente all'utilizzatore e la conseguente sua accettazione da parte di quest'ultimo, sorge a carico dell'utilizzatore l'obbligo di pagamento dei canoni nei confronti del concedente e non possono a lui opporsi eventuali vizi, per quanto originali, del bene locato, che devono essere fatti valere con azione di garanzia unicamente nei confronti del fornitore. Invero, costituisce elemento naturale del negozio "l'esonero dal locatore di ogni responsabilità in ordine alle condizioni del bene acquistato per l'utilizzatore, essendo quest'ultimo a prendere contatti con il fornitore, a scegliere il bene, che sarà oggetto del contratto, ed a stabilire le condizioni di acquisto per il concedente, per cui ogni vizio del bene dovrà essere fatto valere direttamente dall'utilizzatore nei confronti del fornitore, così come avviene nel caso di contratto concluso dal mandatario in nome proprio, ma per conto del mandante". Con la conseguenza che "l'utilizzatore non può far valere l'eccezione di inadempimento del fornitore, per vizio del bene locato, a norma dell'art. 1460 c.c., per rifiutare le proprie prestazioni nei confronti del concedente" (Cass. n. 19657/04).

Per effetto di questa evoluzione giurisprudenziale s'è, dunque, ammesso che l'utilizzatore possa agire contro il fornitore per l'adempimento o per il risarcimento, ma s'è escluso categoricamente che possa agire anche per la risoluzione, tenuto, appunto, conto che a questa conseguono necessariamente effetti sulla sfera giuridica del concedente, con la determinazione dell'obbligo di restituzione del bene e della perdita del lucro dell'operazione di finanziamento.

In particolare, si è sottolineato "l'emergere a tale stregua di una lacuna in merito alla disciplina applicabile al leasing finanziario in caso di risoluzione del contratto per inadempimento e in particolare relativamente ai rimedi dallo stesso utilizzatore esperibili nei confronti del fornitore. Lacuna da risolversi invero solamente caso per caso, la possibilità di esercitarsi da parte dell'utilizzatore l'azione di risoluzione del contratto di vendita tra il fornitore e la società di leasing - cui esso è estraneo - dipendendo in realtà dalla sussistenza nel contratto di leasing di uno specifico patto al riguardo" (così, Cass. n. 17145/06 e n. 534/11).

Quest'orientamento tiene a precisare (in risposta alla risalente giurisprudenza che pretendeva il litisconsorzio necessario del concedente in siffatta azione dell'utilizzatore contro il fornitore) che la questione attiene non già alla legittimazione passiva, ma alla "titolarità attiva, all'esito del previo accertamento in ordine alla previsione nel contratto di leasing di una clausola contemplante il suindicato pattizio trasferimento all'utilizzatore della posizione sostanziale originariamente propria della società di leasing acquirente"; con la conseguenza che "il relativo accertamento, soggetto ad eccezione di parte nei tempi e nei modi previsti dal codice di rito, spetta invero al giudice del merito".

Anche Cass. n. 23794/2007, che pure riconosce la legittimazione dell'utilizzatore alla domanda di accertamento dell'esatto corrispettivo, nega, benché implicitamente, la legittimazione di quest'ultimo alla domanda di risoluzione: "(...) deve - decisamente - escludersi che la domanda di accertamento (negativo) delle maggiori pretese fatte valere in via stragiudiziale dal fornitore e, quindi, in buona sostanza, di accertamento del corrispettivo in realtà spettante a quest'ultimo, possa identificarsi in una domanda di risoluzione contrattuale".

7- La soluzione della questione.

Benché siano ormai numerosi gli interventi legislativi diretti a definire ed a regolamentare la vicenda negoziale della quale si sta trattando e, dal canto suo, la giurisprudenza (non solo di legittimità) sia stata finora tesa a studiarlo in maniera unitaria e formalistica, l'istituto della locazione finanziaria si presenta, invece, nella pratica mercantile, sotto forme e strutture diverse, di volta in volta adattate a realizzare i concreti e disparati interessi degli operatori economici, tradotti in formulari contrattuali che hanno soltanto alcuni punti in comune ma che, abitualmente, sono diversamente forgiati secondo le concrete esigenze in campo.

E' così che nella generica denominazione di leasing si vanno a ricomprendere numerosissime figure contrattuali, ognuna avente la sua peculiarità, quali (solo per citarne alcune) il leasing traslativo e quello di godimento, il leasing operativo e quello al consumo, il leasing pubblico e quello finanziario immobiliare, il lease back e la locazione finanziaria di autoveicoli, navi ed aeromobili.

Il dato comune a tutti è che, alla base, esiste un'operazione di finanziamento tendente a consentire al c.d. utilizzatore il godimento di un bene (transitorio o finalizzato al definitivo acquisto del bene stesso) grazie all'apporto economico di un soggetto abilitato al credito (il c.d. concedente) il quale, con la propria risorsa finanziaria, consente all'utilizzatore di soddisfare un interesse che, diversamente, non avrebbe avuto la possibilità o l'utilità di realizzare, attraverso il pagamento di un canone che si compone, in parte, del costo del bene ed, in parte, degli interessi dovuti al finanziatore per l'anticipazione del capitale. Affiancata a questa v'è, necessariamente, un'altra operazione, quella tendente all'acquisto del bene del quale l'utilizzatore intende godere, ossia un'ordinaria compravendita stipulata tra fornitore e concedente, attraverso la quale il secondo diventa proprietario del bene che darà in locazione all'utilizzatore da lui finanziato. Proprietà che, soprattutto nel leasing traslativo (ossia quello che, come esito finale, prevede il trasferimento di proprietà dal concedente all'utilizzatore) ha la fondamentale funzione di garanzia a favore del primo, rispetto ai canoni che ha il diritto di percepire dal secondo.

Nella grande normalità dei casi, è lo stesso utilizzatore/locatario a scegliere non solo il bene in tutte le sue caratteristiche, ma anche il fornitore, il quale ultimo è consapevole dei risvolti dell'operazione, ossia che la cosa viene acquistata dal concedente perché questi la dia in godimento all'utilizzatore.

Non v'è dubbio, dunque, che la vicenda è trilatera, nel senso che coinvolge necessariamente tre soggetti; così come è indubbio che tra i due negozi v'è un indispensabile collegamento, siccome la fornitura è effettuata in funzione della successiva locazione del bene compravenduto e la locazione presuppone che il locatore si sia procurato il bene che darà in godimento al locatario.

Tuttavia, nessuno pone in discussione che i due atti mantengano la loro sostanziale autonomia, che l'utilizzatore sia terzo rispetto al contratto di fornitura ed, a sua volta, il fornitore sia terzo rispetto al contratto di locazione; laddove, invece, il concedente è l'unico, tra i tre, ad essere parte di entrambi gli atti.

In quest'ordine di idee, la sottrazione della vicenda dall'ambito del rapporto plurilaterale e la sua sussunzione in quello del contratto collegato fa sì che le parti possano gestire separatamente i distinti rapporti contrattuali, secondo le rispettive funzioni, assegnando rilevanza giuridica a quelle sole interdipendenze che realmente condizionano l'attuazione dell'operazione economica.

D'altronde, è la stessa prassi che ha preferito la strada del contratto collegato, tenuto conto che, per un verso, il contenuto del contratto di fornitura è di estrema rilevanza per l'utilizzatore nelle parti in cui si fissano le qualità e le caratteristiche del bene, le garanzie di conformità, gli obblighi di consegna, ma che, per altro verso, una serie di altri patti contenuti nel contratto di fornitura (si pensi, ad esempio, alle clausole relative al pagamento del prezzo) non generano interdipendenza e rimangono (o possono rimanere) estranee al regolamento contrattuale tra concedente ed utilizzatore.

La stessa Convenzione di Ottawa, della quale s'è già fatta menzione, descrive la vicenda economica come incorporante due distinti contratti rispettivamente richiamati nelle L. n. 259 del 1993, comma 1, lett. a) e b), pone al centro dell'operazione il concedente e lo individua in colui il quale stipula sia il contratto di fornitura, sulla base delle indicazioni dell'utilizzatore, sia il distinto contratto di leasing con l'utilizzatore, "dando a quest'ultimo il diritto di usare il bene contro pagamento dei canoni". Peraltro, la Convenzione non parifica in radice le figure del concedente e dell'utilizzatore nei loro rapporti verso il fornitore, bensì ricorre alla tecnica dell'assimilazione, stabilendo che "Gli obblighi del fornitore in base al contratto di fornitura potranno essere fatti valere anche dall'utilizzatore come se egli fosse parte di tale contratto e come se il bene gli dovesse essere fornito direttamente" (art. 10).

Così inquadrato, il contratto di leasing è un contratto meramente bilaterale stipulato tra concedente ed utilizzatore e collegato ad altro contratto bilaterale stipulato tra concedente e fornitore per l'acquisizione del bene oggetto del contratto a favore dell'utilizzatore.

Nella pratica, il collegamento si realizza mediante apposite clausole previste in ciascuno dei due contratti. In particolare, nel contratto di leasing, quelle clausole: obbligano il concedente ad acquistare il bene già individuato dall'utilizzatore e descritto nello stesso contratto (anche mediante esplicito riferimento al contenuto del contratto di fornitura, che l'utilizzatore dichiara di conoscere ed approvare); cedono all'utilizzatore diritti futuri, ma determinabili perché derivanti al concedente dal contratto di fornitura; obbligano il concedente alla futura cessione di eventuali diritti nascenti da responsabilità del fornitore. Nel contratto di fornitura:

Configurano l'utilizzatore (che nel contratto di leasing ha assunto tutti i rischi derivanti dalla fornitura oltre che dall'utilizzo del bene oggetto del contratto) quale beneficiario delle prestazioni inerenti alla produzione e messa a disposizione del bene, in conformità con le prescrizioni contrattuali e di legge già definite nel contratto di leasing. Così pure, nella pratica questo collegamento è talvolta ancor più esaltato attraverso la partecipazione dell'utilizzatore al contratto di fornitura. Soprattutto in area di leasing immobiliare il notaio usa costituire nel contratto di compravendita la "parte venditrice" (il fornitore), la "parte acquirente" (il concedente), nonché l'altro soggetto che dichiara di intervenire nell'atto di

compravendita in qualità di "utilizzatore" dell'immobile, oggetto del separato contratto di locazione finanziaria, ed al quale la parte venditrice, preso atto che l'acquisto viene effettuato dal concedente al solo fine di fargli utilizzare l'immobile, presta tutte le garanzie di legge, assumendo altresì nei suoi confronti le obbligazioni che - per legge o per convenzione - sono a suo carico in quanto parte venditrice. In siffatti contratti si aggiunge pure che:

per la suddetta ragione, l'utilizzatore (riconosciuta la corrispondenza dell'immobile a quello da lui autonomamente prescelto ed individuato) potrà rivolgersi direttamente ed autonomamente alla parte venditrice in ogni sede per qualsivoglia reclamo o pretesa, relativi all'immobile, previa comunicazione scritta alla parte acquirente; l'utilizzatore manleva la parte acquirente da qualsiasi conseguenza derivante da vizi, difetti, irregolarità, inidoneità all'uso, mancanza delle qualità all'uso, mancanza delle qualità relativi all'immobile, agli impianti, alle pertinenze ed agli accessori dello stesso, nonché per eventuali mendacità, irregolarità od imprecisioni delle dichiarazioni rese dalla parte venditrice nell'atto (così testualmente s'esprimono le più comuni clausole inserite nei contratti di compravendita di beni immobili destinati al leasing).

