

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale promosso
da Magistratura democratica

A cosa serve
la Corte di cassazione?

Le banche,
poteri forti e diritti deboli

2017



QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale fondato da Giuseppe Borrè

Direttore

Renato Rordorf

Vicedirettore

Giovanni (Ciccio) Zaccaro

Comitato di redazione

Silvia Albano, Roberto Arata, Giuseppe Battarino, Marco Bignami, Francesco Buffa, Daniele Cappuccio, Anna Maria Casadonte, Giuseppe Cascini, Stefano Celentano, Maria Giuliana Civinini, Piero Curzio, Linda D'Ancona, Carlo De Chiara, Riccardo De Vito, Donatella Donati, Gabriele Fiorentino, Maria Elena Gamberini, Alfredo Guardiano, Mariarosaria Guglielmi, Antonio Lamorgese, Vincenza Maccora, Isabella Mariani, Luca Minniti, Andrea Natale, Maria Eugenia Oggero, Marco Patarnello, Egle Pilla, Luca Poniz, Carla Ponterio, Giuseppe Salmè, Rita Sanlorenzo, Enrico Scoditti, Sergio Sottani, Anna Luisa Terzi, Glauco Zaccardi.

Comitato scientifico

Perfecto Andrés Ibañez, Remo Caponi, Sergio Chiarloni, Maurizio Converso, Beniamino Deidda, Mario Dogliani, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Antonio Gialanella, Luigi Marini, Silvia Niccolai, Elena Paciotti, Livio Pepino, Marco Pivetti, Roberto Romboli, Agnello (detto Nello) Rossi.

Segretaria di redazione

Fernanda Torres

QUESTIONE GIUSTIZIA - Rivista trimestrale è una pubblicazione online editata dalla Associazione Magistratura democratica, codice fiscale 97013890583
ISSN 1972-5531

direttore editoriale:	Renato Rordorf
direttore responsabile:	Andrea Meccia
sede:	c/o Associazione Nazionale Magistrati, Palazzo di Giustizia Piazza Cavour 00193 - Roma
segretaria di redazione:	Fernanda Torres
contatti:	3497805555 - fernanda.torres@alice.it
indirizzo di posta elettronica:	redazione@questionegiustizia.it
sito web:	www.questionegiustizia.it
service provider:	Aruba

III trimestre 2017 - chiuso in redazione in ottobre 2017

Sommario

Editoriale di <i>Renato Rordorf</i>	Pag.	3
<hr/>		
Obiettivo 1. A cosa serve la Corte di cassazione?		
Introduzione «A cosa serve la Corte di cassazione?» di <i>Carlo De Chiara</i>	”	7
Cosa si aspettano i giudici di merito dalla Cassazione: i “precedenti” e il controllo della motivazione di <i>Luigi De Ruggiero</i>	”	10
Ruolo e funzione della Corte di cassazione: il punto di vista del giudice d’appello di <i>Giulio Cataldi</i>	”	14
Il giudice di merito e la Corte di cassazione: alla ricerca della nomofilachia perduta di <i>Bruna Rizzardi</i>	”	19
La Cassazione multifunzionale nella compiuta globalizzazione socio-economica (diagnosi e prognosi progredienti, al di là del puro anelito di nomofilachia) di <i>Claudio Consolo</i>	”	22
Quale giudice supremo in materia penale? di <i>Domenico Pulitanò</i>	”	32
Brevi note sul rapporto tra la funzione nomofilattica e il diritto alla difesa di <i>Andrea Mascherin</i>	”	41
La Corte di cassazione e il sistema delle impugnazioni penali: prospettive di riforma di <i>Carlo Brusco</i>	”	44

Il futuro della Cassazione di <i>Piero Curzio</i>	”	60
Il nuovo processo civile di cassazione: la secolarizzazione della Corte e la scomparsa del procuratore generale di <i>Piero Gaeta</i>	”	67
Il nuovo assetto del giudizio civile di cassazione nel dialogo tra aspettative di maggiore efficienza e garanzia di effettività delle tutele di <i>Andrea Pasqualin</i>	”	78
La fata ignorante (a proposito di Ufficio del Massimario e funzione di nomofilachia) di <i>Camilla Di Iasi</i>	”	82
Banche dati di giurisprudenza, nomofilachia e trasparenza dell’attività giurisdizionale. L’esperienza del Ced della Corte di cassazione di <i>Vincenzo Di Cerbo</i>	”	93
Obiettivo 2. Le banche, poteri forti e diritti deboli		
Introduzione. Il peso dell’attività delle banche sulla giustizia civile e dintorni di <i>Luca Minniti</i>	”	99
L’Arbitro bancario finanziario di <i>Giuseppe Leonardo Carriero</i>	”	102
Appunti sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo di <i>Andrea Barenghi</i>	”	112
Il costo del prestito bancario: un’equazione a molte incognite di <i>Pasquale Serrao D’Aquino</i>	”	133
L’usura sopravvenuta in Cassazione di <i>Aldo Angelo Dolmetta</i>	”	143
La buona fede nel recesso della banca nei contratti di apertura di credito di <i>Azzurra Fodra</i>	”	154
L’evoluzione dei rimedi nel dialogo fra legge e giudice di <i>Giuseppe Vettori</i>	”	159
I diritti dell’investitore nella giurisprudenza di legittimità di <i>Maria Acierno</i>	”	168
La nullità del contratto e l’interest rate swap di <i>Daniele Imbruglia</i>	”	177

Il sistema bancario e le procedure esecutive individuali di <i>Francesco Vigorito</i>	”	185
Il ruolo delle banche nell’aggravamento e nella soluzione della crisi d’impresa di <i>Mauro Vitiello</i>	”	193
Il nuovo ordinamento della banca secondo la <i>bank recovery and resolution directive</i> di <i>Bruno Inzitari</i>	”	204
Crisi delle banche venete ed “aiuti di Stato” di <i>Guido Federico</i>	”	212
L’attività delle banche dal punto di vista del giudice delle misure di prevenzione di <i>Francesco Menditto</i>	”	221
 Cronache americane		
L’estremismo violento e le contraddizioni delle “nostre” libertà di <i>Luigi Marini</i>	”	244
Gli autori	”	252

Editoriale

A cosa serve la Corte suprema di cassazione?

La domanda, a prima vista, può sembrare provocatoria o paradossale, ma forse non lo è. Michele Taruffo, in una raccolta di saggi pubblicata da *Il Mulino* nel 1991, coniò per la Cassazione la definizione, spesso poi richiamata, di «vertice ambiguo». E l'ambiguità nasce dal dover coniugare due funzioni: verificare la corretta applicazione della legge sostanziale e processuale in ogni singola vertenza sottoposta all'esame della Corte, ma al tempo stesso dare uniformità ai criteri interpretativi della normativa per una più generale finalità di orientamento dell'intera giurisprudenza nazionale. Un Giano bifronte, è stato anche detto, con un volto rivolto all'indietro, che guarda a ciascuna specifica controversia ed al modo in cui essa è stata decisa in sede di merito, ed un altro rivolto al futuro, che dà indicazioni destinate a fungere da riferimento per ogni successiva decisione implicante la soluzione dei medesimi problemi giuridici. Quest'ultima funzione, diretta a formulare criteri ordinanti nel flusso sempre più mobile della giurisprudenza, usiamo chiamarla "nomofilachia"; e per distinguerla dalla prima siamo soliti parlare di *ius constitutionis*, che dovrebbe potersi coniugare con lo *ius litigatoris*.

Ma è davvero possibile tenere insieme queste due funzioni, perseguire contemporaneamente ed altrettanto efficacemente entrambe queste finalità? Ed è auspicabile? C'è chi ne dubita, e lo stesso Taruffo, in saggi più recenti (tra i quali, ad esempio, *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, pp. 35 ss.), si è spinto sino a parlare a tal proposito di un «mito delle Corti supreme». Nella contrapposizione tra una visione "particolaristica" ed una "universalistica" della giurisprudenza, si sottolinea come debba essere sempre la concretezza specifica dei fatti a condizionare di volta in volta la corretta interpretazione ed applicazione delle norme idonee a disciplinarli, e come, viceversa, la pretesa di dettare principi giuridici di carattere generale sottintenda una concezione statica ed uniforme dell'ordinamento, nient'affatto coerente con la realtà. Esaltando troppo la funzione "universalistica", si ri-

schierebbe, inoltre, di attribuire alle Corti supreme un non auspicabile ruolo verticistico e burocratico. Una parte non piccola della dottrina processualistica italiana, pur tra molte distinzioni e con sfumature assai diverse, sembra oggi nella sostanza condividere queste preoccupazioni e manifesta un malcelato scetticismo nei riguardi della funzione nomofilattica della Cassazione; tende insomma a privilegiare la concezione "particolaristica" della giurisprudenza, paventando un diritto vivente caratterizzato da un eccesso di astrazione.

Non vorrei esagerare, ma ho il timore che si stia qui rischiando di scavare un solco tra la dottrina processualistica (o almeno una parte di essa) ed il legislatore, il quale negli interventi riformatori degli ultimi anni ha fatto mostra invece proprio di voler accentuare il ruolo nomofilattico della Suprema corte; ed un solco mi pare si stia producendo forse anche tra quella medesima dottrina e la giurisprudenza della Corte di cassazione, che in molte sue pronunce sembra a sua volta incline a valorizzare maggiormente quel ruolo.

Perciò credo sia oggi particolarmente necessario sviluppare il dibattito sulla funzione della Suprema corte, dando voce al punto di vista dei magistrati che vi operano ma anche a quello dei giudici di merito, degli avvocati e della stessa dottrina. E mi pare importante farlo ricollegandosi idealmente al tema, approfonditamente discusso in un precedente numero di questa Rivista (n. 4/16), del rapporto tra il giudice e la legge: perché indagare sul ruolo nomofilattico della Cassazione significa mettere a fuoco uno dei meccanismi fondamentali dell'emersione del diritto vivente e, quindi, comprendere meglio in qual modo e con quale reale incidenza il formante giurisprudenziale contribuisce in questo momento storico all'evoluzione dell'ordinamento giuridico.

Senza la pretesa di sciogliere in pochi tratti i nodi di un dibattito tanto complesso, mi permetto qui solo di osservare, per un verso, che oggi è forse eccessiva (o va comunque ridimensionata) la preoccupazione di chi scorge nell'esaltazione del ruolo nomofilattico del-

la Corte suprema il rischio di una deriva autoritaria e verticistica; e per altro verso che l'attuale tendenza dell'ordinamento giuridico a farsi frammentario e disordinato rende quanto mai necessario uno sforzo di coordinamento giurisprudenziale che solo attraverso l'opera di una Corte regolatrice può avere una qualche possibilità di riuscita. La nomofilachia, se bene intesa, è sempre frutto di un procedimento dialettico – come spesso sottolineava Pino Borré (vedi, tra gli altri scritti, *La corte di cassazione oggi*, in *Diritto giurisprudenziale*, a cura di M. Bessone, Giappichelli, Torino, 1996) – perché la Cassazione interviene sempre su un materiale giuridico già in precedenza elaborato dai giudici di merito, con i quali deve saper dialogare per individuare la più corretta interpretazione delle norme, specie quando si tratti di norme nuove, la cui prima lettura è necessariamente affidata appunto ai giudici di merito. Ed infatti è proprio dalla giurisprudenza di merito, non foss'altro per il suo essere più immediatamente a contatto con la mutevole realtà sociale (oltre che, ovviamente, dalla dottrina), che spesso provengono le più stimolanti sollecitazioni al cambiamento, grazie alle quali anche la giurisprudenza di legittimità progredisce e si affina. D'altro canto, come già accennato, il tasso di disordine dell'ordinamento giuridico negli ultimi decenni è smisuratamente cresciuto, per molte ragioni tra le quali non ultima il proliferare di fonti normative diverse e talvolta eterogenee, nazionali e sovranazionali. Perciò, anche a voler seguire la drastica opinione di chi sostiene essere il diritto per sua stessa natura un sistema così complesso da risultare necessariamente caotico, mi pare si debba oggi più che mai riconoscere la necessità di farvi emergere almeno delle «isole di ordine» (cito ancora Taruffo, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2014, pp. 56-57), sia pure instabili e provvisorie. Ed è principalmente per questo motivo che, oggi ancor più di ieri, si rende indispensabile la presenza di un organo giurisdizionale di legittimità capace di operare una sintesi dei diversi possibili orientamenti giurisprudenziali e di fornire, almeno tendenzialmente, dei criteri ordinanti, benché suscettibili di essere poi criticamente ridiscussi non appena emergano buone ragioni per farlo.

Ma, se così è, non ci possiamo non chiedere in qual misura l'attuale assetto della nostra Suprema corte la mette davvero in grado di svolgere il suo ruolo nomofilattico e di coniugarlo efficacemente con la tutela dello *ius litigatoris*. Di certo non v'è alcuna incompatibilità logica tra l'assicurare in ultimo grado e definitivamente la giustizia del caso singolo ed il prefigurare soluzioni giurisprudenziali destinate ad operare in una molteplicità di casi futuri. È astrattamente ben ipotizzabile che la corretta conformazione dello *ius litigatoris* valga, già di per sé, ad assicurare la tenuta dello *ius constitutionis*, e forse in un ormai

lontano passato è stato davvero così, ma oggi questa conclusione appare quanto mai problematica.

È noto che, in presenza di una disposizione costituzionale (l'art. 111, comma settimo) che non sembra consentire veri e propri filtri di accesso idonei a selezionare i ricorsi alla Corte di cassazione, questa si trova a dover fronteggiare un numero di ricorsi così ingente da rendere assai difficile la produzione di una giurisprudenza coerente ed ordinata: il che rischia fatalmente di compromettere la sua funzione nomofilattica e la possibilità di coniugarla effettivamente con la tutela dello *ius litigatoris* (che a propria volta è affievolita dall'inevitabile dilatazione dei tempi di definizione di un così alto numero di procedimenti). Di fronte ad una tale proliferazione di ricorsi una Corte soprattutto destinata ad una funzione di giustizia del caso concreto, essendo costretta ad operare contemporaneamente attraverso decine e decine di collegi giudicanti, difficilmente può sempre garantire una sufficiente uniformità di indirizzi giurisprudenziali.

Bisognerebbe saper scegliere: si può volere che la Cassazione eserciti una funzione più o meno equiparabile ad un terzo grado di giudizio (ma in tal caso ci si potrebbe chiedere se serve davvero concentrare tutti i giudizi di ultimo grado in un'unica sede, e se non valga la pena piuttosto di tornare all'antico modello delle Cassazioni regionali) oppure che svolga (se non esclusivamente, soprattutto) una funzione nomofilattica, come accade in tutti i Paesi comparabili al nostro nei quali alle Corti supreme sono affidati prevalentemente compiti di nomofilachia e mai quelle Corti sono chiamate a produrre un altrettanto grande numero di decisioni. La risposta alla domanda posta da principio – a cosa serve la Corte di cassazione? – dipende da come ci si voglia orientare in questa scelta.

Se c'è un terreno sul quale la giurisprudenza – in particolare quella della Cassazione – ha svolto un ruolo di grande rilievo nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico verso soluzioni più attente alla tutela dei diritti, credo sia proprio quello delle banche e dei loro rapporti con i clienti ed i risparmiatori.

Vi sono però almeno altre due ottime ragioni per occuparsi di questo tema: l'una di ordine storico, l'altra di ordine costituzionale.

È noto che lo sviluppo delle banche e dell'attività creditizia è stato, sin dal tardo medioevo, uno dei motori della storia politica ed economica dell'Occidente, contribuendo in grande misura alle fortune ed alle miserie della nostra civiltà, e v'è perciò poco da sorprendersi del fatto che, ancora oggi, sia proprio da vicende prodottesi in ambito bancario che ha tratto origine la grave crisi economico-finanziaria esplosa nel 2008, a partire dagli Stati Uniti, estesasi poi su scala mondiale sino al punto da mettere a repentaglio

la stessa stabilità di alcuni Stati nazionali e con essa il tenore di vita ed i diritti fondamentali dei loro cittadini (il pensiero corre evidentemente alla Grecia). Una crisi, questa, che autorevoli commentatori hanno ricondotto anche ai profondi mutamenti dai quali sin dagli ultimi decenni del novecento è stato interessato il sistema bancario (soprattutto, ma non soltanto, quello statunitense), con il definitivo abbandono della distinzione tra banche commerciali e banche d'investimento, con la progressiva despecializzazione dell'attività bancaria e la conseguente possibilità per le banche di operare su tutta la gamma dei servizi e dei prodotti finanziari, con un generale allentamento del sistema dei controlli pubblici in nome di una pretesa maggiore efficienza competitiva. La liberalizzazione del mercato dei derivati finanziari, che ha visto le banche tra i suoi maggiori protagonisti, ha fatto il resto, contribuendo ad accentuare l'attitudine speculativa di buona parte dell'attività bancaria ed incoraggiando l'erogazione facile del credito grazie al fatto che il relativo rischio poteva essere agevolmente inglobato in strumenti finanziari tanto sofisticati quanto poco garantiti e così trasferito sui sottoscrittori di quegli strumenti.

Col mutare di alcune tra le tradizionali caratteristiche dell'attività bancaria è sensibilmente mutato anche il modo di essere del rapporto tra banca e cliente; e questo chiama in causa il secondo aspetto cui prima facevo cenno, quello costituzionale, perché la tutela del risparmio è uno degli obiettivi espressamente enunciati nella Carta costituzionale (art. 47) e la sua concreta attuazione dipende in buona misura anche da come quel rapporto tra banca e clienti si atteggia. Nei primi decenni dell'era repubblicana in larga prevalenza il risparmio, se non veniva investito in proprietà immobiliari o non rifluiva in titoli di Stato, era dato in custodia alle banche, intorno alle quali ruotava anche il sistema di finanziamento delle imprese. Non era un mondo idilliaco, ma presentava un tasso di conflittualità relativamente basso e ciò, almeno in parte, dipendeva da un sostrato fiduciario che faceva della "propria banca" un punto di riferimento per il risparmiatore. La trasformazione di molte banche in *player* finanziari, che perseguono il profitto anche (se non soprattutto) operando in proprio sul mercato, ha inevitabilmente comportato l'insorgere di un groviglio di conflitti d'interesse che ha finito con il minare il rapporto fiduciario con i risparmiatori, come le cronache quotidiane ampiamente ci riferiscono. «*Il mondo è cambiato* – scrive l'economista Marco Onado in un recente saggio intitolato *Alla ricerca della banca perduta* (Il Mulino,

Bologna, 2017, p. 253) – e oggi i produttori di finanza sono anche venditori, sia nel campo dell'investment banking sia in quello dei servizi retail»; ed aggiunge che, appunto per questo, i conflitti di interesse «sono connotati alla finanza di oggi e per il povero risparmiatore il mondo della finanza sembra sempre di più una foresta più intricata di quella di Cappuccetto Rosso».

Non ci si può dunque sorprendere se l'espandersi degli effetti della crisi economico-finanziaria, che ha direttamente colpito un elevato numero di risparmiatori, facendo emergere non poche criticità nella gestione degli istituti di credito (o almeno di alcuni di essi), ha alimentato un diffuso sentimento di ostilità nei confronti del mondo bancario nel suo insieme, considerato uno degli emblemi dei cosiddetti "poteri forti" dai quali il comune cittadino si sente vessato e contro i quali si sente impotente.

I saggi ospitati nella seconda parte di questo numero della *Rivista* mettono bene in evidenza come l'incrinarsi del tradizionale rapporto di fiducia tra banche e clienti e l'emergere di quel senso di diffusa ostilità verso il mondo bancario cui accennavo si sia riflesso nel contenzioso di cui si sono dovuti sempre più spesso occupare in questi ultimi decenni i tribunali e le corti.

La giurisprudenza è stata ed è tuttora chiamata ad un compito particolarmente delicato su un terreno nel quale il diritto si misura con forti istanze sociali e non può rimanere insensibile al mutare degli scenari macroeconomici. Un compito che richiede grande senso dell'equilibrio, affinché sia assicurata effettività alla tutela del risparmio evocata dalla Costituzione ma nel pieno rispetto del principio di legalità, e perciò senza farsi condizionare da spinte emotive aprioristicamente ostili ad una delle parti in causa.

Ma soprattutto val la pena di rilevare come l'elaborazione di nuove categorie ad opera della dottrina e della giurisprudenza, pur non essendo ovviamente confinata al settore dei rapporti bancari, abbia trovato proprio in questo settore un campo privilegiato di attuazione e di sperimentazione, tuttora in atto, facendo emergere dal crogiuolo delle singole controversie principi giuridici capaci di rispondere alle istanze attuali: si pensi ad esempio alla nozione di contratto asimmetrico, alla nullità di protezione ed altro ancora.

Qui più che mai il "diritto vivente" manifesta tutta la sua vivacità, e di nuovo la nomofilachia viene in primo piano.

Renato Rordorf

Ottobre 2017

Introduzione a «A cosa serve la Corte di cassazione?»

di Carlo De Chiara

All'interrogativo che dà il titolo a questo obiettivo potrebbero aggiungersene altri come corollari: cosa si aspettano dalla Corte di cassazione i magistrati di merito, gli avvocati, la dottrina? È, la Corte, capace di corrispondere alle loro aspettative? E cosa si può fare per migliorare la sua funzionalità?

Per cercare delle risposte abbiamo dato voce sia a magistrati che operano nella Corte o presso la Corte, sia a giuristi portatori di punti di vista esterni alla Corte stessa, quelli della dottrina, dell'avvocatura, della magistratura di merito.

Il contributo che apre la serie degli articoli che seguono, quello di Luigi de Ruggiero, esprime il punto di vista di un giudice di appello volutamente datato (risale al 2012), per cogliere diacronicamente i tratti di continuità o discontinuità con riflessioni più recenti di altri giudici di merito, come quelle di Giulio Cataldi, per il civile, e Bruna Rizzardi, per il penale. Il lettore potrà notare, quale tratto di continuità fra i tre contributi, l'attenzione per il tema della massimazione delle sentenze di legittimità e per quello contiguo delle banche dati che la organizzano e la diffondono. Temi sui quali ulteriori approfondimenti, questa volta "dal didentro", sono offerti dagli articoli di Camilla Di Iasi, per l'Ufficio del massimario, e di Vincenzo Di Cerbo, per il Ced.

Ma il vero filo che lega un po' tutte le riflessioni che compongono questo obiettivo è quello della crisi della Corte di cassazione e della sua funzione di nomofilachia. Crisi che è un aspetto della più generale crisi della giustizia italiana, ma che ha tratti peculiari che meritano un approfondimento specifico, perché specifica è la funzione e la struttura della Corte.

Il nostro Paese ha scelto, storicamente, di dotarsi di una Corte suprema di sola legittimità, con il compito principale di assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge» e «l'unità del diritto oggettivo nazionale» (secondo la formula dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario del 1941). Dunque la distinzione tra fatto e diritto (chiara in astratto, non di rado sfuggente in concreto) anima da sempre l'attività della Corte di cassazione, e la tensio-

ne tra i due poli della tutela dei diritti soggettivi e della tutela dell'ordinamento (*ius litigatoris* e *ius constitutionis* della fortunata definizione corrente) connota da sempre la problematicità del suo ruolo.

Queste caratteristiche della Cassazione sono comuni ai settori civile e penale, come conferma la lettura degli articoli di Claudio Consolo e Domenico Pulitanò, contenenti riflessioni di respiro sistematico rispettivamente per l'uno e l'altro settore. Le discussioni sull'eccesso o difetto di sindacato sul fatto o sull'eccesso o difetto di attenzione alla specificità dei singoli casi più che all'astratta regola di diritto, sono infatti trasversali e sembrano promosse da diversità di cultura o di punti di vista, più che dal settore di appartenenza dei protagonisti.

Certo, nel penale, l'attenzione al fatto è maggiore, ma le stesse regole dell'accertamento del fatto sono più sofisticate, e più rigoroso è il criterio di valutazione della prova («al di là di ogni ragionevole dubbio»), e del resto, al netto delle ovvie specificità, la tentazione – non solo nelle perorazioni degli avvocati – di trasformare quello di legittimità in un terzo grado di giudizio è nelle umane corde sia civilistiche che penalistiche.

Vero è, inoltre, che la discussione sul ruolo della Corte di cassazione e sulla conseguente ampiezza del suo sindacato sulle decisioni di merito non può svolgersi *in vitro*, astraendo dalla pressione della realtà storica e dai concreti problemi che questa pone con l'urgenza e la cruda oggettività dei fatti. E la realtà registra, da tempo, l'affollarsi davanti alla Corte – per una serie di fattori di varia natura, anche costituzionale – di una massa abnorme di ricorsi, con la quale occorre necessariamente misurarsi.

Anche a tale riguardo, peraltro, i settori civile e penale, come emerge dagli articoli rispettivamente di Piero Curzio e di Carlo Brusco, sono accomunati da difficoltà analoghe, con qualche tratto significativo di specificità – di carattere storico, appunto – per il settore civile (il che spiega, tra l'altro, la prevalenza numerica dei contributi che seguono dedicati a quel settore rispetto ai contributi dei penalisti).

Nel settore penale la Corte ha per tempo elaborato e realizzato efficaci strategie di contrasto del formarsi di un arretrato, grazie alle quali i ricorsi vengono definiti ampiamente entro un anno dal deposito. Ciò ha comportato il pagamento di inevitabili prezzi, ma non può negarsi la sostanziale tenuta del sistema sul piano della tempestività della risposta alla domanda individuale di giustizia.

Nel civile, invece, l'impatto di due riforme – la privatizzazione dei rapporti di pubblico impiego e l'estensione del ricorso per cassazione alle controversie tributarie – improvvidamente introdotte “a costo zero” nonostante il prevedibile enorme aumento del numero dei ricorsi che esse avrebbero determinato, ha reso oltremodo ardua l'adozione di analoghe strategie organizzative di contrasto dell'arretrato. Si sono così succeduti, nell'ultimo decennio, plurimi tentativi di soluzione del problema mediante riforme di carattere processuale, che tuttavia non hanno prodotto, almeno sinora, gli effetti sperati (anche perché concepite pur'esse “a costo zero”).

Del contenuto di tali riforme, nonché dei connessi provvedimenti organizzativi della presidenza della Corte e dei protocolli d'intesa sottoscritti con la Procura generale, il Consiglio nazionale forense e l'Avvocatura dello Stato, si legge negli articoli, non privi di accenti critici, di Claudio Consolo, Andrea Pasqualin, Piero Curzio e Piero Gaeta, redatti dai punti di vista della dottrina, dell'avvocatura e della Corte stessa. Qui preme soltanto evidenziare come il segno delle riforme in questione sia oggettivamente restrittivo dei poteri e facoltà di partecipazione dei difensori – e della Procura generale – al giudizio di cassazione (il rito camerale non partecipato è divenuto la regola davanti alle sezioni semplici), nonché dell'ambito del sindacato della Corte sulle statuizioni in fatto del giudice di merito (si è ritornati alla formulazione originaria dell'art. 360, n. 5, cpc, quella del 1942). Certamente degne di grande attenzione sono, pertanto, le riserve di chi vede in tutto ciò una regressione sul piano delle garanzie processuali, con il rischio di una involuzione dagli sviluppi imprevedibili. Nel raccogliere questo allarme, tuttavia, non può non sottolinearsi che è indispensabile, al tempo stesso, avere consapevolezza che una risposta al problema dell'abnorme arretrato, ormai stabilizzatosi sui centomila ricorsi civili, non può assolutamente essere elusa e richiede delle scelte (attente, equilibrate, ma anche) coraggiose.

È opinione sempre più largamente condivisa che il rigore della previsione costituzionale del diritto al ricorso per cassazione contro tutte le sentenze debba essere temperato. Ma al di là della prospettiva di una revisione costituzionale certamente non immediata né, allo stato, probabile, è doveroso sforzarsi di ottimizzare gli strumenti esistenti, cercare di trovare in

essi anche delle opportunità, pur senza trascurarne le criticità, da assorbire, queste ultime, mediante l'adozione di adeguate prassi applicative tutte le volte che sia possibile.

Vale allora la pena di chiedersi se, ad esempio, non possa farsi in modo, grazie ad uno spoglio esperito, accurato e trasparente, che il rito camerale non partecipato sia effettivamente riservato a quei ricorsi (la grande maggioranza, come insegna l'esperienza) per i quali davvero non è richiesto alcun contributo nomofilattico, ma soltanto la doverosa risposta di giustizia alle domande individuali; e se per le motivazioni delle relative decisioni non possano adottarsi – fatto salvo l'imprecindibile studio accurato delle carte – modalità davvero scheletriche (del resto in Camera di consiglio bastano al relatore, di solito, poche battute per far comprendere al Collegio i termini delle questioni e le soluzioni proposte). Insomma, un “doppio binario” in cui sia ben chiara la distinzione che la Corte opera tra decisioni di rilievo nomofilattico – quelle emesse all'esito della pubblica udienza – e decisioni deliberatamente prive di tale rilievo. Il che gioverebbe anche alla chiarezza della giurisprudenza e attenuerebbe il “rumore” negli archivi informatici.

In questa prospettiva, forse, potrebbe anche cessare la demonizzazione, talvolta eccessiva, del vizio di motivazione quale fonte di soverchio aggravio per la Corte. Se una censura eccede i limiti di cui all'art. 360, n. 5, cpc, per motivarne l'inammissibilità basterà dire questo, al più aggiungendo pochissime parole che richiamino le categorie tipizzate dalla prassi (mancata specificazione del fatto non esaminato dal giudice di merito, carattere non decisivo dello stesso, sostanziale richiesta di rivalutazione dei dati istruttori, ecc.), senza indugiare in “riassunti” tanto laboriosi quanto inutili.

Certamente su una prospettiva di questo genere sarà necessario chiedere la “comprensione” anzitutto del Foro, affinché accetti motivazioni assai lontane dagli *standard* tradizionali, che andranno riservati alle sole sentenze pronunciate all'esito di pubblica udienza. È una richiesta legittima, ma anche ragionevole, perché può offrirsi agli avvocati – il cui apporto dialettico alla nomofilachia è giustamente sottolineato nell'articolo di Andrea Mascherin – una seria contropartita: l'interazione con una Corte che decide in tempi ragionevoli, vale a dire la non inutilità del loro mandato difensivo.

Va da sé, infine, che nessun rimedio, tra quelli sinora escogitati o escogitabili in futuro, potrà mai rivelarsi, da solo, decisivo per consentire al giudizio civile di cassazione il rispetto dei canoni della ragionevole durata e della funzione nomofilattica, e che occorrerà mettere in campo risorse finanziarie, misure organizzative, la stessa revisione dell'art. 111 Cost. cui si è fatto cenno. Tuttavia non può mancare, da parte di tutti

OBIETTIVO 1. A COSA SERVE LA CORTE DI CASSAZIONE?

e in particolare dei magistrati della Corte di cassazione e della Procura generale, una costante attenzione a tale obiettivo nelle scelte da compiere anche nella situazione data, perché il sistema non può tollerare a

lungo livelli tanto elevati di ineffettività, con la conseguenza che in caso di insuccesso si imporrebbero col tempo, fatalmente, soluzioni alternative, non necessariamente di segno più avanzato.

Cosa si aspettano i giudici di merito dalla Cassazione: i “precedenti” e il controllo della motivazione *

di Luigi De Ruggiero

Lo scritto sottolinea la circolarità tra norma e fatto, la strategia di risultato, più che di costruzione logica o dogmatica, cui obbediscono le sentenze, l'importanza dei precedenti quali elementi costitutivi della conoscenza della norma. Rivolge quindi, dal punto di vista del giudice di appello, due richieste alla Corte di cassazione: formulare le massime non trascurando la fattispecie concreta; prendere atto che il legislatore non richiede più la redazione delle sentenze secondo il metodo formalistico-cognitivo, ma tiene a verificare la validità del procedimento decisionale e della volizione del giudice, non la completezza-logicità della sua attività conoscitiva.

Non amo le premesse, almeno quando c'è poco tempo. Fate dunque conto che abbia espresso la più viva ammirazione ai magistrati della Suprema corte: dico anzi subito che un obiettivo di questa relazione è quello di dimostrare scientificamente la decisiva rilevanza del loro lavoro e dunque di spaventarli quanto basta.

Qualche minuto, però, come d'accordo con i coordinatori, serve per “sistemare” a livello di teoria generale i temi che tratto - cioè, il ruolo dei precedenti e l'interpretazione delle sentenze: non si tratta di premesse, ma di un contenuto essenziale per la nostra riflessione, che avrà ricadute pratiche. Tanto per incuriosirvi, voglio esagerare: vi dimostrerò che il legislatore italiano ha aderito alla filosofia ermeneutica e che dunque anche noi dobbiamo, per legge, sposarla. Rassicurerò i giudici di merito, ché la motivazione delle sentenze non serve più, e convincerò quelli di legittimità a non cercarla neppure.

Ha ormai quasi cinquant'anni la scoperta da parte dei giuristi¹ al seguito della filosofia ermeneutica² la scoperta, dicevo, del movimento circolare all'interno dell'attività interpretativa, di un circolo ermeneutico, cioè, che si muove anzitutto tra la norma e il fatto. Ormai siamo consapevoli che senza avere cognizione del fatto concreto non si può giungere alla sua qualificazione giuridica, ma che, d'altra parte, per la stessa lettura del fatto nella sua “materialità” occorre sapere quali siano i suoi caratteri eventualmente rilevanti per il diritto, conoscere, quindi, le fattispecie normative che possano applicarsi al fatto. Il fatto viene interrogato in base alla norma e la norma tuttavia si comprende, nel suo stesso significato, solo in base al fatto.

Nell'interpretazione giuridica non c'è prima il fatto e poi la norma o viceversa, né si tratta di mettere in relazione la norma e il fatto, entrambi già precedentemente compresi per proprio conto: tra le premesse

* Il testo è la trascrizione dell'intervento svolto al “Corso di laboratorio sui rapporti tra giurisprudenza di merito e di legittimità”, Roma, 3-4 maggio 2012.

1. Tra i primi Josef Esser nel 1970, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it., Ed. Scientifiche Italiane, 1983.

2. *Verità e Metodo* di H.G. Gadamer, che nella sua prima edizione è del 1960 – trad. it. Fratelli Fabbri Editori, 1972 – dovrebbe essere un libro di testo per tutti i magistrati, quali “specie” del “genere” degli interpreti.

maggiore e minore del famoso sillogismo c'è qualcosa di più che “un andare e venire dello sguardo”. Norma e fatto si decidono l'una in base all'altro: non si può nemmeno dire quale sia la premessa maggiore e quale la minore, data la loro dipendenza reciproca.

Questo ormai si sa, ma c'è di più: non si può neppure rappresentare l'interpretazione della norma e del fatto come “premesse” rispetto ad una “conclusione”; anche tra premesse e conclusione c'è un rapporto circolare, dal momento che anch'esse si “interrogano” a vicenda: la logica di ogni comprensione è fatta di domande e risposte.

Come si svolge, in fatto, l'attività mentale del giudice di reperimento della soluzione giuridica? Secondo la medesima struttura empirica, legata al caso (il diritto è scienza “casistica” per eccellenza), di ogni giudizio di tipo etico-pratico, che prende direttamente di mira quella che appare la soluzione ottimale e poi la verifica, giustificandola oppure rilevandone l'inadeguatezza.

Nel che si nascondono indubbiamente dei pericoli, dei quali non tratto; qui voglio solo dire che non si può negare la presenza – e sarebbe ipocrita scandalizzarsene – di un iniziale orientamento decisionale (generato da “orizzonti di attesa” che trascendono la nostra soggettività) che inevitabilmente – anche quando non ne siamo consapevoli – indirizza la struttura conoscitiva di ogni scienza pratica e quindi anche le nostre decisioni. Perciò si parla, accanto o “al di là” del circolo ermeneutico conoscitivo, di un circolo ermeneutico applicativo: l'applicazione, cioè la soluzione del caso, dipende dalle possibilità di interpretazione della norma e del fatto, ma le interpretazioni della norma e del fatto dipendono a loro volta dalla rappresentazione da parte dell'interprete della loro eventuale applicazione. Si potrebbe dire che il giudice “tasta” anticipatamente l'una o l'altra soluzione (cioè, in pratica, un ipotetico dispositivo della sentenza) e poi, per un verso, essendo un “tecnico”, valuta la legittimità dell'interpretazione della norma e del fatto che a quella soluzione conduce; per altro verso, non essendo solo uno studioso teorico ma dovendo dare un “comando pratico”, confronta quella soluzione con l'orizzonte delle attese sociali da lui percepite. L'esempio classico di un tal modo di procedere, ricorrente in qualsiasi camera di consiglio penale, è quello della determinazione dell'entità della pena: si propone una sanzione che ci appare complessivamente adeguata e solo dopo si fa in modo che, tra pena-base, aggravanti, attenuanti, si arrivi all'entità indicata; se, invece, fatti i conti con le norme, a quell'entità non si può per legge pervenire, si cambia la pena e ci si riprova...

Insomma, *Signori Giudici della Cassazione*, quando leggete le nostre sentenze non dimenticate questa verità: ogni sentenza è determinata più da una

strategia del risultato che da una strategia della sua costruzione logica o dogmatica. Ed è inevitabile che sia così.

A monte del comprendere del giudice e quindi della sua stessa scelta della soluzione, vi sono, come vi accennavo, un'anticipazione ed un'attesa di significato determinate dalla sua precomprensione. Qui non c'è tempo per trattare dei non omogenei e non statici elementi che costituiscono la precomprensione del giudice (l'istruzione professionale, gli *standards* della coscienza morale, la concezione del proprio ruolo, la consolidazione dogmatica del sistema giuridico ...): basta dire che la precomprensione del giudice non si sostanzia solo di anticipazioni teoretiche, ma anche e soprattutto di anticipazioni dell'applicazione pratica, cioè di anticipazioni – per quanto “problematiche”, provvisorie ed ancora da controllare – del risultato ritenuto giuridicamente adeguato. La rappresentazione mentale di questo risultato delimita, in effetti, prima ancora di ogni questione interpretativa, l'ambito e la direzione in cui vengono poi impiegati i canoni ermeneutici o fatti valere i precedenti giudiziari o le formule della dottrina.

In altri termini, la norma esiste, assume significato solo nella sua applicazione ed è l'applicazione che costituisce il fattore determinante, il motore della sua conoscenza. Non è esatto dire che una norma prima la si comprende e poi la si applica: la si comprende solo se ed in quanto la si applica. Di qui, tra l'altro – a livello teoretico – l'importanza decisiva dei precedenti, in quanto casi di già avvenuta applicazione della norma; essi non servono semplicemente ad “arricchire” la conoscenza della norma, ma sono elementi costitutivi della conoscenza della norma. D'altra parte, una norma senza precedenti, cioè mai applicata, non è una norma positiva, ma un enunciato prescrittivo astratto. Senza il sostegno ed il condizionamento dei precedenti, il diritto scritto non funzionerebbe. Nel lavoro del giudice, in quel territorio, molto ampio ma non privo di confini, che si spalanca tra “legge” e “decisione”, i precedenti sono allora protagonisti decisivi.

Dalla prospettiva teoretica l'affermazione, pur corretta secondo il nostro ordinamento, secondo cui i precedenti non costituiscono una fonte del diritto appare dunque una finzione o, meglio, è esatta solo nel senso che non sono una fonte vincolante.

Ora, il maggior fornitore di precedenti è la Cassazione. Maggiore non tanto in senso quantitativo (ché i precedenti ce li forniamo anche da soli o all'interno della nostra sezione attraverso i casi simili già trattati), ma certo nel senso di fornitore più autorevole. Autorevole ed accessibile. Quel che è avvenuto in questi anni mi pare straordinario: quando ho iniziato, la ricerca di un precedente della Cassazione era un'impresa anche fisicamente faticosa tra le alte spalliere delle

annualità rilegate delle riviste giuridiche; oggi basta muovere un dito sulla tastiera del computer, è perfino più comodo che prendere il codice. Senza accorgersene – devo provocare il dibattito! – stiamo diventando di fatto un sistema di *common-law* (mentre proprio in quei sistemi si riduce il ruolo dei precedenti e si moltiplicano le codificazioni). Più di una volta mi è capitato in camera di consiglio, attorno a un tavolo ingombro dalle stampe di massime, di insinuare: “ma il codice...?” e di far constatare che la diretta lettura di un articolo riservava sorprese chiarificatrici!

E facciamo un grande uso di massime o, per meglio dire, di citazioni di massime, il più delle volte quasi per un bisogno di rassicurazione, come per suggerire al lettore – o suggestionare noi stessi – che la soluzione indicata gode di un già affermato ed autorevole consenso (il che è una sciocchezza, perché la Cassazione quel nostro nuovo caso evidentemente non l’ha ancora esaminato). L’importante, invece, non è trovare nella rassegna di giurisprudenza un improbabile caso “identico”, ma comprendere il criterio della valutazione operata dalla Cassazione, quale indizio per verificare l’adeguatezza della nostra soluzione: non importa un risultato uguale, ma tutt’al più l’uguaglianza del criterio. Forse dobbiamo scoprire un altro significato nascosto dell’espressione “soggetti soltanto alla legge”, nel senso che la Costituzione non vuole che siamo soggetti ai precedenti!

Il fatto è che, appena muovendo quel dito, il cantiere della ricerca si riempie subito, ma di fin troppe prede, non tutte pregiate, cioè non tutte precedenti “veraci” e spesso “geneticamente modificate”.

Mi spiego. È evidente che solo poche sentenze della Cassazione esprimano un principio generale di diritto in senso proprio (art. 12 preleggi), cioè una norma generale dell’ordinamento non espressa dal legislatore ma ricavabile per induzione dal coordinamento di singole disposizioni coerenti; il più delle volte le sentenze della Cassazione semplicemente indicano la corretta regola di giudizio di quel caso concreto; è questo il significato dell’espressione “principio di diritto” impiegata dall’art. 384 cpc, anche nella sua nuova formulazione. Ma la massimazione, quasi per sua natura, tende a trasformare geneticamente una regola del caso concreto in un principio di diritto espresso in termini di fallace assolutezza o in una sorta di norma di dettaglio aggiunta al dettato testuale della norma del codice. Le raccolte di giurisprudenza con le loro massime scritte nel lessico precettivo generale e astratto sembrano edizioni “maggiori” dei codici.

Ecco, allora, la mia richiesta alla Cassazione: vorrei che le massime fossero repertate per quel che normalmente sono: la corretta soluzione di un determinato caso giudiziario; vorrei che le massime di questo tipo cominciasse sempre con le parole: “nel caso in

cui...” e con l’indicazione dei dati essenziali del fatto sottoposto al giudizio della Corte.

Ma forse non è “colpa” dei massimatori, che fanno un lavoro improbo (che probabilmente va quantitativamente ridotto); forse è la stessa Suprema corte che deve, per così dire, moderare la percezione di sé. Leggo, ad esempio, nel volume delle «*Lezioni dei magistrati della Cassazione civile*», teorizzazioni secondo cui la «*regola di giudizio usata come criterio di decisione di una fattispecie concreta*» quando è condivisa dalla Suprema corte «è sussunta come principio di diritto» da formulare «*come le norme di legge in termini generali e astratti*». Mi permetto di dissentire: così si fabbricano ogni anno migliaia di false “normettine”! Questa prassi – oltre che favorire ricorsi artificiosi – confonde le idee a noi giudici di merito, risultando quasi un invito alla pigrizia, perché il vero compito del “giudice del caso successivo” (cioè il nostro, dopo aver consultato un precedente) sarebbe proprio quello di stabilire se si tratta di un precedente o no, cioè di valutare se esso può essere utilizzato come criterio di decisione in ragione dell’analogia tra i fatti del primo e del secondo caso. Il ragionamento che conduce a servirsi di un precedente dovrebbe essere fondato sull’analisi dei fatti. E invece di solito nelle nostre sentenze che pur offrono una cascata di citazioni di massime questa analisi non c’è, sia perché spesso le enunciazioni delle massime a loro volta non includono i fatti oggetto della decisione, sia perché il cacciatore pigro vuol catturare non un criterio su cui riflettere, ma appunto una sorta di norma di dettaglio, “precisa-precisa” per il suo caso, che evidentemente il legislatore si era dimenticato di scrivere...

La seconda richiesta alla Cassazione non la faccio io, ma il legislatore, con la riforma degli artt. 132 cpc e 118 disp. att.

Che significa aver sostituito la parola «*motivi*» con la parola «*ragioni*»? Non è la stessa cosa, come ancor di recente la vostra giurisprudenza sembra ritenere; certamente esagero se dico che il legislatore italiano ha aderito alla filosofia ermeneutica, ma è altrettanto certo che abbia abiurato al modello di sentenza analitico-argomentativo. Non richiede più una motivazione (breve o lunga che sia) sviluppata secondo i canoni o metodi tradizionali dell’art. 12 preleggi (pur rimasto in vigore), ma chiede al giudice di mettere in evidenza soltanto il fattore o i fattori decisionali della sua volizione specifica. La sentenza non è più valutata in quanto documento, ma come espressione di un’attività decisionale, non enunciazione logico-formale, ma decisione pratica. I due termini, «*ragioni*» e «*decisione*», evocano infatti un rigoroso rapporto di funzionalità delle une rispetto all’altra; il legislatore dice al giudice di merito: spiega solo quanto basta, ma che sia la spiegazione “vera”! Il peccato mortale è la motivazione

apparente, quella che non mostra il ragionamento effettivamente sotteso al risultato/dispositivo. Dunque, «ragioni» non è qualcosa di meno di «motivi», ma qualcosa di diverso; non sto sgravando il giudice dall'argomentare, ma se mai esigendo che quello che abbiamo visto accadere nella testa del giudice si mostri all'esterno (nella teoria dell'argomentazione lo si definisce come il passaggio dalla giustificazione interna a quella esterna), come in uno "specchio" sincero, non opaco, né deformante.

Dunque, chi interpreta una sentenza civile (la Cassazione, più di ogni altro) non può, non deve farne una valutazione analitica, ma sinteticamente intenderne il *decisum* e la sua o le sue ragioni (se, ovviamente, è possibile intenderle...). Il giudizio sulla sentenza riguarda ora appunto la ragionevolezza della decisione (intesa come congruità del deciso rispetto alla ragione esposta) e la sua compatibilità con l'ordinamento (poi, certo, resta che per lo stesso caso si possono dare più decisioni diverse, tutte ragionevoli e compatibili, perché la giurisdizione non è una scienza esatta, un'operazione con un "unico risultato necessario"... ed è questo scarto che a volte nutre la tentazione interventista dei Supremi Giudici).

L'indicazione del legislatore ribalta quindi quell'approccio della Cassazione *ancien regime*, che non giustificava nessuna decisione, pur giusta e funzionale, se ogni suo passaggio non fosse stato correttamente motivato, se vi fossero "salti" logico-deduttivi, se le norme citate non fossero state correttamente interpretate. Pesava il severo ammonimento di Emilio Betti, massimo maestro italiano della teoria dell'interpretazione: «una sentenza che decide bene, ma ragiona male, non appaga il bisogno di giustizia».

Quale dovrebbe essere ora, invece, l'approccio della Cassazione che vorrei? Vorrei una Cassazione che dicesse: «intendo il senso della sentenza impugnata, colgo la ragione della decisione (sempre se ci riesco...) e ne valuto la compatibilità od incompatibilità con l'ordinamento».

Per dirla con un paradosso ancora volutamente provocatorio: se non sono più richiesti i «motivi» della sentenza, come può esserci un vizio di insufficiente motivazione? Se la motivazione – quale espressione testuale da analizzare nella sua completezza formale – non è più un requisito indispensabile della sentenza, non può essere questo l'oggetto dell'esame della Cassazione. Se il legislatore dice al giudice di merito: non motivare ogni passaggio, ma spiega quanto basta, deve cambiare anche il metro di valutazione delle sentenze di merito. Sono davvero curioso di vedere quel che succederà quando saranno impugnate le sentenze che in appello abbiamo cominciato a redigere ex art. 281 *sexies*: cosa pensa di trovare la Cas-

sazione in quella paginetta di testo? Se pretendesse di applicare il canone della "completezza dei dati", sarebbero dolori...

È appunto il metodo giuridico ermeneutico di interpretazione-valutazione delle sentenze civili quello che prescinde – diversamente dal metodo formalistico-cognitivo – dalla ricerca di un rapporto tra le singole premesse normative e le conseguenze logiche di queste premesse, che tiene a verificare la validità del procedimento decisionale, della volizione del giudice, non la completezza-logicità della sua attività conoscitiva.

È dunque possibile ed ora doveroso che il controllo da parte della Cassazione riguardi la validità-giustificazione della decisione, anche se essa non appaia adeguatamente motivata ad un'analisi cognitiva del testo. L'approccio linguistico-logico-analitico va superato.

E mi sembra che ancora non lo sia del tutto, se è vero che alla novità legislativa del 2009 la Cassazione sta rispondendo cominciando ad ammettere, con cautela, vuoti o rinvii argomentativi, ma sempre purché sia possibile «il controllo di completezza e logicità della motivazione»; comincia ad ammettere la possibilità di reciproca integrazione tra le motivazioni di primo e di secondo grado, ma continua a chiedere che «il percorso argomentativo desumibile attraverso la parte motiva delle due sentenze risulti appagante». Siamo ancora a Betti?

Credo invece – e concludo con questa provocazione che potrebbe rivelarsi in concreto dirompente – che la novità legislativa, con la scomparsa del riferimento ai «motivi», possa incoraggiarci a superare quel tabù che è l'assillo di tutti i giudici d'appello: cioè quello della "omessa pronuncia su alcuni dei motivi d'appello" che tradizionalmente la Cassazione sanziona come *error in procedendo* per violazione dell'articolo 112 cpc. A parte che non ogni motivo d'appello integra una domanda o un'eccezione cui riferire il precetto dell'articolo 112, mi fa ben sperare questa vostra recente indicazione: «il modello di cui all'articolo 132 non richiede la particolareggiata disamina degli elementi di giudizio posti a base della decisione o di quelli non ritenuti significativi ... basta che il raggiunto convincimento risulti da un riferimento logico e coerente alle prospettazioni delle parti o alle emergenze istruttorie vagliate nel loro complesso che siano state ritenute di per se sole idonee e sufficienti a giustificarlo ...».

E siccome alla schiavitù del "... con il decimo motivo si denuncia il vizio ..." sono soggetti anche i magistrati della Cassazione, posso invocare una sollevazione comune dei giudici di legittimità e di merito: Consiglieri di tutta Italia, unitevi!

Ruolo e funzione della Corte di cassazione: il punto di vista del giudice d'appello

di *Giulio Cataldi*

Che contributo può dare un giudice di appello per aiutare i colleghi della Cassazione civile nel loro lavoro?

Quello che segue, vuole essere solo uno spunto di riflessione sul ruolo e la funzione della Corte suprema dal particolare punto di vista del giudice d'appello, consapevole dell'elevato livello qualitativo e dell'insostenibile livello quantitativo del lavoro dei giudici di legittimità, e che, tuttavia, non rinuncia a segnalare, accanto ad alcuni approcci non condivisibili propri dei giudici del merito, alcune criticità dell'operare della Cassazione, a cominciare dalle modalità della massimazione sino ai rischi delle sentenze manifesto e del lento e silenzioso scivolamento dalla funzione *nomofilattica* ad una ... "*mono*"filattica.

1. Una breve premessa

Il titolo di quest'articolo non deve trarre in inganno: quello che segue non è – e non pretende di essere – il punto di vista *del* giudice d'appello sulla Cassazione, ma, molto più modestamente, una riflessione di *un* giudice d'appello civile che, dopo oltre sei anni di esperienza come giudice di merito di secondo grado, prova ad offrire al lettore qualche breve considerazione, da questo particolare angolo visuale, sul ruolo e sulla funzione della Cassazione civile. Ben consapevole, peraltro, anche laddove dovessero evidenziarsi note critiche, dell'elevato livello qualitativo e dell'insostenibile livello quantitativo del lavoro svolto dai colleghi della Suprema corte.

2. Le attese dei giudici di merito

La sempre più agevole consultazione delle banche dati di giurisprudenza, a partire dal sistema Italgire; la diffusione in rete persino del calendario delle udienze delle Sezioni Unite, con le questioni prossime alla decisione; offrono ai giudici di merito un facile e quasi inesauribile accesso alla giurisprudenza di legittimità, inducendoli, talora, ad attribuire efficacia risolutiva di ogni causa alle pronunce (o, per meglio dire, alle massime) della Cassazione, in una spasmo-

dica ricerca di quella idonea a definire la concreta controversia da giudicare.

Quest'approccio – che da giudice di secondo grado mi capita di cogliere spesso nelle sentenze dei colleghi, specie quelli più giovani, di primo grado – è per molti aspetti criticabile.

È criticabile, innanzitutto, perché il compito del giudice di merito, a cominciare da quelli di primo grado, è, soprattutto, quello di ricostruire bene i fatti (potendo, su eventuali errori di diritto, esercitarsi il potere correttivo della Cassazione *ex art. 384*, ultimo comma, cpc; e potendo la motivazione in diritto attuarsi anche mediante il solo richiamo di precedenti conformi *ex art. 118*, co. 1, disp. att. cpc). Troppo spesso, invece, capita di leggere sentenze di primo grado ricche, o addirittura sovrabbondanti, di citazioni giurisprudenziali, con tutti i più recenti arresti della Cassazione su un determinato istituto di diritto sostanziale o processuale, a cui non fa seguito (o meglio: che non sono preceduti da) un'approfondita ricostruzione dei fatti di causa (ai quali, non di rado, quelle elaborazioni giurisprudenziali si attagliano poco o male).

Ed è ulteriormente criticabile nella misura in cui si fonda, in modo spesso fideistico, sulle massime giurisprudenziali, quasi si trattasse di "sub regole" di immediata e generalizzata applicazione, senza neanche lo sforzo di verificare, attraverso la lettura delle sentenze per esteso, se quei principi di diritto, riassunti

in pochi e, spesso, complessi periodi, siano realmente impiegabili anche nelle vicende oggetto di causa, o se non vi sia, invece, solo una vaga assonanza, idonea a portare fuori strada chi volesse farne un utilizzo non adeguatamente ponderato.

Ma è un approccio sbagliato (al cui diffondersi, probabilmente, non sono estranee le attuali modalità di preparazione al concorso in magistratura e gli stessi criteri selettivi in quella sede seguiti: ma sul punto mi limito a quest'apodittica affermazione, la cui dimostrazione richiederebbe una trattazione a parte), anche perché rinuncia in partenza ad ogni possibile lettura personale dei dati normativi, cercando – forse anche a causa dei carichi di lavoro spesso ingestibili – una soluzione già “pronta”, da trarre da una fonte sicura ed affidabile qual è la Cassazione; o invocando, a conforto delle fisiologiche insicurezze di qualsiasi giudice, una sponda a cui aggrapparsi.

Ovviamente, gli aspetti negativi di quest'atteggiamento che mi pare di aver colto non sono ascrivibili ai giudici di legittimità, ma a quelli di merito. E, tuttavia, io credo che la Cassazione debba esserne consapevole.

3. La massimazione

La Cassazione dovrebbe, a mio avviso, ben considerare questa attenzione spasmodica riposta dai giudici di merito alle sue decisioni, e questa tendenza, sempre più diffusa, ad attingervi in modo non sempre adeguatamente critico, e cercare di fronteggiarla mediante una specificazione, quanto meno nelle massime (come, per la verità, a volte capita di leggere), degli elementi di fatto minimi, idonei a delimitare l'area di applicabilità dei principi di diritto affermati.

Solo così, a mio modo di vedere, si potrebbe scongiurare il rischio di un'applicazione meccanica di enunciati, spesso formulati per fini parzialmente o totalmente diversi da quelli in vista dei quali se ne fa applicazione.

Sotto altro profilo, poi, non sono da sottovalutare i pericoli connessi a quello che, a volte, appare un generale scadimento della qualità della massimazione.

Anche in tal caso, nessun intento denigratorio per i colleghi che svolgono un ruolo davvero delicato e complesso; ma è anche loro interesse, io credo, ricevere segnalazioni di disfunzioni o malfunzionamenti del loro ufficio, o semplicemente di aspetti critici, che possono servire per approntare un servizio migliore.

Ed allora, da utente del servizio, mi chiedo, a volte, quali siano i criteri che sovrintendono alla scelta delle sentenze da massimare: capita, infatti, di leggere massime del tutto scontate e ripetitive, che non introducono nulla di nuovo rispetto a giurisprudenze consolidate negli anni; e, al contrario, di non trovare massime ufficiali di sentenze che, invece, elaborano soluzioni originali o affrontano questioni che non trovano immediato riscontro in altri precedenti¹.

Ancora, la lettura delle massime appare, in alcuni casi, davvero ostica: l'ostinato utilizzo di un periodo complesso, fatto di proposizioni incidentali che si susseguono, o di parentesi che racchiudono frasi a loro volta piene di subordinate, rende poco chiara l'enunciazione del principio di diritto, favorendo malintesi o errate interpretazioni.

Al contrario, è da salutare con favore l'utilizzo del richiamo alla fattispecie concreta (preceduta da: *nel caso di specie ...*, o espressioni analoghe), che vale a fornire un'utile contestualizzazione della vicenda.

Addirittura, non sono del tutto rari i casi in cui, a fronte di massime ufficiali che dovrebbero riportare il pensiero della Corte suprema sulla questione di diritto, la lettura dell'intera sentenza porta a scoprire che la decisione del Collegio è stata di inammissibilità del ricorso, con la conseguenza di trasformare un'affermazione di carattere processuale in una (involontaria) affermazione di diritto sostanziale (proveniente, a ben vedere, dal giudice del merito).

4. Le pronunce di rinvio

Da giudice di appello, mi è capitato, ovviamente, di confrontarmi con sentenze di rinvio da parte della Corte di cassazione (e, molto probabilmente, la mia Corte, ma in diversa composizione, dovrà ben presto confrontarsi con il rinvio a seguito dell'annullamento di sentenze di cui sono stato estensore). Sarebbe ben difficile provare a tracciare una casistica delle fattispecie di rinvio, e, addirittura, presuntuoso tentare di indicare vizi o difetti delle sentenze di rinvio. E, tuttavia, nella già citata ottica di offrire un contributo in un rapporto dialettico tra giudici di merito e di legittimità, mi pare di dover segnalare un rischio a cui, sovente, sono esposti i giudici di legittimità.