E' proprio la presenza di siffatte clausole normalmente in uso nei moduli contrattuali che consente di configurare il contratto di fornitura alla stregua di un contratto produttivo di alcuni effetti obbligatori a favore del terzo utilizzatore, senza necessità di ipotizzare la presenza di un mandato implicito al contratto di leasing volto ad assicurare all'utilizzatore i diritti di azione riconosciuti dalla legge al mandante nel mandato senza rappresentanza (art. 1705 c.c., comma 2).

In questo senso, la pratica commerciale ha elaborato soluzioni idonee a conciliare le istanze di separazione funzionale e dei rischi, così da consentire la realizzazione dell'operazione economica attraverso il coordinamento che l'unitarietà di tale operazione e l'interdipendenza tra le prestazioni naturalmente generano.

Volendosi, invece, porre al cospetto di ipotesi in cui nessuna clausola contrattuale consenta all'utilizzatore la sperimentazione dell'azione risolutiva del contratto di fornitura, non può eludersi la regola base in tema di effetti del contratto, ossia quella in virtù della quale il contratto ha forza di legge tra le parti, non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge e non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge. E' la regola della c.d. relatività del contratto, consacrata nell'art. 1372 c.c., in forza della quale è, in via di principio, da escludersi che, in mancanza di diverso patto o di specifica disposizione normativa, colui che non è stato parte del contratto di fornitura (l'utilizzatore) possa agire perché il contratto stesso sia risolto; incidendo in una *res inter alios acta* e sortendo, così, l'effetto di privare il concedente della proprietà del bene locato e, dunque, della garanzia riservatasi a fronte del pagamento dei canoni di locazione.

Questa regola, in specifiche ipotesi, è stata ritenuta derogata da un collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie. Collegamento in senso tecnico per il quale è necessario che ricorra sia un requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario, sia un requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che

ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale (il principio è consolidato e, tra le più recenti in tal senso, cfr. Cass. n. 11974/10).

Non è qui il caso di approfondire in astratto il tema del collegamento negoziale, tuttavia il quesito posto alle Sezioni Unite presuppone (nell'impostazione sia del ricorso, sia dell'ordinanza interlocutoria) che ci si interroghi se, nella specifica vicenda in trattazione, ricorra un'ipotesi di collegamento negoziale in senso tecnico, in virtù del quale la validità e l'invalidità di un contratto si rifletta sull'altro in forma di reciproca interdipendenza. Ossia produca, in estrema sintesi, gli effetti di cui al brocardo del *simul stabunt simul cadent*.

Orbene, sul punto occorre concordare con quell'autorevole dottrina la quale osserva che, dal punto di vista economico, l'operazione di leasing è sicuramente trilaterale, nel senso che i rapporti tra fornitore, concedente ed utilizzatore costituiscono un tutto unitario. Eppure, dal punto di vista giuridico, le cose stanno diversamente, siccome ci si trova al cospetto di due contratti (quello di compravendita e quello di locazione finanziaria) che, come s'è visto in precedenza, conservano la rispettiva distinzione, pur essendo tra loro legati da un nesso che difficilmente può essere considerato di collegamento negoziale in senso tecnico. Un collegamento tale, cioè, da comportare che la patologia di un contratto comporti la patologia anche dell'altro. E' pur vero che questi contratti sono legati da un nesso obiettivo (economico o teleologico), ma quel che manca, perché possa ravvisarsi il collegamento tecnico, è il nesso soggettivo, ossia l'intenzione delle parti di collegare i vari negozi in uno scopo comune. Non si può dire, infatti, che il fornitore si determini alla vendita in funzione della circostanza che il bene verrà concesso in locazione dal compratore/concedente all'utilizzatore/locatario. Al contrario, il fornitore ha il mero interesse alla vendita del suo prodotto e la causa che regge il contratto da lui stipulato con il finanziatore/concedente è quella tipica del contratto di compravendita, ossia il trasferimento del bene in cambio del prezzo.

Tant'è che, nella fisiologica evoluzione dell'operazione, il fornitore, una volta consegnato il prodotto all'utilizzatore, esce di scena, essendo assolutamente disinteressato allo svolgersi dell'altra vicenda che concerne la locazione stipulata tra concedente ed utilizzatore. Le circostanze, dunque, che sia proprio l'utilizzatore a scegliere il fornitore, a trattare con lui ed a ricevere la consegna del bene e che il fornitore, a sua volta, sia consapevole che l'acquisto da parte del committente sia finalizzato alla locazione del bene in favore del terzo utilizzatore sono del tutto esterne rispetto alla struttura stessa dei contratti che si vanno a stipulare e non sono capaci di mutarne la causa di ciascuna.

Se è vero quanto finora osservato, è anche vero che lo stesso concedente, una volta determinatosi al finanziamento, è del tutto disinteressato rispetto alla scelta del bene e del fornitore effettuata dall'utilizzatore, posto che, qualunque essa sia, egli è garantito dalla proprietà del bene rispetto all'obbligo del pagamento del canone a carico dell'utilizzatore stesso.

A conferma di quanto finora argomentato soccorre (oltre la menzionata Convenzione di Ottawa) il quadro normativo delineato dal Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (D.lgs. n. 385 del 1993), il quale, nei contratti di credito collegati ed in ipotesi di inadempimento del fornitore, non consente all'utilizzatore/consumatore (soggetto sicuramente meritevole di maggior tutela rispetto all'imprenditore) di agire direttamente contro il fornitore per la risoluzione del contratto di fornitura, bensì gli consente di chiedere al concedente/finanziatore (dopo avere inutilmente costituito in mora il fornitore) di agire

per la risoluzione del contratto di fornitura; richiesta che determina la sospensione del pagamento dei canoni (art. 125 quinquies, il quale dispone pure che la risoluzione del contratto di fornitura determina la risoluzione di diritto, senza penalità e oneri, del contratto di locazione finanziaria).

Per le ragioni finora esposte deve escludersi pure che l'utilizzatore possa autonomamente esercitare contro il fornitore l'azione di riduzione del prezzo che, quale rimedio sinallagmatico, andrebbe a modificare i termini dello scambio nel rapporto tra concedente e fornitore.

E' per tutte queste ragioni che le SU concordano con l'orientamento giurisprudenziale (la cui più approfondita analisi va rinvenuta nella già citata Cass. n. 17145/06) dal quale possono dedursi le due seguenti considerazioni:

Tra il contratto di leasing finanziario, concluso tra concedente ed utilizzatore, e quello di fornitura, concluso tra concedente e fornitore allo scopo (noto a quest'ultimo) di soddisfare l'interesse dell'utilizzatore ad acquisire la disponibilità della cosa, si verifica un'ipotesi di collegamento negoziale (nella pur persistente individualità propria di ciascun tipo negoziale) in forza del quale l'utilizzatore è legittimato a far valere la pretesa all'adempimento del contratto di fornitura, oltre che al risarcimento del danno conseguentemente sofferto. Invece, in mancanza di un'espressa previsione normativa al riguardo, l'utilizzatore può esercitare l'azione di risoluzione (o di riduzione del prezzo) del contratto di vendita tra il fornitore ed il concedente (cui esso è estraneo) solamente in presenza di specifica clausola contrattuale con la quale gli venga dal concedente trasferita la propria posizione sostanziale.

Il relativo accertamento, trattandosi di questione concernente non la *legitimatio ad causarti* bensì la titolarità attiva del rapporto, è rimesso al giudice del merito in relazione al singolo caso concreto.

8 - La tutela dell'utilizzatore.

Posto che il dibattito finora affrontato scaturisce dalla preoccupazione che l'utilizzatore, in assenza di clausole contrattuali che (come s'è detto) gli trasferiscano la posizione sostanziale del concedente rispetto ad ipotesi risolutive del contratto di fornitura (ipotesi che s'è verificata nella fattispecie in trattazione), rimanga sfornito di tutela, nell'inerzia del concedente, occorre affrontare anche questo tema.

C'è, dunque, da chiedersi quali siano i rimedi esperibili dall'utilizzatore in ipotesi di vizi della cosa (oggetto sia del contratto del leasing, sia di quello di fornitura) in una vicenda contrattuale che, nella prassi mercantile, tende ad affermare (come s'è visto) l'esonero del concedente da responsabilità per vizi della cosa ed il corrispondente obbligo dell'utilizzatore di accertare la conformità del bene in sede di consegna (eventualmente rifiutandolo). Ciò a garanzia della separazione tra rischio finanziario e rischio operativo che sottende la vicenda economica in questione, la quale vuole che l'esecuzione del piano di ammortamento del credito sia indipendente da qualsiasi contestazione concernente la qualità e la conformità della fornitura. Ciò significa che, in forza di queste clausole, l'utilizzatore non può sospendere il pagamento dei canoni, né ottenere la risoluzione del contratto di locazione.

Trattandosi di discipline speciali, deve essere decisamente escluso che alla fattispecie possa farsi estensiva applicazione delle disposizioni contenute nella Convenzione di

Ottawa, sul leasing finanziario internazionale, o nel t.u.b., a favore dell'utilizzatore/consumatore.

La giurisprudenza unanime (così come la dottrina) riconosce all'utilizzatore il diritto di agire verso il fornitore per il risarcimento del danno, nel quale sono tra l'altro compresi i canoni pagati al concedente in costanza di godimento del bene viziato. A tale ultimo riguardo la responsabilità risarcitoria può farsi risalire, in via generale, a quella da lesione del credito illecitamente commessa dal fornitore che è terzo rispetto al contratto di locazione.

Ma venendo più al fondo della questione, occorre distinguere l'ipotesi in cui i vizi siano immediatamente riconoscibili dall'utilizzatore da quella in cui gli stessi si manifestino successivamente alla consegna, tenendo soprattutto conto che il canone di buona fede agisce quale strumento integrativo dei contratti (art. 1375 c.c.). In questo caso, v'è l'obbligo dell'utilizzatore di informare il concedente circa ogni questione che sia per questo rilevante, così come v'è l'obbligo a carico del concedente di solidarietà e di protezione verso l'utilizzatore, al fine di evitare che questo subisca pregiudizi.

Il primo caso deve essere equiparato a quello della mancata consegna, sicché il concedente, una volta informato del fatto che l'utilizzatore, verificati i vizi che rendono la cosa inidonea all'uso, ha rifiutato la consegna, ha l'obbligo di sospendere il pagamento del prezzo in favore del fornitore, per poi esercitare, se ricorrono i presupposti di gravità dell'inadempimento, l'azione di risoluzione del contratto di fornitura, alla quale necessariamente consegue la risoluzione del contratto di leasing. Diversamente, il concedente corrisponderebbe al fornitore il pagamento di un prezzo non dovuto che, come tale, non può essere posto a carico dell'utilizzatore.

Il secondo caso - quello dei vizi occulti o in mala fede taciuti dal fornitore ed emersi dopo l'accettazione verbalizzata da parte dell'utilizzatore - sicuramente consente all'utilizzatore di agire direttamente contro il fornitore per l'eliminazione dei vizi o la sostituzione della cosa. Ma, laddove ne ricorrano i presupposti, anche in questo caso il concedente, informato dall'utilizzatore dell'emersione dei vizi, ha, in forza del canone integrativo della buona fede, il dovere giuridico (non la facoltà) di agire verso il fornitore per la risoluzione del contratto di fornitura o per la riduzione del prezzo, con tutte le conseguenze giuridiche ed economiche riverberantesi sul collegato contratto di locazione.

In conclusione, si può affermare il principio in ragione del quale:

In tema di vizi della cosa concessa in locazione finanziaria che la rendano inidonea all'uso, occorre distinguere l'ipotesi in cui gli stessi siano emersi prima della consegna (rifiutata dall'utilizzatore) da quella in cui siano emersi successivamente alla stessa perché nascosti o taciuti in mala fede dal fornitore. Il primo caso va assimilato a quello della mancata consegna, con la conseguenza che il concedente, in forza del principio di buona fede, una volta informato della rifiutata consegna, ha il dovere di sospendere il pagamento del prezzo in favore del fornitore e, ricorrendone i presupposti, di agire verso quest'ultimo per la risoluzione del contratto di fornitura o per la riduzione del prezzo.

Nel secondo caso, l'utilizzatore ha azione diretta verso il fornitore per l'eliminazione dei vizi o la sostituzione della cosa, mentre il concedente, una volta informato, ha i medesimi doveri di cui al precedente caso. In ogni ipotesi, l'utilizzatore può agire contro il fornitore per il risarcimento dei danni, compresa la restituzione della somma corrispondente ai canoni già eventualmente pagati al concedente.

9- La causa in trattazione.

Come s'è visto in precedenza, nella causa in trattazione l'utilizzatrice Spinelli & Rampazzo srl ha citato la fornitrice Car Diesel spa per la risoluzione del contratto di fornitura per mancanza nella cosa delle qualità promesse in contratto in subordine, per la riduzione del prezzo. La sentenza impugnata ha dichiarato l'attrice priva di "attiva legittimazione" ed ha così respinto le domande, ritenendo che l'eventuale esonero del proprietario/concedente da ogni responsabilità per vizi della cosa debba risultare da apposito patto, non avendo fonte normativa. La sentenza ha pure aggiunto che l'attrice non ha nemmeno prodotto in giudizio il contratto di locazione finanziaria, sì da provare l'esistenza di un menzionato patto.

Così decidendo la sentenza s'è adeguata ai principi di diritto sopra enunciati, con la conseguenza che il ricorso proposto dalla Spinelli & Rampazzo deve essere respinto.

La complessità della questione, che ha richiesto l'intervento delle SU, impone l'intera compensazione tra le parti delle spese del giudizio di cassazione.

p.q.m.

La Corte rigetta il ricorso e compensa interamente tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, il 26 maggio 2015.

Depositato in Cancelleria il 5 ottobre 2015

CORTE DI CASSAZIONE

7 settembre 2015

Pres. Di Palma– Est. Scaldaferrì

CONTRATTI DI BORSA – Strumenti finanziari derivati – Clausola compromissoria – Mancata sottoscrizione – Validità – Sussistenza – Effetti.

In materia di strumenti finanziari, l'omessa sottoscrizione da parte dell'istituto di credito del contratto contenente una clausola compromissoria non rileva ai fini della validità dello stesso, laddove, nonostante la forma scritta sia richiesta ad substantiam, la banca provveda a perfezionare detto contratto depositandolo in giudizio, dichiarando per iscritto stragiudizialmente la volontà di volersene avvalere ovvero con comportamenti concludenti, salvo che la controparte abbia già revocato il proprio assenso; ne consegue la validità della clausola compromissoria ex art. 808 c.p.c. e la conseguente competenza del collegio arbitrale.

[Nella specie, trattasi di contratto di mutuo cui accede un Interest rate swap. Il Giudice, ai fini dell'accertamento della volontà di avvalersi del contratto, ha valutato positivamente anche l'invio degli estratti conto relativi all'operazione nei quali erano registrati gli addebiti relativi al prodotto finanziario derivato.]

Conforme a Cass., Sez. I, 22 marzo 2013, n. 4564 e 2 febbraio 2007, n. 2256.

Nel giugno 2013 le società, convennero giudizio dinanzi al Tribunale di Mantova, deducendo in sintesi: a) che la società, la quale intratteneva dal 2002 rapporti di conto corrente con la banca cui era subentrata, nel marzo 2008 aveva sottoscritto con un mutuo ipotecario della somma di € 2.300.000,00 e, pressoché contestualmente, una operazione in un particolare prodotto finanziario derivato (Interest Rate Swap) a copertura del rischio di rialzo del tasso variabile convenuto; b) che nel dicembre 2008, a seguito di scissione della [...] era stata costituita la [...] cui era stato trasferito l'intero patrimonio della prima nonché il predetto contratto di mutuo; c) che anche la nuova società aveva aperto, nell'aprile 2009, un conto corrente (funzionale ad un'apertura di credito) presso la [...], su cui venivano addebitate le rate del mutuo nonché le passività della operazione sul prodotto derivato. Ciò premesso, le società attrici contestavano – per mancanza di valida pattuizione – gli addebiti di interessi principali e anatocistici e di commissioni operati da [...] sui predetti conti correnti, dai quali dichiaravano di recedere; inoltre chiedevano dichiararsi nullo, o

annullarsi o risolversi, il contratto di acquisto del prodotto finanziario derivato con la conseguente illegittimità dei relativi addebiti sui conti correnti di entrambe le società.

[...] costituendosi in giudizio, eccepiva, con riferimento al contratto avente ad oggetto il prodotto finanziario derivato, l'incompetenza del Tribunale adito in forza della clausola compromissoria inserita nel "contratto normativo per la disciplina dei contratti su strumenti derivati"; sottoscritto il 26.3.2008 dalla [...] srl, la quale in replica eccepiva la nullità di tale contratto e della clausola compromissoria in esso inserita per mancanza di sottoscrizione della banca, quindi della forma scritta rispettivamente richiesta *ad substantiam* dall'art. 23 t.u.f. e dell'art. 808 comma 1 cod. proc. civ.

Con ordinanza depositata il 15 ottobre 2014, il Tribunale di Mantova ha accolto l'eccezione dichiarando la propria incompetenza funzionale, quanto alla domanda relativa alla validità ed efficacia del contratto su strumento derivato, per essere la controversia devoluta alla cognizione del Collegio arbitrale previsto dalla clausola n. 27 del suddetto accordo normativo.

Avverso tale provvedimento [...] srl e [...] hanno proposta regolamento di competenza, cui resiste con memoria difensiva [...]. Il Procuratore generale, nelle sue conclusioni scritte, ha chiesto il rigetto del ricorso. Le società ricorrenti hanno depositato memoria a norma dell'art. 380 bis comma 2 cod. proc. civ.

Diritto

Con tre distinti mezzi le società ricorrenti lamentano, rispettivamente, la violazione degli artt. 808 cod. proc. civ. e dell'art. 23 t.u.f., nonché dell'art. 1341 c.c., e la omessa considerazione della estraneità della [...] srl all'accordo concernente lo strumento derivato, e quindi alla clausola compromissoria relativa a tale rapporto.

I primi due motivi, vertenti entrambi sulla mancanza della sottoscrizione della banca in calce al contratto recante la clausola compromissoria, sono privi di fondamento.

Ritiene il collegio che requisito della forma scritta, prescritto per la clausola compromissoria dell'art. 808 comma 1 cod. proc. civ., sussista nella specie, anche se il documento rappresentativo del contratto nel quale è inserita la clausola stessa reca materialmente la sola sottoscrizione della [...] srl, e non anche quella della controparte. In tali casi, secondo un orientamento consolidato nella giurisprudenza di questa Corte di legittimità, ribadito anche di recente proprio con riguardo al disposto dell'art. 23 t.u.f. (cfr. Cass. n. 4564/12; cfr. anche, ex multis: n. 2256/07; n. 7075/04), la parte che non ha materialmente sottoscritto il contratto per il quale sia richiesta dalla legge la forma scritta può validamente perfezionarlo, al fine di farne valere gli effetti contro l'altro contraente sottoscrittore, sia producendolo in giudizio sia manifestando stragiudizialmente alla controparte per iscritto la volontà di avvalersi del contratto, sempreché tale conferma non sopraggiunga dopo che la controparte abbia già revocato il proprio assenso, ciò rendendo impossibile la formazione dell'accordo contrattuale.

Alla stregua di tali principi, che il Collegio condivide, non può dirsi che la forma scritta della clausola compromissoria in questione faccia difetto, giacché entrambe le condotte sopra descritte risultano poste in essere dalla banca. La cui mancanza di sottoscrizione in calce al contratto in cui figura apposta la clausola compromissoria è per l'appunto sopperita, prima ancora che dalla produzione del contratto nel giudizio dinanzi al Tribunale di Mantova, dalla comunicazione ad entrambe le società degli estratti conto relativi agli addebiti da essa annotati nei rispettivi conti correnti, tra i quali pacificamente figuravano gli

addebiti (che le società hanno contestato con l'atto di citazione) relativi al contratto di investimento nel prodotto finanziario derivato. E se la produzione in giudizio del documento contrattuale recante la clausola compromissoria è avvenuta dopo che le controparti avevano convenuto la banca dinanzi al giudice ordinario e non al Collegio arbitrale previsto dalla clausola stessa – così dimostrando in effetti una volontà contraria a quella manifestata in contratto-, la volontà della banca di dar corso al contratto, e quindi anche alla clausola compromissoria in esso inserita, risultava ormai già manifestata per iscritto alle controparti, ancorché in forma equivalente alla materiale sottoscrizione del documento contrattuale, con la comunicazione degli estratti conto in attuazione delle obbligazioni pattuite (cfr. Cass. n. 4564/12 cit.).

Tali considerazioni valgono anche per la mancanza di sottoscrizione specifica della clausola ex art. 1341 c.c. da parte della banca, e del resto nel caso in esame – a differenza di quello esaminato da Cass. S. U. n.20887/06 richiamata in ricorso – la sottoscrizione specifica della clausola compromissoria da parte del soggetto che non l'ha predisposta non manca.