Nella contrapposizione spesso evocata tra lo *ius constitutionis* e lo *ius litigatoris*, capita non di rado di cogliere una propensione della Suprema corte verso il primo, quasi che quella fosse la sua più nobile ed

1. Un esempio, tratto dall'esperienza concreta di chi si confronta con il contenzioso bancario, è rappresentato da Cassazione, n. 4518 del 26 febbraio 2014, che affronta e risolve il problema dell'onere della prova della natura solutoria dei versamenti in conto corrente ai fini della decorrenza del termine prescrizione dell'azione di ripetizione; sentenza che non risulta ufficialmente massimata, pur essendo ampiamente citata dai giudici di merito, e che, forse anche per questo, risulta contraddetta dall'ordinanza della Sesta sezione n. 2308/2017.

alta funzione, rispetto al livello, più basso, della mera contrapposizione tra le parti, e del caso concreto a cui dare una risposta di giustizia.

Da quest'approccio nascono pronunce in cui la Cassazione fatica a "scendere" al livello della lite concreta, a quel mondo di "carne e sangue" in cui la vicenda reale si è dipanata innanzi ai giudici di merito; e, anche quando coglie nei motivi di ricorso profili idonei a determinare l'annullamento della sentenza di merito, pare proprio che la Suprema corte non possa trattenersi dal discettare dei massimi sistemi, dal tentativo di sistematizzare l'intera materia, fino ad "annegare" il principio a cui i giudici del rinvio dovranno attenersi in un'indeterminata *summa*, fatta di autocitazioni e contrapposizioni a differenti filoni giurisprudenziali², in cui il giudice del rinvio faticherà, poi, a ritrovare il bandolo della matassa per adeguare quei principi, enunciati in modo alluvionale, ai fatti concreti. A questa tendenza sono riconducibili anche quei casi – per fortuna, rari – nei quali malgrado l'annullamento della sentenza della Corte d'appello sia dovuto a motivi in rito, i giudici di legittimità non riescono ad astenersi dall'indicare, in modo più o meno manifesto, anche le ragioni di merito che dovrebbero condurre alla decisione della controversia in un senso piuttosto che in un altro.

Come giudice del rinvio, vorrei confrontarmi con pronunce che mostrino, innanzitutto, "comprensione" della precedente decisione di merito: comprensione non soltanto nel senso di compiuto sforzo di individuazione delle ragioni esposte, più o meno bene, dal giudice di appello, ma anche nel senso di una immedesimazione nella fatica della decisione che accompagna il giudice di merito, e che, sovente, non si presta ad una semplicistica divaricazione tra ragioni di fatto, incensurabili in cassazione, e motivi di puro diritto.

Vorrei, poi, non un'asfittica indagine sulle modalità della motivazione, ma una più ariosa ricerca delle "ragioni della decisione", secondo l'attuale disposto dell'art. 132 cpc.

Vorrei, da ultimo, una puntualizzazione precisa della regola a cui attenersi in sede di rinvio.

5. Le sentenze manifesto

I giudici della nostra Corte di cassazione sono, com'è a tutti noto, oberati da una mole di lavoro che

non ha equivalenti nei carichi dei giudici delle Corti supreme di altri Paesi.

È noto, ancora, che proprio questi carichi di lavoro ingestibili stanno alimentando un dibattito all'interno della stessa Corte circa le modalità di redazione dei provvedimenti, ipotizzando, alcuni, effetti di ulteriore aumento di produttività dall'adozione di stili di redazione delle pronunce improntati a maggiore sinteticità.

È, questo, un dibattito tutto interno alla Cassazione, in cui davvero non può entrare chi non si sia confrontato con quel difficile mestiere, se non ricordando che, molto spesso, per essere realmente sintetici (e non superficiali) occorre più tempo.

Ma, a parte tale ricorrente dibattito, da osservatore esterno e da lettore e fruitore delle pronunce della Cassazione non posso fare a meno di notare che anche i giudici della Corte suprema sono spesso vittima di un retaggio culturale, proveniente probabilmente dall'accademia, che induce alla redazione di "sentenze manifesto", veri e propri saggi dottrinari, in evidente contrasto con quell'auspicata sinteticità. Si tratta di una tendenza che, da tempo, viene osteggiata quando emerge a livello di giudici di merito; ma che, pervicacemente, riaffiora anche (o soprattutto) in Cassazione, proprio per la già citata tentazione di privilegiare lo *ius constitutionis*. Sono consapevole del fatto che, a volte, specie quando la Cassazione si pronuncia a Sezioni Unite, per definire una linea giurisprudenziale, è quasi impossibile non sorreggere la decisione con un'articolata motivazione, che, nel dar conto degli orientamenti contrastanti sino a quel momento maturati, cerchi di rafforzare il proprio *decisum* anche attraverso il superamento di ogni possibile obiezione.

E, tuttavia, i giudici della Corte suprema devono essere consapevoli che le loro pronunce, specie a quel massimo livello, devono poter assolvere anche ad una funzione pratica, vorrei dire pedagogica, e devono essere immediatamente "spendibili" nell'utilizzo giurisprudenziale quotidiano. Ma è davvero difficile immaginare un siffatto utilizzo di sentenze che, pure, affrontano e decidono questioni di rilevantissimo rilievo pratico dando mostra di straordinaria cultura giuridica, ma che non riescono a contenere l'ansia ricostruttiva entro termini accettabili, al punto da dover, poi, redigere quasi una conclusiva "guida pratica alla consultazione", con le istruzioni per l'uso³. Retaggio dell'accademia, o narcisismo dell'estensore, sta di fatto che passaggi di fondamentale importanza di pronunce che sono destinate a segnare l'evoluzione

2. Perché non si pensi ad una generica ed indimostrata tirata polemica, si veda, per un caso concretamente capitato al mio ufficio, Cassazione n. 17143/2012 del 9.10.2012.

3. Si pensi a Cassazione civile, sez. un., 12/12/2014, n. 26242 in tema di rilevanza delle nullità contrattuali.

giurisprudenziale per i prossimi decenni restano misconosciuti e, praticamente, non utilizzabili.

6. L'instabilità giurisprudenziale (la "mono"filachia)

Alcuni settori della giurisprudenza civile sono stati (e sono) caratterizzati, negli ultimi anni, da una particolare instabilità, dovuta, in massima parte, all'accelerazione di fenomeni di mutamento della società, rispetto a cui il diritto (quello enunciato nelle leggi, ma anche quello affermato nei tribunali) cerca faticosamente di tenere il passo.

Si tratta di un'affermazione agevolmente verificabile, ad esempio, nell'ambito delle controversie bancarie o in quelle relative a responsabilità medica, in cui l'evoluzione della società ha impresso un mutamento alle interpretazioni giurisprudenziali, passate (come nei movimenti di un pendolo, che si spera possa prima o poi raggiungere, se non un punto di perfetta stabilità, quanto meno ambiti di ragionevole oscillazione) da un atteggiamento assolutamente ostile a rivendicazioni dei clienti o consumatori nei confronti delle banche, ovvero dei pazienti nei confronti delle strutture sanitarie e dei medici, a posizioni spesso diametralmente opposte.

Altrettanto significativa appare l'evoluzione della giurisprudenza in materia di famiglia, nel tentativo di tener dietro al cambiamento del costume sociale.

Ora, a fronte di tali rapidi mutamenti, è naturale che il giudice di merito rivolga lo sguardo alla Corte suprema, per ottenere, quanto prima, indicazioni utili, individuazione di percorsi giurisprudenziali lineari, superamento di contrasti.

Da ciò una prima riflessione: sarebbe necessario che in sede di "spoglio" dei ricorsi in Cassazione vi fosse la sensibilità e l'esperienza (che può venire, a mio avviso, solo dall'aver percorso le tappe della giurisdizione di merito, soprattutto nel grado di appello, e dal provenire, in concreto, da quelle esperienze) per individuare prontamente le questioni che meritano una decisione veloce, in quanto idonee ad influenzare le future decisioni di merito. Si tratterebbe di un modo di procedere in grado anche di svolgere una funzione di economia processuale globalmente intesa, perché è del tutto evidente che affermare quanto prima possibile principi di diritto in materie nuove e controverse nel merito può valere a ridurre anche il numero delle decisioni difformi e, quindi, delle impugnazioni. E potrebbe, persino, ipotizzarsi una sorta di

informale (o anche, in qualche modo, formalizzato) collegamento tra le Corti d'appello ed il ruolo della Cassazione, allo scopo di segnalare le questioni per le quali appaia auspicabile un intervento prioritario dei giudici di legittimità.

Ma, a parte ciò, e nel contesto attuale, si ha la sensazione, a volte, che la Suprema corte non solo non sia attrezzata per operare in tal senso, ma che lavori in modo da incentivare l'incertezza giurisprudenziale.

Nessuno può essere tanto ingenuo da stupirsi per contrasti giurisprudenziali, spesso inconsapevoli, in presenza di numeri tanto elevati quali quelli con cui si fronteggia la Cassazione civile. Ciò che, però, a volte lascia stupiti, ad una indagine un po' più attenta, è il manifestarsi di orientamenti giurisprudenziali che fanno capo a singoli presidenti o, addirittura, a singoli consiglieri, e che sembrano volutamente prescindere dalla giurisprudenza della Corte. Forse anche per effetto del ruolo più pregnante che i singoli consiglieri sono andati assumendo in ragione dell'attività della Sesta sezione, sta di fatto che – sia consentita la battuta – a volte pare di trovarsi in presenza di una "mono"filachia, piuttosto che di una *nomofilachia*; di uno sforzo, cioè, di affermare e diffondere un proprio (legittimo) punto di vista, piuttosto che garantire l'uniformità del diritto e dell'interpretazione.

7. La rimessione alle Sezioni Unite

Ciò avviene in tutti quei casi in cui, improvvisamente, la Cassazione si distacca da propri orientamenti stabili (che non vuol dire, evidentemente, immuni da possibilità di critiche o revisioni), sotto la spinta (che traspare in controtuce per chi sia appena un po' addentro ai percorsi giurisprudenziali) di singoli consiglieri o singoli presidenti. Si tratta di scelte che, a prescindere dal merito delle soluzioni adottate, generano negli operatori (giudici del merito, ma anche e soprattutto avvocati) sconcerto, nell'incertezza tra l'affidamento in consolidate interpretazioni e l'adesione alla giurisprudenza più recente⁴; scelte, proprio per questo, capaci di generare contenzioso su contenzioso.

Il giudice del merito, al contrario (ma certamente anche l'avvocatura), auspicherebbe che, ove un orientamento più volte affermato nel passato risulti (come è del tutto naturale che possa avvenire) non più appagante, l'eventuale mutamento di giurisprudenza passi attraverso il vaglio delle Sezioni Unite, in modo da offrire una (relativa) stabilità al nuovo corso.

4. In ambito bancario, si pensi alle sentenze della I Sezione civile del 2016, in materia di contratti cd. monofirma (cfr. in particolare 5919/2016); in materia di famiglia, si pensi alla recentissima sentenza, sempre della I Sezione civile, relativa alla determinazione dell'assegno divorzile (Cassazione 10 maggio 2017 n. 11504).

8. Una modesta proposta

Mi pare, a questo punto, evidente che, dal mio punto di vista, sarebbe quanto mai opportuno un confronto, un dialogo, uno scambio sempre più intenso tra giudici di merito e giudici di legittimità (ma anche tra giudici di merito di primo e secondo grado).

Un ruolo importante lo può svolgere, in questo ambito, la formazione, centrale e decentrata: è da vari anni, del resto, che vengono organizzati corsi (una volta, quelli gestiti dal Comitato scientifico del Csm; ora, quelli organizzati dalla Ssm) finalizzati proprio ad esaminare i rapporti tra legittimità e merito.

E, tuttavia, io penso che, per quanto meritorie, tali iniziative siano, alla prova dei fatti, insufficienti: sia in ragione del numero dei partecipanti coinvolti, necessariamente limitato; sia per le modalità stesse in cui tali corsi si svolgono, che non possono prescindere da strutture didattiche che, per quanto nel tempo aggiornate e riviste, finiscono inevitabilmente per risentire di un approccio di tipo, più o meno marcata-mente, “scolastico”.

Ciò che è mancato, a mio modo di vedere, sino ad ora, è una vera e propria contaminazione tra i gradi della giurisdizione. Eppure, a tutti i livelli della formazione sono ormai da anni sperimentati, con buoni

risultati, *stages* formativi sul campo, che prevedono, cioè, la fisica presenza del “discente” accanto al “docente” sul luogo di lavoro.

Forse, sarebbe il caso di sperimentare qualche forma di *stage* anche nei rapporti tra i gradi di giurisdizione: penso che la partecipazione, come meri “uditori”, dei giudici di primo grado ad alcune Camere di consiglio della Corte d’appello, e, più ancora, dei giudici di appello a quelle della Corte di cassazione (come del resto già fanno anche i Mot), offrirebbe spunti di riflessione e occasione di rimediazione (prima ancora che della propria giurisprudenza) dei propri approcci al lavoro, molto più significativi della mera partecipazione, per quanto dialettica, a corsi di formazione teorici.

Allo stesso modo, sarebbe quanto mai auspicabile che i consiglieri della Corte di cassazione fossero sistematicamente coinvolti dalle strutture territoriali della Ssm in iniziative rivolte ai giudici di merito, da articolare per distretti e per aree tematiche: questo consentirebbe alla Cassazione, complessivamente, di conoscere per tempo il maturare di nuovi orientamenti di merito, di intercettare prontamente sensibilità differenti rispetto agli assetti di legittimità, di offrire “sul campo” un contributo qualificato e di segnalare ai giudici di merito i più ricorrenti errori riscontrati nell’esperienza quotidiana.

Il giudice di merito e la Corte di cassazione: alla ricerca della nomofilachia perduta

di *Bruna Rizzardi*

Di cosa ha bisogno il giudice di merito quando si confronta con le decisioni della Corte di cassazione? È sufficiente avere a disposizione una vastissima mole di materiale giurisprudenziale, o serve altro?

Un tentativo di visione dalle retrovie della funzione nomofilattica della Cassazione.

1. Il giudice di merito rischia costantemente di avere una visione “strabica” nel processo: guarda contemporaneamente davanti a sé – a quello che accade nello sviluppo processuale – ma non può impedirsi di guardare in alto, e cioè a come, le proprie decisioni, verranno valutate nei gradi superiori.

Al di là delle visioni plastiche, l’essere inseriti in un sistema che conduce – alla fine – ad un confronto con le decisioni della Cassazione, fa procedere per verifiche continue, posto che (quasi) ogni decisione dà potenzialmente voce ad un “precedente”: rendersi conto di essere parte di un sistema così strutturato, non può che far vedere – dal basso – la Cassazione come vertice che deve dare fisiologicamente indirizzi, possibilmente coerenti.

Far parte di un sistema, condividere regole e prassi significa lavorare per la sua coerenza, per l’omogeneità, nella consapevolezza che questo avvicina il più possibile ad un ideale di “prevedibilità” delle decisioni, inteso come sforzo massimo possibile di dare risposte di giustizia uguali per tutti.

Nomofilachia, dunque: niente di nuovo, ma è innegabile che, nell’ottica del giudice di merito, questa funzione della Cassazione continua a rappresentare un dato imprescindibile, ed è con questa visione che nella prassi quotidiana il giudice si confronta con “il precedente”.

2. Ed è a questo punto che i (veri) nodi vengono al pettine.

Un giudice di merito di lungo corso non può che constatare come lo spazio delle decisioni della Cassazione nel lavoro quotidiano sia cresciuto esponenzialmente: da un moderato uso delle banche dati (Italggiure *in primis*), si è passati negli anni ad una diffusione sempre più rapida delle decisioni (massimate o no), tanto che l’aggiornamento sull’“ultima” giurisprudenza viene servito praticamente a domicilio, considerata l’opera di informazione continua recapitata direttamente via mail dalle varie formazioni decentrate, dai dibattiti sulle liste, dalle riviste *online*.

La possibilità di confronto immediato attraverso gli strumenti informatici è un dato ovviamente positivo: la circolazione di decisioni, lo scambio di informazioni, ragionamenti, casistiche è una preziosissima risorsa che colma distanze (anche geografiche) e riequilibra posizioni; nel flusso di informazioni “verticali” (dalla Cassazione) si inseriscono quelle “orizzontali” – ossia lo scambio tra giudici di merito sulle proprie decisioni - con il risultato che ogni giudicante ha, in caso di bisogno, una vastissima mole di dati ai quali attingere in caso di necessità.

Ciò che caratterizza questa situazione non è soltanto la quantità dei dati a disposizione, ma la conoscenza quasi in tempo reale delle decisioni della Corte, arricchite – in tempi altrettanto rapidi – da commenti, note e dibattiti.

Come si muove il giudice di merito in questo panorama, che presenta – ed è inevitabile – contraddizioni, aporie, contrasti? Come guarda – come si diceva in premessa – verso l’alto, soprattutto se dall’alto

la ricchezza degli stimoli è costantemente accompagnata dalla loro direzione spesso non univoca?

Nomofilachia, questa sconosciuta?

Viene da pensare che più il panorama è complesso, più ricca è la mole dei dati, e più facile è la tentazione di limitarsi a “cercare”: il materiale giurisprudenziale (intendendo con ciò la produzione della Cassazione arricchita da note, commenti e dibattiti) rappresenta una sorta di ghiotta offerta del mercato, nella quale muoversi alla ricerca di “ciò che serve”.

Cercare tra i precedenti è un po’ una prassi quotidiana: è normale che il giudice di merito davanti ad una questione interpretativa di norme, sostanziali o processuali, magari partendo da una propria visione della questione, “cerchi” un precedente che la supporti.

Ed all’interno dell’offerta – come si diceva – c’è solo l’imbarazzo della scelta: si troverà più o meno qualsiasi cosa (specie se si parte da un pre-giudizio), e spesso ci si troverà a scegliere in base ai criteri più disparati (l’ultima Cassazione, l’indirizzo maggiormente consolidato, una vecchia giurisprudenza tornata in auge, una rivisitazione alla luce della penultima decisione ...).

Il giudice di merito rischia così di diventare un mero fruitore passivo di decisioni altrui, alle quali non “partecipa”; rischia di diventare cioè un mero consumatore di massime, un passivo esecutore di un’operazione matematica già tutta impostata dalla Cassazione.

In uno schema del genere le decisioni della Cassazione potranno anche aiutare il singolo giudice, ma non credo che aiutino il sistema.

3. Vorrei invece provare ad affrontare la situazione rovesciando la prospettiva e tornando, contemporaneamente, a guardare al “sistema” nel suo complesso.

Essere inseriti in un sistema significa, anzitutto, partecipare alla sua vita ed al suo evolversi, significa far tesoro delle diversità, partendo da ciò che c’è dietro di esse, ossia il ragionamento che ha condotto ad una decisione.

Nel leggere, a volte, sentenze di Cassazione che sono basate su lunghi “elenchi” di precedenti conformi, quello che sfugge è proprio il senso della decisione, la comprensione del “perché” di quella decisione, che non sia un mero rimando a quanto già deciso; così facendo si ricade nell’operazione matematica, nel “prodotto” autoreferenziale, servito al giudice di merito/consumatore.

Decidere, per il giudice, significa invece poter ragionare contando sulla conoscenza dello “stato dell’arte”; e per fare questo ha bisogno di avere davanti a sé decisioni della Cassazione che diano conto

del dibattito in corso, di quali siano gli argomenti in discussione, di *come* si arrivi ad una od all’altra interpretazione: il giudice deve potersi muovere ragionando in un percorso riconoscibile, che consenta scelte argomentate.

Con questo approccio, “scegliere” per il giudice di merito non è più un’operazione passiva, perché la sua decisione si inserisce in una corrente che procede a due sensi: vista dall’opposta prospettiva, ossia dal punto di vista della Cassazione, una decisione del giudice di merito potrebbe a sua volta diventare un elemento propulsivo, fornendo un contributo vero (non un numero da inserire in una lista), proprio perché si inserisce in un dibattito e non lo subisce.

In questa ottica, il tempo diventa una risorsa preziosa: ci vuole tempo per ragionare ma anche spazio per argomentare in termini non omogenei, procedendo per tentativi; bisogna lasciare, insomma, al giudice di merito la possibilità di collocare la propria decisione in un terreno da coltivare, fino a quando le argomentazioni conducano – allora sì – alla condivisione diffusa e finiscano per formare “giurisprudenze” (al plurale), e, infine, a decisioni della Cassazione che rappresentino veramente il prodotto di un sistema.

In quest’ottica, paradossalmente, la coesistenza di interpretazioni non uniformi non rappresenta un dato negativo, di incertezza, ma una possibilità, e, plasticamente, un “momento” utile: purché, cioè, le decisioni rappresentino la propria “storia”, la propria origine, esse saranno sempre fattori propulsivi, perché genereranno sempre decisioni a loro volta dinamiche e non mere passive ricezioni di indirizzi.

Certo, nella dinamica del sistema, se un indirizzo non diventa, nel tempo, quello maggiormente condiviso e permane il contrasto, la risposta sono le Sezioni Unite, ma la maggiore “tolleranza” – per così dire – nel tempo delle interpretazioni difformi e l’apporto a due sensi – nei termini sopra descritti - alla creazione degli indirizzi a contrasto farebbe diventare l’intervento delle Sezioni Unite quello che dovrebbe essere, ossia un punto fermo, autorevole e nodale al termine di una elaborazione completa di indirizzi contrastanti.

È invece frequente il ricorso prematuro alle Sezioni Unite, come risposta immediata all’insorgere dei contrasti, in un malinteso senso della nomofilachia, più vicino alla censura che alla tensione all’interpretazione uniforme del diritto: così le Sezioni Unite liberano dalla paura delle interpretazioni non uniformi, ma lo fanno inibendo la progressiva emersione dei problemi.

È emblematico, in questo senso, constatare quante decisioni di rimessione alle Sezioni Unite siano intervenute, negli ultimi due/tre anni di intensa produzione legislativa (sostanziale e processuale) praticamente a ridosso delle “prime” interpretazioni delle

nuove norme¹; non si comprende francamente perché aver fretta di dirimere subito questioni interpretative, senza nemmeno dar tempo di maturare riflessioni ed argomenti, come – appunto – voler scongiurare sul nascere (nel senso letterale, ossia dalla nascita delle prime interpretazioni di una norma) il formarsi di giurisprudenze contrastanti, quasi identificando questo come il vero problema del sistema.

4. Traendo delle conclusioni, mi pare di poter affermare che tutti noi, parti del sistema, condividiamo l'essenzialità della funzione nomofilattica della Cassazione; bisogna però capire quale sia il modo più efficace e proficuo – sempre nell'ottica complessiva del sistema – per far arrivare al giudice di merito la risposta ai suoi dubbi: per strada stretta del “catalogo” – agile, forse, sia per la consultazione che per la redazione delle motivazioni – o attraverso la paziente ricostruzione di percorsi, per consentire sviluppi e interazioni a due sensi?

Affrontare e capire un problema non è solo un esercizio intellettuale: certo, può esserlo, ma è, nella prassi, un'operazione funzionale ad una decisione; non bisogna dimenticarsi, però, che decidere – l'essenza del lavoro del giudice – è azione che ha un'origine ed una direzione: da un lato è il risultato di una riflessione, che si “nutre” degli aiuti disponibili (giurisprudenza in tempo reale, condivisioni via *mail*, commenti, formazioni, incontri), dall'altro si inserisce nel flusso dei dati che compongono il sistema, via via fino – eventualmente – ad una decisione della Cassazione.

Per il giudice di merito, ridurre la decisione alla scelta da un catalogo significa, in prospettiva, inserire un altro prodotto; così facendo si restringe la visione del sistema, e si perde di vista l'importanza che ha, invece, poter far parte di un percorso definito, con un'origine – appunto – ed una direzione: e quel percorso non può che essere tracciato dalla Cassazione, ossia da chi istituzionalmente è posta al vertice del sistema con questo esatto ruolo.

Nomofilachia, insomma.

1. La III Sezione della Cassazione rimette alle Sezioni Unite – con tre distinte ordinanze del 7.5.2015 – problemi interpretativi derivanti dalle prime applicazioni dell'art. 131 *bis* cp (introdotto con d.lgs 16.3.2015 n. 28, entrata in vigore il 2.4.2015), dunque ad un mese di distanza dall'introduzione della norma; la VI sezione rimette alle Sezioni Unite, con decisione del 17.5.2015, questioni relative all'istituto della messa alla prova, introdotto con L. n. 68 del 28.4.2014, entrata in vigore il 17.5.2014.

La Cassazione multifunzionale nella compiuta globalizzazione socio-economica (diagnosi e prognosi progredienti, al di là del puro anelito di nomofilachia)

di *Claudio Consolo*

La ricognizione delle criticità dell'attuale processo civile di cassazione viene condotta sulla base del richiamo, anche storico, dei diversi modelli di corti supreme e dell'opzione, infine affermata in Italia, per il modello cassatorio solo rescindente e fortemente verticalizzato. All'analisi critica delle innovazioni procedurali introdotte nell'ultimo decennio, in funzione del superamento di quelle criticità, si accompagna la formulazione di alcune proposte: dall'accentramento dei rinvii prosecutori davanti ad un giudice *ad hoc*, alla razionalizzazione di alcuni termini processuali, alla reintroduzione della pubblica udienza per i regolamenti di giurisdizione, specie quelli internazionalistici, all'abbandono del criterio dell'autosufficienza del ricorso, alla irrilevanza degli *errores in procedendo* non tradottisi in violazioni del giusto processo.

1. Le origini della scelta per il modello cassatorio e dei suoi temperamenti

Per adempiere ad una cortese, quanto impegnativa proposta di un *report* che faccia il punto nautico di mutevole cammino, con dovuta nettezza e concisione e senza una esplicita attenzione ad una dilagante bibliografia, ovviamente tenuta presente e quando occorra echeggiata, iniziamo col dire che entrambe le scelte costituzionali di settanta anni fa si sono rivelate troppo impegnative e troppo strette. Sia quella del modello di un ultimo grado di pura legittimità e (almeno tendenzialmente) solo cassatorio; come pure quella – tanto più discussa e criticata, nata allorché gli avvocati erano troppi da decenni ma forse un settimo di oggi – di garantire l'accesso contro ogni sentenza civile in senso logico-giuridico, relegando codice e legislatore a disciplinare solo il "poi", cioè le modalità del successivo "pieno" giudizio, eventualmente in modo un poco differenziato. Come sta appunto avvenendo, fra il 2006 e il 2016, sia pure al costo di crescenti complicazioni procedurali (che affaticano forse più i magistrati e i dirigenti degli avvocati). Poiché tutto deve poter entrare, oltre la soglia aperta, in base alla complessa apposizione di marcatori, con un quadruplice *switch*, avremo i quattro riti-regimi

diversi: quello dello spoglio in Sesta per i casi di *default* (seppur anche per manifesta fondatezza); quello camerale scritto ma muto (anche adducendo che la argomentazione a voce è più adatta alle questioni di fatto, mentre il diritto si pondererebbe meglio *in scriptura*) nelle varie Sezioni; quello con oralità e repliche al procuratore generale che infine conclude per primo e deve sempre esserci; quello in Sezioni Unite, non mutato (salvo per le repliche orali al pg). Il dibattito sull'art. 111 co. 2 e sui suoi protagonisti lo ricordano bene tutti, e forse fu un po' troppo rapido e reciso, da entrambe le parti (Calamandrei e Leone per intenderci).

Vi fu sul concetto di giudizio finale di legittimità invece *illo tempore* un amplissimo dibattito postunitario, al cospetto allora della adozione di modelli differenziati nello ordinamento giudiziario degli Stati preunitari (e di una ancora avvertita eco rivoluzionaria in quello francesistico della Cassazione solo rescindente perché "pura" custode della legge e del potere di normazione, benché non assiso sulla sovranità popolare; per converso, il modello delle Corti supreme, quali sedi di un ultimo appello, presentava ascendenze di schietto diritto comune e poco compatibili con la novità del compimento del moto risorgimentale, trovando un modello nel Lombardo-Veneto, e in qualche staterello minore).

Tutto questo è ben noto e, seppur non di recente, ben studiato in dottrina. È una constatazione di fatto che la figura del ricorso per cassazione, specie nel nostro contesto di antichi *mores* legali e in un *humus* socio-economico tanto diverso da quello dei due Paesi nordici in cui il modello della Cassazione/*Revision* – quest’ultima già meno pura – era giunto a ben radicarsi, difficilmente poteva assumere le funzioni proiettate verso l’attuazione uniforme del diritto oggettivo nazionale e del principio sincronicamente egualitario. Mentre era certo e financo voluto che il modello francese – nato in epoca monarchica, prosperato per effetto della rivoluzione, divenuto in seguito endo-giurisdizionale ma sempre esterno al rapporto processuale – si adattasse metamorfologicamente poco alla (*rectius*: alle) società della nostra penisola assumendo – salvo proprio nella Napoli, rimasta al modello costituzionale francese del 1807 – curvature nettamente inclini verso il potenziamento dello *jus litigatoris* (per equivoca e multisignificante che questa espressione così fortunata debba reputarsi: con Whitehead: cerca la semplicità e poi... diffidane). Questo era tanto più vero allorché la pur offerta scelta degli Stati sardi per quel modello (anche perché conservato e sviluppato dalla Restaurazione nella patria di origine) si legò alle varianti moderne post-1837 e si estese, quasi per inerzia, all’Italia intera, con l’appoggio post-risorgimentale di Pisanelli e nonostante le opposizioni, specie lombardo-venete. Si volle il taglio con il passato, ma con un giudizio ormai depurato da ogni valenza meta-giurisdizionale. Donde anche il potenziamento pretorio, via via, del controllo sul vizio motivatorio.

2. La peculiarità del nostro giudizio di ultimo grado rispetto al modello cassatorio puro: la natura fortemente verticalizzata e il ruolo immanente assegnato alla Suprema corte

Nel 1940, in chiave autoritaria avvengono cose importanti nel cpc, all’art. 360, e nel Regio decreto sull’ordinamento giudiziario, al celebre art. 65, sotto l’egida di Calamandrei autorevole ma anche (almeno allora) non poco sensibile al clima autoritario, sull’onda della unificazione romanocentrica di vent’anni prima e se vogliamo del magistero mortariano, ma soprattutto potendosi far forte dei riflessi rafforzativi della qualità dei giudizi quali propiziati dai caratteri di concentrazione e immediatezza del giudizio di primo grado (come tenne a mettere in risalto Andrioli nella introduzione alla ristampa del Trattato sulla Cassazione di Calamandrei, dando conto anche dei dissensi di Segni e soprattutto di Sat-

ta). La ritrovata curvatura verso la garanzia di quello che spesso (per approssimazione, ma ci intendiamo) si dice lo *Jus Constitutionis* non poteva essere più netta nel detto art. 65 ord. giud. e nel singolare non casuale chiasmo che esso, ad attenta osservazione, rivela: non custodia della esatta interpretazione e della uniforme osservanza – espressioni ben compatibili con il consueto compito giurisdizionale della tutela dei diritti applicando la legge –, ma uniforme interpretazione (vana essendo, o ritenendosi, qui la ricerca dell’“esattezza”) e, quasi militarmente, esatta osservanza. E così ci si mosse in consonanza con la conservazione *accentuata* della concezione piramidale-gerarchica della magistratura e con il nuovo (tuttora ignoto in Francia e assente nel vecchio cpc) vincolo al principio di diritto già nel primo giudizio di rinvio e, anzi, con la sua sopravvivenza anche alla sua estinzione in ottica “panprocessuale”. Premesse per un più diffuso *stare decisis*, non più su basi culte (come era per le Corti viste in quest’ottica da Gorla) ma sul terreno dell’autorità costituzionale della Corte di vertice, della interna magistratura. In Francia il giudice di rinvio (e tanto più quello avanti al quale la stessa azione venisse riproposta) può invece da sempre e ancor oggi dialogare a fondo con la Cassazione, almeno in un primo stadio, con piena pariteticità culturale ed esperienziale. E il suo dissenso (non ribellione), mentre giustifica meglio la sopravvivenza di tale fase rescissoria presso le varie Corti di appello distrettuali (anziché in sede accentrata unica, presso la Suprema corte: v. oltre), dà anche luogo a molti, apprezzati, casi in cui le Sezioni Unite, nel secondo ricorso, assegnano la palma della interpretazione più “congrua” proprio al giudice del merito, più vicino alla fattualità clinica della lite di “fondo” anche nei suoi profili giuridici. Nonostante l’importanza di Parigi, “la provincia giuridica francese” – e la sua lunga tradizione di *Parlements* decentrati e di magistrati giansenisti e giuristi federalisti (specie nel sudovest e in Provenza) – mantiene un rilievo ben maggiore là che nello assertivo Stato sabauda – romanocentrico, verrebbe da dire; così come in quella Repubblica francese meno si avverte il peso – seppur *funditus* rimodulato, ma da noi sempre vivo – del legame gerarchico o comunque di una netta scalarità di giochi di ruoli e funzioni di potere (ignoto all’*ancien regime* che aveva il suo sostrato nella *fides* feudale e poi limitò la “galleria degli specchi” e delle vanità a *Versailles*, e che i giacobini non fecero in tempo a contestare stante l’assoluto primato del potere sovrano legislativo delle Convenzioni e la temporaneità dei loro celebri due Comitati). Si noti come, negli altri due grandi ordinamenti adepti del modello cassatorio di fondo, le relative Corti di vertice siano ben meno verticalizzate e, come son solito dire, “immanenti” su tutto

il sistema: ignoti vi sono sia il regolamento di competenza che quello (*recte*: quelli) di giurisdizione, sia la pur limitata (ma nell'ultimo lustro non poco espansasi, nonostante le critiche dottrinali, specie di Riccardo Villata) sindacabilità delle decisioni delle altre, in questo senso tutt'altro che supreme, Corti di vertice, amministrativo e contabile, per tacere del pieno sindacato di legittimità all'esito della giurisdizione tributaria pur speciale. Una Suprema corte di capillare presenza (ben più del prezzemolo cui una volta accennai scherzosamente: *Schmerz und Ernst in Recht*). Il Consiglio di Stato del resto anche lui si tien stretto il suo ruolo immanente, seppur non supremo, e qui non tanto ed inevitabilmente con i regolamenti di competenza (male del resto ... regolati nel C.p.a.) quanto con il pieno appello, neanche reclamo, su ogni genere di misura cautelare, impensabile nel suo tanto diverso genitore di Parigi.

3. Il coesistente ruolo della ricostruzione del fatto in vista della funzione di guida coerenziatrice/specificatrice della Corte

Sia come sia, l'art. 111 co. 2 Cost., voluto da Calamandrei e benché le sue idee si videro in Costituzione fortemente contrastate (non a caso soprattutto per impulso del partenopeo Leone, come ci ricorda documentariamente Scarselli), ha dato una forte e longeva copertura al modello testé a grandissime linee rievocato. E pochi ricordano come, su questi temi, le migliori indagini storico-comparatistiche, quelle di Gino Gorla, abbiano posto in luce che la lunga e fruttuosa tradizione delle vecchie Corti supreme, ben prima che il modello cassatorio si estendesse fuori del regio *Conseil des parties* (esso sì solo parigino) e prima che dilagassero nel XIX secolo i nazionalismi incomunicanti, appariva più aperta e capace di garantire un dialogo intenso fra le Corti nella ricerca delle migliori soluzioni (ragionevolmente) omogeneizzatrici, quindi anche al servizio di una proto-idea di eguaglianza dei litiganti a fronte della *jurisprudence*, formante di potenza inevitabile (benché definita la più detestabile delle creazioni istituzionali del giovane avvocato M. Robespierre, fondatore della moderna stagione della Cassazione nel 1790).

Anche la netta distinzione, oggetto di logomachie infinite e più o meno eleganti e riuscite (come tagliava corto Andrioli nella detta nuova introduzione), fra giudizio di fatto e giudizio di puro diritto – di cui, a varie riprese, e a fisarmonica, la storia del sindacato nel vizio motivatorio sul fatto ridisegna i confini – proprio Gorla dimostrò essere inessenziale

se non addirittura nociva, alla estrinsecazione della funzione di guida della giurisprudenza ad opera dei giudici superiori (ignota nei Paesi dove non si affermò la spinta illuministica e, basilariamente, antigiusprudenziale della Rivoluzione del 1789 – e così in *common law*, nel vasto mondo ibero-americano, nell'est europeo ... insomma in quasi tutto il mondo! –; quella distinzione rimane appannaggio della nostra fascia centrale dell'Europa e si salda al particolare amore per la “pura” riflessione giuridica che connota – quasi affligge – l'area giuridica italo-franco-germanica).

Di recente fu felicemente rimarcato (Irti, *I “cancelli delle parole”*, Napoli, 2015, spec. 27) come le norme, incluse quelle di grado più alto e generale ossia le norme-principii, si applicano per sussunzione e quindi per «riconduzione del fatto concreto alla norma ... e sua considerazione come caso di essa.../la norma/...» si piega «verso il fatto, e lo prende dentro di sé a modo di esempio quasi di prova dimostrativa», sullo sfondo udendosi la eco del passo giovanile leibniziano (nella tesi di dottorato a Lipsia, del novembre 1666, *De casibus perplexis in iure*, II) per cui «*casus definiatur factum in ordine ad jus*»: la nomofilachia è un prodotto clinico, si origina dai casi, esige dunque di prendere le mosse da fatti sì giudicati ma in modo aderente al reale e quindi ricostruiti con motivazioni all'uopo sufficienti, non bastando che esistano, non siano stereotipe ed apparenti ed autocontraddittorie. Se no si farebbe, per altra via, quella che Jhering derideva come clinica giuridica dei «casi fatti per le cappelliere», insomma teste di legno.

Del resto, il divieto assoluto di conoscere del fondo dell'affare, non più pendente in alcun modo, era corollario di quella assoluta distinzione, che faceva della Cassazione all'inizio un organo collaterale del potere legislativo e, poi, un organo quasi più popolato di giuristi che di giudici (non da noi beninteso, dove la tendenza al terzo grado proliferava anteguerra e di nuovo incontrò pochi limiti fra il 1950 e il 2006, specie dopo che nel 1953 l'art. 111 co. 2, Cost. è stato ritenuto *self-executive* dalla Suprema corte). Meno nel mondo tedesco, fortemente invece in quello franco-italiano fino alle novelle del 1990 (in entrambi i Paesi venne meno dunque giusto 200 anni dopo la istituzione del parigino *Tribunal de Cassation*), il supremo giudice nazionale di finale pura legittimità doveva ritrarsi incondizionatamente. E ciò non solo rispetto ad ogni esigenza di riapertura istruttoria ma anche rispetto ad ogni accertamento, ad ogni rilevazione di pur già preformati, e ben utilizzabili pur in base al nuovo cassatorio principio di diritto, giudizi meritali sui fatti di causa ed anche rispetto alla rilevazione di fatti notorii, di fatti pacificamente ammessi e, poi, assai più spesso potenzialmente, di fatti non

contestati, etc. Solo con il nuovo art. 384 si è aperta la via all'immediato e accentrato giudizio meritale post-cassazione quando, appunto, non occorra svolgere nuovi giudizi di fatto, seppure *ex actis*, ma solo rilevarne la intatta e conferente *preesistenza*.

Per incidens, quello che così va verificato – per sincerarsi della applicabilità del nuovo art. 384 – già più non è giudizio di puro diritto ma, anche qui, come per tutti gli *errores in procedendo*, per altro verso, integrerà una seppur peculiare forma, a sua volta, proprio di giudizio di fatto (e agli inevitabili errori nel compimento di tali delicate valutazioni neppure la avvenuta introduzione, già nel 1986, e il relativo potenziamento, nel 1990 e a seguire, della revocazione di decisioni di ultima istanza è valsa a porre rimedio, anche per una certa inconscia ma costante “asfissia applicativa”, va pur detto).

Così come in certe materie di settore, ad es. in punto di ricorsi contro le decisioni disciplinari, lo stesso giudizio cautelare-inibitorio non è *ex se* sempre precluso alla Suprema Corte, sì che – se passerà l'idea che la impugnazione per nullità dei lodi rituali si porti direttamente in Cassazione (progetto di riforma delle ADR di quest'anno) – la relativa inibitoria potrà ben attribuirsi direttamente alla Suprema corte, pur se – ad altri fini – l'art. 373 cpc continua a dislocare analoghe funzioni presso i giudici *a quibus*.

4. Le innovazioni apportate nel decennio 2006-2016: il quesito di diritto e le sue potenzialità, se bene inteso

Veniamo, con ciò, per grandi balzi, all'oggi e alle prospettive evolutive, non più nazionalistiche né verticistiche, che è chiamato ad assumere un rammodernato esercizio, anche in grazia della integrazione Ue, della cd. nomofilachia (altro termine non proprio univoco, ma che riassume lunghi discorsi e che, pur con amore/diffidenza, per la semplicità, ci azzardiamo ad impiegare). Ferme dunque le scelte costituzionali, pur se non ci si deve illudere che almeno a tal riguardo esse, e la loro stessa ubicazione in un contesto reso ancor più rigido dalla riforma costituzionale del “giusto processo” del 1999, fossero e/o continuino a rivelarsi di assoluta felicità e proficuità; fermo altresì, almeno nel medio periodo (diciamo per i prossimi 20 anni), il dato rilevantisimo del numero spropositato di avvocati cassazionisti e la loro non specializzazione (dato sistemologico stridentissimo con gli altri due Paesi caratterizzati dal modello cassatorio di puro diritto); ferma, infine, la impossibilità organica di aggiungere altre nuove sezioni civili alle 5 + 1 attualmente all'opera alacre e/o di ingigantirne ancora la composizione... che si è fatto e che cosa gioverebbe

fare ancora? Almeno a titolo di prima concretizzazione esemplificativa. Per queste ragioni la Cassazione civile italiana ricorda un poco un grande elefante, dalla memoria storica lunga, ma di enorme stazza – mentre, più o meno, tutte le altre Corti supreme sono animali di piccola taglia, molto più agili –, sì che solo la sua sensibile proboscide gli assicura movenze più strategiche ed in questo troviamo adatto che le innovazioni vengano, direttamente od indirettamente, concepite *ab intrinseco*, come nel 2006, 2009, 2012, 2016.

a) Fra queste novità la più *soft*, eppure più positivamente influente, appariva la prima, quella sull'onere di un pertinente quesito di diritto. Con esso non si vuole abbandonare la fattispecie concreta e spesso una scaturigine intrisa di suggerimenti ermeneutici che solo un giudizio di fatto non superficiale o insufficiente può vivificare nel moto dal concreto alla tipizzazione astratta (secondo il “circolo” gadameriano-esseriano che mal si addice a questioni di puro e liofilizzato diritto, a conferma della prospettiva storica gorliana di ermeneutica di omogeneizzazione della giurisprudenza ma radicata nel fatto ben ricostruito), ma si esige un finale sforzo di astrazione e di allargamento generalizzabile dell'orizzonte di senso applicativo. La interpretazione normativa, e più ampiamente la opera ermeneutica del giurista, appartiene, al pari di quella dei musicisti (Pugliatti, in polemica con Parente, e in *common law* Franck sospinto dal compositore austriaco emigrato Krenek), al *genus* performativo di uno o anche molti contemporanei testi: nel dar loro vita e concretezza (una endiadi) attraverso la nomopoiesi, cioè la ricerca-*inventio* della norma applicabile al caso, ossia al fatto selezionato che si proietta verso una regola, spesso assai complessa, ogni giudice, Cassazione non esclusa, non può far opera di pura e appartata riflessione giuridica. La garanzia contro l'arbitrio (cui potrebbe condurre sia la guida di vertice sia il sottostante carattere decentrato, processo per processo, della specificazione del dettato normativo, più o meno evidente a seconda degli ordinamenti, ma sempre presente) risiede principalmente nel carattere collettivo e polifonico – sia nel tempo che nello spazio (sincronico e diacronico) – nonché nel conseguente carattere dialogico, dentro e fuori il mondo giurisdizionale, della ricerca del senso giuridico degli enunciati contenuti nel documento legislativo. La partecipazione di tutti i consociati, dei loro consulenti ed avvocati (giuristi proponenti) – oltre e prima che dei giudici (giuristi giudicanti) –, a questo lavoro continuo di espressione concreta dell'ordinamento giuridico, assicura a tutti che la volontà del legislatore, di qualunque legislatore sia legittimato ad operare entro quel dato ordinamento (democratico o meno che esso sia), non venga tradita, o almeno che ciò non possa accadere per il mero arbitrio di uno o più

organi giurisdizionali ma solo in base ad un fenomeno partecipativo più o meno ampio. Di questo sforzo collettivo e pluralistico il processo giurisdizionale, e in cima il giudizio di cassazione, è momento saliente. Ma non esclusivo ed inoltre questo ruolo centrale non è giocato dal singolo processo, ma dall'intreccio sincronico e diacronico di tanti dibattiti giudiziari e di tante sentenze e correlate vicende impugnatorie (appelli, cassazioni, rinvii, etc.), nonché degli echi dottrinali che esse provocano e, più ancora, dei riflessi che se ne avranno in successivi processi in cui ricorrano le medesime o analoghe questioni giuridiche, anche attizzando la fantasia degli avvocati. Il processo giurisdizionale solo semplicisticamente è quindi detto mezzo e strumento di attuazione del diritto sostanziale e la Suprema corte quale sua guida; a meglio vedere il moto delle cose nella loro mai dipanabile del tutto e tanto screziata tessitura, il processo e i suoi precedenti rimangono momento per eccellenza (non esclusivo, eppure eminente anche negli ordinamenti che si dicono – di nuovo con una approssimazione – “a diritto scritto legislativo”) del plasmarsi dell'ordinamento giuridico.

Il diritto processuale, poi, regola sì i modi del processo (o meglio: dei vari tipi di processo), ma esso pure non è solo enunciato legislativo o codicistico, bensì la risultante di un proprio precipitato concretizzatore di interpretazione, il quale qui però – per l'oggetto stesso della norma che deve scaturire dalla interpretazione (volta a regolare il processo) – si compie pressoché per intero ad opera di giudici ed avvocati nel processo, e non anche innanzitutto nella società e in via diffusa: una interpretazione, insomma, a polifonia solo ristretta (e un poco corporativa), che può con facilità subire il rischio grave di arbitrii o fossilizzazioni (il cd. *Stylus Curiae*) che acuiscono particolarmente, nel campo del diritto processuale, lo scarto fra diritto *on the books* e diritto *in action*. Ciò avviene dunque proprio per la ristrettezza del campo degli interpreti che possono interloquire efficacemente al riguardo e, più ancora, a cagione dell'interesse pratico che può accomunare giudici ed avvocati nel discostarsi, eludere – o talora evadere marchianamente – il precetto legislativo.

È stato esattamente notato che «... diversamente dagli altri prodotti umani ... la norma giuridica (una volta che è *presente*) non è affatto indipendente dal comportamento degli uomini a cui essa si riferisce ... le norme giuridiche non vengono immesse nel flusso della storia come prodotti finiti dello spirito umano». «Il complesso sistema di massime di azione, forme di pensiero, misure di valutazione, decisioni di volontà, utensili spirituali, *routine* procedurale, che chiamiamo diritto, non è una *teoria*. È piuttosto una prassi vitale degli uomini ... è sempre ciò che gli uomini, a cui esso si riferisce, fanno di lui» (G. Husserl, *Diritto*

e tempo [tit. orig. *Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays*, Frankfurt a.M. 1995], trad. it., Milano 1998, pp. 35 ss.). Difficile negarlo.

Se questo è il contesto la nomopoiesi non può avvenire mai, e certo non ben producentemente, in un *vacuum* di fattualità.

Francamente errato è stato, invece, estendere l'onere del quesito intimamente giuridico anche ai regolamenti di giurisdizione e, più ancora, alle revocazioni, nonché – qui la pecca era già nella norma – di cercare un suo equipollente anche quanto al vizio motivatorio di cui al n. 5.

Ancor più inappropriato, soprattutto, è stato, nel triennio di vigenza del quesito, aver talora preteso che esso potesse assurgere a progetto puntualissimo e impeccabile di futuro principio di diritto, svolgendo non solo la proposta – tipica di un instante – ma anche la risposta e, ovviamente, quella *ex post* reputata “esatta” da questo o quell'esigentissimo giudicante.

Il quesito andrebbe reintrodotta, direi solo per il n. 3 e, purché non manchi, non a pena di inammissibilità (il suo pregio rileverà tuttavia per la quantificazione delle spese, al pari della famosa concisione).

5. ... e la grave resecazione del controllo motivazionale anche in termini di (minor) effettività della tutela, e i rinnovati ruoli dell'art. 363 cpc

b) La innovazione meno produttiva, per le ragioni già emerse, direi sia la radicale resecazione - sono crude espressioni della Corte stessa - del n. 5 per rendere il controllo della motivazione in fatto raro e ineffettivo, ridotto in sostanza alle omissioni, evidenti o mascherate, e quindi, fra l'altro, con regola applicativamente distonica rispetto alla pure introdotta esclusione del sindacato *ex n. 5* nei casi di doppia statuizione in tutto conforme negli snodi (o non solo nell'esito) della motivazione in fatto. Sia pure con il dovuto *restraint*, magari quasi a titolo esemplare, la assoluta finalità del giudizio di fatto dei giudici di appello (e la sua percezione ormai diffusa) non giova al sistema e al ruolo pienamente giurisdizionale della stessa Cassazione (come ben nota Irti): la radicale insufficienza deve poter essere attaccata, anche perché le parti di tali “cadute” si avvedono molto bene e non comprendono perché una Corte, comunque elefantica, voglia e possa ritrarsene quasi del tutto, rimuovendo un prezioso deterrente e stimolo alla qualità del *fact-finding* meritale.

Anche un equilibrato n. 5 esprime, dopo tutto, una forma di guida della giurisprudenza, non in *apci-bus iuris* eppur preziosa.

b1) Il sindacato sulla applicazione sia delle clausole

generali sia più latamente dei concetti giuridici a fattispecie indeterminata esprime un acquisito¹, ed irrinunciabile, terreno di applicazione di una moderna nomofilachia del concreto, al servizio invero specie delle scelte e comportamenti futuri sia personali sia economici. Una amputazione-resecazione tanto marcata, quanto dopo il 2012 le Sezioni Unite hanno professato, nell'accostarsi ai fatti della causa e alle loro ricostruzioni, priva di retroterra quel sindacato e lo vota al rischio di generica declamatorietà. È vero che un esame del fatto lo si ha, se no a monte del n. 3 andrebbe dedotto un vizio di n. 5, ma se quell'esame ha originato ricostruzioni piatte od evanescenti, come applicare ad esse la *ars specificandi et distinguendi* di cui la concretizzazione della clausola abbisogna, e da cui la Suprema corte non deve estraniarsi sol per non contaminarsi.

La svolta, da alcuni tanto auspicata, ancora non è stata valutata in tutti i suoi risvolti effettuali, taluni decisamente non augurabili. Si consideri che la Cassazione francese, invece di contrapporre in modo filisteo fatto e diritto, lavora soprattutto nella area di congiunzione, con le varie aperture cassatorie fra cui quella della "*manque de base legale*" viene considerata *pierre de tache* dell'intero istituto cassatorio. Miglior cosa è consentire - magari con la formula "grave insufficienza" nel n. 5 - forme di controllo anche da noi più selettivo e non meccanicistico, ma pur sempre capace di evocare quel concreto che è dopo tutto connotato di ogni ben proporzionato *jus dicere* (non assente infatti, anzi, neppure nella fase *in iure* della *iurisdictio* formulare classica in Roma).

La centralità del merito, anche in sede di nomofilachia, ivi quanto meno prospetticamente, a me appare un diretto corollario del canone generale della effettività della tutela e pur la ragionevole durata acquista valore reale se ciò che si attende (non troppo) è una adeguata decisione del merito, anziché sue svariate declinatorie od ablatorie.

c) Non torneremo in questa occasione a considerare né l'operato demandato alla sezione VI (che evoca il modello antico e ricorrente delle "camera delle richieste" di formazione o più strette o *juniores*) e neppure le adunanze non partecipate che si svolgeranno (grossomodo) per il 75% circa (?) dei residui casi presso le altre cinque sezioni (che pure hanno precedenti nelle proposte di tarpare la loquela degli avvocati e dei procuratori generali avanti la Cassazione di Napoli, che peraltro - essa sì - era conosciuta e conservata sul modello francesistico-muratorio del 1807, tutto teso allo *Jus Constitutionis*, a differenza della Cassazione piemontese tarata sul modello parigino del 1837).

d) Quanto all'antico lineamento dell'art. 363, la sua rivitalizzazione normativa, non più recentissima (2006), e quella organizzativa, spronata dalla novità della relativa infrequenza della udienza pubblica (2016), non consentono ancora di valutare quanto grande sarà l'apporto non solo (e qui non tanto) alla uniformazione della giurisprudenza quanto soprattutto alla evoluzione delle soluzioni arretrate o poco soppesate. Prezioso è arare, ad opera del Procuratore generale, il campo "solitario" delle decisioni diverse

1. Le doglianze rivolte verso la specificazione, compiuta dal giudice del merito in relazione al caso di specie dei cd. concetti giuridici indeterminati, o "concetti elastici" di adattamento continuo del diritto al variabile sentire sociale, concretano infatti errori di diritto *in iudicando*. Questa idea muove da un riflessione, ormai risalente nel tempo, sugli *standard* valutativi, cioè su quei contenuti di valore della norma giuridica che emergono proprio attraverso l'operazione valutativa della giurisprudenza. Si attua in sostanza una sorta di integrazione normativa, la quale trova alimento in una pluralità di fonti, che solo per comodità descrittiva potremmo definire di rilevanza sociologica, ma che sono il vero veicolo di flessibilità dei precetti elastici. Queste proposizioni recano con sé tre ordini di questioni: un interrogativo ordinamentale, posto dalla natura non politica del giudice nel nostro sistema costituzionale (art. 101, co. 2, Cost.), con l'inevitabile ritrosia verso interpretazioni della norma che favoriscano lo sconfinamento dell'organo giudiziario nel campo della discrezionalità propria del legislatore; un problema di diritto sostanziale, costituito dall'individuazione delle fonti di emersione dei valori anzidetti; il dubbio di carattere processuale relativo alla configurabilità del sindacato di legittimità della Corte di cassazione sull'interpretazione data dal giudice del merito. La dottrina predica senza riserve l'esistenza di questo sindacato, ascrivendolo al controllo sulla violazione di legge ai sensi dell'art. 360, n. 3, e non già, invece, al mero scrutinio della coerenza e congruità della motivazione ex n. 5. Tuttavia la giurisprudenza non è altrettanto spigliata: frequente, ad esempio, è l'affermazione che il giudizio circa la gravità delle infrazioni addotte come giusta causa di licenziamento, nonché l'accertamento della sussistenza di quest'ultima, implicano un accertamento e una valutazione di fatto demandati al giudice di merito, e, pertanto, incensurabili in sede di legittimità se immuni da errori logici o giuridici. Da alcuni anni, tuttavia, sta maturando in seno alla giurisprudenza il diverso orientamento di cui si è detto, che, con corretta distinzione, ritiene che le specificazioni del parametro normativo richieste dalla disposizione normativa - che sia formulata mediante clausole generali - hanno appunto natura giuridica. La loro disapplicazione è, quindi, deducibile in sede di legittimità, come violazione di legge. Invece, secondo questo filone giurisprudenziale, l'accertamento in concreto della sussistenza degli elementi di fatto che integrano e preparano le suddette specificazioni spetta in una seconda fase al giudice del merito, sicché i noti limiti di sindacabilità sarebbero circoscritti solo a questa seconda operazione. In Cassazione, sotto il profilo del n. 3, sarebbe quindi da riconsiderare il metodo seguito nell'applicazione della clausola generale e il rispetto dei criteri e principi desumibili dall'ordinamento in generale, a cominciare dai principi costituzionali e dal *sentire particolare* (di matrice collettiva) in cui la concreta fattispecie si colloca. In questa forbice tra la prospettata verifica di legittimità e la critica della motivazione dell'accertamento in fatto trova con ogni probabilità posto ogni aspirazione a un controllo, necessariamente con caratteri peculiari, dell'applicazione delle clausole generali. Non si tratta qui, dunque, di una semplice verifica della sufficienza o non contraddittorietà della motivazione su questioni di fatto, cioè di un sindacato solo motivatorio. Viene in rilievo invece - una volta ricostruito un certo fatto storico della causa - un peculiare tipo di giudizio giuridico.

dalle sentenze e non (o non più) impugnabili, con ricadute utili – del resto – per il caso di specie stesso, almeno tutte le volte che siano decisioni (poi) revocabili (come notavamo, con esemplificazioni, nella introduzione del libro su *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Cedam, 2012). Sì da evitare, almeno in tali casi, il paradosso del giudicato stabile ma esecrato, ed ufficialmente, quale ingiusto, che scuoterebbe la coscienza sociale di molti cittadini e osservatori, posto che l'operato di un organo giurisdizionale si stenta ad ammettere possa avvenire nel solo interesse collettivo futuro (come denota il dibattito acceso dalla statuita non irretroattività di talune decisioni di accoglimento della Consulta, per “bilanciamento sistemico” con altri valori, che quindi non “premano” neppure il caso originante la rimessione, come invece in tali casi-limite avviene in Austria: il cd. premio di preda).

6. Alcune proposte organizzative: l'utile accentramento per i giudizi di rinvio prosecutori ...

e) I ricorrenti, talora autorevoli (da Monteleone, a Cipriani a Proto Pisani stesso), inviti a riaprire il tema delle Cassazioni macro-regionali – per quanto, a rigore, l'attuale soluzione unitaria accentrata sia frutto di norme transitorie, che riservavano un esame più approfondito a questo antico e sempre un po' dolente “spigolo politico” – vanno costantemente lasciati cadere. Forse, in un qualche futuro, stante il loro carattere spiccatamente settoriale e largamente indipendente, le sezioni IV (lavoro) e V (tributaria) potrebbero dislocarsi fuori Roma, ad es. rispettivamente a Firenze (ove vi è un bello spazio libero nella vecchia Corte di appello) e a Bologna o Milano. Se non fosse che così probabilmente si rinfocolerebbe la pretesa statutaria – ma assurda – ad una sezione “onnivora” a Palermo, assai meno positivamente simbolica di congruenza distributiva pur sempre ... *cum Petro et sub Petro* (le Sezioni Unite). E a proposito di sogni: tutte le quattro sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, in palazzi non romani più appartati ... a Torino, ove nacque, o a Firenze ove già fu.

e1) Piuttosto, se il giudizio di *rinvio prosecutorio* – successivo dunque ad annullamenti con principio di diritto ai sensi del n. 3 (là dove l'art. 384 non sovvenga), e non invece restitutorii indietro – continuerà ad essere totalmente vincolato (e non credo che l'esempio dialogante francese da noi attecchirà), si potrebbe all'uopo allora creare, per le sole liti civili (escluse le sez. IV e V) un organo “di completamento” del giudizio di fatto presso o vicino (in tutti i sensi) la stessa Suprema corte, amerei fosse a Napoli, con un rito speciale e fulmineo per queste poche centinaia

di casi annui (magari utilizzando spazi e risorse umane liberate dalle scelte sopra adombrate, nonché da disponibilità ad un'opera *part-time* di magistrati già cassazionisti di recente pensionati o ... pensionandi). Non solo potrebbe riapparire qui, *in cauda*, qualche curvatura conciliativa, ma certo si stempererebbe così alquanto il rischio di ulteriori cassazioni (ricorsi e talora accoglimenti, magari ancora con rinvio); certissime lesioni dell'art. 6 Cedu per (assai) irragionevole durata; e al contempo tentazioni di utilizzare troppo proattivamente l'art. 384, allorché capiti che qualche ulteriore accertamento di fatto, o brevi messe a punto istruttorie, appaiono davvero meglio confacenti a giustizia e a pienezza del contraddittorio. L'accentramento geografico, per tali fasi rescissorie prosecutorie, va visto con favore perché è coeso con la centralità del giudizio di cassazione (Napoli è a un'ora da Roma, raggiungibile prima e molto più comodamente di vari suoi quartieri).