Per quanto infine specificamente attiene alla [...] srl, non merita condivisione la tesi, solo in sede di ricorso per regolamento avanzata, circa la sua estraneità al rapporto contrattuale in questione, "e alla correlativa clausola compromissoria". Nel giudizio di merito instaurato insieme con la [...] nei confronti di [...], non risulta che la [...] abbia proposto alcuna domanda distinta da quelle proposte dalla [...], anche con riguardo al contratto avente ad oggetto il prodotto finanziario derivato.

E ciò ben a ragione, dal momento che, con l'operazione di scissione del dicembre 2008, ad essa era stato trasferito tutto il patrimonio della scissa [...] srl, (così si legge in ricorso, pag. 4), e quindi non solo il rapporto avente ad oggetto il contratto di mutuo (espressamente richiamato nel progetto) ma anche quello avente ad oggetto il contratto di investimento finanziario all'epoca in corso, la cui inclusione nel trasferimento pur in mancanza di espressa menzione nel progetto di scissione non pare dubbia in un contesto di scissione totale, anche a prescindere dal disposto dell'art. 2506 bis comma 3 c.c. (che, del resto, fa riferimento non ai "debiti non soddisfatti", come l'art. 2506 quater comma 3 c.c., ma agli "elementi del passivo" ed agli "elementi dell'attivo"). Si che va senz'altro esclusa la dedotta estraneità della [...] tanto al contratto de quo quanto alla correlata clausola compromissoria, a prescindere dalla prova – che [...] ha ritenuto di fornire in questa sede a seguito della specifica contestazione espressa per la prima volta in ricorso dalla [...] – della sottoscrizione da parte di quest'ultima di contratto avente identico contenuto – ivi compresa la clausola compromissoria – rispetto a quello precedentemente sottoscritto dalla sua dante causa.

Il rigetto del ricorso si impone dunque, con la declaratoria della competenza del Collegio arbitrale previsto dalle parti.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

Pqm

La Corte rigetta il ricorso e dichiara quindi la competenza del Collegio arbitrale previsto dalle parti. Condanna le società ricorrenti in solido al rimborso in favore della parte resistente delle spese di questo regolamento, in € 5.100,00 (di cui € 100,00) oltre spese generali forfetarie e accessori di legge.

Da inoltre atto, ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater D.P.R. n. 115/2002, della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso a norma dell'art. 1 bis dello stesso articolo 13.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Corte di Cassazione, il 16 giugno 2015.

CORTE DI CASSAZIONE

18 maggio 2015

Pres. Rovelli – Est. Rordorf

Giurisdizione civile – Riparto di giurisdizione - Azione cautelare Proposta dai titolari di una società quotata nei confronti della CONSOB - Inerzia nell'esercizio dei poteri di vigilanza - Giurisdizione del giudice amministrativo – Sussiste.

In sede di regolamento di giurisdizione, non sussiste la giurisdizione del giudice ordinario in merito alla pretesa nei confronti della Consob da parte di alcuni investitori che lamentano il mancato esercizio dei poteri di vigilanza alla stessa attribuiti dalla legge per assicurare la correttezza e la trasparenza dei mercati finanziari, atteso che dall'esercizio o mancato esercizio di tali poteri non discende una posizione soggettiva qualificabile quale diritto soggettivo bensì, tutt'al più, di interesse legittimo; ne consegue, che spetterà al giudice amministrativo stabilire nel merito se, in concreto, tale interesse legittimo risulti davvero configurabile, e quindi meritevole di tutela, o se invece si tratti di un interesse di mero fatto che non consente l'accoglimento della domanda.

[Nella fattispecie trattasi di ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione proposto, a norma dell'art. 41 c.p.c., da alcuni investitori in azioni del Monte dei Paschi di Siena, che ritengono di essere stati danneggiati dal mancato esercizio da parte della Consob dei propri poteri di vigilanza su alcune operazioni finanziarie poste in essere dall'Istituto bancario, non consentendo al mercato di ricevere le dovute informazioni al riguardo, e che hanno visto respinta dal tribunale la domanda, proposta in sede cautelare, di ordinare alla stessa Consob di porre termine al proprio comportamento omissivo adottando le misure idonee a ripristinare la corretta informazione degli investitori e fissando, ai sensi dell'art. 614 c.p.c., la somma dovuta dalla convenuta per ogni violazione o ritardo nell'esecuzione del provvedimento.]

Pronunce precedenti in materia: Cass., Sez. Un., 29 luglio 2005, n. 15916.

Premesso, in fatto, che:

-i sig.ri GM e GM, la Confederazione Generale Italiana del Lavoro, la Federazione Italiana Sindacato Assicurazione Credito e la Federconsumatori nel luglio del 2013 hanno citato in giudizio dinanzi al Tribunale di Roma la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (in prosieguo Consob);

-i predetti sig.ri [M] e [M], premesso di aver investito alcuni loro risparmi in azioni del Monte dei Paschi di Siena, società quotata in borsa, hanno addebitato alla Consob di non

avere esercitato i propri poteri di vigilanza su alcune spericolate operazioni finanziarie poste in essere dal Monte dei Paschi, non consentendo al mercato di ricevere le dovute informazioni al riguardo;

-i predetti attori, pertanto, hanno chiesto al tribunale sia di condannare la Consob al risarcimento dei danni da loro sofferti sia di ordinare alla stessa Consob di porre termine al proprio comportamento omissivo adottando le misure idonee a ripristinare la corretta informazione degli investitori circa la reale situazione patrimoniale del Monte dei Paschi ed i rischi connessi all'investimento in azioni di quella società e fissando, ai sensi dell'art. 614 c.p.c., la somma dovuta dalla convenuta per ogni violazione o ritardo nell'esecuzione del provvedimento;

-la Confederazione Generale Italiana del Lavoro, la Federazione Italiana Sindacato Assicurazione Credito e la Federconsumatori hanno aderito a tali domande;

-la Consob si è difesa eccependo, tra l'altro, un difetto assoluto di giurisdizione sulla seconda delle due domande sopra riferite, in cui ha ravvisato gli estremi di un'istanza inibitoria;

-avendo gli attori altresì richiesto una misura cautelare, di tenore analogo alla predetta domanda, il tribunale non la ha accordata perché si è ritenuto privo di giurisdizione in proposito;

-gli attori, insistendo invece nell'affermare che anche sulla domanda definita inibitoria il giudice ordinario è dotato di giurisdizione, hanno proposto ricorso a questa corte richiedendo il regolamento preventivo a norma dell'art. 41 c.p.c.;

-la Consob si è difesa con controricorso:

- il Procuratore generale ha chiesto che il ricorso sia dichiarato inammissibile, per quanto si riferisce alla domanda di risarcimento dei danni proposta dagli attori, e che, quanto invece alla domanda inibitoria, sia affermata la giurisdizione del giudice amministrativo;

-i ricorrenti e la Consob hanno depositato memorie.

Considerato, in diritto, che:

-il presente regolamento s'inserisce in una causa, pendente dinanzi al Tribunale di Roma, nella quale sono state cumulate due distinte domande: l'una per il risarcimento del danno che gli attori assumono di aver sofferto a causa di un pregresso comportamento illecito addebitato alla Consob, l'altra (definita inibitoria) volta ad impedire che il comportamento illecito si protragga ancora in futuro;

-dal tenore del ricorso e dalle argomentazioni in esso sviluppate si desume peraltro con chiarezza che la questione di giurisdizione, per dirimere la quale è chiesto l'intervento delle sezioni unite di questa corte, si riferisce unicamente alla seconda delle due menzionate domande, e non anche alla domanda risarcitoria, giacché solo riguardo alla cosiddetta inibitoria è stato sollevato dalla convenuta (e recepito dal tribunale in sede cautelare) un dubbio circa la competenza giurisdizionale del giudice ordinario;

-nel prosieguo dell'ordinanza si tratterà quindi solo della giurisdizione sulla domanda che è stata definita inibitoria, perché soltanto di questo le sezioni unite sono state investite;

-la domanda di cui s'è detto muove dalla premessa che la Consob abbia il dovere di adoperarsi, con gli strumenti che a tal fine l'ordinamento le conferisce, per assicurare la correttezza e la trasparenza delle operazioni che si svolgono sui mercati finanziari o che comunque su di essi si riflettono;

-gli attori sostengono che a quel dovere, in particolare riferito all'operatività del Monte dei Paschi di Siena meglio descritta in citazione, la Consob sia invece venuta meno in passato (dove la domanda di risarcimento dei danni già verificatisi) e stia tuttora venendo meno: sicché è invocato l'intervento del giudice per imporre alla stessa Consob di esercitare i poteri di vigilanza di cui il legislatore la ha dotata affinché ulteriori danni non si producano;

-una tale azione può definirsi inibitoria solo in senso lato, poiché essa non tanto mira ad inibire - nel senso d'impedire - di fare qualcosa, quanto piuttosto ad imporre di farla, ma il profilo terminologico della questione non è certo decisivo;

-decisivo, invece, è rilevare come la pretesa azionata con la domanda in discorso abbia ad oggetto un comportamento dell'amministrazione convenuta - comportamento destinato necessariamente, però, ad estrinsecarsi in provvedimenti previsti dalla legge, dotati di una ben definita valenza giuridica, e quindi non certo riducibile alla sua semplice materialità - che corrisponde ad un potere attribuito dall'ordinamento alla Consob per finalità d'interesse pubblico, consistenti nell'assicurare il corretto e trasparente funzionamento del mercato;

-non è condivisibile l'assunto secondo cui una siffatta pretesa, volta ad imporre all'autorità di vigilanza l'esercizio di poteri rispetto ai quali essa finora è rimasta inerte, configurerebbe semplicemente una diversa declinazione della domanda risarcitoria (la cui attribuzione alla giurisdizione ordinaria - come s'è detto - non è in discussione), risolvendosi in una forma di risarcimento in forma specifica;

-la richiesta di condannare la Consob ad esercitare i poteri di cui dispone, nella situazione di cui si tratta, è volta - lo si è già rilevato - ad elidere il rischio di danni futuri paventati dagli attori, in quanto titolari di azioni quotate emesse dal Monte dei Paschi di Siena, ma non potrebbe certo valere a risarcirli di danni già verificatisi: il che marca l'evidente differenza di oggetto tra la domanda risarcitoria e quella c.d. inibitoria, escludendo che questa seconda possa (anche quanto all'attribuzione di competenza giurisdizionale) essere assimilata alla prima;

-inconferente appare, in tale contesto, il riferimento agli artt. 139 e 140 del codice del consumo (D.lgs. n. 206 del 2005), richiamati dall'art. 32- bis del testo unico della finanza (d.lgs. n. 58 del 1998), giacché da tali norme non è dato ricavare l'attribuzione al tribunale, competente a giudicare sulle c.d. azioni di classe (tra le quali, peraltro, quella qui in esame evidentemente non rientra), di una giurisdizione estesa oltre i limiti che in generale gli competono, con salvezza dei casi attratti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 140, cit., comma undicesimo);