I rinvii restitutorii sono invece, magari con ampie istruttorie, veri giudizi di appello (talora addirittura di primo grado) che riprendono il loro corso, necessariamente vicino alle parti e alle fonti di prova. La obsoleta e unitaria disciplina degli artt. 392-394, intonsa da ottanta anni, risente di vecchie idee sulla straordinarietà del grado di cassazione, finito il quale si esige quindi una nuova notifica personale ed una riassunzione a pena di diseconomica estinzione dello intero giudizio allorché nei giudizi restitutorii andrebbe ristretta la applicazione del drastico, ma oggi onnicomprensivo, art. 393 attuale (molto diverso dalla soluzione francese). Una ritrovata attenzione per la sottigliezza della scansione di norma liquidata con la doppietta rescindente/rescissorio varrebbe a sdrammatizzare il peso del giudizio di rinvio e quindi le odierne remore ad accedervi.

Diffiderei infatti, pertanto, anche di cassazioni senza rinvio adottate solipsisticamente in camera di consiglio (la revocazione essendosi oltretutto rivelata rimedio utopico e spuntato).

7. ... altre proposte di dettaglio per il buon governo del giudizio di legittimità: termini (ri)unificati e anticipati per memorie; *spatium deliberandi* per le repliche orali al Procuratore generale; udienza pubblica per i regolamenti di giurisdizione (specie di DIP)

Ulteriormente, e sempre più nel dettaglio:

f) Un piccolo esempio davvero *de minimis*: il termine per la breve memoria *ex art.* 378 cpc, nel 2016

sdoppiatosi, andrebbe riunificato (anche per i termini, come per i riti, gioverebbe il rasoio di Guglielmo da Ockham) ma in più anticipata guisa: sempre di 15 giorni, per letture e repliche meno concitate. Personalmente non nutro soverchi rimpianti per il rito camerale cd. opinato (cioè per la sfida a far mutar mente al relatore o a farlo mettere in minoranza: entrambe scalate di sesto grado).

f1) Continuando a “scendere” nel dettaglio, ammetterei che i regolamenti di giurisdizione più complessi – specie quelli internazionalistici, in gergo DIP, da “ricarburare” nella cornice della competitività fra fori – possano giovare della pubblica udienza e del dibattito sulle conclusioni del Procuratore generale. Oggi è precluso, eppure questo è il “passaporto” internazionale più visibile della nostra Suprema corte e il regolamento DIP lo pone in più diretto dialogo con le Corti e in genere gli osservatori degli altri Paesi.

f2) Per agevolare, in generale, nei casi “alti”, quella dialettica di nuovo tipo, dando un minimo di agio ai difensori per interloquire con il Procuratore generale, prevederei che *i giudizi in udienza* vengano chiamati per gruppetti di 4-5 per le relazioni e soprattutto per le conclusioni dei Procuratori generali che parlano finalmente per primi (ma avanti a difensori rimasti fino ad allora “al buio”), sì che i patroni non vengano presi del tutto alla sprovvista, possano dunque consultare le loro carte, fare rapide scelte collegiali, etc. Ognun vede quanto meglio sarebbe allorché la scelta stessa di “chiamare” una vera udienza, in grazia del riconosciuto rilievo giuridico (e credo possa farlo anche la sezione che reputi alcuni casi inadatti al “rito” camerale e al correlato stile stringato della conclusiva ordinanza), denota la esigenza di un vero dibattito nomofilattico nello stile delle, pur così diverse dalla nostra (e fra loro), Corti supreme europee. Dovrebbe all’uopo finanche consentirsi di parlare da seduti, per meglio giovare di (non leggere gli) appunti e documenti. Senza tentazioni oratorie, come in un convegno. Almeno dove ancora residua, alle virtù di una ben educata oralità, dobbiamo (tornare a) credere non solo *ad pompam*. Benvenute siano anche le domande, specie di presidenti e relatori, agli avvocati (e, seppur di rado, perché no?, ai Procuratori generali: in futuro le loro conclusioni andrebbero registrate e pubblicate con le sentenze). Ed anzi proprio questi possono essere i criteri di selezione per lo *switch*.

f3) Alla sezione tributaria, per le sue indubbe peculiarità (e non solo quantitative, frutto del retroterra in senso lato “laico” dei giudici di merito) riserverei un apposito discorso, ma in altra sede.

f4) Va anticipata la discesa del numero degli avvocati cassazionisti, e rafforzata la capacità selettiva del nuovo corso-concorso del Cnf.

f5) L’arretrato, pari a più del triplo dell’*output* decisorio annuo (e delle pari circa sopravvenienze)

inquieti molto, ma esso è destinato a calare ed inoltre, secondo una personale esperienza, visti dal di dentro del rapporto con le parti, due terzi dei ricorsi e ricorsi incidentali non presentano, né soggettivamente e spesso neppure oggettivamente, alcuna esigenza di particolare sollecitudine, le motivate istanze di anticipata trattazione sembrano venire agevolmente soddisfatte.

È pur vero che molti difensori, per garbata timidità o altre volte per una sorta di atavica scaramanzia, pur quando il cliente ha davvero interesse alla rapidità, omettono di inoltrare, o talora di ben motivare, quel tipo di istanze ai presidenti titolari. Sovviene una via di uscita, atta anche ad offrire un indice serio del reale bisogno sociale di celerità: la cancelleria centrale, depositati i due o più atti introduttivi, mandi una mail ai difensori costituiti chiedendo loro sia di dare un numero, da 1 a 5, alla reputata complessità del caso, sia un altro numero analogo quanto alla avvertita esigenza di celere definizione. Si constaterà che la regola del *first in, first out* può essere ragionevolmente e trasparentemente derogata, senza, con la attuale elevata produttività, soverchio affanno delle strutture.

8. Contro l’attuale conformazione dell’autosufficienza (il ricorso come strumento e non oggetto del vaglio della Suprema corte) ed un possibile ripensamento sulla deducibilità degli *errores in procedendo*. Una cauta, possibile, valorizzazione dell’art. 360-bis n. 2

g) Poco aggiungerò qui quanto alla sinteticità degli atti (su cui v. da ult. il *laissez faire* rispetto ai rigorismi misuratori del Consiglio di Stato adottato, credo per fini didascalici, affinché ... suocera intenda, da Cass. sez. un. n. 964 del 17 gennaio 2017, pres. Rordorf, rel. Ragonesi) e alla invenzione opportunistica - che mortifica la dignità di difensori che si vorrebbero di élite, e a ben vedere mortifica anche quella dei giudici come nessuno ha notato ma *on reflection* non tarda a palesarsi - della cd. autosufficienza delle trascrizioni di mole di documenti e atti processuali, da acquisire invece non con questo infido mezzuccio ma infine in presa diretta ad opera di efficienti cancellerie e stagisti, sentenze di primo grado non escluse (per le ragioni di sì drastiche conclusioni, sulla linea indimenticabile di Edoardo Ricci, v. Consolo *Il ricorso per cassazione tra sinteticità e completezza – il protocollo redazionale Cnf-Cassazione: glosse a un caso di scuola di soft law (... a rischio di essere ri-*

ponderato quale hard black letter rule); un po' diversamente Frasca, *Il ricorso per cassazione tra sinteticità e completezza – intorno al protocollo fra corte di Cassazione e Cnf sui ricorsi civili; elegantemente Pagni, Il ricorso per cassazione tra sinteticità e completezza – chiarezza e sinteticità negli atti giudiziari: il protocollo d'intesa tra cassazione e Cnf*, tutti nello speciale di *Giur. it.* n. 12/2016); ebbene, aggiungiamo qui solo che ben raramente potrà e dovrà dichiararsi per tali ragioni la inammissibilità.

La Corte sarà certo più giudice delle sentenze che delle cause, ma certo mai è stata pensata o può atteggiarsi quale giudice della ottimale fattura dei ricorsi. Il ricorso deve essere sì valutato ma *solo come veicolo ragionevolmente* idoneo a far conoscere della legittimità della decisione impugnata, seppur sempre entro il (e come ultimo grado del) rapporto processuale (mentre è sempre “esterna” – e in questo senso impugnazione, cd. straordinaria ex art. 324 cpc – la revocazione per qualunque motivo).

h) Last but not least: il rapporto fra la Suprema corte, la nomofilachia e gli *errores in procedendo* (ove essa è pacificamente anche giudice del fatto, benché solo di quello endoprocessuale). Su poche, o non molte, delle cose anzidette vengo riferendo di mie incrollabili certezze (esse non sono granché cresciute di numero da quando nel 1986, iniziai a discutere *au Palais*, avendo però scritto il primo ricorso nell'estate del 1978: gli avvocati e le facoltà giuridiche, a Roma da una siamo oggi a quindici, molte davvero incredibili, erano un terzo che nella odierna cairota plaga). Quest'ultimo argomento è comunque quello su cui ne ho distillate meno che su ogni altro. E non solo perché l'art. 360-bis, n. 2, è (e forse fu voluto, nel 2009) singolarmente criptico. Di nuovo si avverte che il nostro antico elefante, con la sua lunga memoria, non ha dimenticato che né l'organo (di *ancien Regime*, rivoluzionario, della restaurazione, della ricezione a Torino o a Napoli ...) né la funzione, più o meno da esso scollata, sono concepiti e vivono in ragione della salvaguardia del corretto *ordo procedendi* delle cause civili. Certo anche le violazioni processuali alimentano vizi (e motivi) di legittimità, sia pure con cognizione estesa al fatto (del resto ciò vale anche per le violazioni processuali che, nessuno è perfetto in condotta, compisse la stessa Suprema corte: tema su cui, mezzo secolo fa, rifletteva in *Giur.it.* Giovanni Conso, potendo rinvenire pochi rimedi: qualcuno di più lo esibisce l'osservazione della prassi autotutoria della *Cassation* parigina). Calamandrei insistette molto (anche su ciò richiamando importanti, ma tradizionaliste, critiche di Segni, Finzi, Satta, Mazzarella) sul fatto che tale tipo di sindacato è stato, in sintesi, un di più, non essenziale, e talora anzi dispersivo, rispetto alla *missione* dell'istituto, come lui la vedeva e un poco

anche come era razionale svilupparla seppur più accorta alla tutela dei diritti soggettivi.

È un fatto comunque che l'art. 111 non distingue quanto alla fonte giuridica degli *errores* ma è altresì vero che vi è qualcosa di sproporzionato nella realtà da tanti lustri invalsa: la Suprema corte dedica almeno metà del suo tempo e del suo prodotto a sindacare veri o affermati vizi di procedura, opera massicciamente quale arbitro minuto del rispetto delle regole del gioco processuale, disperde spesso in tale giungla di accadimenti (e nel seguire il gioco di somme, o di elisioni nei casi fortunati, di falli e di errori di tutti i protagonisti) la propria concentrazione nomofilattica, là dove non è in gioco il nucleo essenziale dell'azione, difesa e giusto processo. A nessuna altra Corte suprema accade alcunché di lontanamente simile (a quella di Londra, ovviamente, meno che a tutte: il *last resort* per le *rules of procedure* è la *Court of appeal*; anche in Francia mi pare crescere una inclinazione in tal senso, lì dunque decentrata, come ora per gli antichi *Parlements*... veri covi di acuti proceduristi).

Per conseguenza, in materia procedurale i contrasti – quelli sincronici, si badi bene – sono ancor più frequenti, instabili, movimentati, soggettivisticamente talora atteggiati. E su questi temi le stesse Sezioni Unite (talvolta) brillano ma non sporadicamente vedono durare lo spazio di un mattino (due o tre anni) il vigore, al proprio stesso interno, di sofferti ed ampi pronunciamenti (e.g. si ricordano le vicende dell'omessa sottoscrizione, della doppia data, dell'ordine delle questioni, delle prove indispensabili ex art. 345 e 437, della individuazione delle eccezioni in senso stretto – qui però con un certo serissimo gradiente sostanziale –, del ricorso incidentale condizionato, del campo devolutivo dell'art. 346, di quello sospensivo dell'art. 337, co. 2, del rapporto fra regolamento di giurisdizione e litispendenza transnazionale, del mobile e minaccioso perimetro del divieto di frazionamento della domanda, e via riempiendo riviste e commentari ... alla ricerca del *modus procedendi* più impeccabile).

È un dato sistemologico per molti versi immutabile – specie a fronte di una “grossa” Suprema corte e di questioni trasversali a quasi tutte le sue sezioni senza alcuna specializzazione (come invece avviene in capo alla seconda *chambre civil* della *Cassation* francese) –, ma su di esso può pensarsi a qualche modesto morigerante correttivo, anche riscoprendo un senso all'elusivo (fin qui ignorato, salvo in una sola pronuncia) ma potenzialmente austero e grandemente riformatore n. 2 dell'art. 360-bis? Anche “inclusivamente” beninteso (cioè, rendendo deducibili violazioni del giusto processo non normativizzate nel cpc: ad es. in materia di imparzialità non deducibili con l'art. 51 cpc, notoriamente non un guanto su misura).

Potremmo per i “meri” *errores in procedendo* pur sempre parlare di nomofilachia, ma sotto radice quadrata specie per gli errori di attività pura, di questa o di quella parte o giudice, rimanendo più sostanzioso – e meno aperto al gioco della elisione – il caso degli *errores (in udicando de iure) procedendi* in cui si deduca essere incorso il giudice di appello. In questo senso si può azzardare la congettura che il n. 2 dell’art. 360-bis, questo sì certo condizione di ammissibilità e non di fondatezza, operi anche una cesura verso il basso: in sostanza, salvo allorché si tratti di errori di attività gravi ed atti a incrinare lo stesso “giusto” processo sotto un qualche suo profilo, possa consentire di non trascinare fino in Cassazione le questioni di rito nate in primo grado e già riviste in appello, imponendo allo scontento di appagarsi di un solo grado di riesame sui vizi di ordine minore. Naturalmente sono prospettive non ben mature e tratteggiare un confine non è agevole e alle questioni che integrano violazione del *fair trial* per rispetto al principio di uguaglianza si dovrebbero aggiungere, nel lasciare in vita il sindacato, quelle deviazioni gravi e ripetute che rischiano di creare riti localistici (“protocollari” o meno) e accomodamenti bisognosi, pure essi, di verifica nomofilattica (ma magari

anche *ex art. 363 cpc*). Quanto alle Sezioni Unite, sulle residue questioni processuali, crederei vadano accentuate le esplicazioni della *totale* collegialità, dunque anche redazionale e, con vari accorgimenti compositivi, escluse soluzioni di stretta maggioranza, ammettendo financo nuove udienze a composizione ulteriormente allargata (quello del superamento del numero fisso a priori è carattere affascinante e forse promettente del processo inglese).

Un uso avvertito della proboscide, graduale ma deciso, può quindi nutrire e dissetare il nostro amato elefante e i suoi, oggi si direbbe, non realmente conflittuali *stakeholders* (giudici della Suprema corte, parti di quei giudizi, giudici di merito, parti di quei giudizi o *amplius* consulenti pro futuro), sì da propiziare soluzioni *win-win* entro una corrente di mutua (ritrovata) calda simpatia, che allora potremo, se piacerà, anche chiamare di cooperazione nomofilattica. Che dia a Cesare, cioè all’esame, penetrante seppur estrinseco e non più frontale, della congruenza costruttiva dei già compiuti giudizi sul fatto, quel che è di codesto terreno immanente Cesare, e al Diritto superno ciò che realisticamente esso consente di ricevere dai suoi smaliziati fedeli.

Quale giudice supremo in materia penale?

di Domenico Pulitanò

La *custodia del nomos*, affidata alla Corte di cassazione, riguarda la correttezza di decisioni che hanno ad oggetto fatti concreti, interessi e diritti in gioco nel processo. Importanti sentenze della Cassazione penale (le più famose) hanno a che fare con la razionalità del giudizio di fatto, collegata all'affermazione di un principio di diritto che costituisce la premessa del problema probatorio. Questa esperienza mostra che la custodia della razionalità della motivazione in fatto deve restare affidata a un giudice che ne sia all'altezza. C'è un'esigenza di stabilizzazione giurisprudenziale, che giustifica il rafforzamento della posizione delle Sezioni Unite. Ma per la custodia dei diritti delle parti è importante anche il limite dei poteri attribuiti ai custodi. Per *qualunque giudice* intenda disattendere un indirizzo già affermato, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 230/2012, ha additato la strada: un *onere di adeguata motivazione*; è anche un onere per le parti che chiedano una revisione di indirizzi giurisprudenziali; l'adempimento dell'onere dà *diritto ad una adeguata risposta*, non appiattita sulla mera riaffermazione dell'indirizzo sottoposto a critica.

1. Un vertice ambiguo?

Di quale *giudice supremo* ha bisogno la giustizia penale? L'esistente è stato definito un *vertice ambiguo*¹ tra funzione di tutela del diritto oggettivo (*jus constitutionis*) e tutela dello *jus litigatoris*, dei diritti delle parti nel processo. Il pacchetto di competenze comprende il controllo di legittimità (imposto dall'art. 113 Cost.) e il controllo sulla motivazione. Sovraccarico di lavoro, espansione numerica dell'organo, ingestibilità del sistema così com'è, sono lo sfondo di problemi ad oggi insoluti.

Come obiettivo in tempi medio-lunghi è stato autorevolmente (e ragionevolmente) proposto quello di pervenire a una Corte con un numero limitato di ricorsi e di giudici². Ciò richiederebbe (si è ipotizzato)

di rinunciare al controllo della Cassazione sulla motivazione "in fatto"³, ragione dell'insostenibile aggravio di lavoro. La funzione del giudice supremo sarebbe il controllo in puro diritto.

Per i diritti delle parti nel processo penale, è decisivo il giudizio *in fatto*. È il giudizio sul fatto il compito proprio del giudice; compito esclusivo nella rappresentazione che ne fa Beccaria: «Quando un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni dei cittadini, e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta, quando la norma del giusto e dell'ingiusto, che deve dirigere le azioni sì del cittadino ignorante come del cittadino filosofo, non è un affare di controversia, ma di fatto, allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di mol-

1. G. Fidelbo, *Sezioni semplici e Sezioni unite fra legge e precedente*, in AA.VV., *Cassazione e legalità penale* (Convegno Parma, 9-10 ottobre 2015), a cura di A. Cadoppi, Roma, 2017, p. 132.

2. E. Lupo, *Cassazione e legalità penale. Relazione introduttiva*, in *Cassazione e legalità*, cit., p. 47.

3. E. Lupo, *op. cit.*, p. 48.

ti»⁴. Non è una descrizione della realtà, ma modello ideale, rappresentazione ideologica che definirei illuministicamente ingenua nell'azzeramento del problema dell'interpretazione del diritto; ma realistica nel sottolineare la centralità del fatto quale oggetto del giudizio affidato al giudice imparziale. La sostanza delle questioni di giustizia sta nelle mani dei giudici di merito.

La *ineliminabile fattualità del diritto*⁵ si rispecchia nel principio penalistico di legalità, sotto il profilo che la Corte costituzionale italiana ha avuto occasione di additare nella famosa sentenza n. 96 del 1981 con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 603 cp (delitto di plagio). Nell'*onere di descrizione intelligibile della fattispecie astratta deve logicamente ritenersi anche implicito l'onere di formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà*. Il rapporto con il mondo dei fatti è costitutivo del diritto come ordinamento di fatti del mondo: questo ci ricorda la storica sentenza del 1981.

Il giudice supremo - che non è giudice del fatto - non è giudice pieno, a tutto campo. La sua superiorità lo sposta al di sopra del giudizio di fatto; il controllo sulla motivazione è l'unico aggancio.

Per una riflessione sul vertice ambiguo e sulle questioni di eventuale riassetto, ritengo utile uno sguardo, pur inevitabilmente sommario, agli attuali prodotti e problemi della giurisprudenza della Corte di cassazione.

2. Custodia del logos e del nomos

Importanti sentenze della Cassazione penale hanno a che fare con la razionalità del giudizio di fatto, collegata all'affermazione di un principio di diritto che costituisce la premessa del problema probatorio. Custodia del *logos* (della razionalità del giudizio) come completamento della custodia del *nomos*, di scelte normative di competenza del legislatore. Questo dato di fatto mi sembra meritevole di considerazione.

2.1. La sentenza forse più famosa della Cassazione penale in questo inizio di secolo⁶ ha risolto un conflitto di giurisprudenza in tema di causalità omissiva, riaf-

fermando un principio di diritto (il paradigma causale nei delitti d'evento, l'idea di causa come condizione necessaria) e traendone le conseguenze per l'impostazione del problema probatorio della causalità anche omissiva. Premessa giuridica del problema probatorio è la selezione normativa del tipo di fatto rilevante per il diritto: nella specie, la causalità come *requisito oggettivo della fattispecie* nei delitti con evento naturalistico, e quindi oggetto di prova. In questo quadro si inserisce il ruolo che compete alle scienze *dure* (al sapere scientifico in senso stretto): rilevanza del sapere nomologico disponibile, quale elemento necessario entro l'argomentazione probatoria. Il giudizio di causalità nel caso concreto va effettuato alla luce di una legge scientifica o una generalizzata regola d'esperienza; possono venire in rilievo anche leggi probabilistiche⁷.

Ultimo decisivo anello probatorio, l'*esclusione di ipotesi esplicative alternative*: un concetto che la sentenza delle Sezioni Unite ripete più volte. È la razionalità probatoria richiesta dal principio *normativo* dell'oltre il ragionevole dubbio, applicata al caso in cui la prova ha bisogno di un sapere scientifico. Per la prova della causalità (da intendere come condizione necessaria) «*non possono non valere gli identici criteri di accertamento e di rigore dimostrativo che valgono per tutti gli elementi costitutivi del fatto di reato*». «*Pretese difficoltà di prova non possono mai legittimare un'attenuazione del rigore*».

Tutto questo rientra nell'ottica della nomofilachia: è, per così dire, la *cura dei confini* fra ciò che compete al livello normativo del porre e dire il diritto, e ciò che compete al sapere sul mondo (in particolare alle scienze *dure*, le scienze della natura). Risponde all'esigenza che il giudice di legittimità - oltre ad affermare i pertinenti principi di diritto sostanziale e/o processuale - eserciti un controllo sulla correttezza epistemologica del giudizio di merito. I criteri di controllo, peraltro, hanno uno statuto che non è normativo (disponibile da parte del legislatore) ma logico o epistemologico.

Il modello di razionalità probatoria delineato dalla sentenza Franzese con riguardo al problema causale ha una valenza più generale, non ancora valorizzata a pieno: serve a controllare l'uso (e il rischio di abuso) di supposte massime d'esperienza, generalizzazioni fondate sui esperienze passate, usate come "ponti in-

4. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § 4.

5. Traggio questa espressione da R. Rordorf, *Editoriale di Questione giustizia*, n. 4/2016, numero monografico su *Il giudice e la legge*, in www.questionegiustizia.it/rivista/2016/4/editoriale_393.php. È usata in un diverso senso da P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

6. C. cass. Sezioni Unite, 10 luglio 2002, Franzese (est. Canzio).

7. «*Non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile*».

ferenziali⁸, premesse non implausibili (se correttamente individuate) di *ipotesi d'indagine*, di *accuse da verificare*.

È entrato in uso il concetto di abduzione: *inferenza che formula un'ipotesi esplicativa*⁹. La sentenza Franzese, in un passaggio in cui osserva che *la conoscenza giudiziale del fatto è sorretta da ragionamenti probatori di tipo prevalentemente inferenziale-induttivo*, collega allo *schema argomentativo dell'abduzione* la formulazione di un'ipotesi ricostruttiva probabile, rispetto alla quale «*i dati informativi e giustificativi della conclusione non sono contenuti per intero nelle premesse, dipendendo essi, a differenza dell'argomento deduttivo, da ulteriori elementi conoscitivi estranei alle premesse*». L'abduzione non garantisce le conclusioni ipotizzate; consente la formulazione di ipotesi meritevoli di verifica, e così può portare a incrementi di conoscenza. Un buon *detective* formula ipotesi per via di abduzione, e le mette alla prova con rigorose verifiche, per le quali vale la *regola aurea* dell'esclusione di ipotesi esplicative alternative.

Come il sapere scientifico (nomologico) consente di formulare un'ipotesi causale, così una buona regola generalizzata di esperienza può servire a formulare – per via di abduzione – un'ipotesi di reato come possibile spiegazione di quanto sappiamo all'inizio. Nell'uno e nell'altro caso, l'ipotesi iniziale va sottoposta a verifica: «*per testare un'ipotesi si devono fare altre domande oltre a quelle iniziali*»¹⁰. Questo modello di razionalità probatoria fa parte del sapere esigibile dal giudice, e il suo rispetto è sottoposto al controllo della Corte suprema¹¹.

2.2. Sugli aspetti sia normativi che epistemologici della prova scientifica, punto di riferimento importante è la sentenza Cozzini, in materia di esposizioni ad amianto e di prova della causalità in relazione al me-

sotelioma¹². Lasciando da parte i problemi specifici di tale materia, interessa qui l'impostazione concettuale, che implica anche una presa di posizione in diritto, su ambito e limiti della funzione di nomofilachia: «*La Corte di legittimità non è per nulla detentrica di proprie certezze in ordine all'affidabilità della scienza, sicché non può essere chiamata a decidere, neppure a Sezioni Unite, se una legge scientifica di cui si postula l'utilizzabilità nell'inferenza probatoria sia o meno fondata [...]. Tale valutazione attiene al fatto, è al servizio dell'attendibilità dell'argomentazione probatoria ed è dunque rimessa al giudice di merito che dispone, soprattutto attraverso la perizia, degli strumenti per accedere ai mondo dalla scienza. Al contrario, il controllo che la Corte suprema è chiamata ad esercitarne attiene alla razionalità delle valutazioni che a tale riguardo il giudice di merito esprime*».

Evidenziando i limiti del giudizio di legittimità, la sentenza Cozzini mette in guardia dall'attribuire il valore di *precedente giuridico* alle conclusioni raggiunte di volta in volta in singoli processi, relativamente allo stato del sapere scientifico su un dato problema: il *sapere scientifico* non è questione di *nomos*, di norme o di interpretazioni normative su cui possa essere esercitato il potere di nomofilachia della Corte suprema. È questione di *fatto*, che nel giudizio di cassazione può venire in rilievo se e in quanto si traduca in vizi di motivazione¹³.

Sul crinale fra principi di diritto (*nomos*) e implicazioni probatorie (*logos*) si collocano sentenze relative a pressoché tutti i problemi di parte generale. Un esempio su un istituto cruciale: per precisare *condizioni e limiti* della prova del dolo, una nota sentenza¹⁴ ha introdotto la formula *segnali perspicui e peculiari*, distinguendo fra *segnali di diversa pregnanza*. Da tempo era in uso una formula più generica: «*segnali d'allarme*». La questione di *segnali* da riconoscere, e cui reagire adeguatamente, è questione centrale *in tema di colpa*:

8. G. Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 181.

9. È la definizione di Peirce, riproposta da G. Tuzet, *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 2. Sul ragionamento qui svolto, *op.cit.*, p. 4-9.

10. G. Tuzet, *Filosofia*, *cit.*, p. 129.

11. Su questi aspetti cfr. Cass. 22 ottobre 2014, n.49029; Cass. 28 marzo 1995, n. 4668.

12. Cass., sez. 4°, 17.9.2010, n. 43786, Cozzini, in *Cass. pen.* 2011, p. 1679s., con nota di R. Bartoli. Fra i molti commenti, M. Barni, *Il medico legale e il giudizio sulla causalità: il caso del mesotelioma da asbesto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, pp. 489 ss.; P. Tonini, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica*, in *Dir. pen. e processo*, 2011, pp. 1341 ss.

13. Lascio qui fra parentesi la questione di come il giudice di merito possa riuscire a distinguere il sapere disponibile dalla scienza spazatura, e le questioni relative al merito scientifico delle diverse tesi che si confrontano nei processi penali. La scienza giuridica non ha competenza in materia di scienze naturali, e può restare a guardare dalla riva la battaglia scientifica. Magistrati e avvocati, invece, sono nel campo di battaglia; debbono discutere anche di scienza, come di ogni altra questione di fatto.

14. Cass. 4 maggio 2007, n. 23838, in *Le società*, 2008, p. 902 s., con nota di D. Pulitanò; in *Cass. pen.*, 2008, pp. 103 ss., con nota di F. Centonze (caso Bipop-Carire).

non avere riconosciuto o non avere compreso riconoscibili segnali d'allarme può essere inadempimento di un dovere di diligenza. Per la prova del dolo occorre qualcosa di più: il principio giuridico che sta alla base del problema probatorio è che il dolo è effettiva rappresentazione, e non mera conoscibilità del fatto illecito. L'idea del *perspicere* – intesa come *vedere attraverso* – bene esprime il senso del problema probatorio e della sua soluzione: segnale *perspicuo* è quello che consente, a chi lo abbia percepito e compreso, di *perspicere* (cioè di *vedere attraverso di esso*) qualcosa d'altro, e precisamente il fatto costitutivo di reato quale conseguenza d'una propria condotta.

La ricezione dei criteri di razionalità probatoria, additati dalla migliore giurisprudenza di Cassazione, è un mix di ossequio formale, di adeguamenti sostanziali, di resistenze. Sulla sentenza Cozzini, resistenze hanno trovato voce all'interno stesso della 4^o sezione della Cassazione¹⁵: «non credo che il giudice di legittimità potesse indicare al giudice di rinvio un così rigido percorso»; «può il giudice di legittimità indicare al giudice di rinvio accertamenti palesemente impossibili da effettuare?». La sentenza Cozzini (questo mi sembra il succo della critica) avrebbe invaso un campo riservato al giudice di merito, eccedendo dai limiti del sindacato sulla motivazione, e arrivando a imporre un onere impossibile, preclusivo della possibilità di accertamento del nesso causale, ostativo dunque ad affermazioni di responsabilità.

Queste resistenze mostrano come la custodia del *logos*, della razionalità dell'approccio, rischia di essere messa in discussione da preoccupazioni ed esigenze legate ai conflitti e ai problemi probatori di vicende concrete. In situazioni di incertezza scientifica sull'esistenza di una 'legge di copertura', e ancor più in situazioni d'incertezza fra più ipotesi esplicative concorrenti, la mancata prova della causalità è un esito che non sappiamo se sia, nel singolo caso, tutela dell'innocente, o non invece mancato riconoscimento di come siano davvero andate le cose (con conseguente mancata tutela delle vittime). E ciò tocca proprio situazioni in cui sono in gioco esigenze di tutela di beni fondamentali, come la salute o l'incolumità personale, di fronte a fattori di rischio riconosciuti o comunque non implausibili.

Le critiche concettuali danno corpo a un disagio applicativo, visto dalla parte dell'accusa. Non hanno colto la continuità (di problemi e di approccio) della sentenza Cozzini con la Franzese, nella difesa di criteri di razionalità del giudizio. Additando i limiti del *nomos* e della funzione di nomofilachia, la sentenza Cozzini si è impegnata in una strenua difesa della cittadella dei giudizi di fatto¹⁶, contro resistenze motivate da prese di posizione assiologiche. Il *rigido percorso razionale* dettato al giudice di merito (per qualsiasi giudizio di merito, non solo il giudizio di rinvio) è per così dire un percorso di interrogazione razionale dei saperi scientifici sul mondo dei fatti.

Sulla questione del dolo (dei requisiti minimi e della prova) il quadro è più complicato. La sentenza delle Sezioni Unite che rappresenta l'attuale punto di riferimento¹⁷ ha osservato che «il momento dell'accertamento, pur essendo analiticamente distinto dalla struttura e dall'oggetto della fattispecie, tende a compenetrarsi e ad assumere un ruolo in concreto cruciale». Questa realistica constatazione pone il problema se le definizioni della fattispecie (in particolare dei requisiti minimi: il dolo eventuale) forniscano criteri sufficientemente precisi, utilizzabili come premesse del problema probatorio; il rischio della retorica, ben evidenziato dalle Sezioni Unite nella sentenza Thyssen, non è estraneo a certe formulazioni anche di questa ampia (forse troppo ampia) sentenza. Quanto meno precisa la fattispecie, tanto maggiore il rischio di slabbramenti applicativi. L'enunciazione di indicatori di dolo, tentata dalle Sezioni Unite, è tutta calata su questioni di accertamento, e rischia di appannare (invece che chiarire) i confini fra dimensione sostanziale e dimensione processuale.

Argomenti assiologicamente colorati, che pure si intersecano con problemi di fatto, possono e debbono essere tenuti fuori dalle questioni di accertamento fattuale, e vanno invece colti quali problemi di carattere normativo, entro il diritto condito o sul piano della politica del diritto. Una volta che sia stata fatta la scelta normativa, le conseguenze sul piano degli accertamenti fattuali sono questione di razionalità nell'accertamento di fatti che fanno *ostinata resistenza*¹⁸ a opzioni di valore o di potere. Sullo sfondo, un principio che è anche *normativo: in dubio pro reo*.

15. C. Brusco, *Il rapporto di causalità*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 180.

16. Traggo questa espressione da G. Fiandaca, *Sui giudizi di fatto nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Milano, 2011, p. 268.

17. Cass. Sezioni Unite. 24 aprile 2014 n. 38343, Thyssen. Fra i commenti dottrinali: G. Fiandaca, *Le sezioni unite tentano di diradare il mistero del dolo eventuale*, e M. Ronco, *La riscoperta della volontà nel dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1938 ss., 1953 s.; G. de Francesco, *Dolo eventuale e dintorni: tra riflessioni teoriche e problematiche applicative*, in *Cass. pen.* 2015, pp. 4624 ss.

18. H. Arendt, *Verità e politica*, Bollati Boringhieri, Torino, 2004.

Nella giurisprudenza di cassazione, i principi di razionalità riaffermati nelle sentenze più importanti convivono con decisioni relative a istituti (misure cautelari, o di sicurezza, o di prevenzione) per i quali gli standard di valutazione meno rigorosi di quello (l'oltre il ragionevole dubbio) che regge il giudizio sulla responsabilità penale. Tenere rigorosamente distinti questi campi nella fruizione della giurisprudenza, sarebbe necessario per evitare contaminazioni degli standard, a detrimento dello standard dell'oltre il ragionevole dubbio nei giudizi di merito. E nel giudizio di merito non ci si potrà coprire dietro motivazioni della Corte di cassazione che per definizione non riguardano il merito.

3. Ermeneutiche del diritto e del fatto

Sugli approcci ermeneutici del diritto giurisprudenziale, relativi a questioni di puro diritto, azzardo l'ipotesi che sul metodo vi sia un consenso di fondo, rivestito di linguaggi diversi (anche molto diversi). Consenso sulla priorità dell'interpretazione letterale, con la consapevolezza che un problema esegetico serio non può essere risolto con la lettura di un dizionario. Consenso sulla dimensione "di sistema" dell'interpretazione del diritto. Consenso sulla centralità dei principi costituzionali. Detto nel linguaggio dell'ermeneutica, «*l'orizzonte generale dei valori-guida espressi nella Costituzione non può non divenire la precomprensione dell'interprete del diritto positivo*» nell'accostarsi ai testi normativi¹⁹.

Nelle più significative divergenze d'interpretazione sono leggibili *precomprensioni* divergenti sugli stessi principi costituzionali, e su funzioni e limiti del diritto penale. Hanno a che fare con la tensione di fondo del problema penale: garantismo liberale *versus* finalità di tutela "autoritaria". I problemi ermeneutici più delicati coinvolgono concezioni relative ai principi materiali del sistema, al *telos* e ai confini degli istituti, ai significati della legalità, al principio di uguaglianza nelle sue varie dimensioni (ragionevolezza, proporzione).

3.1. Non è questa la sede per un'analisi degli indizi (o ideologie) che attraversano la giurisprudenza

di legittimità e di merito. Vastissimo sarebbe il campo da esplorare, e sarebbe utile un lavoro sistematico di esplorazione, soprattutto sui modi e sulle difficoltà di ricezione ermeneutica di principi costituzionali.

Critiche dottrinali hanno da sempre posto in rilievo un'insufficiente considerazione del principio di legalità, in particolare sotto il profilo della determinatezza. Propongo un esempio relativo al profilo dell'irretroattività, che mi sembra idoneo a illustrare una *defaillance* ermeneutica del giudice di legittimità: sono applicabili all'autore o concorrente nel reato disposizioni sanzionatorie più severe, successive alla sua condotta ma anteriori all'evento o al momento consumativo del reato? Sentenze recenti hanno dato risposta affermativa²⁰: sarebbe il momento consumativo il punto di riferimento della disciplina della successione di leggi, in qualsiasi caso e per tutti i concorrenti nel reato²¹. La dottrina è compatta nell'argomentare che, per la disciplina della successione di leggi, momento di riferimento sono le condotte, e non l'evento. È questa l'unica ricostruzione ragionevole sia nell'ottica della prevenzione generale, sia in ottica di garanzia: per ciascuno degli agenti è la legge del tempo in cui agisce, quella che è tenuto a rispettare e che lo ammonisce delle conseguenze dell'eventuale violazione. Negare rilievo a una disciplina più severa sopravvenuta alla condotta contraria alla legge, è la sostanza del principio di irretroattività: nessuno lo negherebbe per quanto concerne l'area del vietato, e non c'è alcuna ragione che giustifichi una lettura diversa in relazione ai profili sanzionatori.

Insomma: assumere per ciascun autore o concorrente le proprie condotte (non l'evento) quale momento di riferimento rilevante per la disciplina della successione di leggi, è l'esito ragionevole del procedimento ordinario di interpretazione, se fra le precomprensioni del sistema c'è la dimensione costituzionale del principio di irretroattività. Le sentenze citate sottendono una precomprensione diversa (è l'evento il momento consumativo) senza saggiarne la pertinenza al problema specifico (di carattere costituzionale) dell'irretroattività della *lex gravior*.

Altro capitolo cruciale, il principio di colpevolezza, punto decisivo per la decisione in un gran numero di processi; il secondo aspetto del principio di legalità,

19. G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 98.

20. Cass. 17.4.215, n. 22379, in materia di omicidio colposo. Cass. 13.3.2014, n.19008, in Cass. Pen. 2015, pp. 1872 ss.: è applicabile al concorrente una aggravante introdotta successivamente alla sua condotta, prima della consumazione del reato a seguito di condotte di altri.

21. Le motivazioni richiamano la giurisprudenza su casi, come il reato permanente, in cui l'applicazione di questo principio ha fondato (giustamente) l'applicazione di norme più severe entrate in vigore dopo l'inizio ma prima della cessazione della permanenza. Poiché la prosecuzione della condotta costitutiva di reato permanente costituisce violazione delle disposizioni entrate in vigore durante la sua commissione, ciò ne fonda l'applicazione nel pieno rispetto della funzione garantista del principio di legalità; il decreto legge emanato pochi giorni dopo il rapimento di Aldo Moro, i sequestratori lo hanno violato, mantenendolo prigioniero.

lo ha definito la Corte costituzionale nella sentenza n. 364/1988. Sui criteri d'imputazione soggettiva non è estraneo alla giurisprudenza un volto garantista (per es. le sentenze delle Sezioni Unite sull'art. 586 cp²² e sul dolo eventuale²³) ma persistono indirizzi tradizionali discutibili, per es. in tema di errore, o sull'art. 116, o sul delitto preterintenzionale. Sui requisiti minimi del dolo e della colpa, si confrontano nella giurisprudenza culture e sensibilità diverse.

3.2. Nel circolo ermeneutico, diritto e fatto si intrecciano. La materia del diritto è ritagliata nella realtà dei fatti del mondo e della vita: una realtà che accostiamo e comprendiamo mediante un apparato linguistico e concettuale *pre-formato* rispetto al diritto, nel quale il diritto innesta le sue tipizzazioni (le fattispecie di reato, la definizione dei presupposti della responsabilità penale)²⁴. *Quaestio facti e quaestio juris* sembrano sovrapporsi, ma restano logicamente distinte: pensarle separate può apparire *artificioso e falso*, ma «*negare la loro distinzione è falso e oscurantista*»²⁵. La qualificazione giuridica di un fatto presuppone l'accertamento dei suoi aspetti giuridicamente rilevanti: non solo aspetti materiali (per es.: quali parole l'imputato ha pronunciato?) ma anche significati culturali (sono parole offensive?). Anche la valutazione di offensività d'una manifestazione espressiva – come qualsiasi altra valutazione etico-sociale che possa interessare il diritto – ha una dimensione fattuale, radicata nel sentire sociale, alla quale la valutazione giuridica è agganciata.

Vi sono dunque problemi definibili di *interpretazione del fatto*: non di verifica materiale, ma di *ricognizione di significati* socioculturali di un fatto ben individuato nella sua materialità. L'esempio surriportato, relativo a una fattispecie costruita su un elemento normativo di valutazione culturale, pone in evidenza che l'ordinamento ha a che fare con un sostrato di concezioni culturali e normative, di cui la legge è specchio e prodotto, e che ciò ha rilievo sia per l'interpretazione (la ricognizione del significato della norma) sia per la ricognizione di profili non meramente naturalistici del fatto concreto.

Ermeneutica del fatto ed ermeneutica della norma (della fattispecie) sono concettualmente distin-

guibili, ma la distinzione resta coperta da dimensioni culturali e valutative cui il diritto rinvia. Nelle usuali fotografie del diritto giurisprudenziale, la dimensione fattuale (socioculturale) appare assorbita nella qualificazione giuridica: nella conclusione (per es.) che una vignetta satirica è o non è un'offesa illecita della religione cattolica o di quella islamica. La sussunzione presuppone, da un lato, un'ermeneutica del diritto: a quali elementi o valori socioculturali la norma fa riferimento? Dall'altro lato, un'ermeneutica del fatto, alla stregua dei valori socioculturali di riferimento. Su questo tema furono avviate negli anni '60, in un clima culturale che metteva in discussione la cultura giuridica tradizionale, indagini sui valori socioculturali nella giurisprudenza²⁶.

Ciò che *fa problema* è il *retrotterra culturale delle ermeneutiche sia del fatto che del diritto*, fra di loro connesse ma concettualmente da distinguere. A quale sapere comune, a quale saggezza sulle cose del mondo attingono i giudici, sia di merito che di legittimità? La risposta a questi interrogativi, che pongono questioni di fatto, non può essere data una volta per tutte: le culture (e i limiti di cultura) di giudici e giuristi sono quel che sono. Dal punto di vista dell'ordinamento giuridico, c'è da prendere atto che il giudizio del giudice ha sempre bisogno di un sapere sul mondo, necessario alla stessa comprensione del diritto, oltre che all'accertamento e all'ermeneutica del fatto. Anche la giurisprudenza di legittimità si confronta con problemi di questo tipo. Per le ermeneutiche sia del fatto che del diritto c'è bisogno di un sapere non soltanto giuridico (*humanarum rerum notitia*, c'è ancora scritto sui muri di nostri palazzi di giustizia); e c'è bisogno di saggezza, *fronesis*. Di quale sapere e saggezza delle cose del mondo la giurisprudenza sia espressione, è problema che meriterebbe una rinnovata attenzione.

4. Dogmatica e retorica nella giurisprudenza di legittimità

La funzione di nomofilachia è controllo di principi giuridici: è esegesi e ricostruzione sistematica dell'ordinamento positivo, argomenta *rationes decidendi*. Lo studio del cd. diritto giurisprudenziale si

22. Cass., sez. unite, 22 gennaio 2009, n. 22676, sull'art. 586 cp. Non allineata con questa impostazione è la giurisprudenza sull'omicidio preterintenzionale.

23. La già citata sentenza Thyssen, nonché quella sul dolo di ricettazione, sezioni unite 26 novembre 2009, n. 23.

24. Cfr. K. Engisch, *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg 1965, p. 9.

25. G. Tuzet, *La prima inferenza*, cit., p. 136.

26. Anche il sottoscritto ne è stato coinvolto: cfr. AA.VV., *Valori socioculturali della giurisprudenza*, Laterza, Bari, 1970.

interessa dei principi enunciati e delle applicazioni che ne vengono fatte. Può parlarsi di una dommatica giurisprudenziale? La questione concerne l'apparato linguistico e concettuale di cui la giurisprudenza fa uso: strumento neutro di comunicazione, o anche di argomentazione?

La costruzione di sistemi concettuali non è questione di dover essere, di *nomos* e nomofilachia. Sui concetti, il potere giudiziario non ha potere, se non quello legato all'interpretazione di norme di legge: esegesi, e nulla di più. La teoria giuridica può parlare linguaggi diversi.

Un buon linguaggio ha bisogno di concetti rigorosi, chiari, ben comprensibili. Parlare *con parole precise*²⁷ è un'esigenza che per la legge penale è addirittura vincolo costituzionale (principio di precisione come corollario del principio di legalità); è vincolo di razionalità per discorsi "scientifici", e vincolo anche etico per discorsi che siano esercizio di potere.

L'uso della retorica è un rischio cui il linguaggio dei giuristi è esposto. Anche il linguaggio della giurisprudenza. Un esempio: la formula della *probabilità logica*, introdotta dalla sentenza Franzese, è stata piegata (come la sentenza Cozzini ha rilevato) a «*d degenerazioni di tipo retorico [...] si propone una qualunque argomentazione comune e si afferma apoditticamente che è, appunto, dotata di alta probabilità logica, così eludendo l'esigenza di una ricostruzione rigorosa del nesso causale*».

Esigenza di precisione e rischio di usi retorici: poli opposti del problema del linguaggio di giuristi e giudici.

Formule dogmatiche sono disponibili per usi innocuamente scolastici, ma anche ad essere impropriamente calate nell'argomentazione in diritto. Un esempio è l'uso delle etichette di reato di pericolo, o di pericolo astratto o presunto: formule che si prestano a tramutarsi in *retorica* del pericolo, sostegno di interpretazioni e applicazioni espansive. Pura retorica (consapevole o inconsapevole) è l'uso della formula *pericolo presunto*, in casi in cui il problema ermeneutico è di ricostruire il *tipo di fatto* cui si vuol riferire la classificazione dogmatica (poniamo, il problema se sia bancarotta per distrazione l'operazione di cui si discute nel processo). Parlare di presunzione ha senso là dove sia già compiutamente ricostruito, in fatto e

in diritto, il presupposto su cui poggia la presunzione; se invece il problema in discussione è la ricostruzione ermeneutica del fatto tipico, introdurre l'etichetta di pericolo presunto non serve a risolverlo. Può però retoricamente suggerire uno slabbramento della fattispecie, atto a ricomprendere il fatto di cui si discute²⁸.

Pressoché su tutti i problemi importanti, formule "dogmatiche" rischiano di coprire la sostanza di problemi che riguardano sia la ricostruzione concettuale della fattispecie, sia la conseguente impostazione dei problemi di accertamento: il *complesso di problemi che* abbiamo visto affrontati nelle sentenze che hanno davvero *fatto giurisprudenza*, e che attendono di essere affrontati in altri campi allo stesso livello, liberati dalla retorica di formule vuote.

5. Custodia del diritto, o dei diritti delle parti?

5.1. Ritorno al problema del vertice ambiguo: come debba essere il giudice supremo, la sua funzione, la sua struttura. Custodia del diritto oggettivo, o dei diritti delle parti? La questione va inquadrata nel modello istituzionale di cui si tratta di definire il vertice. La logica della funzione giudiziaria porta in primo piano il giudizio, la correttezza di decisioni che hanno ad oggetto fatti concreti, interessi e diritti di persone che attendono giustizia.

La *custodia* del *nomos* intende essere, nei contenuti, custodia di diritti in gioco nel processo. Il giudice supremo, che pure non è giudice del fatto, è il vertice del sistema che produce il diritto giurisprudenziale, l'insieme di decisioni su fatti e su eventuali responsabilità concrete. Un sistema di *law enforcement* che è fatto anche di iniziative investigative ed accusatorie, di ciò che la macchina giudiziaria seleziona o non seleziona; di sentenze di merito che seguono indirizzi consolidati e talora controversi. Le sentenze della Corte suprema sono solo una parte del diritto vivente, e solo in piccola parte sono di autentica nomofilachia.

La conoscenza della giurisprudenza di Cassazione è filtrata da meccanismi istituzionali (ufficio del massimario²⁹) e dai circuiti dell'informazione giuridica. Le sentenze sono prodotte in condizioni di lavoro difficili, aggravate da troppi ricorsi che non hanno al-

27. Traggo questa espressione da uno scrittore che era stato magistrato: G. Carofiglio, *Con parole precise. Breviario di scrittura civile*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

28. L'interprete della legge dovrà tenere conto della *pregnanza semantica* dei concetti usati dal legislatore: questa terminologia è stata da tempo introdotta dalla dottrina a proposito di figure di reato *descritte dal legislatore con termini il cui significato è così pregnante, da consentire già sul piano letterale la selezione come fatti penalmente rilevanti dei soli comportamenti concretamente pericolosi*. D. Petrini, *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 37 ss.

29. Meritevoli d'attenzione i rilievi di D. Micheletti, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in *Criminalia*, 2012, pp. 619 ss.

tro scopo se non dilatorio. È naturale pensare a una “stretta” delle condizioni di ammissibilità. Espungere il controllo sulla motivazione? La riflessione sulla giurisprudenza di Cassazione, di cui queste pagine sono un frutto, mi ha mostrato un quadro nel quale la custodia del *logos* non è meno importante della custodia del *nomos*, e a questa è intrecciata su punti decisivi per la tenuta delle garanzie fondamentali di affidabilità della giurisdizione nel suo complesso.

Dall’angolo visuale del cittadino, la tenuta di questo quadro ha bisogno di essere rafforzata. Se i fiori all’occhiello della Corte di cassazione sono sentenze come la Franzese e la Cozzini, la custodia della razionalità della motivazione in fatto deve restare nelle mani di un giudice che ne sia all’altezza. Non necessariamente accentrato a Roma; il custode della razionalità del giudizio di fatto, attraverso il controllo sulla motivazione, potrebbe essere un organismo ragionevolmente più ampio e articolato dell’organo titolare della funzione di nomofilachia in senso stretto.

5.2. La legge di riforma approvata nel giugno 2017, col prevedere in capo alle Sezioni semplici un obbligo di rimessione alle Sezioni Unite qualora non condividano il principio di diritto da queste enunciato (nuovo comma 1-bis inserito nell’art. 618 cpp), rafforza lo *status* delle Sezioni Unite quale *giudice supremo*, reale custode del *nomos*. È una scelta discutibile, nel senso letterale del termine: possono essere adottate buone ragioni a favore e contro. Di fronte alla scelta effettuata dal legislatore, ritengo ragionevole assumerla come un punto fermo, e ragionare sulle sue implicazioni.

La riforma ha affidato alla custodia dell’organo più autorevole un’esigenza di coerenza e stabilità giurisprudenziale. Un’esigenza particolarmente forte con riguardo alla definizione e alla garanzia dei diritti delle parti nel processo, e a problemi di diritto sostanziale sui quali sia in gioco la qualità di giustizia del sistema. Il rafforzato potere delle Sezioni Unite – da esercitare con parsimonia – dovrebbe concentrarsi su problemi davvero importanti.

Stella polare della nomofilachia in materia penale dovrebbe essere il modello di legalità e di rapporto giudice/legge delineato dalla Corte costituzionale nell’ordinanza n. 24/2017³⁰. Nel dialogo con la Corte Ue (vicenda Taricco) è premonizione di un controllo-

mite rispetto al *dictum* dei giudici di Lussemburgo. Vi si coglie un messaggio di portata generale, sintetizzabile come *ripulsa dell’idea di un giudice di scopo*³¹. Riguarda la tenuta delle garanzie di legalità, di cui il giudice è custode, dentro un sistema della cui razionalità è parte essenziale la complessa teleologia del diritto penale/penale e dei meccanismi del *law enforcement*. Questa proiezione finalistica dell’istituzione nel suo insieme è in rapporto di tensione con l’imparzialità doverosa in ciascun singolo giudizio, che significa indipendenza del singolo giudizio da finalità ad esso esterne. È una tensione costitutiva dei sistemi di giustizia penale, che non può essere eliminata, e va tenuta sotto rigoroso controllo. Sta qui l’importanza – il valore di civiltà – della migliore giurisprudenza di cassazione.

Il volto più discutibile sta in indirizzi che riguardano il processo ed incidono su basilari garanzie formali del contraddittorio (contestazione dell’accusa e corrispondenza fra accusa e sentenza). Nella giurisprudenza anche di legittimità, decisivo rilievo viene dato a una asserita astratta possibilità di difendersi, in relazione a materiali comunque entrati e riconoscibili nel processo. La ragione sostanziale di critica (verso un legislatore distratto o verso la giurisprudenza) è che le interpretazioni e le prassi correnti *non* responsabilizzano fino in fondo il pubblico ministero rispetto alla sua principale responsabilità, quella di selezione precisa delle ipotesi d’accusa di cui si chiede la prova. Salvare contestazioni del tipo «colpa consistente fra l’altro in ...», o di concorso nel reato senza descrizione della ipotizzata condotta di partecipazione, danno copertura a prassi sciatte o spregiudicate dell’accusa, alleggerendone l’onere di precisione e di dare ragioni delle sue scelte. Siffatti indirizzi sono un obiettivo cedimento a ottiche “di scopo” sbilanciate verso il polo dell’efficienza repressiva.

Lo stesso è a dirsi di indirizzi relativi al diritto sia processuale che sostanziale, che di fatto tendono a restringere la portata di principi di garanzia (legalità, offensività, colpevolezza, prova d’accusa oltre il ragionevole dubbio). Sta qui l’*autoritarismo ben intenzionato*³² nel quale da tempo ravviso il lato ambiguo della giustizia penale in azione.

Vi è infine il campo vastissimo della discrezionalità giudiziale in materia di sanzioni. Ci siamo assue-

30. Dal § 9: «l’attività del giudice ... deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate. In questo principio si coglie un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati di civil law. Essi non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso ripudiano l’idea che i Tribunali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente definito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire».

31. C. Sotis, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, in *Dir. pen. Contemporaneo*, 3-4-2017, www.penalecontemporaneo.it/d/5317-tra-antigone-e-creonte-io-sto-con-porzia.

32. Ho usato questa formula per la prima volta in D. Pulitanò, *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, pp. 93 ss.

fatti all'*enorme potere del giudice nella gestione degli istituti del sistema sanzionatorio*³³: un potere sul quale il controllo di legittimità ha poca presa. Dubito che un recupero di legalità e razionalità sia possibile senza una revisione e semplificazione della disciplina legislativa.

5.3. Per la custodia dei diritti delle parti è importante anche il limite dei poteri attribuiti ai custodi, e il controllo sul loro esercizio, se vogliamo che si tratti di custodia del *nomos*, e non di creazione giudiziaria del *nomos*. Proprio nei casi di maggiore delicatezza, in cui l'interpretazione ha a che fare con questioni pregne di valori, e/o con la tenuta garantista della legalità penale, è più forte l'esigenza di un confronto dispiegato sulla legalità sostanziale, fino a rimettere in discussione la custodia del *nomos*, in nome di una migliore ermeneutica del *nomos*.

Per la parte del processo, che sostiene un'accusa o si difende davanti al suo giudice, il vincolo del giudice alla legge è il punto di forza che consente di argomentare sulla protezione del diritto, anche di fronte a indirizzi giudiziari autorevoli, ma ragionevolmente *discutibili*. Fonda il diritto della parte a una risposta del *suo* giudice, su tutti i punti di fatto e di diritto in cui si articola l'accusa o la difesa; una risposta che, in

diritto, tenga conto delle ragioni introdotte; soprattutto se si tratta di ragioni nuove, nelle conclusioni o negli argomenti.

Per *qualunque giudice* intenda disattendere un indirizzo già affermato, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 230/2012, ha additato la strada: un *onere di adeguata motivazione*. È anche un onere per le parti che chiedano una revisione di indirizzi giurisprudenziali. L'adempimento dell'onere dà *diritto ad una adeguata risposta*, non appiattita sulla autoritaria riaffermazione di un indirizzo sottoposto a critica con argomenti nuovi. Un ipotetico vincolo *rigido* al precedente – negato dalla Corte costituzionale – mi parrebbe di dubbia compatibilità non solo con l'art. 101 Cost., ma anche con la sostanza del diritto di difesa.

Non è in discussione l'ovvia esigenza di stabilizzazione giurisprudenziale, della quale ha bisogno la tenuta di un sistema di legalità. Proprio il primato della legalità segna il limite anche di quell'ovvia esigenza: la norma generale e astratta come vincolo per tutti (per i consociati e per le istituzioni) e come garanzia anche di fronte all'autorità di nomofilachia. Di fronte ad *ogni* esercizio di potere c'è un'esigenza di controllo, che, se non può essere affidato ad un potere formale, è comunque affidato all'uso della libertà di pensiero e di parola, su cui non v'è una parola definitiva.

33. Una riflessione su questo tema è stata rilanciata, con riferimento a un istituto specifico, da F. Basile, *L'enorme potere delle circostanze sul reato e l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in *Riv.it. dir. proc. Pen.*, 2015, pp. 1743 ss.

Brevi note sul rapporto tra funzione nomofilattica e il diritto alla difesa

di *Andrea Mascherin*

La funzione nomofilattica, affidata al giudice di legittimità, ha connotazioni peculiari in un sistema normativo multilivello caratterizzato dalla sempre più pregnante partecipazione del giudice alla formazione stessa della norma. Al fine di evitare i possibili eccessi, contrastanti con il principio di separazione dei poteri, è indispensabile l'apporto dialettico della difesa nel processo. La nomofilachia va intesa come prevedibilità della decisione e quindi certezza del diritto, sia pure senza rinunciare alla capacità innovativa del diritto stesso, nonché come chiarezza e comprensibilità delle regole cui debbono attenersi non solo i cittadini ma anche i residenti che appartengano ad altre etnie o culture.