-la pretesa a che un'autorità amministrativa eserciti i poteri che la legge le assegna per la tutela di un interesse pubblico non può sicuramente essere configurata come un diritto soggettivo di colui il quale quella pretesa voglia far valere in giudizio - né quando essa investa la scelta dell'amministrazione se esercitare o meno quel potere, in una situazione data, né quando sia volta a sindacare i tempi ed i modi in cui lo si è esercitato - né di certo varrebbe a dimostrare il contrario la circostanza che il cattivo o mancato esercizio doveroso del potere, qualora ne sia derivato un danno a terzi, legittima costoro a pretendere il risarcimento a norma dell'art. 2043 c.c., essendo ormai pacifico (a partire dalla nota pronuncia di queste sezioni unite n. 500 del 1999) che la tutela aquiliana è invocabile per la lesione non soltanto di diritti soggettivi, ma anche di interessi legittimi, o più in generale

di interessi ad un bene della vita che risultino comunque meritevoli di protezione alla luce dell'ordinamento positivo;

-può dunque solo eventualmente qualificarsi come interesse legittimo quello del privato ad ottenere o a conservare un bene della vita quando esso viene a confronto con un potere attribuito dalla legge all'amministrazione non per la soddisfazione proprio di quell'interesse individuale, bensì di un interesse pubblico che lo ricomprende, per la realizzazione del quale l'amministrazione è dotata di discrezionalità nell'uso dei mezzi a sua disposizione;

-tale è la situazione che si delinea con riguardo ai poteri di vigilanza che la legge attribuisce alla Consob per assicurare la correttezza e la trasparenza dei mercati finanziari, riguardo al cui esercizio (o mancato esercizio) non è dunque configurabile una posizione di diritto soggettivo in capo ai titolari di strumenti finanziari quotati in detti mercati, sia che alla stessa Consob costoro rimproverino genericamente di non avere svolto l'attività di vigilanza che le compete, sia che - come nella specie - le imputino di non avere adottato specifiche misure (quali la sollecitazione d'informazioni supplementari al mercato da parte all'emittente, ex art. 154-ter, comma 7, del t.u.f., l'impugnazione dei bilanci della medesima emittente, prevista dal successivo art. 157, o la richiesta di dati alle corrispondenti autorità di vigilanza straniere);

-né appare possibile, ai fini che qui rilevano, distinguere tra la situazione in cui si contesti all'autorità di vigilanza di aver male esercitato i propri poteri e quella in cui si lamenti la totale omissione dell'esercizio di tali poteri: non solo perché anche in quest'ultimo caso appare arduo negare un ambito di discrezionalità dell'autorità nel valutare la sussistenza dei presupposti che giustificano il suo intervento, ma anche in quanto non si saprebbe neppure come individuare un siffatto ipotetico intervento senza al tempo stesso definirne i tempi ed i modi di attuazione;

-discende da quanto sopra che la posizione soggettiva di cui gli attori pretendono la tutela non è, neppure in astratto, qualificabile in termini di diritto soggettivo, ma semmai d'interesse legittimo, spettando di conseguenza al giudice amministrativo stabilire nel merito se, in concreto, tale interesse legittimo risulti davvero configurabile, e quindi meritevole di tutela, o se invece si tratti di un interesse di mero fatto che non consente l'accoglimento della domanda;

-non può infine tacersi che anche se, nonostante quanto ora detto, si volesse nondimeno ipotizzare l'esistenza di una qualche posizione di diritto soggettivo facente capo a gli attori, la cui tutela essi richiedano in sede giurisdizionale, la questione ricadrebbe nell'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, quale prevista dall'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., trattandosi incontestabilmente di una controversia relativa alla vigilanza sul mercato mobiliare;

-la peculiarità e la novità delle questioni esaminate suggeriscono di compensare tra le parti le spese del regolamento.

P.q.m.

La corte, pronunciando a sezioni unite sul ricorso, dichiara che sulla domanda meglio specificata in motivazione ha giurisdizione il giudice amministrativo e compensa tra le parti le spese del regolamento.

TRIBUNALE DI ASTI

1 luglio 2015

Est. Rampini

**Diritto bancario – contratto di mutuo – commissione di estinzione anticipata -
tassi di interesse – superamento soglia di usura - clausola di salvaguardia –
inoperatività**

In un contratto di mutuo la cd. clausola di salvaguardia, la quale preveda che nel caso di estinzione anticipata “in ogni caso i tassi così determinati non potranno essere superiori al limite massimo previsto dalla legge 7 marzo 1996, n. 108”, opera soltanto per le modificazioni dei parametri di riferimento future e sopravvenute rispetto al momento della stipula, ma non può estendersi a pattuizioni in ipotesi geneticamente contrarie alla legge, in quanto altrimenti si risolvrebbe in una inammissibile disapplicazione dell’art. 1815 co. 2 c.c.

1. Con ricorso, depositato in data 4.6.2015, gli avv.ti hanno proposto reclamo ex artt. 669 *terdecies* c.p.c. attraverso l’ordinanza del Giudice presso il Tribunale di Asti datata 8.5.2015 e notificata via pec che, nell’ambito del giudizio di opposizione all’esecuzione instaurato da Società Azienda Agricola, ha rigettato la richiesta di sospensione dell’efficacia esecutiva del titolo rappresentato dal mutuo agrario del 10.5.2006.

La parte reclamante ha chiesto la revoca della predetta ordinanza, sulla base dei motivi di cui *infra*.

Si è costituita, in data 26.6.2015, Banca depositando comparsa di costituzione e chiedendo il rigetto del reclamo, con conferma dell’ordinanza del giudice emessa l’8.5.2015.

All’udienza fissata per l’instaurazione del contraddittorio in data 1.7.2015, son comparsi i difensori delle parti, i quali hanno insistito per l’accoglimento delle rispettive domande.

2. Si deve premettere che il presente reclamo risulta ammissibile, essendo stato proposto nel rispetto del termine perentorio di quindici giorni dalla comunicazione dell’ordinanza reclamata a cura della Cancelleria, secondo quanto previsto dall’art. 669 *terdecies* primo comma c.p.c.

3. I reclamanti contestano l’erroneità dell’ordinanza per aver il Giudice rigettato la richiesta della sospensione dell’efficacia esecutiva del titolo, ritenendo, per quanto riguarda il TAEG usurario in caso di estinzione anticipata, che l’art. 7 del contratto prevede la clausola di salvaguardia in caso di superamento della soglia di usura; che relativamente al Tasso effettivo di mora è da escludere il superamento della soglia perché in contratto è previsto il divieto di capitalizzazione periodica degli interessi di mora e per le diversità ontologica funzionale rispetto agli interessi corrispettivi tale da non consentire il mero cumulo; che la

nullità del tasso corrispettivo per violazione della legge di trasparenza non sussiste in quanto il tasso risulta determinato nel contratto.

In particolare, sotto il primo profilo, i reclamanti deducono che il giudice abbia erroneamente interpretato la clausola di salvaguardia di cui all'art. 7 del contratto di mutuo agrario (che prevede nel caso di estinzione anticipata del mutuo che "in ogni caso i tassi così determinati non potranno essere superiori al limite massimo previsto dalla legge 7 marzo 1996 n. 108") ritenendo la stessa operante anche nel caso di usurarietà genetica della commissione di estinzione anticipata; lamentano altresì l'erroneità delle valutazioni del Giudice Istruttore in ordine alla non fondatezza dell'opposizione in relazione alla asserita usurarietà del Tasso Effettivo di mora, nonostante e anche a prescindere dalla legittimità della capitalizzazione trimestrale degli interessi di mora, e della usurarietà del Tasso Complessivo del mutuo collegata alla possibilità di sommare tra loro, a tale fine, gli interessi corrispettivi e di mora sulla base della medesima natura e funzione degli stessi; contestano, infine, la valutazione operata in termini negativi dal Giudice Istruttore in merito alla violazione dell'art. 117 co. 6 e 7 T.U.B. ritenendo il tasso effettivo del mutuo diverso e superiore rispetto a quello indicato in contratto.

4. Il reclamo è fondato, nei limiti e alla luce delle considerazioni che seguono.

Rileva il tribunale che, con riferimento alla posizione della Azienda Agricola l'opposizione all'esecuzione proposta appare, allo stato, assistita da un ragionevole *fumus* di fondatezza. L'eccezione di operatività soltanto per l'avvenire della clausola di salvaguardia prevista all'art. 7 del mutuo agrario per cui è causa, appare assistita da un significativo grado di plausibilità.

La funzione delle clausole di salvaguardia è infatti quella di garantire la conformità delle pattuizioni alle quali sono apposte rispetto a future e possibili modificazioni dei parametri di riferimento, modificazioni sopravvenute al momento della stipula. Ritenere [ammissibile? ndr] la clausola di salvaguardia di cui all'art. 7 (tesa ad impedire che eventi sopravvenuti possano condurre al pagamento di interessi usurari o comunque a travolgere l'originaria pattuizione) anche a pattuizioni in ipotesi geneticamente contrarie alla legge, si risolverebbe in una inammissibile disapplicazione dell'art. 1815 co. 2 c.c.

Del pari, non possono ritenersi, *prima facie* e alla luce della dettagliata e approfondita perizia di parte prodotta dalla reclamante, totalmente [...] di fondamento anche gli altri motivi di opposizione formulati da Azienda Agricola.

Al riguardo va evidenziato che la critica cui è stata sottoposta la relazione tecnica prodotta dalla reclamante da parte della Banca appare, al momento, bisognosa di ulteriori integrazioni e approfondimenti necessariamente da riservare alla fase di cognizione.

La stessa profondità del provvedimento reclamato è indice della complessità della materia e della novità delle questioni proposte.

Ciò posto, rileva il Tribunale che il provvedimento in questa sede richiesto dalla reclamante non ha alcuna effettiva incidenza negativa sulla posizione della Banca persistendo a avere della stessa e fino all'esito del presente giudizio ipoteca sull'immobile societario, mentre la mancata sospensione del titolo esecutivo esporrebbe la reclamante al rischio di vedersi sottoporre ed esecuzione l'immobile ove viene esercitata la propria attività lavorativa.

5. In conclusione, attesi che l'oggetto della opposizione proposta ai sensi dell'art. 615 comma 1 c.c. è la contestazione del diritto del creditore a procedere ad esecuzione forzata, deve quindi rilevarsi che, allo stato, la contestazione operata conduce a ritenere la

opposizione assistita dal necessario *fumus* di fondatezza che giustifica la concessione della sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo nel suo complesso.

Ne segue raccoglimento del reclamo e la revoca del provvedimento di rigetto emesso dal giudice di prime cure in data 8.5.2015.

p.q.m.