Il tema della nomofilachia, del suo significato e delle sue implicazioni giuridiche e sociali, è tema ampiamente arato e noto, meno forse ci si è soffermati sul rapporto tra nomofilachia e diritto alla difesa.

Ci si può allora domandare quale sia il rapporto tra nomofilachia e difesa, e se, per chi esercita tale diritto, la nomofilachia sia un valore, un concetto virtuoso, o meno.

Si tratta di quesiti che ruotano intorno alla interpretazione del ruolo dell'avvocato nella giurisdizione, ma anche intorno a quello sociale, e ancora c'è da domandarsi quanto una corretta interpretazione del ruolo dell'avvocato sia necessaria ad assicurare la tenuta del sistema ordinamentale ed il rispetto dell'equilibrio tra i diversi Poteri, secondo il dettato costituzionale.

L'avvocato è l'interprete del diritto alla difesa, assicurato, nelle forme del giusto processo, dalla nostra Carta costituzionale. Secondo la legge 247/12, per assicurare l'effettività di tale diritto costituzionale, all'avvocato deve essere garantita autonomia ed indipendenza, ovvero l'avvocato, ovviamente soggetto alla legge e al codice deontologico, deve essere autonomo ed indipendente, tra l'altro, dal potere giudiziario, così come da quello politico-legislativo-esecutivo.

Va però precisato che l'autonomia e l'indipendenza dell'avvocato deve coniugarsi con un altro aspetto, ovvero, egli è sì autonomo dal potere giudiziario, ma è parte della giurisdizione assieme a tale Potere.

È una costruzione molto attenta della giurisdizione, quella voluta dalla nostra Costituzione, laddove il giudice è indipendente, fra l'altro persino dal popolo, e decide, nei limiti della separazione dei poteri, indipendentemente da qualsivoglia altra volontà, compresa appunto quella popolare, e dunque non può "subire" soggetti equilibratori con forza impositiva esterni alla giurisdizione, in quanto ne verrebbe compromessa l'autonomia e la indipendenza e violato il principio di separazione dei Poteri, ma neppure potrebbe "subire" un soggetto equilibratore impositivo all'interno della giurisdizione.

Da qui il ruolo dell'avvocato, chiamato a garantire autonomia ed indipendenza alla giurisdizione attraverso lo svolgimento della attività difensiva, che è anche strumento funzionale al bilanciamento della autonomia del giudice, secondo le regole, comuni a giudici ed avvocati, del giusto processo.

Questa la costruzione del nostro sistema di funzionamento della giurisdizione, sistema che ha visto sempre più sbiadire la struttura di *civil law*, per accostarsi a quella di ispirazione di *common law*.

Siamo così al tema del valore e del significato nel nostro sistema attuale del termine nomofilachia.

Nel senso più specifico la nomofilachia è soprattutto compito della Corte di cassazione che, secondo l'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, deve assicurare l'esatta osservanza della legge, la sua uniforme interpretazione e l'unità del diritto oggettivo nazionale.

La certezza del diritto è senza dubbio alcuno un paradigma imprescindibile per garantire la legalità dell'Ordinamento, il rispetto del principio di uguaglianza, e quindi l'affidabilità democratica.

Certezza del diritto come naturale aspettativa del cittadino di poter disporre, da un lato, di norme chiare e precise, da altro lato di una prevedibile interpretazione delle stesse, per consentire un'uniforme applicazione nella dimensione giudiziale.

Tutto ciò permetterà al cittadino di poter conformare i propri comportamenti in modo coerente e armonico, nell'ambito dell'intero territorio nazionale.

Il cittadino, insomma, ha il diritto/dovere di conoscere le regole e la loro interpretazione, così da poter fondare una corretta previsione degli effetti dei propri comportamenti.

A fronte di questa esigenza, lo scenario attuale mostra quel che possiamo definire un parziale discostamento dal modello di *civil law*, il giudice si muove oggi in un sistema normativo multilivello a carattere circolare, che supera la tradizionale gerarchia delle fonti, connotato dalla trasformazione del ruolo partecipativo della giurisprudenza alla formazione della norma.

Cause di quanto sopra, da un lato le modificazioni negli assetti complessivi ordinamentali, che hanno sancito il riconoscimento di fonti di diritto sovranazionali e, da altro lato, la iperproduzione normativa, che esprime oggi un numero improponibile di leggi, e ancora il fenomeno della legislazione a singhiozzo, con interventi ripetuti su testi normativi senza adeguata coordinazione sistematica, il fenomeno delle leggi di emergenza, utili spesso solo a saziare aspettative emotive della popolazione, il ricorso sempre più frequente alle deleghe, ovvero a fonti di secondo livello, lasciando alla sede giudiziaria il compito spesso improbo di trovare il corretto coordinamento fra fonti di livello diverso.

Per queste ed altre cause "storico-sociali", il ruolo del giudice è andato via via mutando, assumendo su di sé strumenti tipici del diritto giurisprudenziale, modificando la propria veste da solo controllore delle leggi, e del potere legislativo, a creatore effettivo di diritto.

Naturalmente questo sistema porta alle volte ad esiti virtuosi, per cui l'interprete in sede giudiziale riesce a dare stabilità ad un istituto giuridico, altre volte ad eccessi creativi, altre volte ancora si inverte l'ordine di sistema, per cui il legislatore finisce con il formalizzare in norma una fattispecie avente fonte giurisprudenziale.

I tempi e le spinte culturali hanno sempre più portato la magistratura ad una attività ermeneutica dinamica, piuttosto che conservatrice, laddove i pregi di interpretazioni giurisprudenziali innovative, necessitate dal mutare dei tempi e dei costumi, si sono

alle volte confusi con i difetti di interpretazioni motivate da necessità socio politiche, o come antidoto alla crisi e alle deficienze della politica.

A questo punto ci troviamo in un sistema caratterizzato da ipertrofia legislativa, mista a contrasti interpretativi, dunque dobbiamo prendere atto della "crisi" del modello di *civil law* puro in favore di un ampliamento delle fonti del diritto alla giurisprudenza, nei termini ora richiamati.

Diventa allora più che mai centrale un'altra considerazione, e cioè quella per cui la legittimazione del potere giudiziario passa anche per il criterio dell'accettabilità delle decisioni da parte del cittadino. In altre parole tanto sarà accettabile la risposta di giustizia da parte dello Stato, quanto più il cittadino sarà in grado di comprendere. A sua volta, come già accennato, quando si parla di comprensibilità della decisione, non necessariamente si parla di "condivisibilità popolare" della decisione stessa. La decisione deve essere chiara nei principi enunciati e nella fonte su cui si fonda, ma non nella disponibilità del Popolo, diversamente dovremmo aderire al sistema nord americano delle giurie popolari e della magistratura elettiva.

La certezza del diritto, intesa come prevedibilità applicativa, ritorna dunque come fondamentale requisito per concorrere a dare non solo credibilità, ma legittimazione all'intero Ordinamento.

Se vogliamo rifissare le immagini e riassumere lo stato dell'arte, ci stiamo muovendo in un sistema di *civil law*, che non è più del tutto tale, e ci stiamo muovendo in un sistema di tendenza al *common law*, che però non è proprio tale.

Un primo momento di chiarezza sarebbe dato da una produzione normativa minima, dal linguaggio comprensibile, coerente; invece la produzione è ipertrofica, resa con tecnica legislativa non di rado carente, non sempre coerente con i principi assunti alla base del testo, anzi alle volte incoerente non solo dal punto di vista sistematico generale, ma tra un comma e l'altro dello stesso articolo di legge.

Quanto sopra conduce, come affermato da Luigi Ferrajoli, in un mondo dove la verità giuridica è indecidibile per totale indeterminatezza della lingua legale, lo spazio dell'argomentazione è amplissimo, con conseguente ampliamento del potere giudiziario in potere creativo di diritto.

Se si evitano gli eccessi paventati da Ferrajoli, certamente il ruolo assunto dalla giurisprudenza può essere acquisito come dato virtuoso, sarà però necessario che tale ruolo trovi degli equilibri e dei confini tali da garantire un corretto rapporto tra i poteri dello Stato, ma non solo, dovrà anche garantire al cittadino di poter assumere tranquillamente un determinato atteggiamento commissivo od ommissivo, in quanto ne sia prevedibile la valutazione positiva da parte del giudice.

Insomma, se si accetta che la giurisprudenza assuma in sé questa nuova tipicità, bisognerà assicurare una meccanica a garanzia degli equilibri democratici, ad evitare che il controllo sul giudice possa essere esercitato non dall'interno della giurisdizione, mediante uno strumento dialettico, ma dall'esterno.

Se dunque deve ritenersi che il libero convincimento del giudice non debba equivalere al convincimento libero, e se si vogliono evitare le criticità, e valorizzare gli aspetti virtuosi di una giurisprudenza anche fonte di diritto, l'avvocato si pone come l'unica possibile forza in grado di bilanciare questi potenziali elementi di pericolo, garantendo, attraverso il dialogo all'interno della giurisdizione, il corretto equilibrio tra i poteri dello Stato, che non dovranno quindi avvertire alcuna necessità di uscire dai propri ambiti costituzionali.

In sintesi la scommessa è che la giurisdizione possa arare in maniera virtuosa e dinamica il campo del legislatore, e che il legislatore nulla abbia da temere, a livello di tenuta del sistema, da questa attività correttamente creativa.

È altresì necessario che si realizzi tutti, avvocati e magistrati, come la nomofilachia sia un valore e una garanzia non rinunciabile, se intesa come prevedibilità della decisione e quindi certezza del diritto.

Nomofilachia che, peraltro, deve essere favorita da regole che promuovano quel valore dato dalla forza e dalla capacità innovativa del diritto attraverso l'opera degli interpreti.

A mio avviso, quanto finora detto sull'importanza della certezza del diritto, non solo riguarda la tenuta di un ordinamento democratico, ma più che mai è destinato ad investire il tema della integrazione tra Popoli e culture, anche giuridiche, diverse od addirittura molto diverse.

Non vi è chi non veda come la sfida dell'integrazione passi necessariamente attraverso la compren-

sione delle nostre regole da parte di chi, appartenente ad altre etnie, intenda stabilirsi nel nostro Paese.

Se dunque comprendere, e poter prevedere, la decisione del giudice, è così necessario per il cittadino con radici culturali proprie della nostra storia, ancor più si rivela importante per chi, proveniente da culture diverse, deve "capire" le nostre regole ed integrarsi con e a mezzo di esse.

Ne consegue la considerazione per cui la nomofilachia debba attuarsi anche attraverso l'uso di un linguaggio in sentenza chiaro, in un certo senso disciplinato, mirato a diffondere la conoscenza dello *ius constitutionis* applicato, linguaggio che sempre più deve adeguarsi a forme di sviluppo interculturale del diritto.

Se poi il ruolo dell'avvocato va inteso come più sopra, ne deriva che anche la forma delle impugnazioni dovrà sempre più riflettere una assoluta specifica professionalità, mirata a garantire una difesa efficace, non dispersiva e assolutamente utile al cliente, e, conseguentemente, anche ad una virtuosa interpretazione del concetto di nomofilachia.

Va peraltro ricordato come l'ordinamento professionale indichi la strada ad un avvocato qualificato in maniera specifica per il patrocinio di fronte alle giurisdizioni superiori, esigenza rafforzata dal codice deontologico in tema di formazione e aggiornamento.

Del resto, i protocolli siglati tra la Corte di cassazione ed il Consiglio nazionale forense vanno esattamente nella direzione di valorizzare la funzione nomofilattica, senza pregiudicare quella difensiva.

In conclusione, l'avvocatura deve sempre più essere consapevole che il diritto alla difesa è garantito da un sistema che favorisca la certezza del diritto, la magistratura che la autonomia di una giurisdizione moderna, anche fonte di diritto, è protetta dal responsabile e non compromettibile esercizio del diritto difesa.

La Corte di cassazione e il sistema delle impugnazioni penali: prospettive di riforma

di Carlo Brusco

Lo scritto esamina il tema del ricorso in Cassazione in materia penale evidenziando come il nostro ordinamento – per la previsione dell’art. 111, comma 7, della Costituzione – si caratterizzi per l’abnorme numero di ricorsi che rende estremamente difficile una seria opera di nomoflaccia da parte della Corte di cassazione. Evidenzia peraltro come con legislazione ordinaria, come del resto in parte avvenuto con alcune modifiche introdotte dalla l. 103/2017, sarebbe possibile ridurre ulteriormente il carico dei ricorsi in particolare eliminando la possibilità di ricorrere per vizio di motivazione contro i provvedimenti in materia cautelare; si sottolinea anzi l’opportunità di riportare l’ambito oggettivo dei ricorsi alla disposizione costituzionale che lo limita alla “violazione di legge”. Ciò naturalmente richiederebbe la previsione di sistemi alternativi di tutela dei diritti violati quando il giudice di merito sia incorso in una palese e oggettiva violazione delle regole di valutazione della prova o della logicità del giudizio.

1. Il sistema attuale

In tutti i paesi del mondo il sistema processuale delle impugnazioni si configura come una piramide. Ciò avviene anche nel nostro ordinamento processuale penale, solo che la piramide è rovesciata: mentre la possibilità di proporre appello prevede alcune (modeste) limitazioni (art. 593 cpp) il ricorso in Cassazione contro le sentenze inappellabili o contro quelle di secondo grado ha applicazione generalissima perché garantito, come è noto, dall’art. 111, comma 7°, della Costituzione, anche nella formulazione successiva all’approvazione della legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2, che consente («*sempre*») il ricorso nei confronti delle sentenze e dei provvedimenti sulla libertà personale.

Il vincolo costituzionale rende impraticabile ogni seria riforma del giudizio di legittimità – e complica seriamente la possibilità di affrontare altri aspetti riguardanti le impugnazioni - anche se alcuni adattamenti sono stati approvati e altri sarebbero possibili per razionalizzare il giudizio di legittimità e, soprattutto, per ridurre l’abnorme numero dei ricorsi. Gli spazi per la riforma del giudizio di appello sono molto più consistenti e una riforma sarebbe indispensabile e

resa necessaria dalla trasformazione del nostro sistema processuale penale. La disciplina del doppio grado di giurisdizione di merito stride infatti profondamente con il nuovo sistema processuale di tipo accusatorio perché, nel giudizio di appello, salvo i casi di rinnovazione totale del dibattimento, non è possibile affermare che la prova si sia formata davanti al giudice che poi emette la sentenza; regola che costituisce l’aspetto caratterizzante del processo accusatorio ancor più della maggiore estensione del contraddittorio che è invece compatibile con il processo inquisitorio.

Oggi avviene che nel giudizio ordinario di primo grado viene dato ampio spazio all’oralità mentre, nella normalità dei casi, il giudizio di appello si riduce ad un processo scritto ispirato a principi opposti a quelli del processo orale, quanto meno nei limiti in cui il giudice di appello deve, ai fini della sua decisione, rivalutare, solo da un punto di vista cartolare, le prove assunte davanti al primo giudice. Tant’è vero che il legislatore è stato costretto a prevedere espressamente (ma l’obbligo era stato ritenuto conseguire già dall’art. 6 Cedu dalle Sezioni Unite della Cassazione⁹) che, nel caso di appello del pm contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice disponga la rinnovazione dell’istruzione

ne dibattimentale: comma 3 *bis* dell'art. 603 cpp introdotto dall'art. 1, comma 58, l. 23 giugno 2017 n. 103.

Conferma di questa incompatibilità si ritrova nell'esame dei sistemi processuali di *common law* nei quali, con larga approssimazione, il giudizio di appello è ammesso esclusivamente per motivi di legittimità e costituisce soltanto una fase (eventualmente) rescindente cui segue, ma non sempre, nel caso di accoglimento dell'appello, la fase rescissoria che si svolge davanti al giudice di primo grado, ovviamente diversamente composto. Insomma come (quasi) sempre accade in Italia importiamo sistemi complessi rifiutando però i fondamentali principi che li caratterizzano: l'oralità e la formazione della prova davanti al giudice che decide sono infatti i caratteri fondamentali del processo accusatorio. Bene: nel nostro sistema il più delle volte il giudice che ha l'ultima parola nel merito del processo si limita a leggere le carte!

Del resto mentre possiamo pensare che un giudice "superiore" possa – per la sua maggiore esperienza o per il superamento di valutazioni di professionalità – esprimere un giudizio maggiormente attendibile nell'interpretazione o applicazione della legge da che cosa ricaviamo un'analoga conclusione nel caso di un giudizio che abbia ad oggetto la valutazione della prova dichiarativa? L'esperienza degli ordinamenti in cui operano le giurie popolari, e quella delle nostre Corti d'assise, nulla ci dicono in proposito?

Il nostro più recente legislatore costituzionale (v. la già citata l. 2/1999) ha inoltre ignorato che non esiste nel mondo un sistema processuale che preveda un così generalizzato accesso al vertice processuale della giurisdizione e ha dimenticato il contesto in cui fu approvato l'art. 111 della Costituzione (le sentenze delle Corti di assise erano inappellabili e allora, prima dell'entrata in vigore della Costituzione, era prevista la pena di morte di fatto applicata sia pure in rari casi). Del resto la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo prevede il diritto di presentare un ricorso effettivo ad una «magistratura nazionale» (art. 13) e solo con l'approvazione del protocollo addizionale n. 7 (diritto a un doppio grado di giudizio in materia penale) è stato previsto il diritto del condannato «di far esaminare la dichiarazione di colpevolezza o la condanna da una giurisdizione superiore»²; non certo da una Corte suprema.

2. Modifiche attuate o attuabili con legge ordinaria. La prescrizione

Seppur ristretti i margini di manovra per un'eventuale riforma del giudizio di legittimità non sono però inesistenti quanto meno per giungere ad un'ulteriore sua semplificazione ma tenendo presente che una significativa razionalizzazione di questo giudizio può derivare anche da modifiche della normativa sostanziale (in particolare quella che riguarda la prescrizione del reato) e del sistema delle nullità o inutilizzabilità.

Il quesito fondamentale è questo: se il sistema delle impugnazioni è preordinato ad ottenere una sentenza più equa o giuridicamente corretta dal giudice "superiore" una serie di interventi su istituti sostanziali o processuali potrebbe effettivamente dare una svolta al sistema. Se invece le impugnazioni servono a prender tempo per far decorrere i termini di prescrizione o per poter aspirare ad un provvedimento di indulto o amnistia non c'è scampo: il sistema non solo non migliorerà ma è destinato a peggiorare drammaticamente.

Il primo nodo, di natura sostanziale, è quello della prescrizione: questo istituto ha un senso perché sanziona il disinteresse dello Stato a perseguire determinati reati. Ma se lo Stato sta processando una persona che senso ha consentirne il decorso? Occorre dire che, su questo versante, sia pure timidamente, il legislatore è intervenuto con la l. 103/2017 che ha previsto due nuovi casi di sospensione dei due giudizi di merito, pari ciascuno ad un anno e sei mesi (art. 159, comma 2, nn. 1 e 2). Certo una disciplina razionale e meno timida avrebbe introdotto la sospensione del decorso della prescrizione durante la celebrazione del processo eventualmente prevedendo termini massimi per ogni grado superati i quali la prescrizione ricomincia a decorrere.

Il problema della prescrizione influisce direttamente sul numero abnorme dei ricorsi in cassazione (il più elevato al mondo: nella materia penale siamo, dal 2010, stabilmente ben oltre i 50.000 all'anno; sei volte quelli francesi e quindici volte quelli tedeschi³). Oltre tutto la disciplina della prescrizione costituisce una delle cause (forse la più rilevante) di un ricorso limitato ai riti alternativi. Se non vi fosse la speranza

1. Si veda la sentenza 28 aprile 2016 n. 27620, Dasgupta, in *Cass.pen.*, 2016, 3203, con nota di V. Aiuti, *Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo*.

2. Si veda, sul contenuto di questo protocollo addizionale, il commento di S. Longo in G. Ubertis e F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 365.

3. Traggo i dati da E. Lupo, *Cassazione penale*, voce dell'*Enc.dir.*, Annali, Giuffrè, Milano, 2017, vol. X, p. 171; Del medesimo Autore si veda, in precedenza, *Cassazione e legalità penale (convegno Parma, 9-10 ottobre 2015). Relazione introduttiva*, in *Cass.pen.*, 2016, p. 438. Per un'analisi dei criteri di funzionamento della Corte e delle prospettive di autoriforma e di riforma v. inoltre G. Canzio, *Corte di cassazione e principio di legalità*, in *Dir.pen. e proc.*, 2016, p. 425.

di lucrare la prescrizione certamente un numero assai maggiore di processi sarebbe definito con i riti alternativi (si pensi a tutti i casi di responsabilità palese o addirittura di confessione dell'imputato; in particolare nelle ipotesi in cui alla condanna definitiva non consegue l'esecuzione di una pena detentiva) e si eviterebbe così, o si ridurrebbe sensibilmente, l'intasamento della sede dibattimentale che costituisce la causa principale della durata eccessiva del processo.

Non è un caso, del resto, che nei sistemi anglosassoni, solo una percentuale irrisoria dei processi (si parla di percentuali tra il 5 e il 10 per cento: in sistemi nei quali l'azione penale non è obbligatoria!) perviene alla fase dibattimentale.

3. Aspetti processuali: in particolare il regime delle nullità e delle inutilizzabilità

Un settore, di natura processuale, in cui potrebbero essere introdotte modifiche utili ad influire positivamente sulla razionalizzazione del giudizio di legittimità – con una sensibile riduzione del numero dei ricorsi (e delle altre impugnazioni) – è quello delle nullità assolute ed insanabili e delle inutilizzabilità. Questo sistema costituisce il più sicuro indice di come, nel nostro ordinamento processuale, vengano intese le garanzie in modo del tutto formale senza alcuna considerazione delle esigenze di tutela del processo dall'esistenza di potenziali cause idonee a minare la sua efficienza. È sacrosanto che l'imputato (e, entro certi limiti, le altre parti del processo) possano eccepire tutte le violazioni delle regole che si siano verificate nei loro confronti e che il giudice sia tenuto a prendere immediatamente in considerazione l'eccezione formulata annullando gli atti compiuti in violazione delle regole e quelli che da essi dipendano.

Ciò che non si comprende è il regime delle nullità assolute ed insanabili di cui all'art. 179 cpp che consente all'imputato di riservarsi fino all'ultimo grado del processo la possibilità di dedurre la nullità anche nei casi in cui ne sia venuto a conoscenza – o abbia avuto la possibilità concreta di venirne a conoscenza – precedentemente. Se l'imputato non è stato regolarmente citato nel giudizio di primo grado (o all'udienza preliminare) è un suo incontestabile diritto che il processo venga annullato e nuovamente celebrato. Ma se, nel corso del giudizio di primo o secondo grado, egli viene a conoscenza dell'esistenza del processo nei suoi confronti per quale ragione mai gli si deve consentire di non formulare la relativa eccezione appena possibile e di far celebrare inutilmente uno o due gradi di giudizio? In un'ottica di responsabilizzazione delle parti e dei loro difensori andrebbe

quindi eliminata la regola indicata e tutte le nullità andrebbero sottoposte al regime di deducibilità e alle sanatorie previste per le altre nullità limitando inoltre la rilevabilità d'ufficio ai soli casi nei quali le parti o i loro difensori non abbiano avuto la possibilità di rilevare la nullità. Ma il tema è stato del tutto ignorato dalla recente legge 103/2017.

Analoghe considerazioni vanno fatte per quanto riguarda il regime delle inutilizzabilità che consente di rilevare il vizio in ogni stato e grado del procedimento. Anche per queste ipotesi – e parliamo ovviamente solo della cd. inutilizzabilità "patologica" e non di quella che consegue alla scelta del rito o alla fase o al grado del procedimento – non è giustificato che la parte si riservi la deduzione nell'ultimo grado del giudizio con la possibilità di porre nel nulla processi spesso durati anni (si pensi alla possibilità di dedurre per la prima volta nel giudizio di legittimità – per il disposto dell'art. 191, comma 2°, – tutte le questioni relative alle intercettazioni telefoniche la violazione delle cui regole è sanzionata con l'inutilizzabilità).

Va invece preso atto che finalmente il legislatore ha provveduto ad eliminare la possibilità, per l'imputato, di provvedere personalmente alla proposizione del ricorso (v. art. 1, comma 63, l. 23 giugno 2017 n. 103 che ha modificato l'art. 613, comma 1, cpp). Fino a poco tempo fa avveniva che venissero personalmente proposti ricorsi costituiti, nella migliore delle ipotesi, da argomentazioni fattuali non in grado di reggere al vaglio preliminare di ammissibilità. Ma era frequente anche la proposizione di ricorsi adeguatamente motivati le cui modalità di stesura rivelavano inevitabilmente che la redazione era avvenuta ad opera di avvocati non cassazionisti o che non volevano apparire per ragioni non sempre commendevoli. Da valutare positivamente sono inoltre le modifiche, contenute nella medesima legge 103, che hanno previsto l'appello, e non più il ricorso, contro le sentenze di non luogo a procedere (art. 1, comma 38, che ha modificato l'art. 428 cpp).

Ma vi sono altre ipotizzabili modifiche di natura processuale che potrebbero servire ai fini più volte indicati. Com'è noto il sistema attuale prevede la partecipazione delle parti a tutte le cause che vengono discusse in pubblica udienza e a gran parte di quelle che vengono trattate in Camera di consiglio (in particolare quelle soggette al rito di cui all'art. 127 cpp). In un gran numero di casi i difensori non partecipano poi all'udienza ma ciò provoca un'abnorme circolazione cartacea e soprattutto uno spreco di risorse dovute al fatto che decine di migliaia di notificazioni vengono inutilmente effettuate ogni anno. Ben potrebbe quindi stabilirsi che si abbia diritto all'avviso dell'udienza di trattazione (in pubblica udienza o in Camera di consiglio partecipata) nei soli casi in cui, con il ricorso, se ne faccia espressa richiesta (ovvia-

mente prevedendo sanzioni, di natura processuale, disciplinare o pecuniaria per chi poi non si presenti). In mancanza di questa richiesta la Corte potrebbe decidere il ricorso - in Camera di consiglio senza la partecipazione delle parti alle quali non verrebbe dato avviso dell'udienza - sulla scorta dei motivi di ricorso (e di eventuali motivi aggiunti o di memorie) e delle conclusioni scritte del procuratore generale.

Opportunamente il legislatore ha invece preso atto dell'irrazionalità della disciplina prevista, dall'art. 610, comma 1, cpp, nei casi in cui il presidente della Corte rilevi una causa di inammissibilità. Secondo il sistema previgente, il presidente li assegnava ad apposita Sezione che procedeva in Camera di consiglio dopo aver acquisito le conclusioni del procuratore generale e l'eventuale replica delle parti. L'art. 1, comma 62, della l. 103/2017 ha introdotto il comma 5 *bis* dell'art. 610 cpp che consente alla Corte di dichiarare l'inammissibilità «senza formalità di procedura» in varie ipotesi (difetto di legittimazione, provvedimento non impugnabile, ricorso tardivo ecc.) e anche nel caso di patteggiamento e di sentenza pronunciata a norma dell'art. 599 *bis* (concordato in appello). Ad eventuali errori, materiali o di fatto, si potrà rimediare con la possibilità di ricorrere al procedimento previsto dall'art. 625 *bis* cpp il cui ambito di applicazione sarebbe stato opportuno estendere ai provvedimenti in materia cautelare e a parti diverse dall'imputato).

Azzardo una proposta: perché non estendere la procedura semplificata e accelerata prevista dall'art. 610, comma 1, cpp, con ulteriori semplificazioni, ai casi di ricorsi *manifestamente fondati*? Che senso ha una perdita di tempo di mesi o anni, la previsione di notifiche che si riveleranno inutili, la celebrazione di un'udienza pubblica (o anche in Camera di consiglio) quando è evidente e incontrovertibile che il ricorrente ha ragione? Una parte cui non sia stato notificato l'avviso per l'udienza di appello deve aspettare sei mesi o un anno per sentirsi dare ragione? Ciò dovrebbe valere non solo per le nullità di ordine processuale ma anche nel caso di fondatezza sostanziale del ricorso (se esiste un orientamento univoco della Corte di cassazione, eventualmente confermato dalle Sezioni Unite, che il giudice di merito abbia immotivatamente disatteso perché non dare immediatamente ragione al ricorrente?).

Nel caso vi sia nel processo una sola parte (o una parte la cui posizione sia separabile: per es. più imputati) la procedura potrebbe essere disposta *de plano* senza avvisi alle parti e la pronuncia potrebbe avvenire con ordinanza in Camera di consiglio con un Collegio a composizione ridotta (tre giudici) o addirittura ad opera dello stesso giudice incaricato dell'esame preliminare delegato dal presidente della Cassazione; ferma restando la facoltà di esaminare i fascicoli

da parte del procuratore generale che potrà adottare conclusioni ove lo ritenga. Se invece nel processo vi sono più parti la cui posizione non sia scindibile (per es. imputato e parte civile) il processo potrebbe essere trattato con le modalità attualmente previste per i ricorsi inammissibili (ma in questi casi, nel caso di violazioni formali, anche la parte civile potrebbe avere interesse all'immediato accoglimento del ricorso; potrebbero quindi prevedersi sistemi acceleratori che coinvolgano tutte le parti).

4. L'art. 111 della Costituzione. Il ricorso per “violazione di legge”

È noto che, nel nostro ordinamento, la Corte di cassazione svolge una duplice funzione generalmente individuata nella tutela dello *ius constitutionis* (le funzioni di nomofilachia) e dello *ius litigatoris* (la tutela del solo interesse individuale del ricorrente). Mentre la tutela dello *ius litigatoris* esiste in ogni caso (anche quando la Cassazione svolge esclusivamente funzioni nomofilattiche) non è vero l'inverso perché, nei casi previsti dalle lettere *d*) ed *e*) del codice di rito, non esiste alcuna tutela dello *ius constitutionis*.

È paradossale rilevare non solo che il nostro ordinamento processuale è l'unico al mondo che prevede una generale ricorribilità delle sentenze e dei provvedimenti sulla libertà personale ma che il legislatore è andato oltre estendendo la possibilità di ricorrere in Cassazione anche per motivi (tutela dello *ius litigatoris*) che la legge fondamentale dello Stato neppure ha preso in considerazione. L'art. 111 della Costituzione prevede infatti questa possibilità solo per il vizio di “violazione di legge”; è dunque evidente che il costituente ha avuto di mira esclusivamente la funzione nomofilattica mentre tutte le funzioni che attengono alla tutela dello *ius litigatoris* non hanno alcuna copertura costituzionale ma sono lasciate alla disciplina della legge ordinaria.

Vediamo allora quali “spazi di manovra” siano riservati al legislatore ordinario per ridurre l'abnorme proliferazione dei ricorsi in materia penale. La limitazione della ricorribilità al vizio di violazione di legge dovrebbe innanzitutto essere estesa a tutti i provvedimenti cautelari. Oggi praticamente tutta la materia cautelare reale è già sottoposta a questo limite (v. art. 325 cpp) e non v'è ragione per non estendere questa limitazione ai casi in cui ancora non si applica (v. art. 263 in relazione all'art. 127 che non la prevede).

Ma questa limitazione dovrebbe essere estesa, secondo il mio modesto parere, anche alla materia cautelare personale nella quale, peraltro, già il ricorso immediato contro l'ordinanza applicativa della misura cautelare è consentito solo per violazione di legge (art. 311, comma 2, cpp). Sul tema del ricor-

so in materia cautelare personale v'è da osservare che l'estensione a queste ipotesi della possibilità di ricorrere per vizio di motivazione è una garanzia discutibile e in gran parte priva di contenuto effettivo in considerazione della fase in cui interviene il sindacato di legittimità con le imputazioni ancora non precisamente definite, con le indagini in corso e con il rischio di anticipare valutazioni relative più al merito che alla legittimità del provvedimento. Si comprende quindi che il giudice di legittimità usi con cautela il potere di annullamento delle ordinanze del Tribunale per il riesame senza che vi sia un beneficio effettivo per la persona sottoposta alla misura cautelare, anche nel caso di accoglimento del ricorso, perché normalmente l'annullamento avviene con rinvio e quindi senza che venga disposta la scarcerazione dell'indagato. Limitare i motivi di ricorso in materia cautelare personale alla sola violazione di legge (comprendendovi, come già riconosce la giurisprudenza di legittimità, la mancanza totale di motivazione) corrisponderebbe dunque ad una razionalizzazione del sistema e non implicherebbe una rinuncia a garanzie effettive della persona sottoposta alla misura cautelare personale.

Non influisce sul carico complessivo della Corte, ma ne rafforza la funzione nomofilattica, la recente introduzione (ad opera dell'art. 1, comma 66, l. 103/2017) del comma 1 bis dell'art. 618 cpp che prevede, nel caso in cui una Sezione ritenga di non condividere un principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, che la decisione venga rimessa alle medesime Sezioni Unite. Nella medesima ottica è stato introdotto il comma 1 ter della medesima norma che prevede l'enunciazione del principio di diritto da parte delle Sezioni Unite nel caso di ricorso dichiarato inammissibile per una causa sopravvenuta; questo è forse l'unico caso in cui la Cassazione decide in mancanza di alcuna esigenza di tutela dello *ius litigatoris*.

5. Il vizio di motivazione dopo la legge n. 46/2006

E veniamo a quello che costituisce il tema fondamentale che riguarda le funzioni della Corte di cassazione, non solo penale: il vizio di motivazione. Qui ab-

biamo a che fare esclusivamente con lo *ius litigatoris* ed è chiaro che la maggiore estensione della possibilità di ricorrere per ragioni attinenti alla motivazione va a scapito del ruolo nomofilattico della Corte perché questa funzione nulla ha a che fare con le ipotesi indicate nella lett. e dell'art. 606 cpp (come anche con l'ipotesi prevista dalla lett. d: mancata assunzione di una prova decisiva). Nel vizio di motivazione siamo immersi nel fatto e nella sua valutazione e quello che si addebita al giudice di merito è di averlo mal ricostruito o mal valutato⁴. Nella valutazione sull'esistenza del vizio di motivazione la linea di confine tra il sindacato di merito e quello di legittimità si fa evanescente e si rischia di sconfinare dalla funzione di nomofilachia a quella di giudice di terza istanza che non si limita a indicare la corretta interpretazione della norma, al fine di uniformare le interpretazioni giurisprudenziali, ma valuta la correttezza della decisione nel caso singolo⁵.

Il codice di rito previgente non prevedeva espressamente, tra i casi di ricorso in cassazione, il vizio di motivazione ma il combinato disposto degli artt. 524 n. 3 (che prevedeva il ricorso per inosservanza di norme "stabilite a pena di nullità") e 475 n. 3 (che sanzionava di nullità la sentenza se mancava o era contraddittoria la motivazione) consentiva in realtà un'ampia ricorribilità per vizi riguardanti la motivazione.

Il presupposto sistematico per il riconoscimento dell'esistenza del vizio di motivazione tra quelli che consentono il ricorso in Cassazione è l'esistenza, nel nostro ordinamento, dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali; principio che ha dignità costituzionale (art. 111, comma 6, della Costituzione) e che, di conseguenza, ha trovato la più ampia applicazione nei diversi sistemi processuali (in particolare nel processo penale si vedano, tra gli altri, gli artt. 125, comma 3, 292 e 546 cpp). Non è così in tutti gli ordinamenti. Nei sistemi di *common law*, per esempio, il verdetto non è motivato e dunque neppure si pone il problema del vizio di motivazione.

Originariamente l'art. 606, lett. e) del codice di rito consentiva il ricorso per «mancanza o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato». La legge 20 febbraio 2006 n. 46 ha apportato importanti modifiche a questa norma (art. 8 comma 1 lett. b che ha

4. Sui temi che riguardano il vizio di motivazione, anteriormente all'entrata in vigore della l. 46/2006 di cui si parlerà più avanti, la letteratura è vastissima ed è ampiamente trattata in tutti i testi istituzionali. Solo esemplificativamente si segnalano gli scritti di G. Lozzi, *La ricorribilità in cassazione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2005, 1303; M. Menna, *Formazione e previsione degli argomenti giustificativi della decisione*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1545; G. Silvestri, *Il controllo in cassazione del ragionamento probatorio*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1653; F.M. Iacoviello, *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, in *Enc. dir.*, agg. n. 5, Giuffrè, Milano, 2000, p. 750.

5. Su questi problemi si vedano le considerazioni di G. Lattanzi, *Cassazione o terza istanza?*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1369, il quale ricorda che questa differenza dipende da come l'organo giudiziario sia strutturato in funzione della tutela dello *ius constitutionis* ovvero dello *ius litigatoris*.

sostituito la lett. e dell'art. 606)⁶; questo assetto non è mutato con l'entrata in vigore della recente legge 23 giugno 2017 n. 103.

La prima innovazione è quella relativa alla espressa previsione, tra i motivi di ricorso, del vizio di "contraddittorietà" della motivazione⁷. Fermo restando che per contraddittorietà non deve intendersi ogni incongruenza o divergenza argomentativa - ma una vera e propria incompatibilità tra le argomentazioni decisive per il giudizio - va rilevato che l'innovazione non è da considerare solo apparente anche se la contraddittorietà già era considerata vizio denunziabile nel giudizio di legittimità quando si risolveva in manifesta illogicità⁸. È certamente vero che se ci si riferisce alla mera contraddittorietà testuale esiste una certa sovrapposizione tra i due concetti. Peraltro se può sostenersi che un ragionamento contraddittorio è spesso manifestamente illogico non è sempre vero l'inverso⁹. Il giudice potrebbe aver utilizzato un criterio di inferenza non condiviso da alcuno (per es. chi ruba non usa nascondere la refurtiva) che non è necessariamente contraddittorio anche se è manifestamente illogico (se la stessa sentenza affermasse che la prova del furto si ricava dalla circostanza che il ladro, in quel caso, aveva nascosto la refurtiva il ragionamento risulterebbe anche contraddittorio).

La contraddittorietà è un vizio logico di natura testuale; si può avere contraddittorietà tra le premes-

se (due diverse ricostruzioni del fatto o l'adozione di regole d'inferenza confliggenti) o tra le premesse e la conclusione. Mentre si è sottolineato che, nel caso di contraddizione tra dispositivo e motivazione, non siamo più all'interno del vizio di motivazione¹⁰. V'è un altro aspetto da sottolineare: il vizio di contraddittorietà riecheggia la regola di giudizio prevista dall'art. 530, comma 2 cpp (ma anche dall'art. 425, comma 3, in tema di pronuncia della sentenza di non luogo a procedere) e ciò consente alla Cassazione di sindacare in modo più penetrante - tanto più oggi che si è attenuato il vincolo della testualità - la motivazione nella quale si verifichi l'eventuale contraddittorietà delle prove su cui si fonda la decisione.

Inoltre a mio parere (ma il discorso meriterebbe ben altra trattazione) questo sindacato introduce anche un'ulteriore regola di giudizio nella valutazione delle prove. A fronte di prove contraddittorie oggi il giudice non può più limitarsi ad affermare la sua preferenza per una certa ricostruzione dei fatti rispetto ad un'altra quando tutte siano ritenute ugualmente plausibili a meno che la diversa ricostruzione non accolta possa essere esclusa al di là di ogni ragionevole dubbio¹¹; il criterio dell'oltre il ragionevole dubbio per la valutazione della prova è infatti divenuto di natura legale - e quindi di più ampia sindacabilità nel giudizio di legittimità - con la modifica dell'art. 533, comma 1, cpp.

6. Sul contenuto di questa riforma, per quanto attiene al vizio di motivazione, v., tra i numerosi altri contributi, quelli di A. Nappi, *Il controllo della Corte di cassazione sul ragionamento probatorio del giudice di merito*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1260; C. Santoriello, *Il vizio di motivazione*, Torino, 2008; G. Canzio, *Le due riforme processuali del 2006 a confronto: vizio di motivazione, autosufficienza del ricorso e accesso agli atti nei giudizi civili e penali di legittimità*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2007, p. 135; A. Nappi, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Giappichelli, Torino, 2006; F. M. Iacoviello, *Regole più chiare sui vizi di motivazione*, in *Guida al diritto*, 2006, n. 10, p. 90; Commento all'art. 8 della l. 46/2006, in *Legislazione penale*, 2006, p. 134; *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, Milano, 2013; E. Aprile, *Appello, ricorso per cassazione e revisione*, Giuffrè, Milano, 2013; A. Didone, *La cd. "legge Pecorella" e i giudizi pendenti in cassazione: prime riflessioni*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 381; A. Bargi, *I nuovi ambiti oggettivi delle impugnazioni*, in *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, a cura di A. Gaito, Torino, 2006, pp. 181 ss.; G. Di Chiara, *Le modifiche allo spettro della ricorribilità per cassazione*, in *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006*, a cura di M. Bargis e F. Caprioli, Torino, 2007, p. 185; P. Moscarini, *Il sindacato della cassazione penale sulla motivazione dei provvedimenti giurisdizionali dopo la legge n. 46 del 2006*, in *Studium juris*, 2006, p. 952; C. Valentini, *Ricorso per cassazione*, in *Dig.disc.pen.*, agg. VI, Utet, Torino, 2011, pp. 526 ss.

Sull'applicabilità della nuova disciplina ai ricorsi in materia cautelare v. Cass., sez. II, 23 marzo 2006, Napoli, in *Giust. pen.*, 2007, III, 582, con nota di E.N. La Rocca, *In tema di nuovo art. 606, primo comma, lett. e, C.p.p.* Per un'impostazione di tipo storiografico v. P. Catalani, *Il vizio di motivazione e i nuovi approdi della giurisprudenza ai movimenti di pensiero del 900*, in *Cass.pen.*, 2009, I, 1.

7. Sulla nozione di motivazione contraddittoria v. F.M. Iacoviello, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., spec. pp. 407 ss.; E. Aprile, *Appello, ricorso per cassazione e revisione*, cit., pp. 268 ss.; A. Nappi, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, cit., pp. 164 ss.

8. Si veda Cass., sez. II, 5 maggio 2006 n. 19584, Capri, rv. 233773, in *Riv. pen.*, 2006, p. 922 secondo cui anche la contraddittorietà della motivazione deve essere manifesta perché possa ritenersi censurabile la sentenza impugnata.

9. V. G. Di Chiara, *Le modifiche allo spettro della ricorribilità per cassazione*, cit., p. 217.

10. Si veda F.M. Iacoviello, Commento all'art. 8 della l. 46/2006, cit. p. 154.

11. Nel medesimo senso v. E. Aprile, *Appello, ricorso per cassazione e revisione*, cit., p. 274. Su questi temi si vedano inoltre le considerazioni di C. Santoriello, *Il controllo sulla congruità della motivazione nel giudizio di legittimità tra disorientamenti interpretativi e resistenze culturali*, in *Giur. it.*, 2007, p. 2570 (commento a Cass., sez. IV, 9 febbraio 2006 n. 12894, Vescia).

È stato poi osservato¹² che l'innovazione normativa ha introdotto un nuovo tipo di contraddittorietà: quella tra motivazione e atti del processo che si verifica quando la contraddizione non si ha tra le argomentazioni contenute nel ragionamento probatorio (e in questo caso è sempre testuale) ma tra queste argomentazioni e le informazioni poste a base di esse (e in questo caso è sempre extratestuale). Non si tratta più di un vizio logico perché la contraddizione non si verifica tra le argomentazioni ma tra le informazioni (non solo di natura probatoria) contenute negli atti del processo. E dunque – escluso che, a seguito dell'innovazione legislativa sia oggi consentita alla Corte di cassazione una rivalutazione nel merito – che altro è la contraddittorietà tra motivazione e atti del processo se non il vizio di travisamento della prova (di cui parleremo più avanti) nel duplice senso di inesistenza della prova o della informazione probatoria veicolata dalla prova?

Le innovazioni ricordate non hanno reso più semplice (anche perché impossibile) scindere in tutti i casi le valutazioni di merito da quelle di legittimità; del resto l'ordinamento prevede numerosi casi nei quali il sindacato della Corte di cassazione involge comunque una valutazione di merito: per es. il carattere di decisività della prova di cui alla lett. c dell'art. 606 cpp; la stessa erronea applicazione (non l'inosservanza) della legge penale che richiede una comparazione tra fatto e diritto; l'"evidenza" della prova dell'innocenza che obbliga il giudice di legittimità a pronunciare la sentenza di assoluzione anche in presenza di cause di estinzione del reato (art. 129, comma 2, cpp). Ma i casi in cui il giudice di legittimità è chiamato a questo tipo di valutazioni sono innumerevoli¹³.

È necessaria a questo punto una precisazione: spesso vengono sovrapposti – confondendoli in una generica qualificazione come motivi "di merito" – due diversi aspetti riguardanti entrambi il vizio di motivazione. In realtà ci troviamo in presenza di due vizi di natura diversa anche se entrambi ricompresi nella previsione dell'art. 606 lett. e del codice di rito: la valutazione di merito, strettamente intesa, si esprime mediante giudizi di valore non sindacabili nel giudizio di legittimità se adeguatamente e logicamente motivati; si pensi al concetto di "osceno", alle ipotesi nelle quali la legge qualifica un fatto come di "particolare tenuità" (art. 648, comma 2, cod. pen.) o ancora il danno di "rilevante gravità" (art. 61, n. 7, cod. pen) ecc. In tutti questi casi il fatto è accertato nella sua

materialità e il giudice lo valuta alla stregua dei parametri indicati dal legislatore o elaborati dalla giurisprudenza. Se questa valutazione si attiene a questi parametri (e quindi non è ravvisabile il vizio di violazione di legge) il giudizio di valore è incensurabile nel giudizio di legittimità se logicamente motivato: tanto che si può pervenire, in diversi processi, a soluzioni confliggenti, tutte incensurabili nel giudizio di legittimità perché non manifestamente illogiche.

Diversa è la valutazione del giudice che concerne la ricostruzione dei fatti. Ogni giudizio, di qualunque natura esso sia (e quindi non soltanto quello che riguarda il processo penale), presuppone l'esistenza di un fatto, atto o rapporto giuridico al quale applicare le norme giuridiche pertinenti. Se nel giudizio non si pone in discussione la ricostruzione del fatto operata dal giudice di merito si resta nel vizio di erronea applicazione della norma giuridica (per es. se si contesta che un fatto indiscutibilmente accertato integri la fattispecie della ricettazione, e si sostiene l'ipotesi dell'incauto acquisto, il vizio denunziato è quello dell'erronea applicazione della legge penale). In questi casi il vizio riguarda invece proprio la ricostruzione del fatto e la soluzione è apparentemente più semplice: tutti concordano sulla conclusione che è precluso al giudice di legittimità di ricostruire i fatti in modo diverso da quanto compiuto dal giudice di merito essendo, questa funzione, estranea al giudizio di legittimità. Eppure nella pratica si continuano a proporre ricorsi con i quali si deduce il vizio di "travisamento del fatto" che indiscutibilmente tende proprio a far affermare al giudice di legittimità l'erroneità della ricostruzione compiuta dal giudice di merito.

6. Annullamento con rinvio per vizio di motivazione

Prima ancora di porsi il problema che aleggia da sempre sul tema delle funzioni del giudice di legittimità – l'opportunità di escludere o confermare (naturalmente ad opera del legislatore) il sindacato sul vizio di motivazione - dovremmo però quanto meno cercare di eliminare i casi in cui la Corte di cassazione si autoattribuisce compiti riguardanti la motivazione che in realtà non le spettano. Ciò avviene, in modo particolare, in alcuni casi di annullamento con rinvio.

È noto che l'annullamento con rinvio ha carattere esclusivamente rescindente mentre l'annullamento

12. V. F. M. Iacoviello, *Regole più chiare sui vizi di motivazione*, cit., p. 157. Sulla nuova disciplina riguardante la contraddittorietà si vedano le considerazioni di C. Valentini (*Ricorso per cassazione*, cit., pp. 526 ss.).

13. Se ne veda l'ampia rassegna che ne fa G. Lozzi, *La ricorribilità in cassazione*, cit., pp. 1316 ss.

senza rinvio può avere contemporaneamente anche natura rescissoria quando la Corte di cassazione non si limiti all'annullamento del provvedimento impugnato ma si pronunzi anche con la decisione nel merito della causa; cosa che può avvenire nei casi previsti dall'art. 129, 619, comma 3, e 620 lett. a e l cpp¹⁴. È da sottolineare in particolare il disposto della lett. l dell'art. 620 cpp che già consentiva, fino ad epoca recente, di evitare rinvii inutili nei casi nei quali la Corte di cassazione – senza esercitare alcun potere discrezionale o esprimere giudizi valutativi – poteva essa stessa procedere alla determinazione della pena (per es. quando è inflitta in misura inferiore al minimo o superiore al massimo e non si tratta dell'errore di calcolo che l'art. 619, comma 2, consente di rettificare) o dare i provvedimenti necessari (per es. applicare una pena accessoria obbligatoria la cui misura è predeterminata per legge e non richiede quindi l'esercizio di un potere discrezionale).

L'art. 1, comma 67, della l. 103/2017 ha ragionevolmente ampliato l'ambito di applicazione di questa norma consentendo alla Corte di decidere quando non siano «necessari ulteriori accertamenti di fatto». Sembra quindi di poter affermare che sia stata estesa al processo penale la regola, prevista dall'art. 384, comma 2, del codice di rito civile, che prevede che la Corte possa decidere la causa nel merito in ipotesi analoghe anche se il legislatore ha avuto ritengo ad affermare, nella materia penale, che la causa viene decisa «nel merito»; ma la sostanza è la stessa e, in una logica di semplificazione, mi sembra accettabile questa modesta deroga ai principi che consente di affermare l'esistenza, anche nel rito penale, di un riavvicinamento tra “modello a cassazione” e “modello a revisione” già segnalato dalla dottrina nel rito civile¹⁵. Si eviterà finalmente, d'ora in poi, un inutile giro di carte, per es., quando si tratta di stabilire un aumento per la continuazione, o una riduzione di pena per un'attenuante già concessa dal giudice di merito o di determinare la durata della sospensione della patente di guida che il giudice di merito si sia dimenticato di applicare.

È più problematico affermare invece che ci si trovi in presenza di un ampliamento dei poteri per quanto riguarda la determinazione della pena perché si richiede che ciò avvenga «sulla base delle statuizioni del giudice di merito»; cosa che avveniva già in base alla precedente formulazione. A meno di attribuire alla nuova disciplina un'interpretazione estensiva, peraltro consentita dalla lettera della legge (per es.

applicare il minimo della pena quando l'esclusione di un'aggravante ha eliminato l'unico aspetto di gravità del fatto; o applicare una pena elevata quando il giudice di merito abbia connotato il fatto come estremamente grave).

Ciò premesso sulla struttura del giudizio di rinvio è dato riscontrare come avvenga frequentemente che la Corte di cassazione, a seguito di annullamento con rinvio per vizio di motivazione, non si limiti ad enunciare le ragioni dell'annullamento ma si sovrapponga alle funzioni del giudice di merito indicando al giudice del rinvio il percorso motivazionale da seguire nella fase rescissoria. In questo modo però il giudice di legittimità si attribuisce una funzione che non gli compete perché la definizione di questo percorso riguarda esclusivamente la ricostruzione del fatto e la sua valutazione e dunque non può rientrare nelle funzioni di legittimità.

Il vizio di motivazione può infatti essere censurato solo nei limiti dell'art. 606, lett. e), cpp; la Cassazione annulla se la motivazione è mancante, contraddittoria o manifestamente illogica e ciò lascia aperta la possibilità di individuare tutte le motivazioni che non siano contraddittorie o manifestamente illogiche. Ma questo è un compito che la legge attribuisce al giudice di merito perché il percorso motivazionale su tali questioni è a lui attribuito. In realtà la Cassazione va spesso oltre i suoi poteri perché si autoattribuisce un potere che non le spetta: quello di anticipare, senza dirlo espressamente, la decisione sul merito che ritiene più convincente (quando annulla una assoluzione nella convinzione della colpevolezza e viceversa quando annulla una condanna avendo un opposto convincimento). E spesso i commentatori criticano o condividono la decisione a seconda che la decisione di merito annullata li convinca o meno senza neppure porsi il problema se la Corte di cassazione abbia questo potere.

Evidente è questa impostazione nel caso di indicazione, da parte della Cassazione, del percorso motivazionale in tema di valutazione della prova scientifica nel caso di ritenuto vizio di motivazione in cui sia incorso il giudice di merito. Pacifico essendo che i criteri di valutazione della prova scientifica non costituiscono principi di diritto cui il giudice di rinvio debba uniformarsi (art. 627, comma 3, cpp) non si comprende – se non nell'ottica della condisione di una determinata soluzione del caso concreto – perché in questo caso il giudice del rinvio dovrebbe uniformarsi (fermo restando il divieto di

14. Su questi temi v. A. Nappi, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, cit., pp. 250 ss.

15. Per questa distinzione si veda M. Taruffo, *Le funzioni delle corti supreme. Cenni generali*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2011, p. 11.

ripetere il percorso censurato nella fase rescindente) allo schema motivazionale indicato nella sentenza di annullamento¹⁶.

La giurisprudenza di legittimità è del resto uniforme nel ritenere che, in caso di annullamento per vizio di motivazione, il giudice di rinvio: mantiene piena autonomia di giudizio nella ricostruzione del fatto e nella valutazione dei dati probatori acquisiti; ha la facoltà di pervenire al medesimo risultato cui era giunto con la sentenza annullata; addirittura gli elementi di fatto e le valutazioni contenuti nella pronuncia di annullamento non sono vincolanti per il giudice del rinvio; può colmare eventuali lacune motivazionali e mantiene pieni poteri di cognizione potendo anche rinnovare l'istruzione dibattimentale¹⁷. Insomma il giudice di rinvio, mentre ha l'obbligo di uniformarsi alle questioni di diritto risolte dalla Corte di cassazione (art. 627, comma 3. cpp), nel caso di annullamento per vizio di motivazione incontra l'unico vincolo di non poter fondare la sua decisione sullo stesso percorso argomentativo che il giudice di legittimità ha ritenuto censurabile. È vero che spesso le sentenze di annullamento della Cassazione si avventurano nell'indicazione delle coordinate di merito o fattuali cui deve attenersi il giudice del rinvio ma si tratta di un'estensione non giustificata (e comunque priva di alcun rilievo) dei poteri del giudice di legittimità di cui il giudice del rinvio può non tenere alcun conto.

7. Il travisamento del fatto

Più rigorosa è stata la giurisprudenza di legittimità nel contrastare la tendenza diretta ad includere nel vizio di motivazione, sindacabile dalla Cassazione, il travisamento del fatto.

È noto che il ragionamento probatorio del giudice di merito è di tipo sillogistico. Il giudice parte da una

fonte di prova e perviene all'accertamento del fatto; per fare ciò utilizza le massime di esperienza (o regole di inferenza) che gli consentono di ricollegare un determinato fatto ad una condotta. È da tempo oggetto di contrasto la soluzione del problema (che non affronteremo) se il giudice di legittimità sia autorizzato a individuare le regole di inferenza da applicare al caso portato al suo esame. V'è invece sufficiente consenso sull'esistenza del divieto, per il giudice di legittimità, di creare la massima di esperienza per il caso concreto ma certamente il giudice di legittimità può, e deve, verificare se le massime utilizzate siano plausibili ovvero manifestamente illogiche (ecco un altro tipo di valutazione che sconfinava nel merito!) oppure se l'uso che ne è stato fatto sia manifestamente illogico (la regola d'inferenza è logica ma la sua applicazione al caso concreto è errata)¹⁸.

Orbene il sindacato della Corte di cassazione sul ragionamento probatorio era, fino al 2006, di due tipi: la mancanza e la manifesta illogicità della motivazione. La mancanza di motivazione è l'ipotesi più semplice ed è anche dubbio che costituisca (solo) un vizio di motivazione essendo, l'esistenza della motivazione, imposta dalle norme che abbiano già ricordato. Tanto è vero che, nei casi nei quali è previsto il ricorso in cassazione per la sola violazione di legge, si afferma che la mancanza totale di motivazione sia tale e renda dunque ammissibile il ricorso¹⁹. Sulla mancanza di motivazione c'è solo da precisare che il vizio si verifica non solo nel caso di assenza grafica di un apparato argomentativo ma anche quando la motivazione sia apparente o apodittica o tautologica. E parimenti è da ritenere che il vizio sia ravvisabile non solo quando manchi la motivazione sull'intera *regiudicanda* ma altresì quando sia assente la motivazione su uno snodo fondamentale del ragionamento probatorio o su uno degli elementi tipici del reato (per es., nel caso di un reato colposo in cui sia in discussione l'esistenza dell'elemento soggettivo, il giudice ha

16. È questa invece l'impostazione del problema che fornisce D. Pulitanò, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it.dir.proc.pen.*, 2015, p. 29.

17. Si vedano, da ultimo, Cass., sez. V, 27 marzo 2015 n. 36080, Knox, in *Foro it.*, 2016, II, 448; sez. IV, 17 marzo 2015 n. 20044, S., in *Ced Cass.*, n. 263864; sez. V, 19 giugno 2014 n. 42814, Cataldo, in *Ced Cass.*, n. 261760; sez. II, 22 maggio 2014 n. 27116, Grande Aracri, in *Ced Cass.*, n. 259811; sez. II, 25 settembre 2013 n. 47060, Mazzoni, in *Ced Cass.*, n. 257490.

18. I temi riguardanti la formazione e l'utilizzazione delle massime di esperienza non sono stati particolarmente approfonditi dalla giurisprudenza e anche i contributi della dottrina sono scarsi. Possono consultarsi sull'argomento P. Tonini, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Dir.pen.proc.*, 2011, p. 1341; M. Taruffo, *Considerazioni sulle massime d'esperienza*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2009, p. 551; in precedenza sul tema v. N. Mannarino, *Le massime d'esperienza nel giudizio penale e il loro controllo in cassazione*, Cedam, Padova, 1993. Sulla possibilità che le massime in questione possano orientare modelli diversi di causalità v. F. Cingari, *Causalità psichica e massime di esperienza: un modello differenziato di causalità?*, in *Dir.pen.proc.*, 2009, p. 767.

19. La giurisprudenza di legittimità è univoca nel senso indicato: cfr. da ultimo Cass., sez. IV, 21 marzo 2017 n. 22637, Attanasio, rv. 270000; sez. III, 18 ottobre 2016 n. 2257, Burani, rv. 268800; sez. VI, 15 giugno 2016 n. 33705, Caliendo, rv. 270080; sez. VI, 14 aprile 2016 n. 266970, Rechichi, rv. 266970; sez. I, 7 gennaio 2016 n. 6636, Pandico, rv. 266365.

omesso ogni valutazione, anche implicita, sulla prevedibilità dell'evento).

Più complesso sarebbe il discorso sulla manifesta illogicità della motivazione; ci limitiamo ad osservare che l'aggettivo usato dall'art. 606, lett. e, cpp rende evidente che il vizio denunciabile non può essere costituito da una mera incongruenza logica che si sia verificata all'interno del ragionamento probatorio ma deve trattarsi di un vizio evidente e immediatamente percepibile che abbia minato in modo decisivo la correttezza logica del ragionamento.

Ma la regola più significativa introdotta nel codice di rito del 1988 è un'altra: il vizio deve risultare dal testo del provvedimento. Evidenti sono le ragioni che hanno indotto il legislatore ad introdurre questa regola e sono tutte riconducibili alla volontà di evitare le incursioni della Corte di cassazione sul fatto; e l'unico metodo efficace per impedire queste incursioni non poteva che essere il divieto, per il giudice di legittimità, di leggere gli atti. Perché questo vuol dire la norma anche se l'espressione usata è meno decisa.

Ricapitolando: il testo originario dell'art. 606, lett. e, consentendo espressamente il ricorso in Cassazione per mancanza e manifesta illogicità della motivazione, implicitamente: vietava al giudice di legittimità una diversa ricostruzione dei fatti rispetto a quella (logicamente) compiuta dal giudice di merito; vietava l'accesso agli atti da parte della Cassazione; escludeva che fosse denunciabile davanti alla Corte di legittimità il vizio di motivazione "insufficiente"; escludeva dal giudizio di legittimità anche la contraddittorietà della motivazione (purché, ovviamente, non si risolvesse in manifesta illogicità). È ovvio che, in questo sistema, non potesse avere ingresso il travisamento del fatto: con questa definizione si intende infatti rilevare una divergenza tra il risultato delle prove poste a fondamento della decisione e il risultato emergente dagli atti processuali. Proprio quell'incursione nel merito, da parte del giudice di legittimità, che il nuovo codice ha tentato di stroncare con la previsione della testualità del vizio.

Questa disciplina peraltro, pur efficace (anche se non sempre osservato) racchiudeva un rischio, quello che divenissero insindacabili nel giudizio di legittimità motivazioni ineccepibili ma fondate su presupposti inesistenti. Facciamo l'esempio dell'alibi a favore dell'imputato: se il giudice motiva in modo manifestamente illogico sull'attendibilità

dell'alibi la sentenza è ricorribile; se lo ignora la testualità preclude l'esame del motivo (a meno di fare rientrare il vizio nella mancanza di motivazione). La giurisprudenza di legittimità non è stata insensibile alle incongruenze che potevano derivare da un'applicazione acritica del principio di testualità. Già nel 1997²⁰ le Sezioni Unite hanno temperato il principio affermando la sindacabilità della sentenza di appello quando, dal raffronto di questo provvedimento con i motivi di appello, emergeva che il giudice di appello non aveva esaminato le censure in fatto proposte con i motivi di appello. Si tratta di un assetto convincente: la parte ha l'onere di appellare segnalando i travisamenti del fatto da parte del primo giudice; se non lo fa non può dolersene con il ricorso in Cassazione. Se ha adempiuto all'onere la testualità non impedisce alla Cassazione di individuare il vizio.

Restavano due lacune: la prima costituita dal caso dell'assoluzione in primo grado cui conseguiva invece una condanna in appello; la seconda riguardante la sentenza fondata su un'informazione probatoria inesistente. Con la precisazione che, nel caso di sentenze inappellabili, il primo problema non si pone mentre nel secondo caso valgono le considerazioni che verranno fatte di seguito. Sulla prima lacuna la giurisprudenza di legittimità è intervenuta con un ulteriore temperamento del principio di testualità: in mancanza dei motivi di appello (impugnazione non ammissibile nel caso di assoluzione per non aver commesso il fatto o perché il fatto non sussiste) si è affermato che il giudice di appello, che vada di contrario avviso rispetto a quello di primo grado, deve però prendere in considerazione le memorie, difese ecc. che l'imputato abbia prodotto su ragioni difensive che il giudice di primo grado non ha preso in considerazione nella logica assolutoria che gli consentiva di omettere la valutazione di determinati fatti²¹.

8. Il travisamento della prova

Il percorso seguito dalla giurisprudenza di legittimità per ridurre le conseguenze della seconda lacuna (informazione probatoria inesistente) costituisce il passo più significativo per eliminare le incongruenze di cui abbiamo parlato ed è costituito dalla rielaborazione dei contributi dottrinali che hanno condotto alla possibilità di denunciare il vizio di travisamento

20. Si veda la sentenza 30 aprile 1997 n. 6402, Dessimone, in *Cass. pen.*, 1997, 3327. Secondo C. Valentini (*Ricorso per cassazione*, cit., par. 5 b) questa sentenza «con interessante artificio, era riuscita a risuscitare nella sostanza il cosiddetto travisamento del fatto».

21. Si veda la sentenza delle Sezioni Unite 30 ottobre 2003 n. 45276, Andreotti e altri, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 590, con nota di G. Lozzi, *Reformatio in peius del giudice di appello e cognitio facti ex actis della Corte di cassazione*, e in *Giur. it.*, 2004, p. 1230, con nota di C. Santoriello, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di controllo di legittimità sulla motivazione in fatto*.

della prova nel giudizio di legittimità²². Il travisamento della prova si riferisce a due ipotesi specifiche: 1) il giudice ha preso in considerazione una prova che non esiste; 2) il risultato di prova è indiscutibilmente diverso da quello sostenuto dal giudice di merito.

La costruzione su cui si fondava precedentemente il travisamento della prova non consentiva che questo vizio potesse essere inquadrato in quello previsto dalla lett. e dell'art. 606 (ostandovi il requisito della testualità) e si era fatto riferimento al vizio di violazione di norme processuali (art. 606, comma 1, lett. d, del codice di rito) ed in particolare all'art. 191 (se sono utilizzabili le prove acquisite in violazione di divieti stabiliti dalla legge possono essere ritenute utilizzabili prove che non esistono?) e all'art. 526 cpp (se il giudice non può utilizzare per la decisione prove diverse da quelle legittimamente acquisite può invece utilizzare quelle che non esistono?).

La l. 46/2006 ha dunque ricondotto il vizio di travisamento della prova al vizio di motivazione di cui all'art. 606, lett. e, cpp (a meno di ritenere, come è stato affermato in dottrina, che la contraddittorietà della motivazione è solo quella testuale e che il contrasto tra atti di natura probatoria del processo e motivazione (travisamento della prova) continua ad essere riconducibile al motivo di ricorso previsto dalla lett. c dell'art. 606)²³. Questa elaborazione, come appare evidente, nasce da esigenze di giustizia. Ci si è chiesti se un moderno sistema processuale ispirato ai principi della democrazia liberale possa consentire di condannare (ma anche di assolvere) una persona in base ad una prova che non esiste – solo perché il giudice ha affermato che la prova esiste – o che lo stesso avvenga in base ad un risultato di prova “indiscutibilmente” diverso (il teste non ha riconosciuto una persona nella rico-

gnizione personale ma la sentenza afferma che l'ha riconosciuta).

Non si tratta di una diversa ricostruzione del fatto o di una valutazione di merito del giudice di legittimità perché la Cassazione: 1) non rivaluta la prova; 2) non opta per una diversa ricostruzione del fatto; 3) non sovrappone le sue massime di esperienza a quelle del giudice di merito. Si limita ad una verifica oggettiva che la prova non esiste (anche nel senso che è indiscutibilmente diversa) e – ovviamente nei soli casi in cui la prova ha avuto rilievo decisivo sulla decisione – annulla la sentenza impugnata senza rinvio (se si trattava dell'unico elemento di prova acquisito al processo) o demandando al giudice del rinvio di non tenere conto di quell'elemento inesistente (o di tenerne conto se il giudice di merito ne aveva erroneamente escluso l'esistenza). Si tratta dunque non di un errore valutativo ma di un errore percettivo.

Questa costruzione si fonda anche su ragioni di ordine logico. Si è detto: è possibile che si possa ricorrere in Cassazione per la mancata assunzione di una prova decisiva (art. 606, lett. d, cpp) e richiedere che il giudice debba indicare le ragioni per le quali ritiene non attendibili le prove contrarie (art. 546, comma 1, lett. e, cpp) e poi consentire che si giudichi in base a prove che non esistono? Con l'ulteriore assurda conseguenza di inibire il ricorso in Cassazione in casi che invece successivamente consentirebbero, formatosi il giudicato, il giudizio di revisione ormai ritenuto ammissibile anche nel caso di prova acquisita ma non valutata²⁴; o che consentirebbero il ricorso straordinario per errore di fatto previsto dall'art. 625 bis del codice di rito. Naturalmente il vizio di travisamento della prova, come in precedenza delineato, esclude che alla conclusione dell'inesistenza della prova si possa pervenire in base ad un ragionamento di tipo valutativo; al contrario il

22. Il vizio di travisamento della prova è frutto di elaborazione dottrinale (v. in particolare i contributi su questo tema di F.M. Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997; *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, cit., 790 ss.; più di recente *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, Milano, 2013, spec. Pp. 408 ss.); negli anni successivi è stato condiviso in varie decisioni della Corte di cassazione (sentenze sez. IV, 6 aprile 2000 n. 6552, Attaguile, rv. 216734, in *Cass. pen.*, 2001, 2726 (s.m.); sez. I, 3 dicembre 2003 n. 1647, Polito, rv. 227105; sez. IV, 9 giugno 2004 n. 29920, Bonazzi, in *Giust. pen.*, 2006, III, 105 e in *Cass. pen.*, 2005, 2557, con nota di F. Zacchè, *Prova travisata e poteri della Corte di cassazione*; 9 giugno 2004 n. 36769, Cricchi, rv. 229690; 19 aprile 2005 n. 40059, Bianco, rv. 232439. Dopo isolate decisioni contrarie, (per es. Cass., sez. V, 29 novembre 2005 n. 46871, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 878 (s.m.), con nota di A. Famiglietti, *Il controllo di legittimità sul travisamento del fatto della prova: ritorno al passato con la “legge Pecorella”*) la giurisprudenza più recente appare uniforme nel recepire questo orientamento: si vedano, Cass., sez. V, 13 febbraio 2017 n. 18975, Cadore, rv. 269906; sez. III, 31 gennaio 2017 n. 14509, Romeo, rv. 270394; sez. II, 18 novembre 2016 n. 7986 (dep. 2017), La Gumina, rv. 269217; sez. V, 24 settembre 2014 n. 48703, Biondetti, rv. 261438; sez. VI, 16 gennaio 2014 n. 5146, Del Gaudio, rv. 258774; sez. IV, 12 dicembre 2013 n. 4060 (dep. 2014), Capuzzi, rv. 258438; sez. V, 28 novembre 2013 n. 7465 (dep. 2014), Napoleoni, rv. 259516.

È da rilevare che anche la giurisprudenza civile di legittimità ha preso atto della possibilità di censurare il vizio del travisamento della prova (cfr. Cass., sez. I, 25 maggio 2015 n. 10749, rv. 635564; sez. III, 24 maggio 2006 n. 12362, rv. 589592).

23. Si veda G. Lattanzi, *Cassazione o terza istanza?*, cit., p. 1382.

24. Nel senso che per prova nuova, ai fini della revisione, debba intendersi non solo la prova successivamente acquisita ma anche quella già esistente ma non valutata si sono pronunziate le Sezioni Unite della Corte di cassazione con la sentenza 26 settembre 2001 n. 624, Pisano, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1952, con nota di B. Monastero, *Revirement delle Sezioni Unite: la prova non valutata legittima una richiesta di revisione*.

giudizio della Cassazione, in questi casi, è del tutto avolutativo, si risolve in una mera presa d'atto dell'errore di percezione nel quale è incorso il giudice di merito²⁵. Un esempio può meglio chiarire il concetto: il teste ha detto che il fatto è avvenuto di giorno e il giudice nella sentenza afferma che il teste ha affermato che il fatto è avvenuto di notte. Questo è il travisamento della prova; se invece il giudice spiega perché – anche se il teste ha detto che il fatto è avvenuto di notte – deve intendersi che il fatto sia avvenuto di giorno siamo fuori del travisamento della prova e ricadiamo nel travisamento del fatto non deducibile nel giudizio di legittimità (salvo che il ragionamento sia manifestamente illogico e, oggi, anche contraddittorio).

Un'ultima precisazione: il nuovo testo della lett. e dell'art. 606 precisa che si deve trattare di atti da cui risulta il vizio²⁶. Che cosa ha inteso affermare il legislatore con questa formulazione? La giurisprudenza di legittimità ha dato inizialmente due risposte divergenti a questa domanda; la prima, particolarmente restrittiva, ha fornito al quesito una risposta molto rigorosa e riduttiva nel senso che l'atto cui fa riferimento la norma è solo l'atto processuale (l'istanza, la richiesta ecc.) alla quale il giudice di merito non abbia dato risposta²⁷. La seconda risposta data al quesito – che ormai costituisce diritto vivente essendo da

ritenere superato il primo orientamento – riconosce invece che il vizio possa risultare da qualunque atto (anche di natura probatoria) e che abbia caratteristiche tali da far emergere che la sentenza è manifestamente illogica o contraddittoria²⁸.

Occorre però fare un'importante precisazione: il vizio deve emergere da quell'atto o da quegli atti, non da una comparazione con gli altri atti del processo. Anche dopo la modifica normativa non è attribuito alla Cassazione il compito di rivalutare le prove o di rivalutare l'atto specificamente indicato insieme agli altri atti del processo. Si è detto, correttamente, che l'atto – da solo – deve essere idoneo a “disarticolare”²⁹ il ragionamento probatorio del giudice di merito (la persona offesa non ha riconosciuto il rapinatore e il giudice di merito ha fondato la condanna sull'asserito riconoscimento). Ciò consente di ribadire che la l. 46/2006 non ha introdotto il vizio di travisamento del fatto perché la Cassazione – senza rivalutare le prove – si limita a “verificare”, a “constatare” l'esistenza e il contenuto di un atto (o di più atti) da solo idoneo ad incrinare irrimediabilmente il ragionamento probatorio del giudice di merito su un punto decisivo³⁰. Questo assetto processuale innovato ricomprende certamente anche il vizio di travisamento della prova di cui abbiamo parlato e ha l'effetto di ricondurlo

25. Secondo F. Zacchè, *Prova travisata e poteri della Corte di cassazione*, cit., p. 2572, «pare illusoria la pretesa della Cassazione di mantenere il suo controllo nei confini della “mera” legalità quando verifica il procedimento intellettuale seguito dai giudici di grado inferiore».

26. Secondo F. M. Iacoviello, *Regole più chiare sui vizi di motivazione*, cit., p. 157, solo per la contraddittorietà il nuovo testo dell'art. 606 cpp prevederebbe il raffronto con gli atti perché «la illogicità è una illogicità tra argomenti e non vi può essere illogicità tra un argomento della sentenza e un argomento desumibile dagli atti». Nella giurisprudenza di legittimità fa invece espresso riferimento anche alla manifesta illogicità Cass., sez. I, 20 aprile 2006 n. 20370, Simonetti, rv. 233778.

27. Espressione di questo orientamento sono, tra le altre (tutte della medesima sezione e tutte aventi il medesimo relatore), Cass., sez. V, 9 novembre 2006 n. 39843, Gatti, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2859; 12 aprile 2006 n. 16959, Strano, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1522, con nota critica di A. Capone, *La contraddittorietà tra motivazione e atti in Cassazione*; 12 aprile 2006 n. 16955, Mangion, in *Foro it.*, 2006, II, p. 529, con osservazioni di G. Di Chiara (ivi sono pubblicate anche le sentenze Stojanovic e Casula che saranno di seguito citate) nonché in *Giur. it.*, 2007, p. 2027, con nota di G. Sambuco, *I poteri cognitivi della Corte di cassazione, tra resistenze interpretative e aspirazione al giusto processo*, e in *Cass. pen.*, 2006, p. 3534, con nota di A. Didone, *La legge “Pecorella”, l'entimema di Toulmin e il tassello mancante*. In dottrina, nel medesimo senso, v. A. Nappi, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, cit., p. 158.

28. Questo orientamento è condiviso dalla giurisprudenza delle altre sezioni della Corte di cassazione. Si vedano, esemplificativamente, Cass., sez. VII, 19 febbraio 2015 n. 12406, Micciché, rv. 262948; sez. V, 12 dicembre 2012 n. 9338 (dep. 2013), Maggio, rv. 255087; sez. VI, 24 febbraio 2010 n. 18491, Nuzzo Piscitelli, rv. 246916; sez. IV, 17 aprile 2007 n. 21602, Ventola, rv. 237588 e sez. II, 23 maggio 2007 n. 23419, Vignaroli, rv. 236893, nonché tutta la giurisprudenza di legittimità che sarà di seguito citata. In dottrina la critica al diverso orientamento è praticamente generalizzata: v., esemplificativamente, F. M. Iacoviello nel già citato commento all'art. 8 della l. 46/2006; A. Bargi, *I nuovi ambiti oggettivi delle impugnazioni*, cit., pp. 167 ss.

29. Questa efficace espressione è usata da Cass., sez. VI, 15 marzo 2006 n. 10951, Casula, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1614, con nota di A. Capone, *La Corte di cassazione non giudica nel merito. Nuovi sviluppi di un antico adagio*, e in *Cass. pen.*, 2006, p. 2372, con nota di A. Nappi, *La riforma dell'art. 606 cpp e il sindacato di legittimità sulla motivazione incompleta*. L'Autore, che è l'estensore delle sentenze rappresentative dell'orientamento minoritario sull'interpretazione da dare al concetto di “atti”, da cui deve risultare il vizio di motivazione, ribadisce in questo scritto le ragioni del suo convincimento.

30. Questa ricostruzione è condivisa dalla ormai assolutamente prevalente giurisprudenza di legittimità. Si vedano Cass., sez. V, 12 dicembre 2012 n. 9338 (dep. 2013), Maggio, rv. 255087; sez. V, 21 gennaio 2011 n. 18542, Carone, rv. 250168; sez. III, 21 novembre 2008 n. 12110 (dep. 2009), Campanella, rv. 243247; sez. I, 15 giugno 2007 n. 24667, Musumeci, in *Cass. pen.*, 2008, 2899, con nota di L. Calò, *Travisamento della prova. Storia di un dialogo* (il caso si riferiva al travisamento di una perizia grafica che aveva attribuito all'imputato

al vizio di motivazione (e non più alla violazione di norme processuali come era stato in precedenza inquadrate)³¹. Con l'effetto positivo di estendere il sindacato (non valutativo: è sempre opportuno ribadirlo) della Cassazione ai casi che non si potevano far rientrare nel travisamento della prova: per es. la prova esistente ma non valutata (un alibi) con l'ulteriore effetto positivo di ridurre i casi di revisione.

Va ancora evidenziato che alcune decisioni di legittimità³² si esprimono in senso riduttivo sulla possibilità di applicare integralmente questi principi alla prova dichiarativa sottolineando che, «salvi i casi limite in cui l'oggetto della deposizione sia del tutto definito o attenga alla proposizione di un dato storico semplice e non opinabile» la testimonianza «è sempre il frutto di una percezione soggettiva del dichiarante anche se attiene a fatti di sua diretta scienza». Con la conseguenza che – per apprezzare la logicità e non contraddittorietà della motivazione in riferimento al dato probatorio costituito dalla testimonianza – il giudice di legittimità (salvo i casi più semplici indicati) dovrebbe avere «contezza dell'intero compendio probatorio» anche per poter svolgere l'analisi comparativa inerente la decisività della fonte testimoniale. E in ogni caso è richiesto che il ricorso abbia carattere di autosufficienza e contenga quindi l'integrale trascrizione, o l'allegazione, degli atti sul cui esame si fonda la censura³³.

Inutile sottolineare che l'eventuale distacco dalla realtà processuale deve avere carattere di decisività; non ogni divergenza tra la motivazione e la realtà degli atti conduce all'annullamento della decisione di merito e credo sia realistico ammettere, come è stato osservato in dottrina³⁴, che l'accertamento della

decisività comporta inevitabilmente una valutazione di merito perché richiede comunque, con i limiti che vedremo, che il giudice di legittimità esprima un convincimento discrezionale sulla sufficienza del compendio probatorio risultante all'esito del giudizio (con un elemento probatorio in più o in meno rispetto a quello considerato dal giudice di merito). Si è infine precisato³⁵ che questo sistema si riferisce alla sentenza di secondo grado difforme da quella di primo grado per i limiti del principio devolutivo; a meno che il giudice d'appello non fondi la sua decisione su un atto a contenuto probatorio non considerato dal primo giudice.

9. Eliminare il vizio di motivazione dai motivi di ricorso in Cassazione?

È evidente che l'unico terreno su cui può essere esercitata un'efficace azione deflattiva del numero di ricorsi penali in Cassazione – ove non ci si voglia illudere sulla possibilità di una modifica dell'art. 111 della Costituzione – è quello della riduzione o esclusione della ricorribilità per vizio di motivazione per il quale non esistono, per le ragioni già dette, coperture di natura costituzionale. Non credo che esistano statistiche sul punto ma sedici anni di esercizio della giurisdizione di legittimità mi consentono di affermare che la maggior parte dei ricorsi in Cassazione in materia penale è fondata, esclusivamente o parzialmente, sul vizio di motivazione. L'eliminazione di questo vizio dai possibili motivi di ricorso al giudice di legittimità avrebbe quindi non solo l'effetto di ridurre (forse) a dimensioni accettabili il carico di lavoro della Corte di

un falso materiale in termini di mera possibilità e che il giudice aveva interpretato in termini di certezza); sez. II, 11 gennaio 2007 n. 7380, Messina, in *Cass. pen.*, 2008, 226; sez. I 14 luglio 2006 n. 25117, Stojanovic, in *Cass. pen.*, 2007, 2864, con nota di A. Follieri, *Il sindacato della Corte di cassazione sul vizio di motivazione*, e in *D & G diritto e giustizia*, 2006, n. 32, 48, con nota (a p. 44) di P. Ferrua, *Atti processuali, addio divieto d'accesso. La Pecorella dà più spazio agli ermellini*; sez. II, 23 marzo 2006 n. 13994, Napoli, in *Giur. it.*, 2007, p. 435, con nota di A. Famiglietti, *Decisività della prova travisata e ricorso per cassazione: le innovazioni apportate dalla "legge Pecorella"*; 5 maggio 2006 n. 19584, Capri, rv. 233773, in *Riv. pen.*, 2006, 922. Secondo R.E. Kostoris (*Le impugnazioni penali, travagliato terreno alla ricerca di nuovi equilibri*, in *Riv.dir.proc.*, 2008, p. 915) il nuovo vizio di contraddittorietà tra atti del processo e decisione non richiede quella manifesta evidenza necessaria per l'illogicità ma che sia sufficiente che l'elemento ignorato o travisato "ponga un ragionevole dubbio sulla colpevolezza".

31. In questo senso v. Cass., sez. II, 23 maggio 2007 n. 23419, Vignaioli, rv. 236893. La già citata Cass., sez. V, 9 novembre 2006 n. 39843, Gatti ritiene invece che, anche dopo la modifica dell'art. 606 cpp, il vizio derivante dal contrasto tra la decisione e le prove possa essere fatto valere nel giudizio di legittimità solo quando si traduca in un *error in procedendo* riconducibile alla lett. c della medesima norma.

32. Si vedano Cass., sez. VI, 10 maggio 2007 n. 542, Contrada, rv. 238243 (non massimata sul punto); sez. IV, 12 febbraio 2008 n. 15556, Trevisonno, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2008, 1417, con nota di C. Papagno, *La prova dichiarativa non può essere travisata: l'interpretazione giurisprudenziale svilisce il significato della riforma*.

33. Si vedano, per la riaffermazione del principio di autosufficienza del ricorso, Cass., sez. II, 1° marzo 2013 n. 26725, Natale, rv. 256723; sez. V, 22 gennaio 2010 n. 11910, Casucci, rv. 246552; sez. IV, 16 dicembre 2009 n. 3360 (dep. 2010), Mutti, rv. 246499.

34. Da parte di A. Capone, *La Corte di cassazione non giudica nel merito*, cit., p. 1617.

35. Si veda la citata Cass. sez. II, 23 marzo 2006 n. 13994, Napoli.

cassazione ma di valorizzare la sua funzione di nomofilachia che oggi non può essere svolta adeguatamente proprio per l'ingentissimo carico di lavoro.

Ma v'è una ragione in più per perseguire il fine di eliminare il vizio di motivazione da quelli deducibili con il ricorso in Cassazione. Mentre infatti la funzione di nomofilachia ha un senso che venga svolta da un giudice centralizzato e sovraordinato per l'ineliminabile esigenza di un'interpretazione della legge che sia il più possibile uniforme per tutti i cittadini perché un sistema di questo genere è il più idoneo a garantire la certezza del diritto e l'uguaglianza di tutti di fronte alla legge (non solo nel caso dell'inosservanza ma anche nel caso di erronea applicazione della legge che comunque richiede pur sempre l'individuazione di parametri oggettivi cui fare riferimento nell'individuazione della norma da applicare) analoga conclusione non può trarsi quando si parla di vizio di motivazione.

Intanto v'è da dire che i criteri di scelta dei giudici della cassazione non sono certo indirizzati a verificare le capacità di operare valutazioni di merito da parte dei giudici prescelti (al più possono individuarsi parametri negativi) ma alla idoneità alle funzioni di nomofilachia e su questo terreno occorre riaffermare che la Cassazione ha da sempre espresso – sia nel diritto penale che in quello civile – il più alto livello qualitativo anche rispetto alle Corti supreme di altri Stati europei. Lo stesso non si può dire per le decisioni che riguardano il vizio di motivazione che, oltre ai difetti e alle estensioni indebite del ruolo già segnalate, si segnalano spesso per imprecisioni e per manifestare evidenti propensioni per l'accoglimento di determinate decisioni di merito che non compete al giudice di legittimità individuare. Ma sono conseguenze ineliminabili perché il giudizio relativo alla motivazione è estraneo alle competenze e alla formazione del giudice di legittimità e non v'è alcuna garanzia che sia svolto, da questo giudice, in modo più adeguato rispetto ad un giudice di merito (qualche volta questa inadeguatezza è stata sottolineata anche da parte della Cassazione nei giudizi conseguenti a quelli di rinvio).

Si aggiunga, come è stato sottolineato, che mentre per la soluzione delle questioni di diritto la collegialità nel giudizio di cassazione è normalmente garantita quando si tratta di esaminare il fondamento di dedotti vizi di motivazione (soprattutto se espressi con riferimento alla ricostruzione dei fatti da parte del giudice di merito) si rende necessario un esame di atti e provvedimenti dai quali i componenti del collegio, diversi da presidente e relatore, sono di regola esclusi³⁶.

Naturalmente i costi di una tale scelta legislativa non potrebbero essere addebitati ai potenziali ricorrenti perché, anche in mancanza di una violazione dell'art. 111 della Costituzione (che, lo si ripete per l'ennesima volta, garantisce il diritto a ricorrere in Cassazione esclusivamente "per violazione di legge"), potrebbero verificarsi violazioni del diritto di difesa e quindi dell'art. 24 della Costituzione. L'ordinamento non potrebbe tollerare, perché lesive dei diritti inviolabili della difesa, decisioni che comportassero una condanna (ma anche un'assoluzione) fondata su una prova inesistente o il cui risultato fosse incontestabilmente diverso da quello accolto dal giudice. Ma inaccettabile sarebbe anche una condanna fondata su una prova (ovviamente decisiva) manifestamente illogica (il teste ha visto bene perché era ... buio!).

Nel caso in cui queste distorsioni (infrequenti ma non inesistenti) avvengano nel giudizio di primo grado e la sentenza sia appellabile è ovvio – ma la conseguenza è già rinvenibile nel sistema vigente – che ci troviamo in presenza di un onere della parte di censurare con l'appello il travisamento della prova o la manifesta illogicità della motivazione. Se non lo fa si forma sul punto il giudicato interno che non potrà essere rimosso nel corso successivo del processo. Esigenze inderogabili di tutela dei diritti di libertà e della difesa richiedono invece che – nei casi in cui il vizio si verifichi nel giudizio in unico grado o in quello di secondo grado ovvero, ancora, sia stato proposto appello e il giudice di secondo grado non abbia rimediato ai vizi indicati – venga individuato un mezzo, diverso dal ricorso in Cassazione, per rimediare al vizio in questione.

10. Ipotesi di modifiche legislative per garantire i diritti delle parti

Un procedimento che viene instaurato non per risolversi in un giudizio di natura valutativa sul contenuto di una precedente decisione ma per esprimere una verifica, di natura oggettiva, sull'esistenza di un vizio di natura formale (una svista) o prevalentemente formale (una contraddittorietà o illogicità "manifeste", quindi a tutti evidenti), può essere attribuito sia alla cognizione di un giudice "superiore" che a quella del medesimo giudice che ha emesso la decisione che si assume affetta dal vizio proprio per questa natura di carattere non valutativo. Nell'ottica indicata di ricondurre la Cassazione alle funzioni di nomofilachia la soluzione proposta non può, dunque, che essere quella di attribuire la cognizione sui vizi di motivazione deducibili (auspicabilmente in termini ragionevol-

36. Si vedano le considerazioni sul punto di E. Lupo, *Cassazione penale*, cit., p. 188.

mente più ristretti) allo stesso giudice (diversamente composto) o ad un giudice del medesimo grado di quello che ha pronunciato la decisione che si assume affetta dal vizio di motivazione.

I codici processuali prevedono già alcune soluzioni di questo tipo per ovviare a questi errori: nel codice di rito penale è previsto che lo stesso giudice che ha emesso il provvedimento possa emendarlo nel caso in cui sia incorso in errore di fatto (art. 130); analogamente la Corte di cassazione può provvedere - non solo nel caso di errore di fatto ma anche nel caso di errore materiale - anche se la richiesta è (a mio parere ingiustificatamente) limitata a favore del condannato con esclusione quindi dell'imputato o indagato (il che ha particolare rilievo nei giudizi cautelari) e della parte civile (il procuratore generale è invece legittimato a proporre la richiesta).

Ma di particolare interesse mi sembra l'ipotesi, prevista dalla disciplina processuale civilistica, della revocazione delle sentenze pronunziate in grado di appello o in unico grado prevista dall'art. 395 cpc (ed estesa ai provvedimenti del giudice di legittimità dall'art. 391 *bis* cpc, norma introdotta, dalla riforma del 1990, anche per tener conto della sentenza della Corte costituzionale 17/1986 che aveva già introdotto, con una sentenza additiva, la revocazione per le sentenze del supremo collegio). Si tratta di un rimedio straordinario (ma non tutti concordano su questa qualificazione) utilizzabile in quei casi in cui si sia verificata nel processo un'ingiustizia che renda necessario superare anche la formazione del giudicato e individuare «un rimedio la cui esigenza è ed è stata universalmente avvertita, in ogni dove e in ogni tempo, per un'insopprimibile aspirazione di giustizia»³⁷.

Perché un istituto analogo alla revocazione della sentenza civile potrebbe costituire uno strumento astrattamente idoneo a porre rimedio ai vizi indicati? Perché l'art. 395 n. 4 cpc prevede, tra i casi di revocazione, che la sentenza sia «l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa», ipotesi che si avvicina sensibilmente ai casi di travisamento della prova e di manifesta illogicità o contraddittorietà della motivazione perché il giudizio è stato falsato o da un elemento estraneo o inesistente o da una valutazione oggettivamente errata. In que-

sto (come del resto nella più parte degli altri casi di revocazione) si tratta di porre rimedio ad una grave patologia del processo che ha deviato il corso della giustizia verso un esito non corretto. Ciò spiega perché la richiesta di revocazione andrebbe proposta allo stesso giudice che ha pronunciato il provvedimento trattandosi di censure che non riguardano errori di giudizio ma anomalie diverse e spesso più nascoste. Naturalmente la giurisprudenza civile di legittimità richiede - come è reso necessario dalla circostanza che la revocazione della sentenza ha conseguenze assai rilevanti sulla formazione e sulla stabilità del giudicato - l'esistenza di presupposti, da accertare rigorosamente, perché possa farsi luogo alla revocazione della sentenza ed evitare che questo procedimento si trasformi in un ulteriore grado di giudizio. È opportuno farne cenno perché si tratta di presupposti che varrebbero a far rimanere in limiti fisiologici, anche nella materia penale, il ricorso a questo strumento atipico di impugnazione ove mai venisse in mente a qualcuno di introdurlo. In particolare: non si deve trattare di errore di diritto; questo errore è peraltro sanabile con il ricorso in Cassazione³⁸; si deve trattare di un errore percettivo o di una "svista" in cui è incorso il giudice di merito e non di un errore valutativo³⁹; il motivo deve essere decisivo: non è sufficiente che sia fondato ma deve essere astrattamente idoneo (da solo, ovvero considerato unitamente ad altre ragioni già prese in considerazione dai giudici di merito, a far ritenere fondata l'impugnazione); deve dunque esistere un rapporto di causalità necessaria tra l'errore percettivo in cui è incorso il giudice e la decisione che, a seguito di tale svista, è derivata.

Potrebbe obiettarsi che, mentre per il travisamento della prova può parlarsi di vera e propria "svista", nel caso della manifesta illogicità della motivazione di questo non si tratta perché in questa valutazione un aspetto valutativo non può essere assente. Ciò è senz'altro vero ma credo che la qualificazione della illogicità come "manifesta" consenta di riportare il vizio a quelle palesi incongruenze che consentono di ritenere che la sua esistenza abbia un elevato grado di oggettività e non possa essere posta in discussione per cui il giudice della revocazione, ove lo ritenga esistente, non possa che prenderne atto. Insomma

37. Così C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile. La revocazione*, vol. III, Giappichelli, Torino, 2013, p. 457.

38. Ciò vale anche nel caso di dedotta violazione delle norme Cedu come è stato di recente affermato (v. Cass., sez. VI, ord. 22 settembre 2016, in *Riv.dir.proc.*, 2017, 284, con nota di S. Colussa, *Contrarietà della sentenza di cassazione ai principi della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e revocazione*).

39. Per l'esame di una serie di errori valutativi, per i quali è stata ritenuta inammissibile la richiesta di revocazione, si vedano le sentenze Cass., sez. III, 25 luglio 2002 n. 10901; sez. lav., 3 giugno 2002 n. 8035; sez. III, 3 giugno 2002 n. 8023, tutte in *Foro it.*, 2003, I, p. 1819, con nota di A. Renzi, *In tema di revocazione delle sentenze della Corte di cassazione*; si è detto, in dottrina, che l'errore di fatto deve attenersi «alla sfera sensoriale (della lettura o della memoria di quanto risultante dagli atti e documenti della causa) e non a quella del ragionamento» (v. C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., p. 463).

l'illogicità della motivazione, quando è possibile qualificarla come "manifesta", è assimilabile non tanto ai casi di prova non esistente quanto a quelli in cui il risultato di prova è indiscutibilmente diverso da quello ritenuto dal giudice.

Infine è da osservare che il problema delle dimensioni complessive del contenzioso non sarebbe verosimilmente destinato a diminuire perché contro le decisioni adottate in sede di "revocazione" (se così vogliamo chiamarla) sarebbe comunque consentito

il ricorso in Cassazione per violazione di legge; ciò avrebbe comunque un effetto deflattivo sul carico del giudice di legittimità; gli attuali ricorsi per vizio di motivazione verrebbero ripartiti tra i giudici territoriali con un aggravio non significativo mentre alla Corte di cassazione perverrebbero soltanto i ricorsi contro queste decisioni peraltro consentiti solo per violazione di legge con una razionalizzazione di questo giudizio derivante, in modo particolare, dall'averlo ricondotto alle funzioni di nomofilachia.

Il futuro della Cassazione

di *Piero Curzio*

L'Autore riflette sulla funzione della Corte suprema italiana nell'assetto costituzionale, sulla grave crisi del giudizio di legittimità e sulle cause che l'hanno determinata, sui tentativi del legislatore di porvi rimedio con le riforme processuali dell'ultimo decennio e sui loro esiti tutt'altro che risolutivi. Guardando al futuro, sulla base di tale analisi, formula alcune proposte per evitare il radicamento della crisi ed operare un profondo cambiamento su più livelli (normativo, giurisprudenziale, organizzativo, metodologico, culturale) che, nel rispetto dei principi costituzionali, consenta di delimitare e gestire più razionalmente il contenzioso di legittimità, mettendo in grado la Corte di svolgere in modo adeguato la sua fondamentale funzione di garanzia dell'uguaglianza dei cittadini in sede di applicazione ed interpretazione della legge.

1. Corte di cassazione e Stato di diritto

Il legislatore non ha mai modificato la norma dell'ordinamento giudiziario che disciplina le attribuzioni della Corte di cassazione. L'art. 65 ord. giud. dispone tuttora: «La Corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni».

Quindi rimane centrale il controllo sull'osservanza-interpretazione della legge, che deve essere esatta ed uniforme su tutto il territorio nazionale.

L'interpretazione esatta della legge dovrebbe essere una e pertanto l'uniformità dovrebbe essere un carattere derivato. L'utilizzazione dei due concetti sembra indicare la consapevolezza del fatto che a volte sono ragionevolmente sostenibili più interpretazioni e che in tal caso la Corte deve comunque sceglierne e affermarne una in funzione del valore della uniformità.

L'uniformità della interpretazione su tutto il territorio dello Stato ha acquistato un significato ancora più profondo con la Costituzione, perché è una declinazione del principio di uguaglianza. Uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge significa anche diritto ad

un'eguale osservanza ed interpretazione della legge, significa uguaglianza di trattamento giurisdizionale di casi simili.

Tutto ciò si rafforza con il complicarsi del tessuto normativo a causa dell'ampliamento del concetto di legge, al di là ed all'interno della sua dimensione statale. Il problema si amplia, perché l'interpretazione diviene spesso più complessa in ragione dell'articolarsi delle fonti, ma non si sposta. Un requisito della democrazia è che non solo la legge, ma la sua interpretazione sia uguale per tutti.

Il compito della Corte di cassazione è quindi fondamentale in uno Stato di diritto e la Costituzione lo considera un presupposto implicito, limitandosi a regolarne l'estensione, laddove sancisce (art. 111, settimo comma) che il ricorso per cassazione per violazione di legge, e quindi il controllo della Corte sull'esatta ed uniforme interpretazione della legge, riguarda, senza esclusione alcuna, tutte le sentenze e tutti i provvedimenti sulla libertà personale emessi dai giudici ordinari o speciali, con la sola eccezione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, contro le quali il ricorso per cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

Naturalmente questa funzione deve essere esercitata nel rispetto dei principi fondamentali sull'attività

giurisdizionale fissati nel medesimo art. 111 Cost., che valgono *a fortiori* per il vertice del sistema giudiziario: il processo deve svolgersi nel contraddittorio tra le parti in condizioni di parità, la legge ne assicura la ragionevole durata (secondo comma), tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati (sesto comma).

2. Dai principi ai fatti

Se dal piano dei principi, si passa ai fatti, non può non constatarsi che la Corte suprema italiana fa molta fatica, per usare un eufemismo, a svolgere i suoi compiti. Le ragioni sono molteplici, in parte risalenti nel tempo e strutturali. Ma si sono aggravate nel corso degli ultimi decenni. Anche se il termine è abusato, sembra più che mai appropriato nel caso della Corte parlare di una situazione di grave crisi.

Limitando l'analisi solo al civile e, per ora, al solo dato quantitativo, la consistenza della crisi è attestata da alcuni numeri "impressionanti". Al 31 agosto 2017 i giudizi civili pendenti in Corte erano 106.740¹. La durata media di un giudizio civile di cassazione è di tre anni e un mese².

Il dato è impressionante. Lo è ancor di più considerando che vi si è giunti con un impegno straordinario da parte dei componenti della Corte. Infatti, da alcuni anni la Corte sta definendo un numero di giudizi civili corrispondente al numero dei ricorsi sopravvenuti (circa 30.000), e, da ultimo, ha portato il rapporto tra sopravvenienze e definizioni (cd. indice di ricambio) ad un valore superiore a 100, il che significa che il numero delle definizioni è stato superiore a quello delle sopravvenienze. La durata media dei processi, nel giro di due anni, è stata portata da tre anni otto mesi 12 giorni a tre anni e un mese, con una riduzione quindi di più di sette mesi³. Si tratta di risultati di grandissima importanza; ciò nonostante, come si è visto, la pendenza rimane ben superiore ai 100.000 giudizi.

Un numero inaccettabile e, *rebus sic stantibus*, inattaccabile, perché è evidente che i magistrati delle sezioni civili della Corte non possono, e direi non debbono, fare di più. Non possono perché studiare, discutere, decidere e motivare più di 220 sentenze di Cassazione in media a testa ogni anno (cioè venti sentenze mensili, quasi una al giorno), significa sostenere un ritmo che non può essere retto a lungo. Non devono

perché un ritmo così elevato incide negativamente sulla qualità dei provvedimenti e delle motivazioni. Una Corte suprema non può permettersi di emettere un numero eccessivo di sentenze: lo studio e la decisione dei suoi casi hanno bisogno di tempi, approfondimenti, riflessioni e confronto di idee tra componenti del collegio del tutto diversi. Vi è un'equazione per cui quanto maggiore è il numero delle decisioni, tanto minore è il livello di approfondimento e di cura delle stesse. Una Corte suprema può decidere in modo adeguato al suo ruolo un numero circoscritto di casi. E non può permettersi neanche di dilatare a dismisura il numero dei suoi componenti. Se la sua funzione è quella di unificare l'interpretazione della legge, allora il numero delle teste deve essere limitato. Quanto più aumenta il numero dei giudici, tanto più diminuisce la possibilità di interpretazioni unitarie e cresce il pericolo di contrasti, persino inconsapevoli, all'interno della stessa Corte. Una Corte con centinaia di giudici, che decide più di 30.000 cause ad anno non può svolgere in modo adeguato il suo ruolo di unificazione dell'interpretazione della legge.

Queste considerazioni potrebbero indurre a pensare che la situazione italiana è così lontana dall'idealtipo di una Corte suprema che non vi sia niente da fare. Ma è un dovere, istituzionale e morale, cercare soluzioni per affrontare i problemi. Non sarà possibile risolverli, ma forse è possibile migliorare incisivamente la situazione.

3. Le cause della crisi

La ricerca delle soluzioni deve partire dall'analisi delle ragioni della crisi, del perché si è creato questo enorme arretrato, che pesa come un macigno sulle prospettive di rilancio della Corte.

Rileggendo le serie statistiche degli ultimi decenni, si nota che il numero delle sopravvenienze ha subito un forte balzo tra la fine del secolo scorso e l'inizio del nuovo millennio. Nel corso degli anni novanta sulla Cassazione italiana sono state riversate una serie di materie che prima le erano estranee o la riguardavano in misura molto circoscritta.

Solo per cenni, ricordo le riforme legislative che, per alleviare l'impegno dei giudici di appello, hanno permesso di saltare quel grado di giudizio e di proporre direttamente ricorso per cassazione contro le decisioni di primo grado. Ma il miglior filtro per il

1. Corte suprema di cassazione, Ufficio statistica, *Movimenti processi civili all'interno della Corte, anni 2015-2016-2017, report* del 4 settembre 2017.

2. *Ibidem*.

3. *Ibidem*.

giudizio cassazione è costituito da un giudizio di appello fatto bene. La qualità delle decisioni di appello incide sul numero dei ricorsi per cassazione e sulla problematicità del lavoro della Corte. Se si sceglie addirittura di eliminare l'appello e di consentire come unica forma di impugnazione il ricorso per cassazione, si dilatano numero e difficoltà dei giudizi di legittimità. Il legislatore, dopo alcuni anni, in molti casi è tornato sui suoi passi e ha fatto bene. Ma intanto una crescita incisiva del contenzioso in cassazione e quindi del suo arretrato era stata determinata.

Un'altra riforma che ha inciso sull'entità dei ricorsi per cassazione è stata quella dei rapporti di lavoro nel pubblico impiego. Nel corso degli anni novanta per la larga maggioranza dei rapporti di lavoro alle dipendenze dello Stato o di enti pubblici (i cd. rapporti contrattualizzati) la giurisdizione è stata spostata dal giudice amministrativo al giudice ordinario. Questo comporta che la Corte di cassazione, che prima era chiamata ad occuparsi della vastissima materia dell'impiego pubblico solo per eventuali ricorsi contro sentenze del Consiglio di Stato e quindi solo per questioni attinenti alla giurisdizione, da molti anni è sommersa di ricorsi dei dipendenti pubblici. Peraltro, come si è detto, il passaggio non è stato integrale, in quanto il legislatore ha posto come regola la giurisdizione ordinaria ma con alcune ampie eccezioni in cui permane la giurisdizione amministrativa. I confini non sono stati tracciati con la dovuta precisione, con la conseguenza che le Sezioni unite sono costantemente impegnate nei relativi problemi di ripartizione giurisdizionale e quello dell'eccessivo carico delle Sezioni unite è un altro dei profili della crisi del giudizio di legittimità. Su questo punto bisognerebbe fare una riflessione mirata, tanto ai fini dell'organizzazione interna della Corte che sull'opportunità di una razionalizzazione della materia su di un piano più generale.

La vicenda del pubblico impiego induce anche ad alcune riflessioni di ordine generale sulle controversie in cui è parte lo Stato. È questo un tema molto delicato e di grande rilievo sistemico sul quale si tornerà.

L'incremento di ricorsi di maggior consistenza, dovuto sempre a scelte legislative fatte negli anni novanta, è stato quello in materia tributaria. La riforma del contenzioso tributario del 1992 eliminò la Commissione tributaria centrale quale giudice di terzo grado e consentì il ricorso diretto in Cassazione contro le sentenze di appello pronunciate dai giudici tributari. La

Commissione tributaria centrale era ormai in completo *default*, avendo negli anni accumulato un arretrato di 459.605 pendenze. Si pensò di "rimuovere" la gravissima crisi del processo tributario spostando il contenzioso sulla Cassazione, con una riforma a costo zero perché non accompagnata da incremento di risorse umane, strumentali e finanziarie. Nel corso degli anni novanta i ricorsi per cassazione contro le sentenze della Commissione centrale erano stati in media 360 ad anno, un numero quindi esiguo. Pochi anni dopo, nel 2003, i ricorsi per cassazione contro le decisioni delle commissioni regionali furono 7.700. La Corte ha dovuto creare dal nulla una nuova sezione, la quinta, che tratta le cause tributarie, con magistrati, sottratti alle altre sezioni, che spesso non si erano mai occupati di diritto tributario, materia di norma esterna ai percorsi professionali della magistratura ordinaria.

Ciò che è avvenuto negli anni a seguire è stato analiticamente ricostruito in recenti studi, documentati e puntuali, ai quali si rinvia per approfondimenti⁴. Venendo direttamente all'oggi, il numero dei ricorsi in materia tributaria è ormai da molti anni la parte di gran lunga più consistente dei ricorsi civili che pervengono in Cassazione. Il risultato è che, nonostante il grande impegno profuso dalla Corte anche in questo specifico settore, esso costituisce la parte preponderante delle pendenze civili della Cassazione. Al 31 agosto, come si è visto, la pendenza delle cause civili era complessivamente di 106.740 unità, di queste ben 51.330 (cioè il 48%) sono cause tributarie⁵.

Appare chiaro che la crisi della giustizia tributaria, che aveva portato a chiudere la fallimentare esperienza della Commissione tributaria centrale, invece di essere affrontata con uomini e mezzi *ad hoc* è stata spostata sulla Corte di cassazione, estendendone gli effetti devastanti all'intero giudizio di legittimità.

Alla constatazione del dato numerico, si aggiungono riflessioni di ordine qualitativo. Il contenzioso tributario, a fronte di una notevole tecnicità e di uno spesso rilevante peso economico, nei gradi di merito si svolge dinanzi ad organi di giustizia speciali, formati da componenti di varia estrazione professionale, impegnati a tempo parziale, a volte marginale, in questa attività. Tutto ciò determina ricadute negative sulla qualità delle decisioni, il che a sua volta determina un effetto moltiplicatore del contenzioso e si proietta negativamente sul ruolo tributario della cassazione accrescendone le difficoltà di definizione⁶.

4. E. Cirillo, *La giustizia tributaria nell'esperienza di un giudice di legittimità*, in questa Rivista, n. 3/2016, www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2016-3_05.pdf. A. Cappabianca, *La 'questione tributaria' nell'ambito della Corte suprema di cassazione*, in *Foro it.*, 2017, V, pp. 175 ss.

5. Corte suprema di cassazione, Ufficio statistica, *Movimenti dei procedimenti di competenza civile+lavoro e tributaria*, report dell'8 settembre 2017.

6. A. Cappabianca, *op. cit.*, 180, cui si rinvia per la puntuale argomentazione di queste valutazioni.

Si è già visto come in generale la qualità delle decisioni di merito ed in particolare in appello costituisca il miglior filtro del contenzioso di legittimità e questo assunto trova in materia fiscale piena conferma. Così come trovano pieno riscontro le considerazioni sui contenziosi in cui una delle parti è lo Stato o un ente pubblico. La nomofilachia in questi ambiti è diretta non solo ad orientare la giurisprudenza, ma anche l'attività dell'amministrazione, con la conseguenza che l'intento nomofilattico è destinato a fallire sul piano deflattivo se l'amministrazione non trova al suo interno le forme e i modi per correlare la sua azione con le indicazioni della Corte e per correggere in autotutela le proprie determinazioni⁷.

Un punto sul quale bisognerà riflettere è come creare un circuito virtuoso che porti a deflazionare il contenzioso in cui è parte un'amministrazione pubblica laddove la Corte, decidendo una o più cause guida, abbia indicato l'interpretazione della legge da seguire. È un passaggio cruciale per evitare che la Corte suprema sia sommersa di giudizi in cui è parte lo Stato, soggiacendo ad una crisi in cui lo Stato amministrazione coinvolge e trascina lo Stato giurisdizione. Mettendo insieme i contenziosi dei Ministeri (in alcuni casi enorme, v. ad esempio Miur), dell'Inps, dell'Agenzia delle entrate, delle Regioni, dei Comuni, delle Asl, si supera il livello del 70% dei giudizi di cassazione. È evidente la centralità della questione. Su questo fronte si gioca la partita del ritorno della Corte ad un numero di cause fisiologico.

4. La stagione dei filtri

Lo Stato legislatore non ha mostrato di cogliere questi problemi, anzi, come si è visto, per molto tempo si è mosso in direzione ostinatamente contraria. Solo a metà del primo decennio del nuovo secolo si è reso conto che la crescita del contenzioso della Corte aveva assunto dimensioni inaccettabili e, a più riprese, ha tentato di porvi rimedio. È iniziata così quella che potremmo definire la stagione dei filtri.

A cominciare dal 2006, con una periodicità triennale (2009, 2012, 2016), il giudizio di cassazione è stato modificato. Non è possibile in poche pagine ricostruire analiticamente il contenuto delle riforme succedutesi nel tempo, se non per brevi cenni ed indicando i punti più caratterizzanti di ciascun intervento.

Nel 2006, con il decreto legislativo n. 40, si tentò di selezionare i ricorsi chiedendo ai ricorrenti di formulare, per ciascun motivo, a pena di inammissibilità, un quesito di diritto. L'idea era buona perché

costringeva a formulare una sintesi della questione sottoposta alla Corte e a rendere più preciso il motivo di ricorso, nonché più agile e precisa la risposta della Corte in sentenza. Un'applicazione eccessivamente formalistica della norma da parte di alcune sentenze della Corte ha determinato la reazione del foro, che ha indotto il legislatore ad un passo indietro, proprio quando il meccanismo cominciava ad essere metabolizzato, vuoi perché gli avvocati stavano acquisendo familiarità con la nuova tecnica, vuoi perché la Corte stava attenuando le soluzioni più rigide.

Tre anni dopo, la legge 18 giugno 2009, n. 69, ha abolito il quesito di diritto ed ha introdotto un nuovo tipo di filtro, creando una "apposita" sezione civile della Corte alla quale è stato assegnato il compito di valutare l'eventuale inammissibilità, manifesta fondatezza o infondatezza dei ricorsi e, nel caso in cui ve ne siano gli estremi, di decidere la causa in camera di consiglio e con ordinanza. Il cuore di questa riforma è costituito dall'art. 360-bis, n. 1 cpc per il quale la (sesta sezione della) Corte dichiara inammissibile il ricorso quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per un cambio di orientamento.

Il legislatore non si è fermato e tre anni dopo è intervenuto con un'ulteriore riforma. La legge n. 134 del 2012, convertendo il dl. 83 del medesimo anno, al fine di ridurre gli spazi attraverso i quali si cerca di riaprire in Cassazione questioni di merito, ha modificato il n. 5 dell'art. 360 cpc, cioè la norma che prevedeva il ricorso per vizio di motivazione. La medesima legge ha apportato modifiche al giudizio di appello ed al rapporto tra appello e cassazione, introducendo la possibilità per i giudici di secondo grado di dichiarare inammissibile l'impugnazione «quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolta» (art. 348-bis cpc) e prevedendo in questa ipotesi che il ricorso per cassazione abbia come oggetto non il provvedimento di secondo grado, ma la sentenza di primo grado (art. 348-ter). Si è poi completata la modifica del n. 5 dell'art. 360, escludendone l'applicabilità in presenza di una doppia conforme, da intendere per il legislatore come situazione in cui l'inammissibilità «è fondata sulle stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto, poste a base della decisione impugnata».

L'ultima riforma è di pochi mesi fa. In sede di conversione del dl. 168 del 2016, la legge 25 ottobre 2016, n. 197 ha operato una serie di ulteriori modifiche del codice di rito. Il cuore della riforma è costituito dalla scelta di discernere i giudizi di cassazione, distinguendo i ricorsi che pongono questioni di diritto

7. E. Cirillo, *op. cit.*, p. 5.

to rilevanti, da tutti gli altri⁸. I primi, con riferimento ai quali la Corte svolge la sua funzione di unificazione della interpretazione della legge, vengono trattati in udienza pubblica, con la partecipazione del procuratore generale e degli avvocati, e vengono decisi con sentenza. Tutti gli altri, che tali questioni non pongono, devono essere trattati in camera di consiglio, previo contraddittorio esclusivamente scritto delle parti, e decisi con ordinanza, quindi con un provvedimento molto più agile e sintetico. È un cambio di paradigma, una scelta che, se ben intesa e gestita, permetterà di proporzionare risorse e impegno della Corte al rilievo delle questioni da affrontare.

Sono state introdotte poi ulteriori distinzioni, che, sommandosi a quelle preesistenti, portano a ripartire le decisioni in camera di consiglio tra la sezione filtro e le sezioni semplici, nonché le decisioni in udienza pubblica tra le sezioni semplici e le sezioni unite. Si delineano così nuovi confini, a volte di problematica individuazione⁹. Sono state inoltre modificate alcune regole peculiari del procedimento dinanzi alla sezione filtro: in particolare, la relazione, contenente la «concisa esposizione delle ragioni che possono giustificare la relativa pronuncia», è stata sostituita con una mera proposta da inserire nel decreto di fissazione della camera di consiglio indicando solo se è stata ravvisata un'ipotesi di inammissibilità, di manifesta infondatezza o fondatezza del ricorso. Questa scelta legislativa ha determinato una reazione del foro che ha portato ad una soluzione intermedia tempestivamente concordata nel protocollo d'intesa tra la Cassazione, il Cnf e l'Avvocatura dello Stato sottoscritto il 15 dicembre 2016¹⁰.

5. Il futuro della Corte

Delineata la gravità della situazione, indicate alcune delle cause che l'hanno determinata e richiamati i vari tentativi legislativi di affrontarla, si può cercare, con tutte le approssimazioni del caso, di prefigurare il futuro della Corte suprema italiana.

Il principio costituzionale dettato dall'art. 111 Cost. non consente compressioni del diritto di ricorrere in cassazione per violazione di legge: non si possono in Italia adottare soluzioni presenti in molte altre democrazie occidentali sui limiti di accesso alle Corti supreme¹¹. Ma se non si possono limitare i ricorsi si può agire sulle cause della loro inflazione. Ciò non solo è possibile ma è doveroso proprio sul piano costituzionale, perché la bulimia dei ricorsi determina una situazione che si avvicina alla giustizia negata. Una Corte suprema con 30.000 sopravvenienze civili annue non è in condizione di svolgere il suo ruolo di garante della uniformità delle interpretazioni della legge e quindi della uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge e comunque non è in grado di farlo in tempi ragionevoli.

Spetta a Parlamento e Governo adottare provvedimenti nei settori che stanno a monte o *a latere* del giudizio di cassazione per incidere sui fattori di inflazione del contenzioso. Alla luce di quanto si è detto in ordine alle cause della crisi, è oggi indispensabile una profonda riforma della giustizia tributaria, che punti quanto meno a garantire sentenze di secondo grado di qualità conforme alla consistenza tecnico-giuridica ed economica dei casi trattati. Più in generale, deve poi pensarsi a misure che impongano o incentivino l'adeguamento delle pubbliche amministrazioni alle sentenze guida della Corte in sede di autotutela. L'elenco certo non finisce qui, non è questa la sede per svilupparlo in modo analitico, ma deve sottolinearsi con forza che, senza interventi di questo tipo, le cause strutturali della crisi del giudizio di legittimità non potranno essere rimosse.

Al contrario, deve auspicarsi che non vi siano altri interventi legislativi sulle regole del processo. Le disposizioni processuali in generale e *a fortiori* quelle del giudizio di cassazione non possono essere cambiate di continuo. Secondo gli studiosi di scienze dell'organizzazione ogni cambiamento delle regole, anche se ben concepito, determina sempre una fase più o meno lunga di riduzione della funzionalità del sistema. Poi, poco alla volta, le nuove discipline vengono

8. Per un'analisi di quest'ultima riforma, oltre ai saggi di L. Lombardo (www.questionegiustizia.it/articolo/il-nuovo-volto-della-cassazione-civile_02-12-2016.php) e G. Scarselli (www.questionegiustizia.it/articolo/il-nuovo-giudizio-di-cassazione-per-come-riformato-dalla-legge-1972016_01-12-2016.php), pubblicati nel dicembre 2016 su *Questione Giustizia on line*; cfr., fra gli altri, quelli di Dalfino, Costantino, Campese, Damiani, Scarselli, Amoroso, Fuzio, Curzio, e Grasso, in *Foro it.*, 2017, V, pp. 2 ss., nonché quelli di Canzio, Irti, Rordorf, Vaccarella, Nappi, Fuzio, Allorio, Massella Ducci Teri, Panzarola, Alpa e Sanino, in Di Porto (a cura di), *La nuova cassazione civile*, Milano, 2017.