Visto l'art. 669 *terdecies* c.p.c.,

Revoca l'ordinanza del Giudice Istruttore datata 8.5.2015;

Accoglie il reclamo proposto da azienda agricola e, per l'effetto, dispone la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo e del prospetto inerente il mutuo agrario del 10.2.2006 n. per Notaio;

Manda alla Cancelleria di comunicare il presente provvedimento alle parti.

Così deciso, nella Camera di Consiglio del Tribunale di Asti, data 1.7.2015.

Il presidente Dr. Paolo Rampini

Il giudice est. Dr.ssa Sara Pozzetti

TRIBUNALE DI VERONA

28 maggio 2016

Est. M. Vaccari

È necessario sottoporre alla Corte di Giustizia Ue le seguenti due questioni pregiudiziali di interpretazione del diritto della Unione Europea:

- se l'art.3 par. 2 della direttiva 2013/11, nella parte in cui prevede che la medesima direttiva si applichi "fatta salva la direttiva 2008/52", vada inteso nel senso che fa salva la possibilità per i singoli stati membri di prevedere la mediazione obbligatoria per le sole ipotesi che non ricadono nell'ambito di applicazione della direttiva 2013/11, vale a dire le ipotesi di cui all'art. 2, par. 2 della direttiva 2013/11, le controversie contrattuali derivanti da contratti diversi da quelli di vendita o di servizi oltre quelle che non riguardino consumatori;

- se l'art. 1 par. 1 della direttiva 2013/11, nella parte in cui assicura ai consumatori la possibilità di presentare reclamo nei confronti dei professionisti dinanzi ad appositi organismi di risoluzione alternativa delle controversie, vada interpretato nel senso che tale norma osta ad una norma nazionale che prevede il ricorso alla mediazione, in una delle controversie di cui all'art. 2, par. 1 della direttiva 2013/11, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale della parte qualificabile come consumatore, e, in ogni caso, ad una norma nazionale che preveda l'assistenza difensiva obbligatoria, ed i relativi costi, per il consumatore che partecipi alla mediazione relativa ad una delle predette controversie, nonché la possibilità di non partecipare alla mediazione se non in presenza di un giustificato motivo.

1. Oggetto della controversia e fatti pertinenti

Tizio e Caio hanno proposto opposizione, davanti a questo tribunale, al decreto del 15 giugno 2015 con il quale il giudice designato di questo ufficio aveva loro ingiunto di pagare alla Banca, società cooperativa, la somma di euro 991.848,21 a titolo di saldo debitore del contratto di apertura di credito in conto corrente con garanzia ipotecaria dagli stessi concluso in data 16 luglio 2009 presso la filiale del predetto istituto di credito.

A sostegno della domanda di revoca del decreto monitorio gli attori hanno dedotto che, nonostante le loro modeste condizioni reddituali, il Banca aveva loro concesso ripetutamente credito, in virtù di tre distinti e successivi contratti di apertura di credito in conto corrente, diversi dal suddetto e meglio individuati in atto di citazione, al fine esclusivo

o prevalente di consentire loro l'acquisto di un quantitativo esorbitante di azioni, buona parte delle quali dello stesso Banca o di altre società facenti parte del gruppo Banca. A detta degli attori poi la convenuta aveva anche indicato come sicuri i predetti investimenti.

Il Banca, nel costituirsi in giudizio, ha resistito alla domanda attorea assumendone la infondatezza.

Questo giudice deve innanzitutto valutare l'istanza di sospensione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto che è stata avanzata dagli attori.

Orbene, essa non può trovare accoglimento poiché il nesso funzionale, prospettato dagli attori a sostegno della loro domanda, tra le aperture di credito e gli acquisti di azioni sopra citati non è evincibile dalla sola documentazione versata in atti dagli stessi e non potendosi escludere la necessità, nel prosieguo del giudizio, di una ctu diretta a verificare tale profilo.

Per quanto attiene all'ulteriore corso del giudizio questo giudice dovrebbe assegnare alle parti il termine per presentare l'istanza di mediazione, in applicazione dell'art. 5, commi 1 bis e 4, del d.lgs. 28/2010, atteso che la presente controversia riguarda un contratto bancario e la necessità di esperire il procedimento di mediazione, dopo la decisione sulla istanza di sospensione della provvisoria esecuzione, è stata rappresentata dalla difesa degli attori in atto di citazione.

È opportuno precisare che sarebbe onere degli attori introdurre il procedimento di mediazione poiché, secondo una recente e condivisibile pronuncia (la n. 24629 del 3 dicembre 2015) della Corte di Cassazione, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, l'onere di attivare la mediazione grava sulla parte che ha interesse al processo e ha il potere di iniziare il processo, vale a dire l'opponente, con la conseguenza che se ciò non dovesse avvenire il decreto ingiuntivo si consoliderebbe.

Allo stesso tempo, però, la controversia presenta caratteristiche oggettive e soggettive tali da farla rientrare nell'ambito di applicazione del d.lgs. 6 agosto 2015 n. 130, che ha recepito in Italia la direttiva 2013/11 e che, in virtù di una singolare e apposita norma retroattiva, è entrato in vigore il 9 luglio dello stesso anno per le disposizioni diverse da quelle sulla risoluzione alternativa delle controversie *on line* (le altre disposizioni sono invece entrate in vigore il 3 settembre).

Infatti gli attori rivestono la qualità di consumatori, dal momento che hanno concluso i contratti per cui è causa quali persone fisiche e per fini esultanti dalla loro attività commerciale o professionale; mentre l'istituto di credito convenuto ha agito nell'esercizio della sua attività professionale come definita dall'art. 4 lett. b) della direttiva 2013/11 e dall'art. 141, comma 1, lett. b) d.lgs. 130/2015. Sotto il profilo oggettivo poi la controversia concerne, nella prospettazione attorea come in quella dei convenuti, obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di apertura di credito che ben possono essere qualificati come contratti di servizi, secondo l'accezione di questa tipologia di rapporti che dà l'art. 141, comma 1, lett. d) del predetto decreto, in piena conformità all'art. 4 lett. d) della direttiva 11/2013.

Infatti nel rapporto di apertura di credito in conto corrente l'istituto di credito svolge un servizio in favore del correntista consumatore, consistente nel mettere a disposizione della stessa una determinata somma di denaro dietro un corrispettivo costituito dalle commissioni sull'accordato e dal tasso di interesse applicato sulla somma utilizzata.

Anche la Corte di Giustizia con la pronuncia del 17 marzo 1998, resa nella causa c-45/1996 ha avuto occasione di affermare, sia pure incidentalmente, che la concessione di credito costituisce un contratto di servizi.

Pertanto gli attori, dato il carattere volontaristico della adr per i consumatori, chiaramente affermato dall'art. 141, comma 4 d.lgs. 130/2015, avrebbero la facoltà e non già l'obbligo, di attivare tale forma di risoluzione alternativa della presente controversia e qualora lo facessero troverebbero applicazione le altre disposizioni ad essa dedicate.

2. Le disposizioni nazionali che possono trovare applicazione nel caso di specie

Art. 4, comma 3, del d.lgs. 28/2010 (recante attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, a sua volta attuativo della direttiva 2008/52)

"All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile. Il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1-bis, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione".

Art. 5, comma 1 bis, d.Lgs. 28/2010

"1-bis. Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. La presente disposizione ha efficacia per i quattro anni successivi alla data della sua entrata in vigore (...) L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione..."

Art. 5, comma 2 bis, d. lgs. 28/2010

“Quando l’esperimento del procedimento di mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata al primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l’accordo.”

Art. 5, comma 4, d. lgs. 28/2010

“I commi 1 bis e 2 non si applicano:

a) Nei procedimenti di ingiunzione, inclusa l’opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione (...)”

Art. 8, comma 1, d. lgs. 28/2010

“All’atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell’organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre trenta giorni dal deposito della domanda. La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all’altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante. Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l’assistenza dell’avvocato (...)”

Art. 8, comma 4 bis, d.lgs. 28/2010

“Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell’articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile. Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall’articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all’entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio”.

Art. 23, comma 2, d. lgs. 28/2010

“Restano ferme le disposizioni che prevedono i procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati, nonché le disposizioni concernenti i procedimenti di conciliazione relativi alle controversie di cui all’articolo 409 del codice di procedura civile. I procedimenti di cui al periodo precedente sono esperiti in luogo di quelli previsti dal presente decreto”.

Art. 16, commi 10 e 11, D.M. 18 ottobre 2010 n. 180

“10. Le spese di mediazione comprendono anche l'onorario del mediatore per l'intero procedimento di mediazione, indipendentemente dal numero di incontri svolti. Esse rimangono fisse anche nel caso di mutamento del mediatore nel corso del procedimento ovvero di nomina di un collegio di mediatori, di nomina di uno o più mediatori ausiliari, ovvero di nomina di un diverso mediatore per la formulazione della proposta ai sensi dell'articolo 11 del decreto legislativo.”

“11. Le spese di mediazione indicate sono dovute in solido da ciascuna parte che ha aderito al procedimento (...)

Art. 141, comma 1, del d. lgs. 6 agosto 2015 n. 130 (recante attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, direttiva sull'ADR per i consumatori)

“Le disposizioni di cui al presente titolo, si applicano alle procedure volontarie di composizione extragiudiziale per la risoluzione, anche in via telematica, delle controversie nazionali e transfrontaliere, tra consumatori e professionisti residenti e stabiliti nell'Unione europea, nell'ambito delle quali l'organismo ADR propone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole e, in particolare, agli organismi di mediazione per la trattazione degli affari in materia di consumo iscritti nella sezione speciale di cui all'articolo 16, commi 2 e 4, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, e agli altri organismi ADR istituiti o iscritti presso gli elenchi tenuti e vigilati dalle autorità di cui al comma 1, lettera i), previa la verifica della sussistenza dei requisiti e della conformità della propria organizzazione e delle proprie procedure alle prescrizioni del presente titolo.”

Art. 141, comma 6, d. lgs. 130/2015

“Sono fatte salve le seguenti disposizioni che prevedono l'obbligatorietà delle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie:

a) articolo 5, comma 1-bis, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, che disciplina i casi di condizione di procedibilità con riferimento alla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali; (...)

3. Disposizioni del diritto dell'Unione pertinenti nel caso di specie

Considerando 8 della direttiva 2008/52:

“Le disposizioni della presente direttiva dovrebbero applicarsi soltanto alla mediazione nelle controversie transfrontaliere, ma nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni.(...)”

Considerando 10 della direttiva 2008/52

“La presente direttiva dovrebbe applicarsi ai procedimenti in cui due o più parti di una controversia transfrontaliera tentino esse stesse di raggiungere volontariamente una composizione amichevole della loro controversia con l’assistenza di un mediatore. Essa dovrebbe applicarsi in materia civile e commerciale (...)”.