9. Per l'analisi di queste sub-distinzioni rinvio a Curzio, *Il ricorso per cassazione: viaggio all'interno della Corte*, in *Foro it.*, 2017, V, 48 ss.

10. La delicata materia è oggetto del punto n. 5 del protocollo, che può essere letto in *Foro it.*, 2017, V, pp. 61 ss.

11. Per una ricostruzione dei metodi di selezione operanti in altri ordinamenti, cfr., Alpa, *La tecnica di selezione dei casi da decidere in Cassazione. Spunti di diritto comparato*, in Di Porto (a cura di), *La nuova cassazione civile, cit.*, pp. 103 ss.

assimilate dagli operatori, vanno a regime e, sempre che le novità siano valide, determinano i relativi benefici. Se però le regole vengono cambiate di continuo il sistema rimane sempre in una situazione critica, disfunzionale. È ciò che è accaduto nell'ultimo decennio per il sistema cassazione, che ha visto cambiare per quattro volte nel giro di poco più di dieci anni le norme sul giudizio di legittimità, spesso con soluzioni contrastanti tra loro o quanto meno non lineari, che hanno reso (anche) questa parte del codice di procedura civile un palinsesto di difficile applicazione.

Dopo tanti cambiamenti, forse ora è il momento di fermarsi e di cercare di calibrare i meccanismi processuali con interpretazioni ragionevoli e unitarie che diano funzionalità ed equità al processo di legittimità, senza ulteriori rimescolamenti della disciplina codicistica. La ricerca di interpretazioni coerenti e di buone prassi da parte della Corte, da portare avanti con costanti interlocuzioni con la dottrina ed il mondo forense, può avvenire solo in un quadro normativo stabile per un congruo periodo di tempo. Orientamenti giurisprudenziali chiari e con buona tenuta nel tempo, oltre a dare maggiori garanzie ad avvocati e parti che vi fanno affidamento, portano ad una progressiva riduzione del contenzioso in entrata e comunque ampliano la possibilità di definire i ricorsi in camera di consiglio con ordinanza, quindi con maggiore celerità.

L'impegno della Corte, tuttavia, deve essere ancora più ampio ed andare oltre l'elaborazione di coerenti interventi giurisprudenziali, per misurarsi con profonde innovazioni organizzative. È questo un piano sul quale nell'ultimo periodo sono stati fatti importanti passi in avanti, ma il cammino da percorrere è lungo ed impegnativo e comporta una profonda revisione culturale.

È necessario che l'impegno del magistrato di cassazione vada oltre la scrittura di una bella e dotta sentenza, sia il frutto di un lavoro collettivo che coinvolga una pluralità di soggetti e professionalità e sia attentamente coordinato da presidenti di sezione con adeguate capacità organizzative. La prospettiva di questo lavoro deve riguardare il singolo processo e considerare l'intero contenzioso, deve guardare non solo l'albero, ma l'intera foresta.

Come ha riconosciuto anche il legislatore nel suo più recente intervento, i ricorsi per cassazione non sono tutti uguali. Alcuni pongono questioni di diritto nuove o ripropongono questioni già trattate ma con argomenti nuovi ed aggiornati. Molti altri ritorna-

no su questioni già definite senza apportare nessun contributo idoneo a stimolare ripensamenti. Molti, troppi, sono inammissibili perché contengono generiche lamentele o perché chiedono, in maniera più o meno evidente, di riesaminare questioni di merito. La Corte deve organizzarsi per cogliere queste diversità e deve farlo – questo è il punto – non al momento della decisione e quindi a distanza di anni, ma in tempi ragionevoli, mediante un esame preliminare fatto a ridosso del deposito del ricorso e del controricorso, che permetta di collocare la causa, salvo possibilità di successivi ripensamenti, su percorsi diversi, adeguati al suo contenuto.

Questa scelta, per essere fatta con la tempestività e consapevolezza necessaria, non può essere frutto del lavoro individuale ed esclusivo del presidente o del relatore, ma deve basarsi su di un lavoro preparatorio svolto con il contributo convergente di una serie di altri soggetti, anche esterni alla Corte.

Un contributo di rilievo può venire dai giudici di merito, se si estendono esperienze come quella fatta in sezione lavoro grazie al collegamento informatico che ha permesso ai presidenti di sezione delle Corti d'appello di segnalare questioni la cui decisione in tempi brevi avrebbe evitato il dilatarsi dei contenziosi.

Importante può essere poi il contributo degli avvocati se si chiede loro, che conoscono meglio di ogni altro la causa, di fornire una serie di dati utili alla sua classificazione, rivedendo accuratamente la procedura di compilazione delle note di iscrizione a ruolo e di deposito in sede di registro generale, oggi burocratica e di scarsissima utilità.

Il punto nodale è però costituito dal coinvolgimento pieno degli assistenti di studio, magistrati giovani e competenti il cui contributo deve essere considerato una risorsa preziosa da utilizzare al meglio. Tutte le grandi Corti supreme si basano sull'apporto che assistenti, interni od esterni all'ordine giudiziario, danno al lavoro dei giudici. La Corte suprema degli Stati Uniti ha un rapporto superiore a dieci assistenti per ciascun giudice: sono gli assistenti che schedano i ricorsi, che fanno le ricerche, che avanzano proposte interpretative, che predispongono su indicazioni del giudice le bozze dei provvedimenti. È questa la via da intraprendere anche in Italia: non deve essere incrementato il numero dei consiglieri, deve essere potenziato e utilizzato al meglio il contributo degli assistenti¹². Con le dovute cautele, deve essere valorizzato persino l'apporto dei laureati in giurisprudenza am-

12. L'evoluzione normativa sul punto è tutt'altro che lineare e, nei suoi ultimi sviluppi, sembra ridurre le potenzialità specifiche del contributo degli assistenti. Per una puntuale ricostruzione cfr. Grasso, *I magistrati con compiti di assistente di studio presso l'ufficio del massimario e del ruolo della Corte di cassazione*, in Dalfino (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, 2016, pp. 285 ss., nonché *Id.*, *L'applicazione dei magistrati dell'ufficio del massimario e del ruolo per lo svolgimento di funzioni giurisdizionali di legittimità*, in *Foro it.*, 2017, V, pp. 56 ss.

messi al tirocinio formativo¹³. Ma si dovrebbe pensare in prospettiva ad integrare il novero degli assistenti anche con ricercatori universitari e dottori di ricerca. Tramite il lavoro preparatorio di giovani magistrati e studiosi una linfa nuova potrebbe entrare nei circuiti della Corte.

Questa trasformazione del metodo di lavoro, da un approccio individualistico al lavoro del giudice supportato da varie professionalità, costituisce un passaggio che può risultare determinante. L'esame preliminare e la redazione di una scheda che permetta di radiografare ed inquadrare la controversia sono attività che hanno un ruolo fondamentale nell'organizzazione della Corte. Devono essere potenziate e il lavoro dei molteplici soggetti chiamati a collaborare a tal fine deve essere attentamente coordinato dai presidenti di sezione.

Se ben fatto questo lavoro permette di valorizzare la scelta legislativa di proporzionare le risorse alla novità ed importanza delle questioni, permette di stabilire con cognizione di causa se è possibile decidere in camera di consiglio con ordinanza e quindi con provvedimento motivato in modo più asciutto, o se invece la controversia richiede un approfondimento

particolare, che rende necessaria l'udienza pubblica o addirittura l'intervento delle Sezioni unite. Permette di stabilire priorità e di pronunciarsi su cause guida, la cui decisione tempestiva può svolgere un ruolo deflattivo del contenzioso già in sede di merito, o addirittura negli studi degli avvocati; permette di nominare il relatore tenendo conto di peculiari competenze; permette di chiedere tempestivamente agli assistenti ricerche ed approfondimenti mirati; permette di concentrare i ricorsi che pongono questioni simili in udienze monotematiche od oligotematiche in cui tutti i componenti del Collegio possano affrontare il tema con studi convergenti, rafforzando la collegialità della decisione. E si tratta poi di un lavoro che tornerà estremamente utile ai consiglieri in sede di studio per l'udienza, di decisione e di redazione della motivazione.

Non è facile passare dalla dimensione individualistica, che connota(va) buona parte del lavoro del consigliere di cassazione, a questo nuovo assetto in cui il lavoro di squadra è fondamentale. Ma è un cambiamento appassionante e i magistrati della Corte suprema italiana nonostante tutto conservano una grande passione per il loro lavoro.

13. Ai sensi dell'art. 73 del dl. 69/2013 convertito in legge 98/2013 e successive modificazioni, ammessi per la prima volta in Corte, con decreto del primo presidente 17 novembre 2016, per un periodo di formazione di diciotto mesi.

Il nuovo processo civile di cassazione: la secolarizzazione della Corte e la scomparsa del procuratore generale

di Piero Gaeta

Lo scritto si propone di evidenziare – attraverso l'esame di alcuni punti problematici della disciplina – gli sfondi culturali e le scelte ideologiche emergenti dalla riforma del rito civile dinnanzi alla Corte di cassazione, oggetto della legge n. 197 del 2016. Il risultato di tale riflessione conduce alla constatazione che la riforma del rito ha accelerato il processo di “secolarizzazione” della Corte di cassazione, ha prodotto un arretramento delle garanzie delle parti nel processo ed ha pressoché sancito l'elisione, nel processo di legittimità, del ruolo del procuratore generale.

1. Licitazione delle tesi

Esprese in termini essenziali, le tesi che di seguito si intendono rappresentare possono così enunciarsi: a) in esito alla riforma della legge n. 197 del 2016, il processo civile di cassazione è divenuto – per obiettivi «di semplificazione, snellimento e deflazione del contenzioso»¹ e, quindi, di economia dei tempi processuali ai fini di abbattimento della pendenza arretrata – un rito *tendenzialmente* camerale, cartolare ed a sviluppo decisorio *essenzialmente* monocratico; b) tale esito riformatore ha avuto l'abbrivio e poi il decisivo sviluppo da parte della stessa Corte di cassazione: ispirato e completato, cioè, dalle sue prassi e da suoi atti paranormativi, con un alto grado, dunque, di autoreferenzialità; c) a prescindere dalla congruità del mezzo ai fini perseguiti, la riforma, fortemente voluta ed attuata innanzitutto dalla stessa Corte, ha esibito marcate opzioni ideologiche e leggibili sfondi culturali, che connotano cardini tradizionali del processo, quali natura e misura del contraddittorio processuale e distribuzione di poteri processuali: è

dunque una riforma che reca una nuova ideologia del processo in cassazione; d) in tale ambito, uno degli effetti di tale svolta è stata la marginalizzazione del ruolo del procuratore generale, spinta fino ad un estremo tale da autorizzare la previsione di una sua scomparsa in un futuro assai prossimo

2. Le origini prossime della riforma

Con l'intervento riformatore dell'ottobre del 2016, la Cassazione perviene ad un approdo a lungo agognato: quello di adattare – attraverso modalità decisorie oltremodo agili e sbrigative e con motivazioni standardizzate ed essenziali – il giudizio di legittimità a numeri con esso oggettivamente incompatibili. Ultimo di una lunga e tormentata serie di tentativi² (“*through trials and errors*”, si potrebbe dire con Popper) – finalizzati tutti, sebbene con differenti modalità, a «praticare malthusiane diminuzioni» dei flussi dei ricorsi³ – la Corte (intendo: la Corte nella sua dimensione interna, di vertice direttivo e di appa-

1. Come testualmente indicati in Cass., sez. sesta (terza), 20 dicembre 2016 (dep. 10 gennaio 2017), n. 395, Laviscio contro Fondazione Centro San Raffaele del Monte Tabor.

2. Per una sintesi di essi, tra i molti, v. G. Costantino, *Note sulle «misure urgenti» per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione*, in *Foro it.*, 2017, V, pp. 7 e ss.

3. L'efficace metafora è di G. Verde, *Proposte per la Cassazione*, in *www.judicium.it*, 29 aprile 2016.

to organizzativo ed operativo) ad un certo momento ha ritenuto che, per la propria stessa sopravvivenza, dovesse in qualche modo provare a “fare da sé”; che, cioè, più che attendere fideisticamente risoluti quanto improbabili interventi legislativi di riduzione dei flussi in entrata, occorresse comunque adattare ad essi il procedimento, anche tendendolo al massimo grado. Falliti i miraggi deflattivi perseguiti dai precedenti interventi (“quesito”, “filtro”, “nuovo 360 n. 5”)⁴ e sospettando soprattutto che la “variabile indipendente” costituzionale (art. 111, comma 7) risultasse negli ultimi anni, più che garanzia, alibi di pigri o insipienze politiche su vere riforme, la Corte ha tracciato la via al legislatore, quasi invitandolo, poi, a percorrerla e ad ampliarla. Il decreto emesso dal Primo presidente il 14 settembre 2016, n. 136, recante: «La motivazione dei provvedimenti civili: in particolare, la motivazione sintetica», è infatti il genoma di immediata ed incontrovertibile riconoscibilità dell’odierna riforma. Esso, non solo anticipa cronologicamente le disposizioni normative della legge di conversione⁵, ma ne costituisce l’abbrivio concettuale, per almeno due aspetti. Innanzitutto, perché – nella prospettata esigenza (definita «indifferibile») di «imprimere un processo di accelerazione a prassi di lavoro più snelle rispetto ai procedimenti che non attingono alla valenza dello *ius constitutionis*» – ha concepito ed enunciato la *summa divisio*: tra i provvedimenti a «valenza nomofilattica» e tutti gli altri che ne sono privi. In secondo luogo, perché ha sancito che tale qualità prospettica («valenza nomofilattica del provvedimento») debba essere riconosciuta già nel primo spoglio del ricorso⁶, considerata quindi al momento della deliberazione in camera di consiglio, per poi essere «esplicitata in motivazione e documentata mediante indicazione specifica nello statino/dispositivo e nell’oggetto della intestazione».

In nuce, c’era quindi già tutto: il *discrimen* tra le diverse tipologie dei ricorsi, idonee a generare una diversa tipologia di provvedimenti decisori e l’investitura della Sesta Sezione dello straordinario e decisivo potere processuale di considerare, in prima battuta, il predetto criterio di cernita ed ai presidenti delle Sezioni semplici di applicarlo. C’era, soprattutto, il “non detto”, ma perfettamente intuibile: vale a dire che, a «valenza nomofilattica» diversa, non dovessero corrispondere soltanto diverse tipologie di motivazione, ma *anche* diversi registri di partitura processuale.

Il legislatore, nella quasi immediatezza temporale e “sfruttando” l’occasione della conversione del dl. n. 168 del 31 agosto, ha convalidato questa idea di fondo e, naturalmente, fatto il resto: attingendo, in maniera sincretica dai progetti di riforma già elaborati – il progetto Vaccarella e quello della “Commissione degli undici”⁷ – e novellando nove disposizioni del rito civile di cassazione (gli artt. 375, 376, 377, 379, 380 *bis*, 380 *ter*, 390, 391, 391 *bis* cpc), con l’aggiunta di altra inedita, l’art. 380 *bis*.1. E nondimeno, ha restituito alla Corte una procedura ancora priva, anche su taluni snodi essenziali, di stretta precettività: vale a dire, aperta a soluzioni plurime, da affinare e definire per via giurisprudenziale, ben oltre il fisiologico tasso di creatività giurisprudenziale.

Il legislatore ha cioè rimesso tacitamente alla Corte, secondo le esigenze di quest’ultima, il lavoro finale di *precisazione* normativa e di eterointegrazione, anche di importanti snodi procedurali. Di ciò forniscono prova illuminante molte disposizioni, ma soprattutto i Protocolli d’intesa sull’applicazione del nuovo rito civile successivamente predisposti dalla Corte di cassazione e sottoscritti con la Procura generale (il 17 novembre 2016), con il Consiglio nazionale forense e con l’Avvocatura generale dello Stato (il 15 dicembre 2016)⁸: inediti atti organizzativi contenenti

4. Così A. Briguglio, *Disapplicazione – umanamente comprensibile – dell’ultimissima novella sul giudizio civile di cassazione*, in *www.judicium.it*, 26 aprile 2017 ed *ivi* ulteriori ed acute considerazioni. Impossibile ovviamente, in questa sede, ogni dettaglio ed approfondimento sul progressivo.

5. È fin troppo noto, infatti, che i contenuti procedurali della riforma non erano contenuti nel dl. 31 agosto 2016, n. 168, i cui sei articoli del capo I (*Misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione e per l’efficienza degli uffici giudiziari*) recavano esclusivamente disposizioni di tipo ordinamentale (applicazione dei magistrati addetti all’Ufficio del Massimario alle funzioni giurisdizionali; tirocini formativi, ecc.) e che la riforma del processo civile di cassazione è stata innestata con la legge di conversione del 25 ottobre 2016, n. 197. Su tale specifico profilo, assai critica la dottrina: v. per tutti, B. Sassani, *Da Corte a Ufficio di smaltimento: ascesa e declino della “Suprema”*, in *www.judicium.it*, 18 novembre 2016; C. Punzi, *La nuova stagione della Corte di cassazione e il tramonto della pubblica udienza*, in *Riv.dir. proc.*, 2017, I, pp. 2 e ss.

6. In tal senso è esplicito il richiamo alla Sesta Sezione, nel suo «ruolo prioritario della funzione ordinamentale di filtro ad essa assegnata».

7. Ovvero il progetto elaborato dalla Commissione presieduta dal prof. Romano Vaccarella, con la relativa relazione, del 3 dicembre 2013 ed il disegno di legge n. 2953/2015, di iniziativa governativa, redatto dalla Commissione Berruti, presentato alla Camera dei deputati l’11 marzo 2015: «il pedigree della riforma», come li denomina C. Graziosi, *La Cassazione «incamerata»: brevi note pratiche*, in *www.judicium.it*, 8 dicembre 2016, cui si rinvia per gli ampi e pregevoli approfondimenti sul punto.

8. Si vedano in *Foro it.*, 2017, V, rispettivamente col. 64 e 61.

tuttavia importante normazione processuale secondaria.

3. Il quadro della riforma: il “bicameralismo imperfetto” del rito civile di cassazione

Ne è nato quello che può definirsi il “bicameralismo imperfetto” del rito civile di cassazione. Imperfetto nel duplice senso che il rito camerale, pure costituente ordinaria modalità decisoria dei ricorsi civili, si instaura, oltre che in sedi diverse (Sesta Sezione o Sezione semplice competente per materia), sulla base di differenti presupposti e si svolge con modalità procedurali differenti.

È ampiamente nota la sistematica della riforma sul punto: se ne rammenta pertanto solo qualche punto problematico, funzionale ad uno sguardo d'insieme sulla “filosofia” dell'intervento legislativo.

La “prima camera” è quella che risulta dall'ennesima interpolazione dell'art. 380 *bis* cpc, che ne ha velocizzato ed amplificato la funzione deflattiva. Il “nuovo” procedimento camerale della Sezione Sesta è tale, rispetto alla precedente disciplina, non per l'oggetto decisorio⁹, quanto per il percorso procedurale cui ad essa si perviene e per i poteri (d'impulso e di decisione) che in esso si intravedono. Il precedente percorso è stato «potato nella massima misura»¹⁰ poiché alla «relazione» – nel vecchio sistema, redatta, con motivazione concisa, dal relatore dell'«apposita Sezione», in caso di possibile definizione del giudizio *ex art.* 375, primo comma, nn. 1 e 5, cpc, notificata alle parti e sottoposta al contraddittorio scritto ed orale di esse – si è sostituita la «proposta», non motivata, sulla base della quale il presidente «fissa (...) l'adunanza della corte», con decreto notificato almeno venti giorni prima alle parti (non al p.g., del tutto estraneo a tutta tale fase), che possono presentare memorie nel termine di cinque giorni.

I dubbi affacciati su questo primo segmento del rito sono stati numerosi. Per rapidi cenni, essi hanno riguardato innanzitutto, nel silenzio della disposizio-

ne interpolata, l'ostensione delle ragioni per le quali il ricorso dovrà essere deciso presso «l'apposita Sezione»¹¹. L'opzione della novella legislativa è da ritenersi tuttavia netta nel senso dell'assenza di ogni esplicitazione delle ragioni di tale instradamento processuale: e, nondimeno, essa pare alquanto sguarnita di argomenti davvero idonei a giustificarla.

Il primo di essi vorrebbe valorizzare la natura di atti “interni” della proposta e del decreto, come tali non decisori e, dunque, non bisognevoli di motivazione. È tuttavia argomento intriso di formalismo: per quanto interni o ordinatori, tali atti, in realtà, stabiliscono un rito, decretano un percorso processuale rispetto ad un altro, sanciscono la *forma* di una decisione rispetto ad un'altra. Insomma, sono *interna corporis* che fanno tuttavia procedura e concedono o limitano diritti processuali. Il problema è allora diverso: precisamente, se atti interni, asseritamente solo di autoorganizzazione, possano ampliare o limitare i diritti delle parti nel processo. Se vera la premessa (atti interni non decisori), l'interrogativo che ne segue è inevitabilmente quello prospettato: ad esso si può anche rispondere affermativamente, a patto di una piena consapevolezza sulle ricadute, cioè sul modello di processo che ne segue. In caso contrario, l'argomento giustificativo diviene solo formalistico. Non senza considerare che se si fosse al cospetto di mere modalità organizzative interne, avrebbe scarsa logica la concessione alle parti di un termine per il deposito di memorie (art. 380 *bis*, comma 2, ult. inciso): completamente al buio, le parti dovrebbero interloquire su di un “atto interno” e, di più, su ciò che è loro completamente sconosciuto ed oscuro, con un contraddittorio cartolare speso nel tentativo di indovinare ciò su cui dovrebbero interloquire. È sembrato probabilmente troppo alla stessa Corte che, con soluzione attuata per eterointegrazione – attraverso cioè il protocollo stipulato dalla Corte con il Consiglio nazionale forense e l'Avvocatura di Stato (15 dicembre 2016) –, si è assestata al minimo logico possibile: l'enunciazione secca della ipotesi di inammissibilità o improcedibilità ovvero dei motivi di manifesta infondatezza o fondatezza del ricorso¹².

9. Rimanendo sempre definito dai nn. 1 e 5 dell'art. 375, primo comma, cpc, vale a dire: ricorso inammissibile, manifestamente fondato o manifestamente infondato, cui devono aggiungersi, ragionevolmente, le ipotesi di ricorso improcedibile, di rinuncia o di estinzione, *ex art.* 391 cpc, ma anche di correzione di errore materiale o di inammissibilità della revocazione ai sensi dell'art. 391 *bis* cpc.

10. C. Graziosi, *La Cassazione «incamerata»*, cit., 6.

11. Per approfondimenti sul punto, E. Campese, *Il nuovo giudizio camerale civile di cassazione*, in *Foro it.*, 2017, V, p. 17.

12. Come si legge nel Protocollo citato, la proposta dovrà (potrà?) indicare «quanto alla prognosi di inammissibilità o di improcedibilità, a quale ipotesi si faccia riferimento (tramite menzione del dato normativo, o in alternativa, del precedente, o ancora con breve formula libera); quanto alla prognosi di manifesta fondatezza, quale sia il motivo manifestamente fondato e l'eventuale precedente giurisprudenziale di riferimento; quanto alla prognosi di manifesta infondatezza, quali siano i pertinenti precedenti giurisprudenziali di riferimento e le ragioni del giudizio prognostico di infondatezza dei motivi di ricorso, anche mediante una valutazione sintetica e complessiva degli stessi, ove ne ricorrano i presupposti».

Ma ancor più intensi sono i dubbi di metodo, quelli apicali. Non soltanto quello della piena congruità del mezzo allo scopo – vale a dire, sull’effettivo “risparmio” di tempo e sull’incremento di efficienza quali effetti del decreto rispetto alla preesistente relazione¹³ – ma, più in generale, del *verso* della scelta riformatrice, considerata nel suo complesso. Che è stata quella, netta, dell’assoluta aureferenzialità della Corte (anzi, di una sua Sezione), liquidando *davvero* come «farragine legislativa»¹⁴ quel che tuttavia rappresentava un piccolo bilanciamento, riconosciuto al pubblico ministero ed alle parti, di un sovrastante potere procedurale della Corte, cioè la relazione ‘opinabile’ quale progetto di decisione aperto ai rilievi delle parti. Eppure, come acutamente sottolineato in tempi non sospetti,¹⁵ proprio in un contesto di grandi numeri (quelli della Sesta Sezione) in cui «il margine di errore si innalza rispetto a quello dei consiglieri delle sezioni ordinarie», appariva «quanto mai opportuno consentire ai difensori di far rilevare possibili errori o inesattezze». Che fossero sporadiche le “ritrattazioni” collegiali sulle osservazioni alla relazione non dimostrava certo che fosse inutile il mezzo, tanto più che, all’opposto, si sosteneva che esso fosse ostacolo all’“efficientamento” della procedura. Evidente l’aporia dell’argomentazione: una causa che si vuole all’origine di due effetti antitetici evidenzia un ragionamento contraddittorio. Né pare convincente sostenere che la parte processuale dialogante con il relatore – sulla «concisa esposizione (...) dei motivi in fatto e diritto» in base ai quali questi «ritiene che il ricorso possa essere deciso in camera di consiglio» – fosse fenomeno

distonico al sistema, poiché obbligava il relatore stesso a «comunicare monocraticamente alle parti la sua personale idea relativa ad una possibile decisione», comunque collegiale, e determinava «l’isolamento del relatore rispetto al collegio»¹⁶. Insomma, che fosse causa preponderante di una deriva monocratica del rito.

Pare esattamente il contrario. È monocratico il rito che, per il tramite della dialettica delle parti, non coinvolga il (resto del) collegio. Contraddire non significa isolare, quanto stimolare una revisione critica di un progetto decisorio *di fronte* al collegio: sottoporlo alla cernita del dubbio, nella collaborazione dialettica. Il contraddittorio non è mai fatto “interno” all’organo collegiale: senza i sospetti teorici innestati dalle parti con il *contra-dicere*, il processo sarebbe quasi sempre un gigantesco monocratico (decide chi conosce la causa, cioè chi ne è relatore), *formalmente* controllato da un giudice che siede in collegio. E, proprio laddove i numeri rendono maggiormente difficile, per gli altri membri del collegio, la conoscenza degli atti, la sensibilizzazione innestata dalla parte diviene garanzia di maggiore corallità decisoria, dunque di una maggiore giustizia della decisione. Viceversa, l’odierna proposta ed il conseguente anonimo decreto di fissazione *ex art. 380 bis* seguono percorsi sotterranei, insondabili dalle parti e non certo – è da credere – a beneficio della collegialità: chi mai opporrà cosa, nel collegio, alla proposta del relatore?

In conclusione, è difficile intravedere una *ratio* limpida della riforma sul punto: assai dubbia l’economia di scala realizzata; ambigua la giustificazione

13. Su cui pure ci si potrebbe a lungo interrogare e ci si è interrogati. Ad esempio, tra i molti possibili: P. Curzio, *Il problema Cassazione*, in AA.VV., *Obiettivo 2. Il punto sul processo civile*, in questa *Rivista* trimestrale, 2015, 4, www.questionegiustizia.it/rivista/2015/4/il-problema-cassazione_289.php, già affermava, prima della riforma, che «la doppia fatica del relatore è relativa, perché nella maggior parte dei casi, se la relazione è centrata, il collegio la condivide e il provvedimento definitivo si limita a ripetere quanto scritto in relazione»; dopo la riforma, pressoché unanime la dottrina nel medesimo senso: secondo G. Costantino, *Note sulle «misure urgenti»*, *cit.*, se la *ratio* della soppressione della relazione è da individuarsi nell’esigenza di semplificare ed alleggerire il procedimento, allora «appare ragionevole dubitare della congruità del mezzo al fine»; D. Dalfino, *Il nuovo volto del procedimento in Cassazione, nell’ultimo intervento normativo e nei protocolli di intesa*, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2, ritiene che «la misura è destinata a rivelarsi illusoria, poiché ciò che si elimina da una sede si riproduce in un’altra» essendo «evidente, infatti, che sarà il collegio della “apposita Sezione” a dover svolgere il lavoro di approfondimento che, sino ad oggi, spettava al relatore», cosicché «con l’avvento della “proposta” non si risparmia tempo»; fortemente critico sul punto anche B. Sassani, *Giudizio sommario di cassazione ed illusione nomofilattica*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, pp. 35 ss., che difende «la bontà del modello della procedura della camera di consiglio finora adottato [con la relazione, *n.d.r.*], addirittura più idoneo a tutelare il principio del contraddittorio rispetto alla procedura della pubblica udienza», stigmatizzandosi che è «degradata la vecchia Relazione ad una immotivata Proposta (crocezza su prestampato)»; con varietà di accenti critici v. anche C. Punzi, *La nuova stagione della Corte di cassazione e il tramonto della pubblica udienza*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, pp. 1 ss.; A. Carratta, *La cameralizzazione del giudizio in Cassazione e la garanzia del contraddittorio a rischio*, in www.processocivileweb.it; Id. *Le più recenti riforme del processo civile*, Giappichelli, Torino, 2017, spec. pp. 19 ss.

14. Secondo la nota espressione con la quale la relazione finale della Commissione Berruti (o “degli undici”) bollava il precedente progetto di riforma Vaccarella.

15. E da parte di un autorevolissimo membro della Suprema, insospettabile di “astrattezze” dottrinali, P. Curzio, *Il problema Cassazione*, *loc. ult. cit.*

16. L. Lombardo, *Il nuovo volto della Cassazione civile*, in *Questione Giustizia on line*, 2 dicembre 2016, www.questionegiustizia.it/articolo/il-nuovo-volto-della-cassazione-civile_02-12-2016.php.

dogmatica sottesa ed opinabile la sistematica processuale realizzata¹⁷; viceversa, emerge la certezza di un arretramento: quello sull'idea del processo come ragionevole equilibrio di contrappesi, congruenza dei poteri di partecipazione delle parti, simmetria del bilanciamento attraverso il contraddittorio. In una parola, un ripiegamento sulle garanzie¹⁸.

La "seconda camera" – quella dinnanzi alla Sezione semplice, ex art. 380 bis.1. cpc – benché partecipata (avviso alle parti quaranta giorni prima dell'adunanza camerale, con termine per memorie fino a dieci giorni, che è di venti giorni per il pubblico ministero), palesa anch'essa talune opacità di garanzia: in particolare, nel segmento iniziale ed in quello finale.

Quella iniziale riguarda la coerenza del sistema di instradamento del ricorso verso la camera di consiglio della Sezione semplice: ad essa infatti si perviene (o non si perviene) attraverso plurimi canali i quali tuttavia paiono condizionati da presupposti diversi, con i consequenziali dubbi sulla piena eguaglianza processuale. Infatti, un primo canale di afflusso del ricorso alla Sezione semplice è quello (art. 380 bis, comma 3) che si attiva allorché l'"apposita Sezione", ritenendo che «non ricorrano le ipotesi previste dall'articolo 375, primo comma, numeri 1) e 5)», all'esito della camera di consiglio «rimette la causa alla pubblica udienza della Sezione semplice»: il rito dinnanzi a quest'ultima sarà allora *comunque* quello più garantito della pubblica udienza, a prescindere da ogni valutazione circa la «particolare rilevanza della questione» (o la sua "valenza nomofilattica": v. *infra*), che diviene irrilevante. Variabile, quest'ultima, che invece diviene decisiva allorché, con un canale diverso (e, si potrebbe dire, ordinario: artt. 376, comma 1, ult. inciso e 375, comma 2) il ricorso oltrepassi la tagliola dell'"apposita Sezione": il presidente di quest'ultima, infatti, se «a un *sommario esame* del ricorso (...) non ravvisa» i presupposti per la pronuncia in camera di consiglio ai sensi dell'articolo 375, primo comma, numeri 1) e 5, omessa ogni formalità, rimette gli atti alla Sezione semplice, dinnanzi alla

quale tuttavia il rito sarà comunque Camerale, salvo il rilievo di una «particolare rilevanza della questione» che lo condurrà in udienza pubblica.

Si dirà: è un dettaglio statisticamente insignificante, una bagatella per la distrazione sul coordinamento dei testi normativi. Può darsi: ma è difficile rinvenire una *ratio* giustificativa di una incoerenza che si riverbera sull'eguaglianza dei diritti processuali delle parti. Più in generale, in realtà, a tale rilievo se ne aggiunge uno ulteriore: che, cioè, la legge di riforma non esplicita *formalmente* a chi spetti il potere, presso la Sezione semplice, di effettuare la valutazione circa la «particolare rilevanza», statuendo così sul rito (camera partecipata o pubblica udienza). Ovvio che, per logica e sistema, esso debba ricondursi al presidente della Sezione semplice, «il cui ruolo (è) stato incrementato»¹⁹. Ma anche qui il silenzio delle disposizioni riformatrici sembra non casuale e pare piuttosto saldarsi con i principi di autorganizzazione della Corte: si è al cospetto, cioè, di una pagina bianca legislativa, funzionale ad una eterointegrazione da parte della Corte. Se è infatti formalmente agevole individuare nel presidente della Sezione semplice l'organo deputato ad esercitare la scelta tra la fissazione dell'udienza o dell'adunanza della camera di consiglio (art. 377, comma 1, ult. inciso, invariato in esito alla riforma), è da credere tuttavia che – considerati numero e mole dei ricorsi, nonché la complessità della loro valutazione²⁰ – tale decisione, nella sostanza, sarà opera, più che di uno dei presidenti non titolari della Sezione semplice, di un consigliere di essa addetto allo spoglio, che ne diverrà relatore e che ne sottoporrà l'esito al presidente, il quale emetterà il relativo decreto. Come acutamente notato, inoltre, mentre in Sesta Sezione l'adunanza viene fissata solo a seguito di una proposta del consigliere relatore ed il decreto di fissazione deve recepire dalla proposta l'indicazione della possibile soluzione (inammissibilità, manifesta fondatezza o manifesta infondatezza del ricorso), nella procedura camerale della Sezione semplice non vi è alcuna proposta e, giocoforza, non

17. Nota perspicuamente F. S. Damiani, *Il nuovo procedimento camerale in Cassazione e l'efficientismo del legislatore*, in *Foro it.*, 2017, V, 28 : «(...) una volta generalizzata l'adozione del rito camerale, non pare sensato continuare a destinare tutti i ricorsi di competenza delle Sezioni semplici al controllo preventivo di una sola di esse, onerandola così di un ingentissimo carico di lavoro, col rischio che taluni di essi vengano scrutinati due volte, nel caso in cui il collegio della Sesta Sezione non li definisse in camera di consiglio. In effetti, sarebbe stato più semplice e razionale dotare tutte le Sezioni semplici dei medesimi poteri di controllo spettanti alla Sesta, distribuire a ciascuna di esse i ricorsi in entrata e prevedere un unico procedimento camerale che consentisse alle parti di esercitare appieno il loro diritto di difesa».

18. Ciò che allora legittima il sospetto, avanzato in dottrina, che si sia proposta una Corte come «gestore di deflusso» dei ricorsi, «dove ricorso sta evidentemente per presunzione di abuso del diritto di impugnazione, sicché tanto vale trattarlo *in absentia* di avvocati»: così B. Sassani, *Giudizio sommario di cassazione*, cit., p. 35.

19. C. Graziosi, *La Cassazione «incamerata»*, cit., p. 8.

20. Posto che la valutazione circa la «particolare rilevanza della questione di diritto» involge non solo l'esame del ricorso, ma anche del controricorso ed in generale degli atti del giudizio.

sarà palesata alcun tipo di indicazione circa le ragioni dell'istradamento del ricorso verso la camera di consiglio piuttosto che verso l'udienza pubblica. Appunto: "fior da fiore", come scrive Antonio Briguglio. Si porrà cioè un problema di uniformità, di meta-nomofilachia: occorrerà assicurare la nomofilachia sulla nozione di "valenza nomofilattica della questione". E, considerando che nessuna disposizione autorizza poi la Sezione semplice a modificare il rito (a rimettere, cioè, la causa in udienza pubblica, eventualmente rilevando la «particolare importanza della questione»²¹) si apprezza la delicatezza del passaggio procedurale.

L'oscurità del segmento finale è rappresentata invece dall'eventuale diritto delle parti di essere sentite nella camera di consiglio, qualora ne facciano richiesta. È vero infatti che «in camera di consiglio la Corte giudica senza l'intervento del pubblico ministero e delle parti» (art. 380 bis.1, ultimo inciso): ma è altrettanto indubbio che esistono cospicui argomenti per ritenere non ostativa la *littera legis*²² e soprattutto che la stessa Corte, nella sua più alta espressione, ha già avallato una lettura non preclusiva, sia pure statuendo ciò nella particolare vicenda referendaria²³. Si tratterà di vedere, nel futuro, quanto peserà l'eccezionalità "politica" di quella *species facti*: ma darebbe da pensare la concessione ad intermittenza di un diritto al contraddittorio in ragione della importanza "politica" della regiudicanda.

4. Il *discrimen* tra camera e udienza

Il criterio su cui si fonda la scelta fra regola del rito e sua eccezione (vale a dire: tra decisione camerale ed udienza pubblica) costituisce, poi, un altro indicatore critico della complessiva ideologia della riforma. Esso appare infatti estremamente ambiguo, non solo (come già visto) nella concreta individuazione dell'organo chiamato ad applicarlo, quanto soprattutto nella sua portata oggettiva²⁴. L'impressione – come si dirà – è che tale ambiguità, solo in parte necessari-

tata, sia stata una sapiente e precisa intenzione del legislatore storico, concepita per corrispondere ai *deconsiderata* della Corte. Infatti, il testo della disposizione (art. 375, comma 2) statuisce una regola di modalità decisoria (la Corte, a Sezione semplice, «*pronuncia con ordinanza in camera di consiglio*») cui fa seguire un'eccezione alquanto eterea e mobile, sia logicamente che semanticamente. L'eccezione, infatti, riposa su di una impersonale valutazione di opportunità («*sia resa opportuna*») come tale ispirata a presupposti assai poco cogenti e sollecitata da un presupposto, a sua volta, logicamente lasco («*particolare rilevanza della questione di diritto*»): in esso, infatti, l'aggettivazione enfatizza ancor di più l'indeterminatezza del presupposto (la "rilevanza") e dell'universo logico in cui esso stesso si colloca (la "questione di diritto").

Ne discende una notevole mobilità concettuale dei presupposti idonei a derogare alla regola. Detto in modo diverso: sarà ben difficile (impossibile?) riconoscere lo *specimen* della forma procedurale eccezionale e, quindi, poter prevedere/pronosticare la *forma* del rito che assumerà la trattazione di un ricorso, fatti salvi, ovviamente, i casi limite o di scuola.

Sarà la Corte, nel tempo, a realizzare quella sedimentazione di ermeneutica e di prassi necessarie per integrare l'evanescente disposto normativo e dunque sarà rimessa interamente alla Corte – ben al di là del dato letterale della disposizione – la *creazione* della effettiva norma processuale.

Sotto tale profilo, il rito civile di cassazione appare quindi del tutto autoreferenziale, devolvendosi allo stesso organo destinatario della disposizione normativa la sua completa delineazione. Anche perché non potrà non considerarsi il gioco combinatorio del criterio di legge con quello, ulteriore e paranormativo, costituito dalla "valenza nomofilattica" del provvedimento da emettere, in quanto procedimento che attinge allo *ius constitutionis*, secondo quanto si legge nel già citato decreto del 14 settembre 2016 del Primo presidente. Se è vero, infatti, che la suddetta caratteristica è apparentemente funzionale

21. Sul punto diffusamente e perspicuamente, v. C. Graziosi, *op. ult. cit.* e A. Briguglio, *op. ult. cit.*, il quale critica la "disapplicazione" della riforma sul punto, in esito alla già sopravvenuta decisione di segno contrario ad opera di Cass., ord. 6 marzo 2017, n. 5533.

22. G. Costantino, *Note sulle «misure urgenti»*, cit., ne espone cinque, tutti persuasivi in punto di sistematica interpretativa.

23. Il riferimento è a Cass., sez. un., ord. 1 dicembre 2016, n. 24624 (in *Foro it.*, 2017, I, 12, con nota di R. Romboli), ove il vertice di legittimità (spiegando le ragioni per le quali era stata ammessa, in sede camerale, «una breve discussione orale, limitandola a un difensore per i ricorrenti congiuntamente difesi e uno per le amministrazioni resistenti») ha affermato, sia pure riferendosi al comma 3 del novellato art. 380 *ter cpc*, che «è stato in tal modo adottato un ulteriore correttivo al fine di adeguare il rito camerale alle esigenze costituzionali di rispetto del diritto di difesa».

24. «Evanescenti e contraddittori (sono) i criteri in base ai quali la scelta [tra procedimento camerale e trattazione all'udienza pubblica, *n.d.r.*] deve essere compiuta» secondo il documento che l'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile inviò, il 3 ottobre 2016, al Ministro della giustizia ed ai Presidenti della Camere in occasione della discussione parlamentare della riforma poi approvata (in *Foro it.*, 2016, V, p. 354).

solo ad una distinzione in punto di struttura ed ampiezza della motivazione, è giocoforza ritenere – anche sul piano logico – che una prognosi di «valenza nomofilattica del provvedimento» valga ad integrare un'ipotesi di «particolare rilevanza della questione di diritto», anche se – sempre sul piano logico – non appare univoca la reciproca. Per quel che qui interessa, tuttavia, sarà sufficiente osservare che la Corte, con il riferimento alla «valenza nomofilattica» ed all'incidenza sullo *ius constitutionis*²⁵, va a dettare una (ulteriore) regola procedurale, perché destinata non solo alla motivazione, ma a refluire sulla scelta del rito. In breve: è da credere che, nella concreta prassi decisoria, la Corte andrà ad elaborare una *propria* nozione prognostica di «valenza nomofilattica» della decisione (magari combinata, nonostante la non coincidenza, con quella di emergenza di profili attinenti allo *ius constitutionis*), destinata ad affiancarsi (ed a sostituirsi, nel tempo) a quella «strettamente» (si fa per dire) normativa di «particolare rilevanza della questione di diritto».

Insomma: una nebulosa concettuale, dipanabile solo dall'autodichia della stessa Corte, secondo quanto già segnalato in alcuni primi commenti alla riforma.²⁶

5. La secolarizzazione della Corte ed il riduzionismo dei principi

È facile prevedere le obiezioni a tali rilievi. Si dirà che è tipico della logica delle Corti Supreme vedersi affidata, dai vari ordinamenti nazionali, l'elaborazione di regole organizzative che inevitabilmente si riverberano sul rito; che, se così non fosse – se, cioè, i

meccanismi procedurali fossero interamente imposti *ab externo* dal legislatore – risulterebbero mortificate le stesse esigenze dell'organo di giurisdizione superiore, unico a conoscere, dall'interno, il proprio apparato, le proprie esigenze e gli effettivi rimedi alle proprie *defaillances*; che, in breve, è proprio dell'idealtipo degli organi supremi di giurisdizione l'inscindibile commistione di norme di autorganizzazione e di norme sul rito, alle prime unite da un legame covalente. Tutto vero. Oggi, per le supreme giurisdizioni, non è possibile pensare a modelli organizzativi ottruaati, a protocolli di rito rigidi e «calati» dall'alto, non suscettibili integrazione con norme prodotte a livello secondario: facoltà, questa, che inevitabilmente discende dalla stessa *primauté* dell'organo in funzione della migliore realizzazione dei propri scopi.

Ma il punto è proprio quest'ultimo: gli scopi o, meglio, il *quantum* di sacrificio (della tradizione, delle garanzie, delle prospettive della giurisdizione di legittimità) che la loro attuazione richiede.

L'impressione è che, con la riforma del rito civile, la Corte di cassazione porti a compimento il proprio percorso di secolarizzazione: vale a dire, la desacralizzazione della tradizione culturale e dei principi sedimentati nella giurisdizione di legittimità (il 'disincantamento' rispetto ad essi, per dirla con Max Weber), sostituiti dall'affermazione di una razionalità strumentale, dispiegata per rispondere alle esigenze immanenti.

È innanzitutto una svolta culturale,²⁷ un mutamento storico lineare ed irreversibile, quasi filosofico, che ricorda lo sfondo dei fenomeni di secolarizzazione del diritto²⁸: quelli, precisamente, ispirati alla figura del giudice «adulto in un mondo adulto», come tale disposto a sacrificare principi ormai «fuori dalla Sto-

25. Laddove neppure tra questi ultimi si può parlare di coincidenza strutturale o funzionale, posto che la tradizionale contrapposizione tra *ius constitutionis* e *ius litigatoris* – secondo cui il primo identificerebbe l'«attività nobile» di nomofilachia della cassazione, mentre il secondo, «meno nobile», atterrebbe «alla definizione dei casi concreti nell'interesse delle parti» – è, storicamente, «inesistente» ed è frutto solo di una «storpiatura di significato», come approfonditamente (ed inconfutabilmente) dimostrato da G. Scarselli, *Ius constitutionis e ius litigatoris alla luce della nuova riforma del giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 2, p. 355, il quale afferma che, in realtà, «è contra *ius constitutionis* ogni pronuncia del giudice del merito emanata in violazione di legge», mentre «le uniche ipotesi di *ius litigatoris* sono quelle dell'omissione di un fatto decisivo per il giudizio *ex art. 360 n. 5 cpc*».

26. Parla di «scelta fior da fiore» della Corte sottolineando il margine di discrezionalità affidatole, A. Briguglio, *Disapplicazione*, cit., 3, ed *ivi* acuta esemplificazione delle tipologie dei giudizi che potranno «meritare la serie A della pubblica udienza»; R. Russo, *L'ultimo "non rito"*, cit., *passim*, parla invece di «potere di decidere come decidere» in capo alla Corte.

27. V. significativamente, ad esempio, L. Lombardo, *Il nuovo volto della Cassazione civile*, in *Questione Giustizia on line*, www.questionegiustizia.it/articolo/il-nuovo-volto-della-cassazione-civile_02-12-2016.php, *passim*, ove tra l'altro si legge: «(...) Ne viene fuori un rito flessibile, che si adatta alla rilevanza delle questioni sottoposte col ricorso in funzione nomofilattica. Alla rigidità del rito precedente, che prevedeva sempre la trattazione in pubblica udienza, si sostituisce ora un rito che si adatta all'importanza delle questioni sottoposte e che riserva la trattazione in pubblica udienza ai soli ricorsi che sollecitano alla Corte l'esame di questioni di diritto di rilievo generale ai fini dell'esercizio della funzione di indirizzo della giurisprudenza (...) D'ora in poi avremo non più un rito processuale di cassazione rigido, ingessato, insensibile alla valenza delle questioni di diritto sottoposte; avremo, invece, un rito flessibile, che si adatta al contenuto del ricorso e alla rilevanza delle censure nel quadro della funzione, affidata alla Corte, di indirizzare la futura giurisprudenza».

28. Per un riferimento teorico e storico d'insieme di queste riflessioni, si rimanda alla ancora attualissima collettanea di studi curata da L. Lombardi Vallauri e P. Dilcher, *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, Giuffrè, Milano, 1981.

ria” a beneficio di una gestione razionale dell’esistente. Come dire che, secondo la filosofia della riforma della cassazione civile, il contraddittorio o il principio di oralità/immediatezza o il contatto tra le parti ed il giudice o la collegialità (e così via) non possono che essere principi modulabili, adattabili, di necessità, alla contingenza storica. La Corte – in tale prospettiva – non può farsi apologeta di sacralità astratte, ma, per la stessa sopravvivenza del sistema, è tenuta a razionalizzare i principi, anche a costo della loro forte compressione: ad offrirli, cioè, nell’unica forma possibile, liofilizzata ed essenziale, laica e moderna, priva di orpelli teorici ed antistorici. Tutto ciò, per lo scopo essenziale: fronteggiare mostruosità di arretrato e sopravvenienze; chiudere il circuito della vicenda giudiziaria; pervenire al giudicato.

È tuttavia proprio questa visione culturale, nel suo insieme, ad impensierire.

A turbare, non è tanto l’ingenuità dell’idea che l’ingolfamento della cassazione civile possa essere risolto da camere di consiglio che, con giudici freschi, hanno inizio nelle ore antimeridiane, piuttosto che nelle prime pomeridiane, dopo il “simulacro inutile” dell’udienza pubblica; e neppure l’idea, altrettanto candida e disarmata, secondo cui una camera (eventualmente) partecipata possa addirittura essere il granellino idoneo ad inceppare l’efficienza dell’intero meccanismo. Certo, si tratta di vantaggi indubbi nell’organizzazione del lavoro e di benefici sensibili per i suoi (massacrati) artefici: ma sarà sufficiente, probabilmente, solo qualche anno per constatare che la soluzione globale dei tempi del rito civile in cassazione non passa da questi correttivi di rito, piuttosto essendo condizionata dall’eliminazione strutturale di alcune endemiche zavorre²⁹.

Ciò che preoccupa è invece che, nel frattempo, la stessa Corte sarà divenuta corifea del *riduzionismo* dei principi: dell’idea, cioè, che «le forme di tutela apprestate siano commisurate ai mezzi disponibili»³⁰, ciò che sembra incarnare pienamente la prospettiva weberiana del «potere universale dell’associazione di mercato» che esige «un funzionamento del diritto *calcolabile* secondo le regole razionali»³¹. L’idea, insomma, che l’assiologia di un ordinamento giuridico ed, alla fine, anche il problema della sua validità rinviino «direttamente alla sua praticabilità, connessa agli scopi reali (economici) di un agire sociale razionale»³². Riduzionismo dei principi significa, in conseguenza, affermare che il contraddittorio cartolare (gli stessi atti del giudizio) è del tutto fungibile a quello orale e pieno; che l’interlocuzione sul rito ad opera delle parti è superfetazione estranea alla tradizione; che è sopprimibile senza sussulti la garanzia primigenia di ogni parte processuale di interloquire direttamente con il giudice che va a deliberare sulla *res iudicanda*, poiché la modalità decisoria ordinaria, funzionale alla modernità, è unicamente la camera non partecipata; che, quindi, una motivazione anche meramente standardizzata ed assertiva può assolvere alla delicata funzione democratica demandata ai giudici dal comma sesto dell’art. 111 Cost.; che, infine, «l’esperienza del giudizio di cassazione dei nostri tempi convalida la scarsa utilità della discussione orale della causa» e che quindi, storicamente, è venuto il tempo di eliminare dal processo civile il «feticcio dell’oralità», poiché il processo civile «è sempre stato e rimane un processo essenzialmente scritto»³³.

Quest’ultima idea riduzionista meriterebbe, in particolare, un adeguato approfondimento, impossibile in questa sede³⁴.

29. Il riferimento è essenzialmente al contenzioso tributario che – secondo l’analisi dello stesso Primo presidente (*Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2016*, consultabile in www.cortedicassazione.it) «incide per il 38 per cento delle sopravvenienze [oltre 11.000 nel 2016] e per il 47 per cento dell’intera pendenza [oltre 50.000], in capo ad un’unica Sezione tributaria, la quale, nonostante l’intenso lavoro della struttura e l’impiego di risorse supplementari, definisce un numero di procedimenti, molti dei quali pendenti da oltre quattro anni, nemmeno pari alle sopravvenienze». È stato lo stesso vertice della Cassazione a ribadire la necessità «che il legislatore appresti un piano straordinario di abbattimento dell’arretrato, giustificato dall’elevato valore delle poste finanziarie in gioco e imperniato sulla costituzione di una tributaria-bis, col simmetrico aumento di organico dei magistrati e del personale» ed a ritenere «auspicabile il contributo del Mef per avviare a soluzione un problema che, a legislazione invariata, rischia di travolgere l’assetto della Cassazione civile». In altri termini, può ben affermarsi in forza di un semplice giudizio controfattuale, che, in assenza di un contenzioso tributario con questi numeri, il rito civile di cassazione sarebbe pressoché normale per contenimento della pendenza, durata media del procedimento ed indice di ricambio.

30. Così, icasticamente, L. Lombardo, *op. cit.*

31. M. Weber, *Economia e società*, I, *Teoria delle categorie sociologiche*, Ed. di Comunità, Milano, 1999, p. 336.

32. Così, commentando il problema della secolarizzazione/formalizzazione del diritto in Max Weber, A. De Simone, *Razionalità e diritto in Max Weber*, in B. Accarino - A. De Simone, *Diritto, giustizia e logiche del dominio*, Morlacchi, Perugia, 2007, p. 103.

33. Ancora L. Lombardo, *loc. ult. cit.*, il quale esprime con grande schiettezza i fondamenti culturali della riforma.

34. Proprio sotto il profilo della sua verifica attraverso la storia del giudizio di legittimità e della dialettica tra oralità e scrittura nel processo civile, profili per i quali si rimanda, *ex multis*, a G. Scarselli, *In difesa della pubblica udienza in Cassazione*, in *Foro it.*, 2017, V, 30; C. Punzi, *La nuova stagione della Corte di cassazione*, *cit.*

Ma il problema non è tanto quello di difendere il «feticcio» dell'udienza pubblica, quanto quello di segnalare il sottofondo culturale di tale idea abrogazionista. Di assistere cioè ad una marginalizzazione dell'udienza in ragione della valutazione di una sua «scarsa utilità», poiché «raramente gli avvocati prendono la parola e, quando lo fanno, finiscono per riportarsi agli scritti depositati». Come dire che una garanzia (perché tale è innegabilmente l'udienza pubblica, *ogni* udienza pubblica) è meritevole di essere riconosciuta o no in relazione alla resa del suo esercizio percepita da chi giudica (e che non è certo il destinatario della garanzia stessa) o in relazione all'uso *in concreto* che una singola parte ritenga di farne. È, questo, un modo singolare di concepire principi e garanzie. Il *discrimen* diviene la statistica e l'*empiria*, irrimediabilmente corrotto da un vizio logico di fondo: invero, dalla circostanza che un fatto è (asserita «scarsa utilità» dell'udienza, nell'universo logico dell'essere) discende che esso, sul piano normativo, *debba o non debba* essere (eccezionalità dell'udienza, nell'universo logico del dover essere). Platealmente, l'*ought* è interamente ricavato dall'*is*, con buona pace della legge di Hume.

Il punto, peraltro, non è neppure quello di una difesa «di principio» dell'udienza pubblica, quanto piuttosto dei bilanciamenti della sua virtuale soppressione: delle alternative di garanzia concepibili rispetto alla sua insindacabile eccezionalità. Si può pure convenire, cioè, su di un modulo processuale diverso (camera di consiglio pressoché interamente sostitutiva dell'udienza), ma alla condizione che comunque si preservi il principio del *check and balance*, dell'equilibrio dei poteri: se è spinto al massimo quello della Corte di stabilire, pressoché interamente, le modalità decisorie, che quantomeno si riservi alle parti una possibilità di interlocuzione, una forma di contraddittorio alternativo ed eventuale, di minore intensità e frequenza, ma idoneo a salvaguardare una (pallidissima) forma di controllo. Ciò soprattutto considerando che il rischio più serio della Corte di cassazione, nel presente ed ancor più in prospettiva futura, è quello di smarrire ogni forma di collegialità, partorendo un gigantesco rito monocratico e cartolare. Un rito (sia in civile che in penale, dove non mancano altrettante allarmanti avvisaglie) in cui il ricorso è studiato e deciso dal solo consigliere relatore, con il solo avallo del presidente (fino a quando il numero dei ricorsi ne consentirà una conoscenza adeguata) e nella sostanziale estraneità decisoria degli altri componenti del collegio.

Ora, in tale prospettiva, l'unico anticorpo innestabile è proprio l'interlocuzione delle parti, in qualunque modo essa possa avvenire: la possibilità, cioè, di un segnale, di un richiamo di attenzione, di un profilo coinvolgente *anche* il contributo degli altri componenti il collegio. La riforma è andata nel senso decisamente opposto: con la conseguenza, tuttavia, che se l'udienza è il «feticcio dell'oralità», la collegialità rischia di esserlo altrettanto rispetto alla «rappresentazione» del processo. Una scenografia di collegialità, insomma.

Allarma, in conclusione, il pensiero che l'emergenza storica sia divenuta il metronomo dei diritti processuali delle parti e che i futuri e definitivi assetti del rito civile di legittimità riposino, appunto, non su ragionati e ragionevoli valori veicolati da norme e su di una razionale distribuzione dei poteri all'interno del processo (*specifica* conquista del moderno processo), ma su adattamenti alla contingenza. Appunto: rimaneggiamenti spacciati per principi, sprofondando nei quali la Cassazione si è secolarizzata.

6. Conclusioni. In morte del procuratore generale

In tutto ciò, l'ultimo dei pensieri – è da credere – è stato per il ruolo del procuratore generale nel rito civile di cassazione: al plauso, unanime, per l'inversione dell'ordine degli interventi in udienza pubblica, sono infatti seguite solo rare riflessioni³⁵.

Eppure, la riforma del rito civile di cassazione pare avere, sul punto, un effetto implosivo: ha trasformato la profetizzata «agonia del pubblico ministero nel processo civile»³⁶ in un autentico *de profundis* di tale organo.

La leggibile linea riformatrice in tale ambito è stata infatti duplice: per un verso, la completa estromissione del procuratore generale dalla fase di instradamento del ricorso presso l'apposita Sezione e dalla adunanza camerale che in essa si svolge (arg. *ex art.* 380 *bis*); per altro verso, la facoltatività del suo intervento nella modalità ordinaria decisoria, vale a dire la camera di consiglio presso la Sezione semplice (art. 380 *bis*.1, comma 1), laddove l'intervento dell'organo rimane obbligatorio solo nell'ipotesi eccezionale dell'udienza pubblica (art. 379, comma 2).

Si è detto che, in tal modo, anche il procuratore generale del rito civile si adegua alla modernità: che è cernita, rarefazione di intervento (solo quando serve), selezione di qualità finalmente liberata dal far-

35. Tra le quali si segnalano quelle svolte da R. Fuzio, *Il procuratore generale nel giudizio civile di cassazione*, in *Foro it.*, 2017, I, c. 41; R. Russo, *L'ultimo "non rito" della cassazione civile*, *cit.*; C. Graziosi, *La Cassazione «incamerata»*, *cit.*

36. Da F. Cipriani, *L'agonia del pubblico ministero nel processo civile*, in *Foro it.*, 1993, I, c. 12.

dello della quantità e dei numeri, che producevano inutili e standardizzate requisitorie.

Si tratta, tuttavia, di argomentazioni consolatorie, perché assai dubbie quanto a giustificazione teorica: o, per meglio dire, sorrette solo dalla generale coerenza con la complessiva “filosofia” della riforma sopra illustrata. È vero piuttosto che la sistematica della riforma accentua ancor più l’ambiguità della figura del procuratore generale nel processo civile di cassazione, facendone definitivamente smarrire ogni visibile contorno dogmatico. Egli non è più parte (“pubblica”, “imparziale”, ecc.), avendo poteri minori rispetto alle parti e, certamente, non è più neppure *amicus curiae*, promotore della legalità processuale e della giustizia della decisione in armonia con la funzione di legittimità. Se così fosse – se, cioè, fosse stato considerato soggetto processuale pienamente omologo alla giurisdizione di legittimità – non avrebbe spiegazione la sua completa estraneazione dagli snodi fondamentali del processo di legittimità: da quello della decisione sul modulo processuale presso la Sesta Sezione, a quello della valutazione circa la «particolare rilevanza della questione» e/o della sua «valenza nomofilattica». Un *amicus curiae* che viene ignorato nelle decisioni più importanti è assai poco amico: è piuttosto un orpello.

Si potrà obiettare che, per il principio di realtà, risultava improbabile e quasi impossibile pretendere un contributo valutativo *serio* in segmenti di processo in cui giornalmente annaspiano alcune centinaia di consiglieri e pertanto idonei inevitabilmente a fagocitare, *eo magis*, poche decine di sostituti procuratori generali.

Ma questa è obiezione che riporta a quanto detto sopra: se, cioè, a governare le regole del processo debbano essere *esclusivamente* i “duri fatti”, secondo il principio monistico già sopra esposto o se occorresse piuttosto uno sforzo ed una resistenza maggiori per difendere la funzione di legittimità nel suo complesso. Dal sistema della riforma perviene invece un segnale preciso: ciò che prima, per il procuratore generale, era facoltativo (possibile interlocuzione sulla relazione “opinata” presso la Sesta Sezione) è ora inesistente e ciò che prima era obbligatorio diviene ora facoltativo, se si considera la “normalità” del rito camerale presso le Sezioni semplici. È, quella del procuratore generale, un’uscita silente dalla scena della legittimità: è da credere che il prossimo intervento riformatore alzerà ulteriormente l’asticella ed il prossimo passo sarà l’intervento *solo* facoltativo nella *sola* udienza pubblica. Poi scomparirà.

Né, per lenire, si può affermare che, alla fine, si è pur sempre conservata sotto altra forma la facoltà di intervento del procuratore generale nella camera di consiglio, dislocata addirittura su di un piano più alto e nobile, quale quello della Sezione semplice.

La differenza funzionale delle due adunanze camerali non consente tale assimilazione. Invero, nel passato, l’intervento facoltativo del procuratore generale sul “progetto decisorio” del relatore della Sesta Sezione civile era – come dire – finalizzato al controllo della legalità della stessa, della correttezza circa l’effettiva sussistenza di un’ipotesi di evidenza decisoria del ricorso o di una sua causa di inammissibilità. Niente di tutto ciò si registra nell’odierno di intervento facoltativo presso la camera della Sezione semplice: dove il procuratore generale – assente ogni abbozzo decisorio – deve singolarmente effettuare la cernita dei ricorsi su cui concludere e quindi prospettare la soluzione in diritto.

Ma è proprio l’assetto volontaristico del meccanismo a destare perplessità. Esso si svolge per ricorsi che non palesano «valenza nomofilattica» o «particolare rilevanza della questione», qualificazioni, queste, che riguardano quelli già avviati all’udienza e su cui il procuratore generale non ha alcun potere di interlocuzione. Ovvio, poi, che né la legge né alcun atto di organizzazione interno stabilisca (o possa stabilire) i criteri in base ai quali, nella massa ordinaria di ricorsi che confluiscono alla camera della Sezione semplice, alcuni di essi siano maggiormente importanti o rilevanti di altri e, pertanto, meritevoli delle conclusioni (aggiuntive) di un altro soggetto processuale. A ciò si aggiunga che, per quanto futuri atti di organizzazione interna potranno stabilire criteri orientativi dell’intervento, quest’ultimo sarà comunque deciso dal singolo magistrato dell’ufficio stesso, pena la frizione con il principio dell’art. 101, comma 2, Cost.

Ne viene fuori una logica *fuzzy*, che ammette cioè, senza contraddizione, che tra più ricorsi sovrapponibili quanto a contenuto o *quaestiones iuris* solo per uno o per alcuni di essi il procuratore generale rassegni conclusioni.

Quanto ciò inquinii la complessiva ragionevolezza del sistema è di tutta evidenza, al pari della decomposizione del ruolo del procuratore generale. Affidare alla buona volontà del singolo, alla sua sensibilità soggettiva, allo spirito di sacrificio individuale lo svolgimento (o meno) di una *intera* funzione giurisdizionale appare davvero un inedito: le predette variabili quasi sempre caratterizzano (è ben vero) il *quomodo* dell’esercizio di un ruolo, ma non certo l’*an* di esso. Così, accanto al “fior da fiore” dei ricorsi che finiscono in udienza pubblica piuttosto che in camera di consiglio, ci sarà, nell’ambito di questi ultimi, il “fior da fiore” di quelli che vedranno la lieta sorpresa della requisitoria del procuratore generale.

Il dubbio è che, complessivamente, questa cernita di qualità sia affidata, nell’uno e nell’altro caso, a variabili individuali, talmente insondabili da risultare non decifrabili, non oggettive e, dunque, irragionevoli e diseguali.

Non si tratta – è bene precisarlo – di un problema di costituzionalità, ma di buona legislazione.

La Corte di cassazione ha già escluso, sui punti essenziali della riforma, profili di fondatezza di questioni in tal senso sollevate³⁷. E, d'altra parte, un esito di caducazione della riforma per contrasto con la Carta fondamentale in punto di manifesta irragionevolezza è da escludersi per elementari considerazioni: a denunciare la questione, quale giudice *a quo*, dovrebbe essere la stessa Corte di cassazione e, quand'anche, irrealisticamente, ciò accadesse, il Giudice delle leggi ben difficilmente decapiterebbe

il sistema della giurisdizione di legittimità. Anche perché, sotto il profilo formale e sistematico, la riforma è ben scritta, la stesura delle sue disposizioni è tecnicamente ineccepibile, senza *apparenti* spigoli acuti di manifesta irragionevolezza nell'uso della discrezionalità legislativa.

Ma, affinché una riforma processuale sia pregevole, è condizione solo necessaria ma non sufficiente che essa non sia *manifestamente* irragionevole: tra tali estremi, in mezzo, c'è il mare della accettabile irragionevolezza dei principi attuati, nel quale tuttavia è facile fare naufragio.

37. V. la già citata Cass., sez. sesta (terza), 20 dicembre 2016 (dep. 10 gennaio 2017), n. 395; sul punto (e per l'insussistenza di profili di frizione costituzionale), v. G. Amoroso, *La cameralizzazione non partecipata del giudizio civile di cassazione: compatibilità costituzionale e conformità alla Cedu*, in *Foro it.*, 2017, V, p. 35.

Il nuovo assetto del giudizio civile di cassazione nel dialogo tra aspettative di maggiore efficienza e garanzia di effettività delle tutele

di *Andrea Pasqualin*

L'Autore esamina il protocollo tra Suprema corte e Consiglio nazionale forense relativo alla redazione dei ricorsi (17 dicembre 2015), il decreto del Primo Presidente sulla motivazione dei provvedimenti civili (14 settembre 2016), la legge 197 del 2016 e il protocollo tra Corte di cassazione, Consiglio nazionale forense e Avvocatura generale dello Stato sull'applicazione del rito di cui a tale legge (15 dicembre 2016), secondo la prospettiva del rapporto tra aspettative di maggiore efficienza e garanzia dell'effettività della tutela dei diritti, in funzione del loro equilibrato temperamento quale connotato essenziale della giurisdizione.

Premessa

La sofferenza del giudizio civile di cassazione, dovuta ai numeri davvero imponenti del contenzioso che la Corte si trova a gestire, è ben testimoniata dai ripetuti interventi sul suo assetto succedutisi a partire dalla riforma di cui al d.lgs n. 40 del 2006.

Ad essa sono infatti seguiti, a cadenza curiosamente triennale, la legge n. 69 del 2009, che ha introdotto l'art. 360 *bis* cpc e ufficializzato la *Sezione filtro* di cui all'art. 376, al contempo eliminando il quesito di diritto, e il dl. n. 83 del 2012, che ha riscritto il n. 5 dell'art. 360, nella sostanza azzerando il controllo della motivazione.

A distanza di ulteriori tre anni, nel 2015, e nel volgere di dodici mesi, si sono poi avuti il protocollo tra Suprema corte e Consiglio nazionale forense relativo alla redazione dei ricorsi (17 dicembre 2015), il decreto del Primo presidente sulla motivazione dei provvedimenti civili (14 settembre 2016), la legge n. 197 del 2016 e il protocollo tra Corte di cassazione, Consiglio nazionale forense e Avvocatura generale dello Stato sull'applicazione del rito di cui a tale legge (15 dicembre 2016).

Gli ultimi quattro interventi, quelli più recenti, meritano una breve riflessione, condotta con la lente di lettura del rapporto tra aspettative di maggiore efficienza e garanzia dell'effettività della tutela dei di-

ritti, valori il cui equilibrato temperamento rappresenta connotato essenziale della giurisdizione.

1. Il protocollo sulla redazione dei ricorsi

Il protocollo del 2015¹ nasce dall'esigenza, manifestata dalla Corte, di una comune riflessione sul tema della sinteticità e della chiarezza degli atti di parte, determinata dalla difficoltà nella gestione dei procedimenti per il «*moltiplicarsi di ricorsi, contro ricorsi e memorie sovradimensionati nell'esposizione di motivi ed argomentazioni*», come si legge nelle premesse del documento.

È stata l'occasione per un franco e aperto confronto, da subito esteso al tema dell'autosufficienza, attesa l'evidenza dello stretto legame tra le modalità di costruzione di un ricorso e tale delicato tema, le cui declinazioni applicative, non sempre univoche e non di rado ispirate ad un marcato rigore formale, hanno rappresentato la vera ragione di scritti difensivi estesi oltre il necessario.

Qui non si vuole entrare nel merito delle conclusioni alla fine raggiunte, ormai ben note, ma sottolineare come la collaborazione tra magistratura e avvocatura e la condivisione di determinazioni ope-

1. Che può leggersi in www.foroitaliano.it/wp-content/uploads/2015/12/protocollo-intesa-cass-cnf-motivi-ricorso-civile.pdf.

relative possano rappresentare uno strumento di miglioramento del funzionamento della giurisdizione al contempo valido e, proprio perché proveniente da entrambi, rispettoso del necessario equilibrio tra efficienza ed effettività di cui sopra.

Sinteticità e chiarezza sono valori di importanza primaria in un contesto di scarsità di risorse e richiama la responsabilità degli operatori al loro rigoroso rispetto.

Da molti si è detto della necessità che essi entrino nell'arsenale professionale di magistrati e avvocati.

In questa direzione si va facendo divulgazione e formazione, anche verso i nuovi aspiranti all'iscrizione nell'albo speciale per le giurisdizioni superiori, l'accesso al quale, come è noto, ora avviene non più per sola anzianità, ma a seguito di superamento di un esame.

Di certo per l'avvocatura abbandonare l'atteggiamento *difensivo* che ha fatto moltiplicare la dimensioni degli atti, onde non incorrere in censure di inammissibilità per difetto di autosufficienza, potrà essere più agevole nel momento in cui vedrà che le *regole* del protocollo sul rispetto del principio di autosufficienza troveranno effettiva condivisione ad opera della Corte.

È da ricordare che la relazione del gruppo di lavoro sulla sinteticità degli atti nei giudizi di cassazione, istituito con dm 9 febbraio 2016, è accompagnata da un'ipotesi di modifica normativa che prevede la *codificazione* delle regole da applicarsi per soddisfare il principio di autosufficienza². Si tratta di modifiche che potrebbero effettivamente semplificare il lavoro di magistrati e avvocati, contribuendo a raggiungere gli auspicati obiettivi di miglioramento dell'efficienza.

2. La legge 197, il decreto del Primo presidente del 14 settembre 2016 e il protocollo del 15 dicembre 2016

Una valutazione diversa deve invece farsi quanto alla riforma del procedimento di cui alla legge n. 197 del 2016.

Non solo per le modalità di approvazione, rappresentate dall'inserimento, in un testo di decreto legge all'esame delle Camere, di un subemendamento sul quale non vi è stata la possibilità di un dibattito, né all'interno del Parlamento, né nella comunità degli operatori e dell'accademia, ma anche per il suo contenuto, che ha profondamente inciso sul tessuto del giudizio di cassazione, spostandone marcatamente gli equilibri.

Come è noto tale legge ha disposto la generale *cameralizzazione* dei giudizi di cassazione, riservando la trattazione in pubblica udienza ai casi di particolare rilevanza delle questioni di diritto e ai casi di rimessione dalla Sesta sezione che non abbia definito il giudizio.

Va subito detto che non appare del tutto agevole distinguere tra i casi di particolare rilevanza della questione di diritto, che portano alla pubblica udienza, e i casi che presentano una questione di massima di particolare importanza, che conducono invece alle Sezioni Unite (art. 374)³.

In ogni caso pare da ritenere che la grande maggioranza dei ricorsi – quelli non connotati da particolare rilevanza delle questioni di diritto e comunque da valenza nomofilattica – andrà decisa in Camera di consiglio, con un *doppio* grado di concentrazione e semplificazione della motivazione, sia per l'utilizzo dell'ordinanza in luogo della sentenza, sia in applicazione dei criteri di redazione dei provvedimenti civili dettati con il decreto del Primo presidente del 14 settembre 2016⁴.

Il che appare condivisibile, nell'ottica della promozione del principio di sinteticità e chiarezza di cui si è detto e della rigorosa funzionalità dell'*iter* argomentativo alla decisione⁵, alla condizione peraltro del mantenimento di *standards* motivazionali che rendano compiuta ragione della decisione assunta e che siano adeguati all'alta funzione che la Corte è chiamata a svolgere.

In questa prospettiva non si dubita che il pur utile ricorso a stringhe motivazionali «*per specifiche questioni, processuali o di diritto sostanziale, sulle quali la giurisprudenza della Corte è consolidata*» non eluderà le sollecitazioni alla rimeditazione di orien-

2. In www.ca.milano.giustizia.it/allegato_corsi.aspx?File_id_allegato=2701relazione si può leggere la relazione redatta all'esito della seconda parte dei lavori, relativa all'appello, svolta dal gruppo integrato con i decreti ministeriali 28 luglio 2016 e 10 ottobre 2016, ma la parte relativa al principio di autosufficienza (artt. 366 e 369) non è stata modificata.

3. Sul tema G. Scarselli, *La "particolare rilevanza delle questioni" tra camera di consiglio e udienza pubblica*, in questa *Questione Giustizia on line*, 2/2017, www.questionegiustizia.it/articolo/la-particolare-rilevanza-delle-questioni-tra-camera-di-consiglio-e-udienza-pubblica_30-03-2017.php.

4. Che può leggersi in www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Provvedimento_motivazione_provvedimenti_civili_136.pdf.

5. Espressamente richiamata nel provvedimento in parola, nel quale si raccomanda in modo del tutto condivisibile, tra l'altro, di evitare motivazioni subordinate e *obiter dicta*, non infrequentemente destinati a complicare la corretta *lettura* delle coordinate interpretative seguite dalla Corte.

tamenti consolidati, ma per il cui ripensamento siano maturati adeguati presupposti (e del resto nel decreto del Primo presidente la previsione dell'utilizzo di tali moduli motivazionali si accompagna all'espressa salvezza dei casi nei quali «*il collegio non ritenga di discostarsi motivatamente*»).

La legge n. 197 ha poi sostituito, nel procedimento camerale dinanzi alla Sesta sezione (art. 380 bis⁶), la notificazione della relazione illustrativa delle ragioni di inammissibilità o manifesta fondatezza o infondatezza con l'indicazione se sia «*stata ravvisata un'ipotesi di inammissibilità, di manifesta infondatezza o di manifesta fondatezza del ricorso*» e ha taciuto sulla partecipazione delle parti, mentre l'ha espressamente esclusa nel procedimento camerale dinanzi alla Sezione semplice (art. 380 bis.1) e in quello riservato ai regolamenti di giurisdizione e competenza (art. 380 ter)⁷.

Pare dunque da ritenere che dalla sostanziale esclusione dell'udienza pubblica e dalla trattazione camerale non partecipata (qualora sia davvero dato escludere la facoltà delle parti di essere sentite, il che è stato posto in discussione dalla dottrina⁸) il legislatore della legge n. 197 abbia ipotizzato di trarre margini di recupero di efficienza.

Una lettura condotta anche in questo caso con la lente del rapporto tra efficienza ed effettività della tutela pare tuttavia condurre a ritenere che la scelta abbia privilegiato, in modo non sufficientemente ponderato, un'aspettativa di miglioramento della prima a discapito della seconda.

Non si dubita che la Corte sarà capace di applicare la riforma con tutta l'attenzione necessaria alla migliore tutela dei diritti delle parti che si affidano ad essa, tuttavia non si possono non sottolineare alcune considerazioni.

La prima riguarda la circostanza che da anni la Cassazione sta operando con ritmi e carichi di lavoro assai pesanti e non agevolmente compatibili, a parità di forze, con un aumento di *produttività* che consenta di assicurare gli adeguati *standards* di qualità richiesti ad una Corte suprema, chiamata a svolgere il controllo di legalità ai sensi dell'art. 111, c. 7, Cost. e dell'art. 65 ord. giud..

E qui torna l'abusata considerazione del rapporto tra domanda di giustizia e forze in campo e del tema delle riforme *a costo zero*.

Non ritenendosi infatti condivisibile (oltre che compatibile con l'attuale assetto costituzionale) la scelta di una limitazione dell'accesso alla Corte di cassazione (apparendo piuttosto necessario un equo contemperamento tra la tutela dello *ius constitutio-nis*, così come ora per lo più inteso, e dello *ius litigatoris*), occorrerebbe seriamente rivalutare l'opportunità di investire sulla giurisdizione, onde consentirle quell'aumento di efficienza che garantirebbe dei rilevanti ritorni nell'interesse della collettività e del sistema economico e produttivo.

La seconda considerazione riguarda il rapporto di proporzionalità tra l'attesa di un migliore funzionamento della Corte e la compressione dei diritti delle parti conseguente alla sostanziale eliminazione del momento di (eventuale) contraddittorio orale e della relazione di cui al c. 1 del previgente art. 380 bis.

Quanto al dubbio fondamento di una razionale aspettativa di un aumento di produttività occorre aggiungere a ciò che si è detto due ulteriori rilievi.

Il primo concerne il vantaggio rappresentato per la Corte dalla sostanziale eliminazione dell'udienza pubblica e dall'esclusione delle parti dalle adunanze camerali: esso non appare particolarmente rilevante, dal momento che, almeno di regola, la durata delle udienze pubbliche e di quelle camerali era breve (un paio d'ore), anche perché, di norma, le discussioni non erano frequenti e comunque erano contenute.

Il secondo riguarda la relazione nel procedimento camerale della sesta sezione, che di frequente finiva con il costituire la motivazione dell'ordinanza della Corte, con ciò escludendo che l'impegno del relatore si risolvesse in una inutilmente onerosa duplicazione dell'intervento sullo stesso fascicolo.

E del resto quello che prima faceva il relatore a monte dell'adunanza dovrà essere fatto a valle della stessa, talché alla fine il risultato non cambia (se non per quei limitati casi nei quali il Collegio andava di avviso diverso rispetto a quello del relatore).

Se dunque per la Corte le modifiche di cui alla legge n. 197 appaiono tradursi in benefici oggettivamente modesti, non altrettanto può dirsi per le ricadute sull'esercizio delle ragioni difensive.

La sostanziale soppressione della discussione priva infatti della possibilità di contraddire rispetto alla memoria, il che appare particolarmente rilevante

6. Applicabile (art. 391 bis) anche ai procedimenti per correzione degli errori materiali (con esclusione del rinvio alla pubblica udienza) e ai procedimenti per revocazione (con previsione di rinvio alla pubblica udienza nel caso di ritenuta ammissibilità).

7. Nel quale era prima possibile limitatamente al regolamento di giurisdizione.

8. D. Dalfino, *Il nuovo volto del procedimento in Cassazione, nell'ultimo intervento normativo nei protocolli di intesa*, in *Foro it.*, 2017, V, p. 5, e G. Costantino, *Note sulle "misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione"*, *ibidem*, pp. 12 ss., i quali hanno anche richiamato il precedente di Cass., sez. un., 1 dicembre 2016, n. 24624: in quella circostanza (peraltro si trattava di un caso particolare) la Corte aveva ammesso, in un procedimento al quale si applicava il nuovo art. 380 ter, una breve discussione orale.

per il resistente, che parla per secondo e che potrebbe avere necessità di prendere posizione in ordine alla replica al suo controricorso.

Ma più in generale una possibilità di confronto orale dopo le memorie rappresentava una valvola di sicurezza che integrava in modo del tutto adeguato il contraddittorio tra le parti.

La mera indicazione dell'assunta ricorrenza di una fattispecie di inammissibilità o di manifesta fondatezza o infondatezza, poi, non appare consentire alle parti – e in particolare alla parte che abbia interesse a contraddire sul punto – di avere adeguata conoscenza delle ragioni individuate dal relatore.

All'indomani dell'approvazione della legge il Consiglio nazionale forense ha segnalato alla Corte tali criticità, ottenendone la disponibilità ad una valutazione congiunta delle modalità di applicazione della riforma, nello stesso spirito costruttivo che aveva contrassegnato i lavori preparatori del protocollo del dicembre del 2015 e nella riaffermata consapevolezza dell'importanza della collaborazione istituzionale nell'interesse generale.

È nato così il protocollo del 15 dicembre 2016⁹, stipulato anche con l'Avvocatura generale dello Stato, con il quale si sono convenute alcune prassi applicative della riforma.

Si è in primo luogo stabilita, quanto ai ricorsi depositati alla data del 30 ottobre 2016 (data di entrata in vigore della novella) per i quali sia stata o venga successivamente fissata l'adunanza camerale, la possibilità, per l'intimato che non abbia tempestivamente notificato (e depositato) il controricorso, ma che, sulla base della normativa previgente, avrebbe avuto il diritto di partecipare alla discussione, di presentare memoria negli stessi termini previsti per il controricorrente.

Si è precisato che se con questa memoria (che viene il primo atto difensivo dell'intimato) «vengono sollevate questioni nuove rilevabili d'ufficio, o comunque ne ravvisi l'opportunità, il Collegio, anche su sollecitazione del ricorrente, assegna un termine per osservazioni ai sensi dell'art. 384, 3° comma, cpc».

La previsione convenzionale appare dunque molto opportunamente consentire al ricorrente di segnalare alla Corte la necessità di prendere posizione in ordine a difese nei riguardi delle quali, se fossero state tempestivamente dedotte, avrebbe potuto replicare con la memoria, ovviando, ove necessario, alla situazione di disequilibrio determinata dalla rimessione in termini dell'intimato.

È stata espressamente prevista la possibilità che, nella memoria depositata a norma dell'art. 380 bis.1 o con apposita istanza, le parti possano motivatamente richiedere «che la trattazione avvenga ... in pubblica udienza indicando la questione di diritto di particolare rilevanza che, a loro avviso, giustifica la discussione pubblica».

Si è poi convenuto («tenuto conto dell'esigenza manifestata dall'avvocatura di un'adeguata informazione circa le ragioni dell'avvio del ricorso alla trattazione in adunanza camerale, e temperata tale esigenza con la necessità di evitare che l'indicazione prevista dall'art. 380 bis cpc si trasformi in una pur sintetica relazione, vanificando la portata innovativa della riforma») che la proposta del relatore, da notificarsi unitamente al decreto di fissazione e al relativo avviso, indichi: (i) quanto alla prognosi di inammissibilità o di improcedibilità, a quale ipotesi si faccia riferimento; (ii) quanto alla prognosi di manifesta fondatezza, quale sia il motivo manifestamente fondato e l'eventuale precedente di riferimento; (iii) quanto alla prognosi di manifesta infondatezza, «i pertinenti precedenti giurisprudenziali di riferimento e le ragioni del giudizio prognostico di infondatezza dei motivi di ricorso, anche mediante una valutazione sintetica e complessiva degli stessi, ove ne ricorrano i presupposti».

Un'adeguata applicazione di tale linea operativa da parte della Corte potrebbe contribuire ad ovviare agli inconvenienti segnalati.

La giurisprudenza del 2017 appare essersi attestata sull'affermazione che la legge n. 197 «non prevede che la "proposta" del relatore di trattazione camerale possa e debba essere motivata, potendo essa contenere sommarie o schematiche indicazioni, ritenute dal presidente meritevoli di segnalazione alle parti, al momento della trasmissione del decreto di fissazione della Camera di consiglio, al fine di una spontanea e non doverosa agevolazione nell'individuazione dei temi della discussione, senza che possa riconoscersi un loro corrispondente diritto (cfr. Sez. 6-3, Ordinanza n. 4541 del 22/02/2017 Rv. 643132)»¹⁰.

Certo un protocollo in quanto tale non può vincolare, ma, come detto in ordine a quello dell'anno precedente, una sua convinta condivisione e applicazione contribuirebbe in modo significativo ad un più agevole esercizio delle funzioni difensive – che rischiano altrimenti di restare irragionevolmente e gravemente compresse –, nonché al migliore funzionamento della riforma.

9. Che può leggersi in www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/219809/Protocollo+Cassazione%2C+CNF%2C+Avv.+Generale+dello+stato+su+nuovo+rito+civile+in+cassazione/80ca8ba5-70ae-49f3-96f5-364015cba8d4.

10. Così C. cass., 30 agosto 2017, n. 20563 e altre conformi.

La fata ignorante (a proposito di Ufficio del Massimario e funzione di nomofilachia)

di *Camilla Di Iasi*

Anche alla luce degli interventi legislativi degli ultimi anni sul giudizio di cassazione e sull'Ufficio del Massimario – principale strumento di attuazione della funzione di nomofilachia attribuita dall'ordinamento giudiziario alla Corte di cassazione – occorre verificare la persistente attualità e adeguatezza del rapporto tra ufficio e funzione attraverso il sismografo sensibile e inquieto di una cultura in complessa evoluzione, senza attendersi (o augurarsi) conclusioni scontate. Per evitare che la Corte di cassazione si trasformi in una “fata ignorante”, che decide i destini degli uomini mantenendo metà del volto in ombra, come nell'omonimo quadro di Magritte.

1. Funzione di nomofilachia e Ufficio del Massimario. La disciplina delle origini

L'Ufficio del Massimario e del Ruolo è stato per la prima volta previsto con questo nome dall'art. 68 dell'ordinamento giudiziario approvato con Rd n. 12 del 1941, dopo che all'art. 65 del medesimo decreto erano state previste le attribuzioni della Corte suprema di cassazione e, in particolare, quella di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge nonché l'unità del diritto oggettivo nazionale.

È stata indubbiamente anche questa significativa collocazione a indurre talora (specie negli anni settanta del secolo scorso) l'idea che la funzione di nomofilachia attribuita alla Corte di cassazione dall'art. 65 dell'ordinamento Grandi, così come collegata all'art. 68 prevedente l'istituzione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo, interpreti la concezione autoritaria dell'organizzazione della giurisdizione propria dell'ideologia fascista, estrinsecantesi attraverso la posizione della Corte di cassazione al vertice del sistema impugnatorio e la previsione di un Ufficio alle dirette dipendenze del Primo presidente - che ne stabilisce le attribuzioni e ne nomina il direttore- quasi “braccio operativo” di una via nomofilattica alla normalizzazione e conformazione della giurisprudenza.

Una simile lettura non è tuttavia storicamente giustificata se si pensa che l'attribuzione di una fun-

zione di indirizzo giurisprudenziale all'organo posto al vertice del sistema delle impugnazioni non è una novità dell'ordinamento giudiziario del 1941: già il primo ordinamento giudiziario dello Stato italiano (Rd n. 2626 del 1865) prevedeva, all'art. 122, che «la Corte di cassazione è istituita per mantenere l'esatta osservanza delle leggi», ed una disposizione simile era in precedenza contenuta anche nell'ordinamento giudiziario del Regno di Sardegna (Rd n. 3781 del 1859).

Neppure la previsione di un ufficio posto alle dipendenze del Primo presidente ed inteso a perseguire la migliore realizzazione della esatta osservanza della legge e della uniformità interpretativa costituisce novità introdotta dall'ordinamento giudiziario del 1941: già all'indomani della unificazione della Corte di cassazione (completata solo col Rd n. 601 del 1923 prevedente il trasferimento alla Corte di cassazione di Roma anche delle competenze in materia civile delle Corti già facenti capo agli Stati preunitari, che vennero così completamente soppresse) il R.dl n. 268 del 1924 prevede che presso la Prima presidenza fossero addetti tre magistrati di grado non superiore a consigliere di appello, posti alla diretta dipendenza del Primo presidente, «dal quale ricevono le istruzioni occorrenti per il loro lavoro».

Secondo il Preambolo al decreto istitutivo, il nuovo Ufficio aveva il compito di seguire l'attività giurisdizionale delle varie sezioni, coglierne le concordanze e segnalarne le difformità «attraverso l'e-

same metodico delle decisioni e delle motivazioni», al fine di agevolare la funzione essenziale della Corte di cassazione del Regno di mantenere l'uniformità dell'indirizzo giurisprudenziale. Si trattava dunque di un «osservatorio», come lo definì Piero Calamandrei, che aveva il compito di monitorare i precedenti della Corte.

Con la legge n. 1487 del 1928 venne poi istituito un «Ufficio del Ruolo presso la Corte di cassazione» col compito di provvedere alla preparazione dei ruoli di udienza.

Le attribuzioni dei due uffici sono descritte dal presidente Mariano D'Amelio (ispiratore della istituzione dei medesimi e primo nel tempo nonché più longevo tra i Primi presidenti della Corte di cassazione) il quale già nel 1931 denominava il primo dei due come Ufficio del Massimario, precisando che ognuno dei magistrati ad esso addetti «deduce da ciascuna sentenza la massima contenuta e la trascrive su apposita scheda destinata allo schedario della Corte ove tutte le massime sono registrate sotto determinate voci in ordine alfabetico», ed evidenziava che l'Ufficio del Ruolo «costituito anch'esso di pochi magistrati ... ha il compito di esaminare preventivamente ciascun ricorso e il relativo processo, di dedurre la controversia di diritto che ne forma l'oggetto, di riassumerla esattamente su apposito modulo annesso al processo, di ricercare nell'ufficio del Massimario le precedenti decisioni di controversie analoghe indicando le *massime* adottate, e di rilevare nello stesso tempo quegli inadempimenti formali che possono rendere irricevibile il ricorso»¹.

L'art. 68 dell'ordinamento giudiziario del 1941, pertanto, non fa altro che unificare due uffici precedentemente istituiti presso la Corte di cassazione con funzioni, caratteristiche e finalità pressoché sovrapponibili a quelle del nuovo ufficio, il quale non nasce dunque come tramite di un controllo autoritario sulla giurisdizione ma piuttosto come strumento inteso a contribuire alla realizzazione della Corte di cassazione che in quegli anni immaginavano Piero Calamandrei e Mariano D'Amelio e che poi, anche grazie allo stesso Calamandrei, trovò attuazione nella Costituzione repubblicana attraverso la previsione della generalizzata ricorribilità in cassazione per violazione

di legge ed il connesso obbligo di motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali.

Peraltro, al netto della esposizione di una teoria cognitiva ormai superata (quella del formalismo giuridico, secondo la quale compito dell'interprete è individuare l'unico possibile significato della norma – quello “esatto” –), anche l'art. 65 dell'ordinamento Grandi non esprime, a monte, un ideale di giustizia autoritario ma piuttosto la visione, propria di Piero Calamandrei, del giudizio di cassazione come occasione per prospettare alla Corte problemi di diritto astratto, cioè problemi di “massima”, sicché la relativa sentenza risulti innanzitutto intesa a chiarire la soluzione e fissare la “massima” che risolve il problema giuridico in astratto (e può quindi valere nei giudizi futuri contribuendo alla tendenziale uniformità giurisprudenziale)².

E dell'importanza di una funzione di nomofilachia intesa come esigenza di coerenza del sistema (non come misura autoritaria di conformazione) sembra convinto assertore anche il presidente D'Amelio quando afferma «non già che la giurisprudenza della Corte debba irrigidirsi in una serie di massime da riprodursi quasi meccanicamente ogni volta che si presenti alla Corte la stessa legge da interpretare La giurisprudenza, come ogni organismo vivente, è soggetta ad evolversi Quello che invece debbono ad ogni costo evitarsi sono le difformità prodottesi incoscientemente, cioè senza che il collegio sappia che vi sia stata altra decisione di altra sezione o della stessa in senso contrario»³⁻⁴.

2. L'evoluzione successiva: quale nomofilachia ...

Il citato articolo 65 dell'ordinamento giudiziario del 1941 è la disposizione che prende espressamente in considerazione il segmento della motivazione in diritto delle sentenze costituito dall'interpretazione della norma giuridica da parte del giudice e affronta il problema del risultato dell'interpretazione, benché in termini ormai superati, non potendo oggi dubitarsi che compito dell'interprete non sia quello di trovare il significato “vero” delle norme (come tale oggettivo

1. M. D'Amelio, *La Corte di cassazione*, in Enc. It., XI, Roma (1931), rist. 1941, p. 539.

2. P. Calamandrei, *Cassazione civile*, in Nuovo Digesto italiano, Torino, 1937.

3. M. D'Amelio, *La Corte di Cassazione*, cit., p. 538.

4. Per una ricostruzione delle origini dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo, tra gli altri, F.A. Genovese, *Per una storia della Corte di Cassazione: l'Ufficio del Massimario e del Ruolo*, *Le Carte e la Storia*, 2/2008, 40; A. Scrima, *Il massimario della Corte suprema di cassazione tra storia e attuali prospettive*, *Obbligazioni e contratti*, 11/2012, p. 728; da ultimo Giovanni Amoroso, *Nomofilachia e Massimario*, intervento all'incontro *L'ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione: il presente che guarda al passato per pensare al futuro*, Ufficio della Formazione decentrata della Corte di Cassazione, Roma 12 aprile 2017.

e preesistente all'interpretazione) e dichiararlo, bensì quello di ascrivere ad esse un significato⁵.

E, se è vero che non esistono interpretazioni oggettivamente "esatte" (ossia corrette a prescindere dai referenti assiologici dell'interprete), va riconosciuto che, al di là della sua discutibile formulazione, l'articolo citato esprime la necessità di stabilire una gerarchia nelle interpretazioni e al contempo fornisce l'unico criterio (sia pure meramente formale ed estrinseco) di valutazione della "esattezza" di una interpretazione. La norma in esame infatti (come accade nei sistemi giuridici continentali nati dalle grandi codificazioni che affidano ad un organo di vertice il controllo di legittimità sulle sentenze di altri giudici) presuppone che l'interpretazione della norma di legge espressa da tale organo sia da ritenersi convenzionalmente, se non quella esatta, almeno la "più esatta" (possibile) o, se si vuole, la più giusta e/o la più corretta, e da tale interpretazione non potrà perciò prescindere tutte le volte che il contenuto di una norma, nel suo significato "oggettivo", rappresenti il presupposto per l'esercizio di un'attività attribuita ad altri organi dello Stato (si pensi alla emersione della teorica del diritto vivente nella giurisprudenza della Corte costituzionale dopo una stagione trascorsa a prendere misure e tracciare confini tra le due Corti).

Pertanto, se la nomofilachia risponde alla ineludibile esigenza strutturale di stabilire punti fermi o gerarchie tra le possibili opzioni ermeneutiche, l'interpretazione della legge fornita dalla Corte di cassazione finisce per costituire una sorta di oggettivazione convenzionale di significato, non fosse altro perché, anche prescindendo dal disposto dall'art. 65 citato, la Corte di cassazione è l'organo al quale il codice di rito ha attribuito il compito di cassare (o correggere) le interpretazioni delle norme di legge effettuate da altri giudici e ritenute non "esatte".

Inoltre, per quanto datata, la previsione dell'articolo 65 rispecchia esigenze di stabilità del contesto socio-economico e, al contempo, di uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge (siccome interpretata ed applicata dagli organi giurisdizionali) che sono di stringente attualità, più che mai nelle democrazie complesse che si muovono in circuiti globalizzati nel cui ambito la "crisi della legge" investe non solo il disordine nella produzione delle regole ma anche

l'eventuale estemporaneità delle relative interpretazioni, compromettendo la fiducia nella giustizia e le stesse fondamenta delle istituzioni democratiche⁶.

È in questo contesto normativo - enfatizzato dalle non lievi disfunzioni del sistema giudiziario e dalla crisi economica - che si inseriscono gli interventi legislativi (mi riferisco innanzitutto al d.lgs n. 40 del 2006 ed alla legge n. 69 del 2009) ripetutamente incidenti sul giudizio di Cassazione al fine di potenziare la funzione nomofilattica della Corte anche nell'intento di recuperare tempestività ed uniformità di applicazione della tutela giurisdizionale attraverso la formazione di orientamenti giurisprudenziali consolidati volti a far riacquisire alle norme quella capacità di orientamento delle condotte resa dubbia non solo dal moltiplicarsi delle fonti ma soprattutto dalla disomogeneità e lentezza degli interventi giurisdizionali⁷.

Vale la pena tuttavia di sottolineare che la stabilità della giurisprudenza perseguita anche attraverso gli interventi legislativi sopra richiamati non può che essere tendenziale, dovendo contrastarsi ogni aspirazione all'immobilismo. Ed infatti le dinamiche evolutive giurisprudenziali - da salvaguardare in ogni caso - non risultano compromesse neppure dal deciso intervento del legislatore con le citate riforme: il giudice di merito potrà sempre disattendere i *dicta* della Suprema corte (tranne nell'ipotesi di cassazione con rinvio), essendo necessario soltanto un maggior impegno motivazionale affinché la soluzione proposta in contrasto con i precedenti di legittimità superi il vaglio di ammissibilità previsto dall'art. 360 *bis* cpc, e il sistema non impedisce neppure alla stessa Corte di cassazione di far evolvere la propria giurisprudenza, sia perché allo stato non esiste alcun vincolo per il giudice di legittimità rispetto a pronunce adottate dalle sezioni semplici della Corte (se non quello di coerenza, che richiederebbe di esprimere nella decisione assunta la consapevolezza dell'esistenza di altre decisioni difformi sulla stessa questione e le ragioni del dissenso da esse) sia perché il limite previsto dall'art. 374, 3° comma, cpc con riguardo ai precedenti delle Sezioni Unite non impedisce *tout court* di superarne i *dicta*, ma prevede un meccanismo inteso ad una evoluzione giurisprudenziale ponderata, attraverso la rimessione alle stesse Sezioni Unite per una rimediazione della questione.

5. Sul punto M. Taruffo, *La Corte di Cassazione e la legge*, RTDPC, 1990, pp. 349 ss.

6. V. Relazione sugli esiti del seminario introduttivo del *Corso laboratorio sui rapporti tra giurisprudenza di merito e giurisprudenza di legittimità*, Roma 3-4 maggio 2012 e, nell'ambito del Corso suddetto, la relazione del Presidente aggiunto della Corte di cassazione Paolo Vittoria nonché la relazione n. 87/2011 predisposta su richiesta del Primo presidente della Corte di cassazione Ernesto Lupo dall'Ufficio del Massimario su *Il ruolo della Cassazione: tradizione e mutamenti*.

7. Sulle modifiche introdotte dal d.lgs n. 40 del 2006 tra gli altri R. Rordorf, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, p. 279.

L'effettività del vincolo costituito dalla giurisprudenza di legittimità, dunque, anche dopo le menzionate riforme, resta esclusivamente affidata al meccanismo processuale, prevedendo il sistema diverse possibili reazioni alla immotivata inosservanza del precedente da parte dei giudici di merito, la prima e la più ovvia delle quali consiste proprio nella probabilità che la decisione non rispettosa del precedente sia cassata per violazione e falsa applicazione di legge, probabilità elevata, se si pensa che per previsione costituzionale tutti i provvedimenti giurisdizionali sono ricorribili per violazione di legge proprio davanti al giudice la cui interpretazione è stata trascurata, mentre la seconda reazione, relativa all'ipotesi di contrasti interpretativi tra le sezioni semplici della Corte, è ravvisabile nella previsione dell'intervento compositivo delle sezioni unite (esclusa, in virtù di quanto previsto dal novellato art. 374 cpc, la configurabilità di un contrasto diretto tra sezioni semplici e sezioni unite).

Il corretto funzionamento del sistema consente pertanto un adeguato equilibrio tra le esigenze di uniformità e quelle di evoluzione, realizzando, proprio attraverso il processo, la relazione biunivoca tra il "potere" uniformatore della Corte e il "dovere" di conformarsi da parte dei giudici di merito e disvelando la reale consistenza di entrambi, giacché se, per un verso, il vincolo (indiretto e relativo) costituito dalla decisione di legittimità è tanto più intenso quanto più appaia netto e coerente l'orientamento espresso dalla Corte, per altro verso il giudice di merito ha tante maggiori possibilità di sottrarsi a tale vincolo quanto più la motivazione del suo dissenso dal precedente sia non solo espressa ma convincente al punto di indurre la Corte a mutare orientamento, potendo, sotto questo profilo e in tali termini, cogliersi una forma di manifestazione dello stesso vincolo, che finisce, di fatto, per configurarsi come un onere di motivazione del dissenso.

Assume dunque decisivo rilievo ai fini del fisiologico dispiegarsi del meccanismo nomofilattico l'obbligo costituzionale di motivazione dei provvedimenti, che risulta strettamente connesso nell'art. 111 cost. alla ricorribilità per violazione di legge (ed alla stessa funzione di nomofilachia che di tale ricorribilità costituisce il presupposto logico-sistematico), esplicitandosi in particolare tutta la centralità della motivazione (non solo in fatto ma anche) in diritto

della sentenza di merito, costituente strumento per sottrarsi al "vincolo" nomofilattico e, al tempo stesso, per incidere in maniera significativa sulla evoluzione della stessa giurisprudenza di legittimità, quindi sull'attuazione di una nomofilachia in certa misura "dialettica" (per dirla con Senese⁸).

È vero che il giudice dell'impugnazione conferma la sentenza il cui dispositivo sia conforme a diritto indipendentemente dalla esistenza, sufficienza, logicità e/o condivisibilità della relativa motivazione, ma è pur vero che tale giudice riterrà o meno conforme a diritto la decisione impugnata non sempre e non solo per una propria convinzione assolutamente indipendente dalle argomentazioni del giudice che l'ha assunta, ma spesso anche se ed in quanto avrà ritenuto convincente la motivazione che tale decisione sostiene.

Questa considerazione è fondamentale per comprendere appieno la natura ancipite del rapporto che si instaura tra sentenza impugnata e sentenza che decide sull'impugnazione, nonché l'incidenza di tale rapporto sulla formazione della giurisprudenza di legittimità, posto che, pur dovendo ritenersi che la nomofilachia sia compito specifico ed esclusivo della Corte di cassazione, espressione non di un suo predominio ma di una sua innegabile centralità⁹ e che possa essere perciò fuorviante la visione di una "bidirezionalità della nomofilachia" o di una "nomofilachia dal basso"¹⁰, occorre sempre considerare che è solo attraverso la mediazione del giudizio di merito che il "fatto" arriva in sede di legittimità e perciò le argomentazioni giuridiche del giudice che tale fatto ha accertato nel suo diretto rapporto di rilevanza con la norma non possono non costituire un importante segmento nell'ambito del complesso iter che conduce alla enunciazione del principio di diritto da parte della Corte di cassazione, quindi un insostituibile contributo al fisiologico esplicarsi della funzione nomofilattica della Corte.

3. ... quale Massimario

Anche dopo le incisive riforme degli ultimi anni, la nomofilachia nel nostro Paese continua a fondare l'intensità del vincolo costituito dal "precedente"¹¹

8. Sulla nomofilachia "tendenziale e dialettica", S. Senese, *Funzione di legittimità e ruolo di nomofilachia*, in *Foro it.*, 1987, V, p. 264.

9. Così G. Borrè, *Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni: un primo tentativo di sintesi*, in fascicolo speciale n. 20, *Democrazia e Diritto, Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni*, Roma, 1992, pp. 159 ss.

10. Sulla "nomofilachia dal basso", M. Franceschelli, *Nomofilachia e Corte di cassazione*, *Giustizia e Costituzione*, 1986, n. 1-2, p. 39.

11. Il termine "precedente" è usato in questo contesto in senso atecnico. Sul punto tra gli altri v. Michele Taruffo, *La Corte di cassazione tra legittimità e merito*, in *Foro it.*, 1988, V, pp. 237 ss.

di legittimità esclusivamente sul circolo virtuoso attivato dal corretto funzionamento del meccanismo processuale. In tali termini essa si rivela come una sorta di progetto *in fieri*, un meccanismo delicato e imperfetto come tutti i complessi equilibri intesi a preservare il corretto sviluppo delle dinamiche democratiche.

Si tratta dunque di funzione articolata e composta, non per ciò solo inevitabilmente debole o “più debole”, ma certo richiedente impegno costante, risultando l’intensità del vincolo nomofilattico in definitiva rimessa alla stessa Corte, al modo in cui essa intende (o riesce ad) interpretare il proprio ruolo istituzionale.

Se infatti tale vincolo è immanente al processo, la sua intensità sarà direttamente proporzionale alla coerenza con la quale la Corte esercita i propri poteri di cassazione, alla chiarezza con la quale esplicita le ragioni poste a base delle proprie decisioni nonché all’affidabilità degli strumenti di cui si serve per rendere noti gli orientamenti giurisprudenziali espressi.

Quanto precede evidenzia la lungimiranza del legislatore del 1924 che, all’indomani della unificazione delle varie Corti nella cassazione di Roma, istituì un ufficio destinato a collaborare per la compiuta realizzazione della funzione di «mantenere l’esatta osservanza delle leggi» già attribuita alla Cassazione dal primo ordinamento giudiziario dello Stato italiano (Rd n. 2626 del 1865).

Dal 1941 l’Ufficio del Massimario è strutturato come un vero e proprio ufficio giudiziario, inserito con compiti autonomi nell’ambito dell’organizzazione della Corte e preposto innanzitutto all’attività di massimazione delle sue sentenze e ordinanze, in autonomia rispetto ai collegi giudicanti che le hanno pronunciate.

Il compito istituzionale dell’Ufficio del Massimario è perciò costituito dalla formazione (e costante manutenzione) dell’archivio delle massime ufficiali della Corte di cassazione. Esso presuppone la lettura delle decisioni della Corte, la selezione di quelle nelle quali si è fatta applicazione di principi di diritto che si ritiene opportuno inserire nell’archivio giurisprudenziale, l’estrazione delle relative massime ed il loro inserimento nell’archivio attraverso modalità che ne rendano semplice e rapido il rinvenimento, facilitandone la corretta conoscenza e diffusione.

Non è questa la sede per discutere di modalità e tecniche di massimazione, tuttavia è opportuno evidenziare che la massima redatta dall’Ufficio del Massimario non può essere identificata con il principio di diritto eventualmente esposto nella decisione massimata. La distinzione non è di poco momento se si pensa che la massima deve essere corredata, sia pure in maniera sintetica, di tutte le informazioni necessarie per rendere l’esatta portata del principio come

applicato (non come, in ipotesi, *enunciato*) dalla Corte. Il principio di diritto enunciato dall’estensore ai sensi dell’art. 384 cpc risponde infatti ad esigenze in parte diverse rispetto a quelle della massimazione, non foss’altro perché esso, a differenza della massima, è inserito in un contesto più ampio (la sentenza o l’ordinanza) dal quale sono evincibili tutte le informazioni utili a collocarlo nella sua corretta dimensione mentre il massimatore deve riportare in uno scritto sintetico e chiaro tutto quanto serve a rendere esattamente la portata e le implicazioni del principio applicato.

La differenza risulta evidente se solo si pensa che quando si cita tra virgolette il principio di diritto applicato da una sentenza della Corte di cassazione riportando gli estremi della sentenza e non il numero di RV della massima ufficiale, la citazione non è quasi mai corretta, in quanto la frase virgolettata non corrisponde testualmente ad una parte della sentenza citata bensì alla massima ufficiale che ne è stata tratta, posto che nella sentenza assai raramente è dato rinvenire in poche righe tutto quello che è necessario invece ritrovare in una massima (quando e se redatta correttamente), e cioè: l’esposizione chiara, precisa e sintetica del principio di diritto applicato in sentenza corredata da tutte le informazioni necessarie a coglierne l’esatta valenza e depurato da ogni eventuale passaggio argomentativo espresso solo come *obiter* e comunque idoneo a trarre in inganno sulla reale portata del principio applicato.

Occorre inoltre considerare che il maggiore respiro della sentenza rispetto alla massima consente di ammortizzare eventuali equivoci frutto dello stile personale dell’estensore, mentre per il massimatore è invece d’obbligo un linguaggio tecnico, preciso, univoco, non essendogli concesso adagiarsi su possibili vezzi linguistici e peculiarità espressive dell’estensore sia per la sinteticità della massima – che non lascia spazio alla verifica di ipotesi interpretative alternative – sia per la necessità di evitare fraintendimenti nei fruitori dell’archivio e facilitare la ricerca escludendo il formarsi di eccessivo “rumore”. Senza dimenticare la necessità per il massimatore di provvedere sempre, nella redazione della massima, al corretto inserimento di indici, codici, parole, schemi di classificazione e altre informazioni previste per consentire il fruttuoso utilizzo di vari canali di ricerca e favorire il più facile reperimento, quindi la migliore diffusione del precedente.

Ed è fin troppo ovvio rimarcare che la redazione della massima richiede professionalità specifica ed estrema attenzione perché eventuali errori, enfattizzazioni, imprecisioni ma anche sottovalutazioni od omissioni potrebbero influenzare la giurisprudenza successiva a prescindere da quanto effettivamente risultante dalle decisioni oggetto di massimazione.

Altro specifico e determinante compito dell'Ufficio del Massimario, strettamente connesso a quello della massimazione, è, come già evidenziato, quello della "tenuta" dell'archivio (tendenzialmente completo, organico e di facile consultazione) formato dalle massime estratte dalle sentenze e ordinanze della Corte, e consiste innanzitutto nel dare immediatamente conto, attraverso una serie di allarmi collegati, dei mutamenti prodotti nell'archivio suddetto dall'inserimento di ciascuna massima, così offrendo in ogni momento all'utente la possibilità, attraverso il riscontro dei vincoli di conformità, difformità, contiguità con le sentenze precedenti e successive, di ricostruire lo stato della giurisprudenza della Corte su una determinata questione a partire da ogni singola decisione, con esiti di grande rilievo sulla effettività del vincolo nomofilattico e sui connessi effetti di tendenziale stabilità della giurisprudenza, quindi di possibile deflazione del contenzioso.

Strettamente collegato alla redazione delle massime ed alla "tenuta" dell'archivio è il compito di segnalare ai magistrati della Corte sia l'emersione di contrasti o problematiche "aperte" nella giurisprudenza di legittimità in modo che essi possano tenerne conto quando le relative questioni dovessero riproporsi sia l'eventuale composizione, a seguito di intervento delle Sezioni Unite, di contrasti precedentemente segnalati. Ed è altresì compito dell'Ufficio del Massimario la redazione della Rassegna annuale della giurisprudenza di legittimità, raccolta ragionata idonea a segnalare i principi che hanno informato la giurisprudenza di legittimità e le linee lungo le quali questa si è mossa nel periodo considerato in relazione a determinate questioni di natura processuale e sostanziale, tutte attività essenziali per favorire la realizzare dei presupposti indispensabili alla effettività della funzione di nomofilachia: coerenza delle decisioni della Corte, corretta enucleazione dei principi di diritto in esse applicati, attuazione di tutte le condizioni idonee a favorirne la conoscenza e diffusione.

La funzione di nomofilachia si estrinseca pertanto in concreto attraverso due fondamentali attività: quella dei singoli collegi delle sezioni della Corte - se ed in quanto decidano le questioni sottoposte al proprio esame applicando principi di diritto suscettibili di trovare applicazione in altre controversie - e quella dell'Ufficio del Massimario che crea le condizioni perché la decisione della Corte divenga "precedente", posto che è solo attraverso il "trattamento" dell'Ufficio del Massimario, a tale specifica attività preposto dall'ordinamento giudiziario, che si realizzano le con-

dizioni indispensabili per la più piena esplicazione di un vincolo "persuasivo" quale quello immaginato dal nostro legislatore attraverso l'equilibrato sviluppo del meccanismo nomofilattico come in precedenza descritto.

L'Ufficio del Massimario costituisce perciò parte integrante del processo di realizzazione delle condizioni imprescindibili per l'effettività della funzione di nomofilachia della Corte nonché insostituibile tramite per la formazione e diffusione della cultura del precedente¹².

Dal 1941 il numero di magistrati addetti all'Ufficio del Massimario e del Ruolo è progressivamente aumentato. Da ultimo, con il Dl n. 69 del 2013 convertito in l. n. 98 del 2013, l'Ufficio è stato interessato da un incisivo aumento di organico (da 37 a 67 unità) perché in esso è stata inserita la nuova figura degli "assistenti di studio", magistrati che, inquadrati presso l'Ufficio del Massimario, svolgono funzioni di assistenza presso le sezioni della Corte, collaborando alla formazione dei ruoli d'udienza, alla redazione di progetti di provvedimenti su singoli ricorsi e di relazioni sugli orientamenti della giurisprudenza, nonché all'attività di "spoglio" e formazione dei ruoli di udienza.

Ancora più recentemente, il Dl n. 168 del 2016, convertito in l. n. 197 del 2016, oltre a prevedere rilevanti modifiche del rito civile in cassazione ed a rivedere i tirocini formativi presso la Corte e la Procura generale, ha aggiunto all'art. 15 Rd n. 12 del 1941 altri due commi, riguardanti l'applicazione dei magistrati del Massimario ai collegi per lo svolgimento delle funzioni giurisdizionali di legittimità.

In particolare le citate disposizioni prevedono che il Primo presidente, al fine di assicurare la celere definizione dei procedimenti pendenti, tenuto conto delle esigenze dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo e seguendo i criteri previsti dalle tabelle di organizzazione, può applicare temporaneamente, per un periodo non superiore a tre anni e non rinnovabile, alle sezioni della Corte per lo svolgimento delle funzioni giurisdizionali di legittimità i magistrati addetti all'Ufficio che abbiano anzianità di servizio nel predetto non inferiore a due anni ed abbiano conseguito almeno la terza valutazione di professionalità.

Tale possibilità, già prevista in passato, era stata esclusa dal d.lgs n. 24 del 2006, nel dichiarato intento di consentire l'operatività della nuova disciplina di accesso alle funzioni di legittimità tramite il giudizio di una commissione all'uopo prevista: il ripristino di essa deve senza dubbio essere salutato con favore an-

12. Sulla cultura del precedente intesa come capacità di "fare buon governo" dei principi informatori della giurisprudenza relativa ad una data materia v. S. Evangelista - G. Canzio, *Corte di cassazione e diritto vivente* (Introduzione alla Rassegna della giurisprudenza di legittimità - anno 2004 - curata dall'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione), in *Foro it.*, 2005, V, p. 82.

che perché la partecipazione dei più anziani magistrati del massimario ad un (limitato) numero di udienze consente loro di acquisire una diretta esperienza della dialettica interna ai collegi che incide positivamente sullo svolgimento dei compiti propri del massimario.

4. Le prospettive future ...

Non si può discutere di nomofilachia e Massimario senza calarli nella situazione disfunzionale nella quale da tempo opera la cassazione civile: l'attualità (o meno) della funzione di nomofilachia, l'adeguatezza (o meno) dell'Ufficio del Massimario ad essa strumentale vanno perciò verificate alla luce dell'abnorme numero di ricorsi civili pendenti e sopravvenuti¹³.

È una realtà dalla quale non è possibile prescindere perché in concreto incide sulla qualità, tempestività e coerenza delle decisioni, blocca la progettualità economica del Paese, esaspera le disuguaglianze, determina instabilità e sfiducia, e, quel che è peggio, produce, in una spirale perversa, ulteriori ricorsi determinati dalle rilevate incertezze interpretative: la disfunzione si autoalimenta ed invertire la tendenza diventa ogni giorno più difficile.

Da anni i magistrati della Corte sono concentrati in una impegnativa autoriforma volta a ridurre i tempi di definizione delle controversie, e numerosi sono stati anche gli interventi del legislatore sul processo civile in cassazione alla ricerca di soluzioni alla gravità del problema: si è trattato di una sinergia notevole che ha dato e sta dando risultati oggettivi soprattutto nell'evitare che l'arretrato della Corte finisca per assumere proporzioni incontrollabili, tuttavia non può ritenersi risolutiva ed infatti non si è rivelata tale.

In prospettiva occorrerà pertanto continuare in questa sinergia tra magistrati della Corte e legislatore per ridare tempestività ed efficienza al giudizio di cassazione senza tuttavia poter ragionevolmente attendersi altri decisivi aumenti di produttività (impossibili da realizzare ulteriormente in maniera significativa ad organico immutato) ma agendo piuttosto, con una strategia a medio e lungo termine, sul numero delle sopravvenienze (abnorme per una Corte di legittimità).

È certo compito del legislatore individuare gli strumenti atti a garantire la diminuzione del numero dei ricorsi proposti in cassazione, ma è indubbio che uno di tali strumenti è già stato individuato senza incertezze proprio nel potenziamento della funzione di nomofilachia che, inducendo coerenza e stabilità nella giurisprudenza della Corte, è idonea a disincen-

tivare ricorsi meramente esplorativi (oltre ad assicurare l'uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge e ad incidere positivamente, attraverso la tempestività e prevedibilità delle decisioni, sulla competitività del Paese in campo economico).

Come innanzi evidenziato, infatti, il legislatore è già più di una volta intervenuto in proposito ponendo le basi per una nomofilachia (se non "forte", di certo) "più forte", che resta tuttavia (e per fortuna) pur sempre immanente al processo e destinata perciò a realizzarsi nell'equilibrio garantito dal suo corretto sviluppo.

Il funzionamento del meccanismo nomofilattico rimane dunque innanzitutto affidato alla responsabilità dei consiglieri e presidenti della Corte. E si tratta di un compito assai impegnativo che, con le attuali pendenze, sembra un progetto addirittura temerario.

La Corte tuttavia ha, nelle sezioni e nel massimario, un buon numero di consiglieri e presidenti in grado di raccogliere (e probabilmente vincere) questa sfida che è innanzitutto culturale: si tratta di risalire un fiume in piena nuotando controcorrente per recuperare attualità agli interventi della Corte evitando che buona parte della sua attività decisionale finisca per risultare "sprecata" dal punto di vista nomofilattico.