Art. 1, par. 1, della direttiva 2008/52:

“La presente direttiva ha l’obiettivo di facilitare l’accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un’equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario”.

Art. 3, lettera a), della direttiva 2008/52:

“(…) si applicano le seguenti definizioni:

a) per “mediazione” si intende un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l’assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro.

(...)”.

Art. 5, par. 2, della direttiva 2008/52

“La presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l’inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario”.

Considerando 16 della direttiva 2013/11

“La presente direttiva dovrebbe applicarsi alle controversie tra consumatori e professionisti concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi, sia online che offline, in tutti i settori economici, diversi dai settori oggetto di esenzione. Dovrebbero essere comprese le controversie derivanti dalla vendita o dalla fornitura di contenuti digitali dietro corrispettivo economico. La presente direttiva dovrebbe applicarsi ai reclami presentati dai consumatori nei confronti dei professionisti. Essa non dovrebbe applicarsi ai reclami presentati dai professionisti nei riguardi di consumatori o alle controversie tra professionisti. Tuttavia, essa non dovrebbe impedire

agli Stati membri di adottare o mantenere in vigore disposizioni relative a procedure per la risoluzione extragiudiziale di tali controversie”.

Considerando 19 della direttiva 2013/11

“Alcuni atti giuridici dell'Unione in vigore già contengono disposizioni relative all'ADR. Per garantire la certezza giuridica è opportuno prevedere che, in caso di conflitto, prevalga la presente direttiva, salvo qualora sia espressamente previsto altrimenti. In particolare, la presente direttiva non dovrebbe pregiudicare la direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale (1), che definisce già un quadro di riferimento per i sistemi di mediazione a livello di Unione per quanto concerne le controversie transfrontaliere, senza impedire l'applicazione di tale direttiva ai sistemi di mediazione interna. La presente direttiva è destinata a essere applicata orizzontalmente a tutti i tipi di procedure ADR, comprese le procedure ADR contemplate dalla direttiva 2008/52/CE”

Art. 4 direttiva 2013/11

“Ai fini della presente direttiva, si intende per: a) «consumatore»: qualsiasi persona fisica che agisca a fini che non rientrano nella sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale; b) «professionista»: qualsiasi persona fisica o giuridica che, indipendentemente dal fatto che si tratti di un soggetto privato o pubblico, agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, anche tramite qualsiasi altra persona che agisca in suo nome o per suo conto; L 165/70 Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 18.6.2013 IT (...) d) «contratto di servizi»: qualsiasi contratto diverso da un contratto di vendita in base al quale il professionista fornisce o si impegna a fornire un servizio al consumatore e il consumatore ne paga o si impegna a pagarne il prezzo; e) «controversia nazionale»: una controversia contrattuale derivante da un contratto di vendita o di servizi, nell'ambito della quale il consumatore, quando ordina i beni o i servizi, risiede nello stesso Stato membro in cui è stabilito il professionista;

Art. 8 direttiva 2013/11

“Gli Stati membri garantiscono che le procedure ADR siano efficaci e rispettino i seguenti requisiti:

a) la procedura ADR è disponibile e facilmente accessibile online e offline per entrambe le parti, a prescindere dalla loro ubicazione;

b) le parti hanno accesso alla procedura senza essere obbligate a ricorrere a un avvocato o consulente legale senza che la procedura precluda alle parti il loro diritto di ricorrere al parere di un soggetto indipendente o di essere rappresentate o assistite da terzi in qualsiasi fase della procedura; c) la procedura ADR è gratuita o disponibile a costi minimi per i consumatori; (...)”

Art. 9 direttiva 2013/11

“Gli Stati membri garantiscono che nell'ambito delle procedure ADR:

(...)

b) le parti siano informate del fatto che non sono obbligate a ricorrere a un avvocato o consulente legale, ma possono chiedere un parere indipendente o essere rappresentate o assistite da terzi in qualsiasi fase della procedura;

(...)

Nell'ambito delle procedure ADR volte a risolvere la controversia proponendo una soluzione, gli Stati membri garantiscono che: a) le parti abbiano la possibilità di ritirarsi dalla procedura in qualsiasi momento se non sono soddisfatte delle prestazioni o del funzionamento della procedura. Le parti sono informate di tale diritto prima dell'avvio della procedura. Nel caso in cui le norme nazionali prevedano la partecipazione obbligatoria del professionista alle procedure ADR, la presente lettera si applica esclusivamente ai consumatori; (...)”

4. Le questioni pregiudiziali

Alla luce di quanto detto nella parte finale del paragrafo 1 è evidente che, rispetto alle controversie di consumo, vi è un concorso tra l'art. 5, comma 1 bis del d.lgs. 28/2010 e l'art.141, comma 4, del d.lgs. 130/2015.

Esso andrebbe risolto a favore della mediazione, in virtù del disposto dell'art. 141, comma 6, del d.lgs. 130/2015 che fa espressamente salve alcune disposizioni nazionali che prevedono l'obbligatorietà della procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie, tra le quali l'art. 5, comma 1 bis, del decreto legislativo 28/2010.

Invero il legislatore italiano ha ritenuto che una simile scelta fosse consentita dall'art. 3 della direttiva 2013/11 e ha anche lasciato intendere che ad essa consegua l'applicazione della intera disciplina nazionale in tema di mediazione obbligatoria e non già l'integrazione tra la norma in tema di mediazione obbligatoria sopra citata e quelle del d.lgs. 130/2015 (d'altro canto la prospettata integrazione risulterebbe assai problematica poiché la predetta previsione in tema di mediazione obbligatoria e quella ad essa strettamente connessa dell'art. 4 sono comunque incompatibili con le disposizioni del d.lgs. 130/2015, come meglio si vedrà più avanti).

Infatti nella relazione ministeriale al d.lgs. 130/2015 si afferma, testualmente, che: “il recepimento della direttiva 2013/11/UE non dovrebbe avere alcuna influenza generale sul decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28, in quanto i due ambiti di applicazione continueranno a rimanere distinti” (così pag. 10 della relazione a commento dell'art. 141, comma 6, d.lgs. 130/2015).

Si noti anche che l'eventuale esperimento della adr per i consumatori non soddisferebbe la condizione di procedibilità poiché l'art. 23 del d.lgs. 28/2010 mantiene fermi solo i procedimenti di conciliazione e di mediazione comunque denominati, che abbiano carattere obbligatorio.

La premessa da cui muove la soluzione normativa in esame però non convince, dal momento che si fonda su un dato normativo equivoco. L'art. 3 della direttiva 2013/11 infatti non risolve l'apparente interferenza tra l'ambito di applicazione della stessa e quello della direttiva 2008/52, atteso che, se da un lato, al primo paragrafo, prevede espressamente la prevalenza della prima, dall'altro, nel secondo paragrafo, fa salva la seconda, senza ulteriori precisazioni.

Le due previsioni quindi, stando almeno al loro tenore letterale, sembrano tra loro in contrasto.

Nemmeno i consideranda della direttiva 2013/11 offrono elementi di chiarezza sul punto, atteso che l'ultima parte del considerando n. 19 sembra prevedere che, ove la controversia riguardi un contratto di consumo, la direttiva sulla mediazione debba cedere a quella sulle adr per i consumatori.

Parimenti la relazione ministeriale al d.lgs. 150/2013 non risulta utile a tale fine perché, pur dando atto del contrasto tra i due commi dell'art. 3, non spiega perché esso debba essere risolto nei termini sopra esposti.

Di qui la necessità di un intervento chiarificatore della Corte di Giustizia sul punto.

Invero pare innanzitutto alquanto dubbio a questo giudice che, attraverso il richiamo alla direttiva 2008/52, la direttiva 2013/11 abbia inteso implicitamente far salvo il diritto degli stati membri di prevedere la mediazione obbligatoria in sostituzione della adr per i consumatori anche nelle controversie in cui è possibile il ricorso a questo strumento.

Infatti la disposizione della direttiva 2008/52 (art. 5 par. 2) che consente ai singoli stati membri di prevedere la mediazione come condizione di procedibilità della domanda, come è stato notato da alcuni commentatori, non ha carattere precettivo ma puramente ricognitivo della sfera di competenza degli stati membri. In altri termini essa autorizza gli stati membri ad adottare un sistema obbligatoria a livello nazionale ma mantiene fermo nell'ordinamento comunitario un modello di adr volontario, basato sulla libertà delle parti di entrare ed uscire dal procedimento.

Da una esame sistematico degli atti comunitari in tema di strumenti di risoluzione alternativa delle controversie pare anzi potersi desumere la preferenza della Unione per la forma volontaria delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie.

È opportuno richiamare al riguardo la risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011 (2011/2117-INI), ancorché priva di efficacia vincolante, poiché essa considera, tra l'altro, che una soluzione alternativa delle controversie, che consenta alle parti di evitare le tradizionali procedure arbitrali, può costituire un'alternativa rapida ed economica ai contenziosi. Al paragrafo 10 poi afferma che «al fine di non pregiudicare l'accesso alla giustizia, si oppone a qualsiasi imposizione generalizzata di un sistema obbligatoria di ADR a livello di UE» pur ritenendo che si potrebbe valutare un meccanismo obbligatoria per la presentazione dei reclami delle parti al fine di esaminare le possibilità di ADR». Al paragrafo 31, sesto capoverso, aggiunge (tra l'altro) che l'ADR deve avere un carattere facoltativo, fondato sul rispetto della libera scelta delle parti durante l'intero arco del processo, che lasci loro la possibilità di risolvere in qualsiasi istante la controversia dinanzi ad un tribunale, e che esso non deve essere in alcun caso una prima tappa obbligatoria preliminare all'azione in giudizio.

Merita di essere ricordata anche la risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2011 (2011/2026-INI), relativa all'attuazione della direttiva sulla mediazione negli

Stati membri, all'impatto della stessa sulla mediazione e alla sua adozione da parte degli uffici giudiziari. Tale risoluzione, nel passare in rassegna le modalità con cui alcuni degli Stati membri hanno attuato la direttiva citata, osserva nel paragrafo 10 che «nel sistema giuridico italiano la mediazione obbligatoria sembra raggiungere l'obiettivo di diminuire la congestione nei tribunali»; ciononostante sottolinea che: «la mediazione dovrebbe essere promossa come una forma di giustizia alternativa praticabile, a basso costo e più rapida, piuttosto che come un elemento obbligatorio della procedura giudiziaria».

Orbene, pare pienamente in linea con le predette indicazioni l'affermazione, che si legge nell'art. 1, primo periodo, della direttiva 2013/11 del carattere volontaristico della sistema delle adr per i consumatori, tenuto conto che solo in quello successivo si afferma la riserva per le legislazioni nazionali di disporre l'obbligatorietà di tali procedure.

Il sistema italiano di mediazione obbligatoria pare invece in conflitto con il corpo dispositivo della direttiva 2013/11 sia per quanto riguarda la struttura generale e la funzione di questa sia per quanto riguarda alcune specifiche disposizioni che troverebbero applicazione se nel caso di specie si dovesse dar corso a tale forma di adr.

Sotto il primo profilo la direttiva in questione, come si evince chiaramente dalla prima parte del considerando 16, si prefigge e vincola gli stati membri all'obiettivo di istituire un sistema unitario ed esclusivo di adr specificamente destinato alle controversie di consumo e avente requisiti armonizzati, tra i quali organismi specializzati in materia di consumo, e pertanto dovrebbe applicarsi a tutti i procedimenti di adr, compresi quelli regolati dalla direttiva 2008/52.

Alla realizzazione di una simile finalità pare invece ostare, ad avviso di questo giudice, la scelta compiuta dal legislatore italiano di salvaguardare le previsioni in tema di mediazione obbligatoria per una serie piuttosto estesa di controversie di consumo, vale a dire quelle, invero più diffuse, relative ai contratti bancari, finanziari ed assicurativi, poiché, come è stato osservato in dottrina, essa suddivide il sistema Cadr italiano in due settori, uno regolato da un procedimento obbligatorio e l'altro, costituito dalle controversie relative alle ipotesi, invero residuali, degli altri contratti di vendita o di servizi, da un procedimento volontario.

Non va poi trascurato, sotto il profilo funzionale, che l'art. 9 della direttiva 2013/11 è articolato sulla alternativa secca che le parti siano completamente libere di partecipare o ritirarsi dal procedimento nonché di rifiutare o aderire alla proposta conciliativa dell'organismo di adr ovvero che, in conformità al diritto nazionale, vi possa essere obbligato solo il professionista. Nella mediazione obbligatoria invece il consumatore è obbligato, al pari del professionista, a partecipare al procedimento. A ben vedere però la condizione di procedibilità grava in primo luogo sul primo, allorquando, come nel caso di specie, per realizzare il proprio interesse egli intenda proporre il giudizio. E' evidente, quindi, come la sottoposizione a mediazione delle controversie di cui all'art. 2 della direttiva, da parte della disciplina nazionale, ponga il consumatore in una posizione più sfavorevole di quella in cui si troverebbe se avesse solo la facoltà di esperire la adr.

L'impronta volontaristica della adr per i consumatori emerge anche dalla previsione che consente agli organismi di rifiutare i reclami futili (art. 4) e che risulta invece incompatibile con un sistema di mediazione obbligatoria poiché in esso l'organismo al quale venga presentata l'istanza di mediazione è tenuto ad avviare la procedura di adr.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte una interpretazione che consente di conciliare i primi due paragrafi dell'art. 3 della direttiva 2013/11 e di definire gli ambiti di

applicazione di questa e della direttiva 2008/52 potrebbe allora essere quella che le previsioni della direttiva 2008/52, ivi compresa quella che consente ai singoli stati membri l'adozione di una mediazione obbligatoria, sono fatte salve per le sole ipotesi che non ricadono nell'ambito di applicazione della direttiva 2013/11. Si tratterebbe quindi delle ipotesi di cui all'art. 2, par. 2 della direttiva 2013/11, tra le quali quindi, in particolare, quelle delle procedure avviate dal professionista o delle controversie tra professionisti, nonché delle ipotesi, invero residuali, delle controversie contrattuali derivanti da contratti diversi da quelli di vendita o di prestazione di servizi oltre che, ovviamente, delle ipotesi di controversie che non riguardino consumatori.

Se quest'ultima conclusione fosse corretta, con specifico riguardo alla disciplina italiana sulla mediazione obbligatoria, questa forma di adr costituirebbe condizione di procedibilità della domanda relativa alle controversie, elencate dall'art. 5, comma 1 bis d. lgs. 28/2010 in cui nessuna delle parti sia un consumatore ovvero a quelle promosse dal professionista, o ancora a quelle relative a responsabilità sanitaria atteso che esse, ai sensi dell'art.141, comma 8, lett. g), sono escluse dall'ambito di applicazione della direttiva 2013/11. Lo stesso dovrebbe dirsi per le controversie relative ai contratti di comodato poiché essi non rientrano né nella categoria dei contratti di vendita né in quella dei contratti di servizi avendo natura gratuita.

Peraltro è opportuno sottoporre tale esegesi al vaglio della Corte di Giustizia.

Come si è anticipato la procedura italiana sulla mediazione obbligatoria, come delineata dal d.lgs. 28/2010, appare difforme dalla procedura di adr dei consumatori anche in alcuni specifici e rilevanti profili.

Gli artt. 5, comma 1 bis e 8, comma 1, del d.lgs. 28/2010 richiedono che la parte che partecipa alla mediazione sia assistita da un avvocato, mentre la direttiva 2013/11, all'art. 8, lett. b) esclude espressamente che le parti debbano avvalersi di un avvocato nel corso della adr.

Si noti come anche la previsione di cui all'art. 8 lett. a) presupponga che gli interessati possano accedere direttamente alla procedura di adr attraverso mezzi telematici ed escluda quindi che essi debbano servirsi a tal fine della difesa tecnica.

A ben vedere la necessità dell'assistenza difensiva nel corso della mediazione comporta che il costo della procedura non possa definirsi "minimo", secondo la inequivocabile espressione utilizzata dalla lett. c) del succitato art. 8, cosicché essa non appare conforme nemmeno a questa previsione.

Ciò risulta ancor più chiaro se si tiene presente che in Italia il valore medio di liquidazione del compenso per le prestazioni stragiudiziali dell'avvocato, tale dovendosi considerare l'assistenza prestata in mediazione, varia, a seconda del valore dell'affare, da 270,00 a 5.870,00 euro e che nel caso di specie, tenuto conto dell'entità della somma (euro 991.848,21) di cui le parti contovertono, è pari proprio al predetto importo massimo.

Né può indurre ad una diversa valutazione il fatto che il comma 2 bis dell'art. 5 del d. lgs. 28/2010, al fine di contenere l'entità dei costi della mediazione obbligatoria, abbia previsto un incontro preliminare, davanti al mediatore, diretto a verificare la reale intenzione delle parti di dar corso alla mediazione, in difetto della quale la condizione di procedibilità si considera realizzata.

Innanzitutto un simile sviluppo è solo eventuale e poi, anche qualora si verificasse, consentirebbe di ridurre a livelli minimi l'entità della somma dovuta all'organismo di

mediazione, che sarebbe limitata alle c.d. spese di avvio (pari a 40,00 o 50,00 euro a seconda del valore della controversia), ma non anche la spesa per l'assistenza difensiva.

Infatti anche a voler ammettere, senza tuttavia concedere, che i predetti valori medi di liquidazione possano essere modulati a seconda della concreta durata della mediazione, l'ammontare del compenso dovuto dalla parte al proprio avvocato per l'attività di assistenza nel primo incontro sarebbe comunque di una certa consistenza, salva l'ipotesi, peraltro qui insussistente, in cui non fosse stato pattuito con lui un compenso minimo.

Il costo complessivo per il consumatore sarebbe quindi di molto superiore a quello, definito dalla direttiva, della adr per i consumatori poiché in essa la necessità di assistenza tecnica è esclusa in radice.

Sempre nell'ambito di un raffronto tra disposizioni specifiche è opportuno chiarire che nella mediazione obbligatoria le parti non possono venire informate del fatto che è loro consentito fare a meno di un legale, come prevede invece l'art. 9, par. 1 lett. b) della direttiva 2013/11, perché l'avvocato è necessario ed anzi è proprio lui che deve informarle dell'obbligo preventivo di conciliazione, a pena di annullamento del mandato difensivo (art. 4, comma 3 del d. lgs. 28/2010).

Ancora, le parti non possono ritirarsi dal procedimento di mediazione in ogni momento, e senza conseguenze di sorta, se non sono soddisfatte delle prestazioni o del funzionamento della procedura (art. 9, comma 2 lett. a) direttiva 2013/11), ma solo in presenza di un giustificato motivo, difettando il quale sono soggette ad una sanzione pecuniaria che il giudice è tenuto ad applicare a prescindere anche dalla soccombenza nel successivo giudizio (art.8, comma 4 bis del d.lgs. 28/2010). Di conseguenza le parti nemmeno possono essere informate preventivamente di quel loro diritto.

È opportuno chiarire peraltro che la nozione di giustificato motivo, attenendo a ragioni oggettive, non ricomprende l'ipotesi della mancata soddisfazione per la procedura.

È quindi opportuno interpellare la Corte di Giustizia anche sulla compatibilità con il sistema della adr per i consumatori della mediazione obbligatoria, sia sotto il profilo generale che con riguardo alle caratteristiche sopra esaminate.

P.Q.M.

Rigetta l'istanza di sospensione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto avanzata dagli attori.

Visto l'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, rinvia gli atti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, formulando le seguenti questioni pregiudiziali di interpretazione del diritto dell'Unione Europea:

- *Se l'art.3 par. 2 della direttiva 2013/11, nella parte in cui prevede che la medesima direttiva si applichi "fatta salva la direttiva 2008/52", vada inteso nel senso che fa salva la possibilità per i singoli stati membri di prevedere la mediazione obbligatoria per le sole ipotesi che non ricadono nell'ambito di applicazione della direttiva 2013/11, vale a dire le ipotesi di cui all'art. 2, par. 2 della direttiva 2013/11, le controversie contrattuali derivanti da contratti diversi da quelli di vendita o di servizi oltre quelle che non riguardino consumatori;*
- *Se l'art. 1 par. 1 della direttiva 2013/11, nella parte in cui assicura ai consumatori la possibilità di presentare reclamo nei confronti dei professionisti dinanzi ad appositi organismi di risoluzione alternativa delle controversie, vada interpretato nel senso che tale norma osta ad una norma nazionale che prevede il ricorso alla mediazione, in una delle controversie di cui all'art. 2, par. 1 della direttiva 2013/11, quale condizione di procedibilità*

della domanda giudiziale della parte qualificabile come consumatore, e, in ogni caso, ad una norma nazionale che preveda l'assistenza difensiva obbligatoria, ed i relativi costi, per il consumatore che partecipi alla mediazione relativa ad una delle predette controversie, nonché la possibilità di non partecipare alla mediazione se non in presenza di un giustificato motivo.

Sospende il presente procedimento fino alla decisione della Corte di Giustizia.

Manda alla Cancelleria per gli adempimenti di competenza, compresa l'estrazione di copia cartacea degli atti e dei documenti depositati in via telematica per l'inoltro alla Corte di Giustizia.

Verona 28 gennaio 2016

•alma[®]
iura
A VIA PER VIA

Alma Iura srl – Centro per la formazione e gli studi giuridici bancari e finanziari
Vicolo San Bernardino, 5A - Verona – Tel. 045/80.33.707 – Fax 045/80.26.328
redazione@almaiura.it – www.almaiura.it