Spesso, infatti, il ritardato intervento della Corte (determinato dall'eccessivo carico di lavoro) si combina con la rapida mutevolezza della disciplina legislativa in alcuni settori cruciali (ad esempio il diritto processuale, il diritto tributario) e quindi la Corte finisce per pronunciarsi su norme che non sono più in vigore, così mortificando una buona percentuale delle potenzialità (anche deflative) connesse all'intervento nomofilattico. È dunque necessaria al più presto una sicura inversione di tendenza che porti la Corte a decidere sull'attualità restituendole quella capacità di orientamento che ha costituito uno dei motivi determinanti la stessa previsione di un giudizio di legittimità.

Soprattutto, però, occorre l'impegno serio e costante dei magistrati di legittimità ad esercitare nella maniera più attenta ed incisiva possibile la funzione di nomofilachia attribuita alla Corte dall'ordinamento giudiziario, seguendo la via chiaramente indicata dal legislatore a cominciare dagli interventi del 2006 e del 2009.

E in questo contesto l'Ufficio del Massimario assume un ruolo assolutamente cruciale.

Non è una sfida impossibile, anche avuto riguardo alle elevate qualità di gran parte dei magistrati della Corte e del Massimario, tuttavia, perché ci siano

13. Per avere un'idea delle dimensioni del problema basti pensare che al 31 dicembre 2016 risultano pendenti presso la Corte di cassazione 106.862 processi civili.

concrete possibilità di vincerla, occorre avere consapevolezza di alcuni seri pericoli disseminati lungo il cammino ed essere disposti a misurarsi con essi.

5. ... e i rischi da evitare: irragionevole individualismo ...

Il primo dei suddetti pericoli, forse il più impopolare da denunciare, è certo il più insidioso e complesso da definire perché incide sulla cultura del ruolo (e probabilmente anche sul relativo approccio psicologico).

Non è facile rendere appieno il problema perché esso non riguarda la levatura professionale dei giudici della Corte, che (al di là di limitate eccezioni e dei possibili effetti distorsivi derivanti dall'abnorme carico di lavoro) non è in discussione, ma piuttosto un eccesso di "protagonismo dialettico" da parte di alcuni di essi, potenzialmente idoneo a riflettersi sulla qualità delle sentenze: si tratta di un problema antico che però oggi si manifesta in maniera più acuta incidendo negativamente sulla funzione di nomofilachia¹⁴.

L'argomento (in uno con quello più generale relativo alla crisi del giudizio di legittimità) è vivacemente dibattuto ormai da svariati decenni, basti pensare che già negli anni ottanta del secolo scorso l'allora Primo presidente Brancaccio promosse un importante dibattito interno proprio sulla redazione delle sentenze¹⁵, tuttavia oggi la situazione potrebbe rischiare di assumere caratteristiche peculiari in relazione all'influenza sempre maggiore di una serie di fattori, tra i quali vanno considerati innanzitutto: l'aumento vorticoso delle decisioni (con conseguente difficoltà di tenere sotto controllo la produzione giurisprudenziale, possibile autoassoluzione di fatto per eventuali

disattenzioni e sostanziale accettazione della perdita di valore del precedente); il notevole avvicendamento dei consiglieri della Corte e dei magistrati del Massimario, fatto che compromette la formazione di una cultura dell'appartenenza ad una istituzione che solo nel suo insieme, non nell'eccellenza dei singoli, può garantire la coerenza e stabilità essenziali al corretto esercizio della nomofilachia; il carico eccessivo, che potrebbe lasciare insoddisfatti sulla qualità del proprio lavoro e indurre a valorizzare, attraverso modalità incongrue negativamente incidenti sulla effettività della funzione nomofilattica, una professionalità ritenuta ingiustamente sacrificata.

Questa situazione potrebbe rischiare nel tempo di indurre una cultura del ruolo improntata di fatto al personalismo e all'autoaffermazione, con conseguente perdita di coerenza delle decisioni per l'eccessivo proliferare di contrasti e sub contrasti (a volte "striscianti" o latenti, anche all'interno delle medesime Sezioni Unite), il moltiplicarsi dei punti di vista, la puntigliosità nel "chiosare" – con l'effetto di eroderli – principi di diritto ormai consolidati¹⁶ e l'aumento eccessivo di rimessioni alle Sezioni Unite non esattamente indispensabili, o comunque di dissonanze, precisazioni, distinguo, motivazioni (talora anche delle Sezioni Unite, che più di altre dovrebbero costituire esempi di incisiva chiarezza) a volte inutilmente prolisse, faticosamente leggibili, in alcuni casi costruite come trattati, in altri difficilmente comprensibili, infarcite di *obiter* deleteri per il corretto funzionamento del meccanismo nomofilattico, soprattutto se massimati, talora per la difficoltà del massimatore di avere esatta contezza della loro estraneità alla *ratio decidendi*. Insomma – per fortuna non sempre e neanche spessissimo – è possibile imbattersi in una sorta di bizantinismo decadente che si esprime in glosse,

14. Il problema è stato evidenziato più volte. A puro titolo di esempio, tra gli altri, già Cordero in *Stilus curiae (analisi della sentenza penale)*, Riv. it. dir. e proc. pen., 1986, p. 31, a proposito del richiamo codicistico alla concisione, affermava che «l'insistito ammonimento sottintende loquela alluvionale»; Moneta ha usato l'espressione «narcisismo giudiziario» in *I mutamenti nella giurisprudenza della Cassazione civile*, Cedam, 1993, pp. 8-9; Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale (uno studio sulla dimensione in action della legalità)*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 21, ha usato l'espressione «protagonismo giudiziario».

15. v. *Appunto sulla motivazione in cassazione* in "Circolari e note di servizio a cura della Prima presidenza del dott. Antonio Brancaccio (1986-1991)", Roma, 1991, e, *ivi*, *Studio sulla motivazione delle sentenze*, redatto, su richiesta del Primo presidente, dal direttore del Massimario Falcone. La letteratura fiorita nella seconda metà del secolo scorso sulla "crisi" della Corte di cassazione e del giudizio di legittimità è peraltro sterminata, v., tra l'altro, *Per la Corte di cassazione*, con contributi di Barbagallo, Bile, Caristo, Corda, Pizzorusso, Proto Pisani, Senese, Silvestri, Vela, in *Foro it.*, 1987, V, pp. 205 ss. e v. anche, sempre sul tema della "crisi" della cassazione, *Atti dell'Assemblea Generale della Corte di cassazione* svolta ai sensi dell'art. 93 Ord. giudiziario il 23 aprile 1999 con contributi di Agrò, Evangelista, Lupo, Nappi, Zucconi Galli Fonseca, in *Foro it.*, 1999, V, pp. 161 ss.).

16. Con specifico riguardo alle sentenze di legittimità, Proto Pisani, *Su alcuni problemi organizzativi della Corte di Cassazione: contrasti di giurisprudenza e tecniche di redazione della motivazione*, in *Foro it.*, 1988, V, p. 26, esprime l'auspicio della prassi generalizzata di non addurre nuove argomentazioni su di una questione già decisa quando si ritenga di non doversi discostare dalla soluzione precedentemente adottata, potendo così ridursi il pericolo di contrasti apparenti e risparmiare energie da dedicare alla soluzione di questioni giuridiche nuove, ottenendo, per un verso, l'effetto di disincentivare ricorsi tendenti a proporre questioni rispetto alle quali esiste già un orientamento consolidato della Corte, e, per altro verso, quello di «irrobustire il precedente richiamato» evitando «il rischio di eroderlo attraverso affermazioni affrettate o mal meditate».

distinzioni sottili, puntualizzazioni e delucidazioni non indispensabili alla decisione e potenzialmente foriere di dannosi equivoci.

Non credo che sarà possibile accingersi all'impresa di dare maggiore vigore al magistero nomofilattico senza un esercizio quotidiano, da parte di tutti i magistrati della Corte (a cominciare da chi scrive), di umiltà, pazienza, misura, equilibrio, coerenza, doti assolutamente indispensabili per un giudice collegiale.

Sarebbe anzi auspicabile una rimediazione sul valore della collegialità in riferimento ad un giudizio come quello di legittimità, non limitato alla decisione del caso *sub iudice* ma idoneo ad esprimere principi di diritto validi per tutti i processi in cui si ripropongano le questioni in esso affrontate, attraverso una interpretazione in certa misura impegnativa (sia pure nei termini e nei limiti in cui è riconoscibile nel nostro ordinamento un vincolo nomofilattico) anche per i giudici di merito e gli altri giudici di legittimità.

E sarebbe forse utile (con tutti i dubbi e le cautele che la questione impone, soprattutto in relazione ad ipotizzabili interferenze con la libertà di giudizio, che non è in discussione) anche interrogarsi, ad esempio, sulla ammissibilità della riproposizione (magari ribadita in discussioni relative a cause trattate in più udienze anche molto ravvicinate) del proprio punto di vista su di una questione già decisa difformemente dalla Corte (talvolta a Sezioni Unite), a distanza di pochissimo tempo dalla precedente decisione ed in un immutato contesto storico-fattuale, magari confidando nella eventualmente diversa composizione del nuovo collegio, senza tenere in alcuna considerazione il vincolo di coerenza che dovrebbe legare la Corte ai propri precedenti, soprattutto se molto recenti.

È vero che il rispetto della collegialità è circoscritto alla singola deliberazione, al di là della quale non è ipotizzabile alcuna responsabilità (processuale o disciplinare), per l'ovvia considerazione che la libertà di giudizio contempla la possibilità di cambiare idea e a maggior ragione di rimanere della propria opinione, ma è anche vero che impegnare in defatiganti discussioni i collegi della Corte, anche delle Sezioni Unite, costringendoli a tornare in breve lasso di tempo più volte sulle medesime questioni in alcuni casi perseguendo pronunce diverse anche solo per impercettibili distinguo non può non essere fonte, soprattutto nell'attuale difficile momento che la Corte sta vivendo, di una precisa responsabilità storica.

È su questo delicatissimo fronte che occorrerà impegnarsi tutti di più (a cominciare dai presidenti che hanno la responsabilità di sezioni e collegi) per evitare che - nonostante il valore dei magistrati che la compongono ed il carico veramente esorbitante di lavoro che vi viene svolto - la Corte finisca per lasciare che restino occasioni sprecate tutte le riforme che

presuppongono un corretto e coerente esercizio della funzione di nomofilachia.

Anche perché una sentenza chiara, non appesantita da *obiter* non funzionali al giudizio di legittimità e talora neppure sottoposti al vaglio collegiale, è premessa assolutamente indispensabile perché l'Ufficio del Massimario porti fedelmente a compimento la propria non facile missione.

6. ... dispersione di professionalità ...

Un secondo non irrilevante pericolo suscettibile di compromettere gravemente l'effettività della funzione di nomofilachia potrebbe paradossalmente derivare proprio dall'attuale notevole aumento di organico dell'Ufficio del Massimario, idoneo a trasformarlo in un contenitore indistinto destinato a fornire "forza lavoro" alle sezioni per far fronte al gran numero di sopravvenienze, con conseguente perdita di identità ed incisività dell'azione dell'Ufficio medesimo.

Sarà perciò necessario sperimentare nel tempo modelli organizzativi idonei ad evitare che l'insieme dei numerosi compiti previsti per i magistrati del Massimario finisca per svigorire la specificità della funzione in vista della quale l'Ufficio è stato previsto ed alla quale deve il suo nome.

Un attento e coerente programma di utilizzazione dell'organico ampliato, da provare e poi rivedere anche più volte in rapporto agli inconvenienti eventualmente emersi, è dunque fondamentale non solo per non sprecare l'apporto che tanti magistrati giovani e preparati possono dare alla Corte ma anche per evitare di smarrire un patrimonio di professionalità specifica attraverso una organizzazione dispersiva delle nuove risorse (soprattutto considerata la molteplicità ed eterogeneità dei compiti ormai attribuiti ai magistrati dell'Ufficio).

In particolare, per conservare la professionalità specifica dei magistrati addetti alla massimazione (o favorirne la formazione) potrebbe rivelarsi assolutamente necessario che detta attività venga svolta in maniera tendenzialmente esclusiva per un apprezzabile lasso di tempo, tenendola distinta dalle attività di collaborazione svolte presso le diverse sezioni della Corte.

E a tale proposito vale la pena ribadire quanto già innanzi esposto, e cioè che l'attività di massimazione dalla quale l'Ufficio prende il nome non è attività di generica collaborazione alle sezioni ma è attività riconosciuta dall'ordinamento giudiziario come propria e specifica dell'Ufficio, che pertanto solo da questo può essere svolta, sotto la responsabilità del Direttore - che ne risponde al Primo presidente - ed in completa autonomia dalle sezioni, nella considerazione che solo un Ufficio ad esse esterno, assistito da profes-

sionalità specifica e contestualmente consapevole di tutta la produzione giurisprudenziale della Corte nei diversi settori, può svolgere il delicatissimo compito di contribuire a dare voce ed effettività alla funzione di nomofilachia, tanto più nella grave crisi che essa oggi attraversa.

È infine appena il caso di sottolineare che la formazione e tenuta dell'archivio ufficiale delle massime estratte dalle sentenze e ordinanze della Corte richiede, oltre che particolare attenzione e specifica professionalità, un'adeguata rete di controlli costanti e non meramente formali, posto che gli errori nella redazione o nei collegamenti tra le massime avvelenano silenziosamente l'archivio, compromettendone l'affidabilità nel suo complesso.

7. ... eccesso di astrattezza ...

L'ultimo pericolo al quale si espone una strategia deflativa che preme fortemente l'acceleratore sulla funzione di nomofilachia è quello della cristallizzazione della giurisprudenza in una serie di *diktat* stereotipi che non rendono l'effettiva portata della decisione ma la "ingessano" in formule prive della necessaria concretezza.

Infatti, se è vero che la via per recuperare, a medio e lungo termine, effettività, credibilità e tempestività all'azione della Corte è necessariamente quella di rafforzare la funzione di nomofilachia e l'attività del Massimario, è anche vero che questa strada comporta il rischio di un possibile eccesso di astrattezza e distacco dalla realtà in vista della quale i principi di diritto sono stati applicati dalla Corte e sulla quale sono destinati ad incidere.

Questo rischio presenta due diversi profili, potenzialmente idonei a sommarsi e perciò a raddoppiare i propri effetti negativi.

Il primo profilo riguarda il rapporto tra la sentenza di merito e quella di legittimità che, decidendo sull'impugnazione proposta avverso la prima, fa applicazione di un principio di diritto suscettibile di essere utilizzato a fini nomofilattici.

Sotto questo aspetto, il rischio di genericità e indeterminatezza potrebbe essere accresciuto dal possibile fraintendimento della modifica dell'art. 360 n. 5 cpc ad opera del Dl n. 83 del 2012 convertito in l. n. 143 del 2012.

L'eliminazione del sindacato sulla motivazione delle sentenze di merito previsto dal "vecchio" n. 5 dell'art. 360 cpc ed il notevole carico di lavoro gravante sui giudici di appello potrebbero infatti indurre questi ultimi a contrarre la motivazione dei provve-

dimenti giurisdizionali in tal modo trasformando il relativo obbligo costituzionale in poco più di un impegno formale e perciò recidendo l'unico legame tra la Corte di cassazione e la realtà sulla quale va ad incidere la decisione di legittimità. La sopravvivenza di tale legame - ancorché mediato dall'intervento di un altro giudice e dall'obbligo di motivazione costituzionalmente presidiato che a tale giudice fa capo - è invece indispensabile per il corretto sviluppo di una nomofilachia non astratta né teorica ma capace di registrare i mutamenti sociali e di orientare in maniera consapevole, quindi autorevole, la giurisprudenza successiva¹⁷.

Sarà pertanto la stessa la Corte di cassazione a dover correttamente interpretare il complesso dei propri poteri censori con riguardo alla motivazione dei provvedimenti impugnati - siccome risultante a seguito della modifica dell'art. 360 comma 1 n. 5 cpc - in modo da rispettare i presupposti costituzionali della funzione di nomofilachia, costituiti dalla impugnabilità di tutti i provvedimenti per violazione di legge dinanzi al giudice di legittimità e dal connesso dovere di motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali. Ciò al fine di evitare una giurisprudenza di legittimità destinata a non evolvere, restando puro esercizio accademico prescindente dalla realtà storica dedotta in causa.

Ed è appena il caso di sottolineare che una sentenza che esprime principi astratti non è idonea ad orientare la giurisprudenza bensì ad ingessarla rendendo *a fortiori* fallimentare il compito del massimatore, il quale non avrà elementi utili a concretizzare e circostanziare il principio affermato, se essi non si evincono dalla sentenza di appello e pertanto non risultano dalla sentenza di legittimità.

Il secondo profilo del medesimo rischio è quello - insito in una giurisprudenza per massime - di ritenere che la massima costituisca sempre regola generale e unica possibile chiave di lettura della norma.

Se è vero infatti che la massima costituisce l'esposizione del principio di diritto applicato in occasione della decisione di un caso giudiziario (e non è quindi in alcun modo comparabile ai reports dei paesi di *common law*) occorre tuttavia considerare che la regola enucleata dalla massima potrebbe essere stata affermata, nello specifico caso *sub iudice*, in relazione alle peculiarità della fattispecie ed ai presupposti di fatto come ricostruiti nel corso del giudizio di merito.

Il rischio è dunque connesso non tanto (o almeno non solo) ad una lettura superficiale o ingenua della massima quanto, piuttosto, alla correttezza (o meno) delle relative modalità di redazione, dovendo sempre essere consentito ai fruitori della massima, quando

17. Per queste considerazioni v. Camilla Di Iasi, *Il vizio di motivazione dopo la l. n. 134 del 2012*, RTDPC, 2013, II, pp. 1441 ss.

necessario, comprendere l'ambito fattuale nel quale è stato affermato il principio riportato.

Una corretta massimazione dovrebbe perciò sempre fornire le notizie circa gli elementi di fatto necessari a comprendere l'esatta portata del *decisum* ed il corretto ambito di applicazione del principio massimato, evitando il rischio di un'adesione supina e acritica a principi riportati in maniera sommaria, astratta o imprecisa: l'interpretazione della norma fornita dalla Corte non è fine a se stessa ma è intesa alla "uniforme" applicazione di essa, alla quale non può non corrispondere una (accertata) uniformità di situazioni storico-fattuali di riferimento (ove queste rilevino nella ricostruzione interpretativa effettuata).

Occorre peraltro evidenziare che in realtà non sempre il principio affermato dalla Corte ha bisogno della precisa collocazione "fattuale" perché se ne comprenda esattamente la portata, essendo infatti possibile, ad esempio, che la Corte si sia limitata ad interpretare un dato normativo oscuro – anche, in ipotesi, per la necessità di un inquadramento sistematico – così affermando che quella determinata norma va interpretata in un certo modo. In altri casi è invece possibile che la Corte abbia interpretato la norma, ad esempio, nel senso di ritenerla (o meno) applicabile a determinati soggetti oppure a precise situazioni di fatto, magari in presenza (o in assenza) di specifiche circostanze, esprimendo così un principio capace di estendere o ridurre l'apparente portata della norma oggetto di interpretazione: in questi ed altri consimili casi è evidentemente essenziale riportare in massima tutti gli elementi di fatto idonei a rendere nella sua concretezza e nella sua effettiva portata il principio affermato.

Saranno dunque l'attenzione e la sensibilità del massimatore ad individuare le precisazioni idonee a rendere il principio da proporre in massima con la fedeltà e l'accuratezza del caso, eventualmente ricorrendo, a seconda delle esigenze, ad una "massima di specie" ovvero ad una "massima con fattispecie"¹⁸.

E sarà necessario lavorare molto anche su questo fronte per evitare che la Corte diventi, attraverso la

massimazione ufficiale, il tramite per la diffusione di principi sclerotizzati, avulsi dalla realtà e come tali non idonei ad orientare i comportamenti ma piuttosto a confondere.

8. ... prima che Costantinopoli venga espugnata

Se la Corte non riuscirà ad interpretare compiutamente la cultura corale (più che la collegialità tecnica) che deve presiedere al proprio ruolo nomofilattico né ad agganciare alla multiformità del reale la necessaria concretezza storica delle proprie decisioni e se l'Ufficio del Massimario non riuscirà a darsi una organizzazione idonea a preservare la propria professionalità specifica e la centralità della prima e più importante delle sue funzioni né a rendere fedelmente nelle massime redatte l'eventuale rilievo del contesto decisionale, il vero rischio (reso ancor più concreto dall'esorbitanza di ricorsi pendenti e sopravvenienti) è che la Corte si trasformi in una "fata ignorante", lontana dalla realtà, incapace di comprenderla e di interpretarne i fermenti evolutivi, priva di ogni incisività con i suoi tempi di intervento dilatati e l'incomprensibilità di troppe incertezze e ripensamenti: una "fata" che determina al buio i destini degli uomini mantenendo metà del volto in ombra, come nell'omonimo quadro di Magritte.

Occorre allora assumersi umilmente la responsabilità delle possibili derive e dei rischi in agguato, con la ferma volontà di superarli in vista di un incisivo recupero di tempestività e tendenziale stabilità della giurisprudenza di legittimità. Perché i giudici della Corte non sono i teologi bizantini intenti a discutere sul sesso degli angeli mentre Costantinopoli sta per essere espugnata ponendo fine all'impero romano d'Oriente: sono uomini e donne talora di grande spessore, forti della forza che viene dalla fatica di un grande e importante compito assolto con intelligenza ed impegno e hanno tutte le capacità necessarie per dare nuovo vigore alla funzione di nomofilachia. Prima che Costantinopoli venga espugnata.

18. Su questa distinzione da ultimo Loredana Nazzicone, *Tecniche di massimazione delle sentenze*, Sapienza Università Editrice, 2017, pp. 60 ss.

Banche dati di giurisprudenza, nomofilachia e trasparenza dell'attività giurisdizionale. L'esperienza del Ced della Corte di cassazione

di Vincenzo Di Cerbo

Lo scritto illustra il contributo dell'informatica giuridica alla funzione nomofilattica della Corte di cassazione, delineandone i tratti fondamentali realizzati attraverso il sistema *Italgjureweb*, con i suoi vari archivi. L'ultimo dei quali (in ordine di tempo), l'archivio "*Sentenzeweb*", che consente a chiunque (e non ai soli magistrati) l'accesso gratuito a tutta la giurisprudenza di legittimità prodotta negli ultimi cinque anni, soddisfa l'esigenza di trasparenza dell'attività giurisdizionale della Corte e pone, al tempo stesso, delicati problemi di tutela del diritto alla protezione dei dati personali anche dal punto di vista della normativa dell'Unione europea.

1. Informatica giuridica e nomofilachia

L'idea di creare una banca dati informatizzata di giurisprudenza, legislazione e dottrina è nata nella Corte di cassazione italiana agli inizi degli anni '70 e la sua realizzazione si è andata progressivamente affinando parallelamente allo sviluppo delle tecnologie informatiche.

In effetti la storia della banca dati – nata come *ItalgjureFind* e trasformata in *EasyFind* negli anni '90, prima di divenire, nel 2003, *Italgjureweb* – è in primo luogo la storia di un'idea.

Un'idea che, come appare evidente esaminando retrospettivamente l'evoluzione della banca dati, non consisteva unicamente nel coniugare l'informatica – ovverosia, la più importante risorsa strutturale della società post-industriale – al diritto, così da facilitare i modi della conoscenza e della fruizione di quest'ultimo; nel contesto di tale obiettivo, l'idea era, piuttosto, quella di orientare l'informatica ad un progetto finalizzato a realizzare uno strumento, operante all'interno della giurisdizione, che fungesse da volano neutrale per la più estesa e rapida fruizione del dato giuridico, da rendersi disponibile per l'esperienza giurisprudenziale e, quindi, per il migliore esercizio della giurisdizione, nel solco dei suoi propri caratteri di indipendenza ed autonomia, impressi dalla Costituzione italiana, ma patrimonio comune della cultura giuridica europea.

Ed è particolarmente significativo, quindi, che un siffatto progetto, e la creazione della banca dati, venne realizzato proprio dalla Corte di cassazione (tramite il Ced) e cioè dall'organo giudiziario al quale l'ordinamento assegna – secondo una tradizione condivisa a livello europeo, soprattutto continentale – compiti di nomofilachia e cioè di interpretazione uniforme del diritto oggettivo, in funzione di certezza del diritto stesso.

Appare quindi evidente il ruolo della banca dati come strumento fondamentale per l'affermazione un «diritto certo e stabile», ciò che dà la cifra della sua finalità ultima, di rendere tangibile nell'applicazione del diritto, e dunque nella costruzione di un «diritto vivente», quel principio di eguaglianza che è sotteso alla vita democratica di una società civile, per cui la prevedibilità delle decisioni è alla base di un trattamento uniforme dei cittadini dinanzi al giudice.

2. Il sistema *ItalgjureWeb*

Il sistema di *Italgjureweb* costituisce oggi in Italia la più grande banca dati telematica in materia di documentazione giuridica in termini di completezza e accessibilità.

Qualche indicazione sul funzionamento e sulla portata attuale della banca dati può rendere ancor

più chiara la lettura retrospettiva che ho cercato di delineare.

ItalggiureWeb è costruito per archivi nei quali, secondo specifici settori, è raccolta la documentazione giuridica: in particolare (ma senza voler essere esaustivi), giurisprudenza civile e penale della Corte di cassazione (ciascuna comprensiva di due distinti archivi: un archivio massime ed un archivio delle sentenze per esteso); giurisprudenza della Corte costituzionale (anch'essa su due archivi, come per quella di Cassazione); giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo; giurisprudenza delle supreme magistrature amministrative (Consiglio di Stato e Corte dei conti) e, infine, la dottrina (con le indicazioni di dove reperire sulle riviste giuridiche di respiro nazionale gli scritti di approfondimento giuridico ed i commenti alla giurisprudenza).

Si tratta, però, di "archivi organizzati" e non separati, che consentono di pervenire al cd. «dato giuridico globale» (espressione felice coniata da uno dei primi direttori del Ced), ossia il frutto che nasce da una rete di rinvii per cui è consentita la navigazione non solo tra documenti di uno stesso archivio, ma anche tra archivi diversi (si tratta della ricerca multiarchivio sulla quale tornerò fra breve).

Per favorire la completezza dell'informazione, da un lato, e dall'altro per renderla adeguatamente aggiornata, il Ced ha dedicato una particolare attenzione agli archivi delle sentenze integrali della Corte di cassazione (SNCIV per il settore civile e SNPEN per il settore penale), che, come è noto, sono consultabili soltanto dai magistrati; ed infatti, oltre alla introduzione di ulteriori ed innovative funzionalità di ricerca, è stato di fatto assicurato l'inserimento delle sentenze nei suddetti archivi (inizialmente in formato pdf puro) entro le 48 ore dalla loro pubblicazione ed è tecnicamente possibile, grazie all'affinamento di alcune modalità organizzative, ridurre il suddetto lasso temporale a meno di 24 ore. Non può sottacersi la crescente rilevanza di questi due archivi, caratterizzati dalla loro completezza (tutte le sentenze e le ordinanze della Corte di cassazione vengono immesse nei suddetti archivi e sono pertanto consultabili da tutti i magistrati), atteso che, a causa del numero enorme di provvedimenti emessi annualmente dalla Corte di cassazione, solo una percentuale minima degli stessi (di poco superiore al 15%) può essere massimata.

Negli ultimi anni l'attenzione si è altresì polarizzata sulla realizzazione e l'arricchimento degli archivi della giurisprudenza sovranazionale (Eurius e Cedu), nella consapevolezza dell'importanza che riveste la conoscenza e la diffusione di tali dati nella costruzione del dialogo tra le Corti europee e la Corte di cassazione e in vista della realizzazione di quello spazio comune giuridico destinato ad essere il più fertile

humus per una maturazione dei diritti fondamentali. Nell'archivio Cedu sono presenti, in lingua inglese e/o francese, tutte le decisioni emesse negli ultimi anni dalla Corte di Strasburgo, ma per un numero importante di decisioni, quelle più significative, il Ced della Cassazione provvede alla pubblicazione dei testi integrali delle decisioni tradotti in lingua italiana e/o alla redazione di ampi *abstracts* sempre in lingua italiana. L'attività di implementazione dell'archivio avviene al più alto livello, con la partecipazione non solo dei magistrati della Cassazione, ma anche di esperti designati dalla Corte costituzionale, dal Ministero della giustizia, dalla Presidenza del Consiglio dei ministri e dalla Camera dei deputati, e si giova altresì dell'apporto di giovani e selezionati laureati.

Il sistema di ricerca all'interno di *ItalggiureWeb*, sostanzialmente unitario fra i vari archivi, è caratterizzato dall'utilizzo delle più avanzate risorse tipiche di una banca dati informatizzata: in particolare esso consente la ricerca libera e casuale *full text*, l'uso degli operatori logici booleani (*and*, *or*, *not*), il mascheramento dei dati, l'analisi spettrale dei documenti selezionati, l'utilizzo delle parole come lemmi o anche nella loro identità o nel loro valore concettuale, la possibilità di scegliere la distanza tra le parole che si vogliono porre in ricerca (controllo di sequenza), la possibilità di indicare le norme di legge utilizzando il linguaggio naturale senza necessità di conoscere gli *standard* normativi oppure di selezionare la legge da un'apposita lista che contiene le denominazioni con le quali le leggi stesse sono comunemente conosciute.

Oltre alle suddette caratteristiche mi pare opportuno segnalarne altre due che dimostrano il carattere fortemente innovativo della banca dati.

La prima, dovuta all'apporto creativo di un geniale magistrato della corte, il compianto Ugo Berni Canani, consente di sfruttare il contributo di pensiero fornito da ciascun utente nel momento in cui imposta la ricerca; ciò avviene attraverso la memorizzazione delle connessioni *in or* o *in and* (cd. catene analogiche e catene sintagmatiche) delle parole chiave dallo stesso adoperate per effettuare la ricerca; il sistema, dopo aver memorizzato le suddette combinazioni, le elabora statisticamente in relazione alla frequenza con la quale vengono adoperate dai diversi utenti e le propone automaticamente agli utenti che facciano una nuova ricerca. In sostanza all'utente che effettui una nuova ricerca partendo da una parola significativa viene suggerito automaticamente un catalogo delle combinazioni comprendenti la suddetta parola più frequentemente adoperate.

La seconda è la cosiddetta ricerca multiarchivio che consente di effettuare una stessa ricerca nell'ambito di due o più archivi presenti nel sistema. Ciò è consentito dalla forte standardizzazione delle chiavi di ricerca contenute nei singoli archivi per cui è pos-

sibile attraverso l'uso della stessa ricerca rinvenire distinti documenti presenti nei singoli archivi (ad esempio posso vedere sullo stesso problema giuridico la soluzione offerta dalla Corte di cassazione, dalla Corte costituzionale, dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e dalla Corte europea dei diritti umani).

3. Il progetto di riapertura dell'archivio *Merito*

Negli ultimi mesi, su sollecitazione del Csm, è stato ripreso il progetto, mai del tutto abbandonato, di rendere nuovamente disponibile, nel sistema *ItalggiureWeb*, la giurisprudenza dei tribunali e delle corti di merito nazionali, attraverso non già una immissione indiscriminata della relativa produzione giurisprudenziale, bensì tramite una ponderata selezione dei contenuti rilevanti della giurisprudenza presente su tutto il territorio. In questa prospettiva si sta lavorando alla riattivazione del relativo archivio (chiamato, per l'appunto, *Merito*), fermo ormai da anni. Progetto che nasce dalla convinzione che il corretto esercizio della giurisdizione possa trarre grande beneficio dal costante dialogo fra legittimità e merito. Si tratta cioè di realizzare un rapporto che non può essere unidirezionale (dalla Corte di legittimità ai giudici di merito) ma bidirezionale, nel senso che le decisioni dei giudici di merito devono essere rese reperibili a tutti gli altri giudici di merito e anche a quelli di legittimità. Occorre in altre parole realizzare la circolarità dell'informazione concernente il dato giuridico relativo alle decisioni. E ciò vale soprattutto in quei settori dell'ordinamento che si caratterizzano per essere oggetto di molteplici interventi legislativi, spesso fortemente innovativi e quasi sempre implicanti notevoli sforzi interpretativi e sistematici per l'applicazione delle nuove norme. Ed infatti la giurisprudenza di merito interviene immediatamente sul contenzioso "nuovo" introdotto, in particolare, da nuove leggi o da decisioni della Corte costituzionale o, ancora, da importanti mutamenti giurisprudenziali; intercetta i nuovi filoni concernenti cause seriali; costituisce una costante occasione di verifica, anche per la giurisprudenza di legittimità, della correttezza ed efficacia delle proprie decisioni.

Progetto molto complesso, che richiede, in particolare, il forte coinvolgimento delle Corti d'appello e dei referenti informatici distrettuali, oltre che delle competenti strutture del Ministero della giustizia, e che presuppone pertanto che l'essenziale attività di iniziativa e supporto fornita dal Csm in questa fase iniziale continui anche nei prossimi mesi. Si tratta infatti di selezionare la giurisprudenza di merito più significativa secondo determinati ed omogenei para-

metri (già individuati da un apposito gruppo di lavoro costituito presso la Settima commissione del Csm) in modo da garantire la presenza nell'archivio delle decisioni più rilevanti prese dai giudici di merito che operano in tutto il territorio nazionale. Occorre pertanto adottare idonee misure organizzative sia a livello distrettuale, per realizzare in primo luogo l'attività di selezione, sia a livello centrale, presso la Corte di cassazione per gestire la riapertura ed il popolamento del nuovo archivio.

4. Gli archivi di giurisprudenza nella dimensione europea

La Corte di cassazione collabora costantemente da anni, tramite il Ced, allo sviluppo (nell'ambito di gruppi di lavoro permanenti appositamente istituiti presso l'Unione europea) di progetti di ricerca aventi ad oggetto forme di coordinamento sovranazionale tra sistemi informatici giuridici, finalizzate ad aumentare la reciproca conoscenza degli ordinamenti nazionali e ad armonizzarne i contenuti e le procedure nell'ambito dell'Unione. Ciò, per l'appunto, tramite l'elaborazione di linguaggi comuni e di portali informatici di accesso ai dati rilevanti finalizzati in primo luogo alla diffusione in ambito europeo dei dati giuridici nazionali.

In questo contesto Il Ced della Corte di cassazione ha partecipato attivamente, insieme al Ministero della giustizia, al progetto Ecli (un acronimo dell'espressione *European Case-Law Identifier*), finalizzato a dare attuazione alle raccomandazioni del Consiglio dell'Unione europea del 29 aprile 2011 (2011/C - 127/C) che invitavano gli Stati membri ad adottare, su base volontaria un sistema idoneo a garantire l'identificazione univoca, a livello europeo, delle proprie sentenze pubblicate su internet ed invitavano altresì gli stessi Stati ad arricchire le proprie sentenze con metadati idonei a consentire la successiva indicizzazione sul portale europeo *e-Justice*. La Corte di cassazione ha già provveduto (fra le prime Corti supreme europee), da alcuni mesi, ad inserire in ogni sentenza degli archivi SNCIV e SNPEN di *ItalggiureWeb* l'identificativo Ecli ed i relativi metadati, così da consentire la ricerca di tali sentenze anche tramite l'apposito motore di ricerca del portale *e-Justice* gestito dall'Unione europea.

È opportuno evidenziare che, grazie alla realizzazione del progetto Ecli, sono state realizzate ulteriori utilità per l'utente di *ItalggiureWeb*. Ed infatti nell'ambito dello stesso progetto, al fine di rendere più agevole la navigazione, all'interno di una decisione reperita in uno dei due archivi delle sentenze integrali, fra le sentenze e le norme citate nel documento, si è provveduto ad evidenziare, con procedure automati-

che, sia i riferimenti alle sentenze della Corte costituzionale e della Corte di cassazione, mediante *link* che puntano agli archivi corrispondenti di *ItalggiureWeb*, sia i riferimenti alla legislazione nazionale, mediante *link* che rinviano al testo vigente pubblicato sul sito “Normattiva” (www.normattiva.it, gestito dal Poligrafico) ovvero al testo originale conservato nell’archivio Lexis di *ItalggiureWeb*. In sostanza, mediante un semplice *click* è possibile leggere il testo integrale del documento (sentenza o norma) citato.

5. Il nuovo archivio “*SentenzeWeb*”

L’idea che ha guidato nel tempo la realizzazione e l’evoluzione di *ItalggiureWeb* si è ulteriormente affinata di recente, sempre secondo la medesima direttiva, portando alla realizzazione di un archivio navigabile delle sentenze civili e penali della Cassazione pubblicate negli ultimi cinque anni liberamente fruibile da tutti i cittadini e ciò attraverso il sito *web* della Corte di cassazione. Mi riferisco all’archivio *SentenzeWeb*.

Si tratta di un archivio, liberamente e gratuitamente accessibile da chiunque tramite internet, realizzato dal Ced della Corte di cassazione coerentemente con uno dei compiti ad esso attribuiti dalla legge (art. 1 DPR. 17 giugno 2004, n. 195) di diffondere la conoscenza della giurisprudenza.

L’archivio è stato aperto al pubblico il 31 luglio 2014 in coincidenza con l’apertura del nuovo sito *web* della Corte di cassazione (www.cortedicassazione.it). In realtà nella data sopra indicata è stato aperto unicamente l’archivio delle sentenze civili; quello delle sentenze penali è stato aperto solo il 20 gennaio 2015 per consentire una serie di controlli sulle sentenze contenenti dati sensibili e quindi da oscurare; tutte le sentenze che, all’esito dei suddetti controlli, apparivano anche solo potenzialmente, suscettibili di oscuramento sono state rimosse dall’archivio per consentire una specifica valutazione sulla presenza, o meno, di dati sensibili.

La reale dimensione delle aspettative e dello spirito che ha animato tale progetto è stata ben delineata dalle parole con cui il Primo presidente della Corte ha voluto presentare la nascita di “*SentenzeWeb*” sul sito della Corte stessa, evidenziando come la prospettiva «di una sempre maggiore diffusione della conoscenza della giurisprudenza all’interno del corpo sociale» – nella quale si colloca il sistema di libero accesso alla recente giurisprudenza di legittimità – non è solo «di immediato interesse, ma anche di lungo respiro» ed essa «non si raccorda esclusivamente ad una logica di trasparenza, pur presente in questa scelta», perché «avere la possibilità di conoscere appieno la giurisprudenza della Cassazione è uno degli elementi che concorrono al rafforzamento dei valori della stabilità

e certezza del diritto e, quindi, alla costruzione di una società migliore».

L’archivio contiene le sentenze della Corte di cassazione pubblicate negli ultimi cinque anni. Esso è strutturato in modo da rendere consultabili le nuove sentenze entro, mediamente, 48 ore dalla loro pubblicazione; al contempo vengono escluse automaticamente le sentenze che, a causa del trascorrere del tempo, non siano più ricomprese, quanto alla data di pubblicazione, negli ultimi cinque anni.

La fruibilità di *SentenzeWeb* è garantita da un motore di ricerca fortemente innovativo, caratterizzato dal carattere intuitivo delle funzioni e accessibile da chiunque – senza limitazioni – attraverso il sito *web* della Corte.

Il sistema conta oltre 10mila contatti al giorno; su base mensile vengono visualizzate centinaia di migliaia di testi integrali di sentenze; sono fatti assai indicativi del successo che l’iniziativa ha comunque incontrato presso la indifferenziata platea degli utenti.

Anche l’archivio da ultimo descritto concorre a rafforzare la funzione nomofilattica della Cassazione, atteso che, come è del tutto evidente, la prospettiva di una sempre maggiore diffusione della conoscenza della giurisprudenza all’interno del corpo sociale è strettamente connessa al rafforzamento dei valori della stabilità e certezza del diritto, che non è e non deve essere più sapere di pochi.

Deve essere tuttavia sottolineato un ulteriore, importantissimo vantaggio, che costituisce il portato diretto dell’apertura degli archivi delle sentenze civili e penali alla libera consultazione del cittadino. La trasparenza del servizio giustizia.

6. La trasparenza dell’attività giurisdizionale e il diritto alla *privacy*

L’apertura dell’archivio *SentenzeWeb*, che per la prima volta in Italia mette a disposizione di chiunque la possibilità di accedere gratuitamente a tutta la giurisprudenza di legittimità degli ultimi cinque anni (*ItalggiureWeb* riserva ai soli magistrati la lettura integrale delle sentenze di legittimità), se, da un lato, soddisfa l’esigenza, più volte segnalata, di garantire in maniera ottimale la trasparenza dell’attività giurisdizionale di legittimità assicurando la più ampia informazione in ordine alle decisioni della Corte di cassazione, dall’altro, impone che venga trovata adeguata soluzione alle problematiche connesse alla necessità di garantire in maniera rigorosa e coerente il rispetto della *privacy*, ovvero del diritto alla protezione dei dati personali.

Si è posto pertanto il problema di trovare soluzioni idonee a coniugare in modo equilibrato e coerente

il rispetto dei contrapposti interessi sottesi al diritto alla trasparenza, da un lato, e a quello alla *privacy* dall'altro.

Il punto di partenza è dato dal rilievo che la trasparenza costituisce un requisito immanente all'esercizio della giurisdizione in un paese democratico.

Trasparenza significa infatti conoscibilità e quindi controllabilità delle decisioni da parte degli utenti del servizio giustizia e, più in generale, da parte dei cittadini.

Non a caso il legislatore, con la legge n. 114 del 2014 recante «misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari» parla di esigenza di «favorire la cultura della trasparenza» anche in funzione di prevenzione di fenomeni di corruzione.

A livello europeo, del resto, il principio di trasparenza è previsto in relazione a tutti gli organismi dell'Unione dall'art. 15 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (Tfue), secondo il quale le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile. A sua volta tale disposizione trova il suo fondamento nell'art. 1, comma 2, Trattato dell'Unione europea (Tue), secondo il quale il Trattato «segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'Unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa», in cui «le decisioni siano prese nel modo più trasparente possibile e il più possibile vicino ai cittadini».

In sostanza il principio di trasparenza appare subito, nel primo articolo del Trattato sull'Unione, come elemento caratterizzante dell'Ue. Articolo che trova il suo fondamento nella convinzione che la trasparenza del processo decisionale rafforzi il carattere democratico delle istituzioni, nonché la fiducia dei cittadini nei confronti dell'amministrazione ed il riconoscimento della giurisprudenza comunitaria. In attuazione del principio si è rafforzata la disciplina dell'accesso del pubblico ai documenti e alle istituzioni dell'Ue.

Del resto, con specifico riferimento alla giurisdizione, l'esigenza di trasparenza trova la propria consacrazione nell'art. 111, comma sesto, della Costituzione che prevede l'obbligo di motivazione per tutti i provvedimenti giurisdizionali. È stato infatti autorevolmente affermato (Luiso) che la motivazione costituisce strumento per l'effettiva realizzazione della partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia, serve a consentire la verifica, a chi non è parte del processo, dei modi, dei tempi, delle forme, dei criteri con i quali il giudice decide la singola controversia, è uno specchio di garanzia che consente alla collettività di controllare l'operato dei giudici. In altre parole la motivazione del provvedimento giurisdizionale serve a consentire alla collettività il controllo sui modi dell'esercizio del potere giurisdizionale e rende trasparente la giurisdizione.

È evidente a tutti che il principio della trasparenza ha trovato nell'informatica un supporto di straordinaria efficacia. In particolare chiunque può verificare con un semplice collegamento internet, mediante l'accesso all'archivio *SentenzeWeb*, l'attività della Corte di cassazione con aggiornamento alle 48 ore precedenti.

È peraltro altrettanto evidente che il mezzo informatico, grazie alla sua capacità diffusiva, accresce il rischio di violazione del diritto alla *privacy*, diritto che è compiutamente regolamentato, anche con riferimento ai suoi limiti, dalla legge (in particolare, artt. 51 e 52 d.lgs n. 196 del 2003), dalle «Linee guida emesse dal Garante della *privacy*» oltre che, a livello europeo, da ultimo, dal Regolamento n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla «protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali ...».

La Corte di cassazione è pienamente consapevole di tale rischio ed è fortemente impegnata a garantire il pieno rispetto della normativa vigente.

In particolare:

1. La limitazione al quinquennio delle sentenze visualizzabili (con automatica rimozione di quelle che, a causa del trascorrere del tempo, risultino non più ricomprese nel suddetto ambito temporale) garantisce il rispetto del cd. diritto all'oblio.
2. Grazie ad appositi accorgimenti tecnici adottati già in fase di progettazione e realizzazione dell'archivio, i documenti ivi contenuti non sono suscettibili di indicizzazione da parte di motori di ricerca esterni (ad esempio, *Google*, *Yahoo* etc.). Grazie a tale soluzione è stato eliminato in radice il rischio di decontestualizzazione del dato paventato da alcuni organi di stampa.
3. Sono state individuate con sempre maggiore precisione le fattispecie che impongono l'oscuramento dei dati sensibili ed è stata organizzata una sequenza di controlli per selezionare i provvedimenti da oscurare. Su quest'ultimo punto deve essere ricordato il recente decreto del Primo presidente in data 14 dicembre 2016, col quale non solo sono state ulteriormente specificate le linee guida in tema di oscuramento ed è stato sollecitato il rispetto delle stesse da parte di tutti gli organi preposti, ma è stato fornito un elenco specifico di tutte le ipotesi (distinte fra civile e penale) in cui è necessario procedere d'ufficio all'oscuramento dei dati sensibili.

Grazie a tali accorgimenti può dirsi che l'inserimento delle decisioni di legittimità nell'archivio *SentenzeWeb* (l'archivio contiene attualmente oltre

456.000 fra sentenze e ordinanze delle quali oltre 154.000 emesse dalle sezioni civili e oltre 301.000 emesse dalle sezioni penali) è stato realizzato sostanzialmente nel pieno rispetto delle procedure finalizzate a garantire il corretto oscuramento dei dati; ciò trova conferma nel numero estremamente ridotto (di poco superiore alla dozzina) di casi nei quali l'erronea applicazione delle suddette procedure ha determinato la pubblicazione in chiaro di provvedimenti da oscurare. Occorre peraltro, da un lato, velocizza-

re le procedure di verifica in concreto dei numerosi provvedimenti (alcune migliaia) rimossi dall'archivio perché sospettati, in base a criteri di selezione automatica, di contenere dati sensibili; dall'altro, una volta che la verifica abbia dato esito positivo, velocizzare le attività di oscuramento. Il Ced della Corte è fortemente impegnato a risolvere le suddette criticità attraverso l'adozione di idonee misure organizzative (quanto alla prima) e la realizzazione di appositi strumenti informatici (quanto alla seconda).

Introduzione.

Il peso dell'attività delle banche sulla giustizia civile... e dintorni

di *Luca Minniti*

Il dibattito pubblico in questi anni ha individuato nella inadeguatezza e scarsa efficienza della giustizia civile una delle cause della scarsa competitività del mercato della moneta, addebitando in via sostanzialmente esclusiva alla giustizia civile la difficoltà di recupero dei crediti degli enti creditizi ed in generale l'eccessività dei costi transattivi del sistema bancario¹.

La pubblicistica non è però ancora riuscita a distinguere in modo approfondito in quale misura il deterioramento dei crediti bancari sia conseguenza dell'inefficienza dei sistemi di recupero coattivo sui quali il legislatore è di recente (e ripetutamente) intervenuto, così rispondendo alle richieste del mondo bancario, e quanto invece sia stato e sia ancora addebitabile ad un errato esercizio della funzione creditizia da parte delle banche (conseguenza ad es. di inadeguata valutazione della condizione dei beneficiari, di conflitti di interessi nella erogazione del credito e tra erogazione del credito e attività di recupero del credito, di imprudente stima delle garanzie)².

Peraltro la recente scelta legislativa che nelle procedure esecutive rischia di favorire la svalutazione incontrollata del patrimonio del debitore attraverso la esternalizzazione delle sofferenze non sembra favorire i comportamenti virtuosi del sistema bancario anche se risponde alla esigenza di rapidità e certezza del sistema del credito.

Va poi considerato che oggi la nuova disciplina europea di risoluzione delle crisi bancarie prevede un sistema che prescinde dall'accertamento dell'insolvenza e distribuisce la perdita in una fase temporale anticipata rispetto a quella in cui il patrimonio sarebbe stato liquidato anche se il peso del salvataggio delle banche italiane è stato smisurato e difficilmente

comprensibile mentre la condotta delle autorità competenti è apparsa tutt'altro che incisiva.

Ma c'è un altro punto di vista dal quale osservare il rapporto tra banche e giustizia civile e che aiuta a comprenderne la complessità.

L'Obiettivo che presentiamo nel raccogliere una pluralità di riflessioni rivolte a sondare le molteplici ricadute che, in questi ultimi due decenni, l'attività bancaria ha prodotto sul contenzioso giudiziario, mostra con tutta evidenza la portata molto significativa degli effetti dell'attività bancaria sul sistema della giustizia civile.

Il quadro che ne emerge è certamente articolato ma non per questo poco eloquente.

Non può sottovalutarsi che l'attività bancaria ha prodotto sulla giustizia civile, a partire dalla fine del secolo scorso, un impatto davvero molto ingente, per certi versi abnorme, come conseguenza vuoi della espansione della economia finanziaria vuoi dei fenomeni di crisi che hanno investito il mondo dell'economia reale e della funzione creditizia.

E la portata del fenomeno è assai rilevante non solo in termini di numero di procedimenti giudiziari ma anche per la portata qualitativa del contenzioso che ha coinvolto istituti fondamentali del diritto civile anche quando il valore della controversia non ha superato soglie significative e meritevoli dell'intervento giurisdizionale.

È noto infatti che, a partire dalla fine degli anni '90, i fronti del conflitto giudiziario si siano moltiplicati in misura davvero considerevole e, per quanto si dirà, non solamente sul terreno tradizionale delle insolvenze civili e commerciali che hanno esposto in modo significativo le imprese bancarie a rilevanti perdite per deterioramento dei crediti.

1. Ufficio Parlamentare di Bilancio Focus tematico n. 5 del 22 luglio 2016 reperibile in www.upbilancio.it/wp-content/uploads/2016/07/Focus_5.pdf.

2. Efficacemente sul punto Carmelo Barbagallo, *I crediti deteriorati delle banche italiane: problematiche e tendenze recenti* reperibile in www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-vari/int-var-2017/Barbagallo_CISL_06062017.pdf, Roma 6 giugno 2017.

In primo luogo, pur prescindendo dall'impatto finanziario del fenomeno anche in termini di perdita di credibilità del sistema di gestione del risparmio, all'osservatore del contenzioso civile non può sfuggire l'impatto giudiziario davvero considerevole prodotto dalla lunga stagione del diffuso collocamento di strumenti finanziari in larga parte *inadeguati*. Fenomeno da cui è scaturita una impennata molto significativa del contenzioso in gran parte seriale e dall'esito prevedibile (a partire dalle azioni proposte dagli acquirenti delle obbligazioni Parmalat, Cirio, Argentina, o dei prodotti Myway, Foryou *et similia*).

Al contempo, in parallelo rispetto al filone di contenzioso in materia finanziaria, l'intero rapporto banca cliente è stato messo in discussione con il faticoso superamento della tradizionale efficacia normativa delle Norme bancarie uniformi.

In questo ambito il cuore dei rapporti bancari è stato sottoposto a radicale e ripetuta verifica giudiziale (a partire dalla verifica della legittimità del risalente anatocismo bancario sino ai limiti posti alla determinazione dei tassi di interesse ed alla verifica del fondamento di costi accessori gravanti sul cliente della banca) con esiti, peraltro, in molti ambiti ancora non definitivi, in particolare in punto di ricadute civilistiche dell'usura bancaria.

E tanto incalzante è stato il conflitto tra banca e cliente che il legislatore è dovuto correre ai ripari con la previsione di un ulteriore e diverso *luogo* di risoluzione delle controversie: l'arbitro bancario e finanziario.

Nella lettura delle problematiche affrontate dalla giurisprudenza si può leggere una intensa pagina del dialogo tra legislazione e giurisdizione, dove ai giudici, come spesso di recente è accaduto, è attribuito un ruolo di adeguamento della regola alla mutata realtà materiale e poi, a seguito dell'intervento legislativo, di riordino sistematico del diritto positivo. Con una scansione, in due ravvicinati tempi, dell'intervento giudiziario posto a cavallo dell'intervento legislativo che ha connotato molti settori dell'ordinamento.

È noto infatti che nel campo che abbiamo scelto di porre all'attenzione dei lettori il percorso di adeguamento sistematico intrapreso dalla giurisprudenza è stato poi condizionato da plurimi interventi normativi, anche rapidi e non sempre coerenti nel loro succedersi: ripetute modifiche che hanno costretto e costringono ancora la giurisprudenza a faticose rincorse ed aggiustamenti.

Si tratta con evidenza di un ennesimo ancorché peculiare capitolo della controversa storia del rapporto tra giudice e legge cui abbiamo dedicato il numero monografico n. 4/2016 di questa *Rivista*.

In questo proliferare di conflitti giudiziari è però emerso un filo che lega la trama delle diverse tipologie di controversie da individuarsi nel nesso, davvero

stringente, tra disegualianza economica e disegualianza della conoscenza: due facce interdipendenti che nel rapporto bancario connotano con vivezza il conflitto tra la banca ed i suoi differenti clienti. Va considerato che, anche in questo ambito commerciale, un numero sempre maggiore di beni immateriali entrano nel commercio come effetto di una sempre maggiore complessità dell'attività dell'impresa bancaria, dei suoi prodotti e servizi, mostrando come la ignoranza del cliente, quand'anche coinvolto nel corso della sua attività professionale richieda efficaci e tempestivi rimedi giudiziali non circoscrivibili alla tutela del solo consumatore. Mentre la strada intrapresa dal legislatore appare talvolta orientata ad incrementare la disciplina di dettaglio con rischi di burocratizzazione del rapporto negoziale e scivolate neoformaliste inidonee a rendere effettiva la tutela.

La realtà giudiziaria mostra infatti come il potere della conoscenza diseguale, anche in questo settore dell'economia, richieda di esser bilanciato di volta in volta in misura differente da un articolato dovere di informazione, sempre sottoposto al controllo giudiziale di adeguatezza delle conoscenze in concreto condivise dai contraenti. Laddove poi il nesso tra opacità negoziale e squilibrio economico costringe l'interprete a valorizzare le interferenze tra gli strumenti di tutela posti a rimedio dell'una e dell'altro per adeguare il sistema al nuovo elevato *standard* eurounitario della effettività della tutela.

Cosicché l'asimmetria delle posizioni che entrano in gioco nel rapporto bancario è apparsa tale da giustificare tanto legittimazioni disuguali all'azione (come nella peculiare ma efficace procedura davanti all'Arbitro bancario finanziario) quanto rimedi unilaterali come le nullità di protezione, o vere e proprie sottrazioni all'autonomia negoziale di schemi contrattuali (nell'ambito dei servizi finanziari) ritenuti per legge inadeguati e perciò interdetti a taluni contraenti.

E tanto potente appare la disegualianza tra le parti del rapporto bancario che nell'esercizio del controllo giurisdizionale sulle modalità di esercizio dell'autonomia privata il giudice è costretto a spingersi sino al nocciolo della discrezionalità dell'impresa bancaria attraverso il sindacato della "meritevolezza di credito" e della stessa remunerazione della prestazione. Terreno sul quale ancora oggi permangono alcune significative incognite giudiziali che producono incertezza e contenzioso seriale.

Mentre sul piano della verifica della effettività della tutela si pone il problema della qualità dell'intervento giudiziale in tutte quelle ipotesi in cui la eventuale illiceità della condotta della impresa bancaria, in primo luogo nell'esercizio del recesso, rischia di determinare effetti irrimediabilmente pregiudizievole, rispetto ai quali la tutela risarcitoria appare non idonea a preservare il bene tutelato.

Un terreno particolarmente delicato della tenuta del principio di eguaglianza è poi quello delle procedure concorsuali dove l'esigenza di risanamento dell'impresa, ritenuta primaria dal legislatore, ha *giustificato* appositi interventi normativi rivolti a ridurre i rischi che nelle operazioni di salvataggio le banche tradizionalmente erano restie a correre, non senza mettere a rischio la *par condicio creditorum*.

Infine merita un cenno la problematica della interazione tra attività bancaria e misure di prevenzione patrimoniali nella nuova disciplina delineata dal d.lgs n. 159/2011 dove invece è l'interesse pubblico ad esigere il vincolo sull'attività di provenienza illecita ed a condizionare il rischio di perdere la garanzia patri-

moniale per i creditori che con l'impresa inquinata hanno avuto rapporti.

Per queste ragioni ci siamo posti l'obiettivo di raccogliere contributi che consentissero di rappresentare il cammino che l'ordinamento ha intrapreso sul difficile terreno del rapporto tra banca e cliente.

Consapevoli che questo campo di intervento della giustizia civile continuerà ad esser uno dei banchi di prova della tenuta del principio di eguaglianza nel diritto privato e con la speranza che l'equilibrata opera della giurisdizione contribuisca a porre rimedio, almeno in parte, agli squilibri ed alle inefficienze dimostrati dal mercato del credito e dei servizi finanziari.

L'Arbitro bancario finanziario

di Giuseppe Leonardo Carriero *

La peculiare identità di uno strumento rivelatosi efficace, connotato da legittimazione disuguale perché riservata al cliente ed aperto a sollecitazioni della Pubblica amministrazione perché destinatario delle segnalazioni prefettizie. Un soggetto che fornisce una tutela aggiuntiva, operando con celebrità e nella oralità del contraddittorio. Ma uno strumento ancora ingiustificatamente escluso dall'ambito assicurativo ad eccezione di quello relativo agli strumenti assicurativi collegati ai finanziamenti.

1. Principali differenze rispetto ad altri sistemi di Adr

Nella disamina dei tratti salienti relativi a morfologia e struttura dell'arbitro bancario finanziario (nel seguito anche Abf) si impone una preliminare avvertenza sistematico – metodologica: viviamo una stagione importante per la crescita (soprattutto culturale) e la diffusione di sistemi di composizione delle controversie alternativi alla giurisdizione, uguale e contraria al risalente, tradizionale monopolio del giudicare. È, a questo riguardo, appena il caso di ricordare che prima del cd. “decreto Alfano” (d.lgs n. 28/2010 e successive modificazioni *post* Corte cost. n. 272/2012), la via italiana a rimedi diversi dal ricorso a organismi giudicanti istituzionalmente istituiti risultava davvero povera, anche in ragione della lettura restrittiva dell'art. 102, co. 2, Cost. Sicché, in definitiva, le cd. Adr pubbliche si riducevano agli interventi conciliativi presso le Camere di commercio *ex art. 2, co. 4, l. 580/1993* (le quali potevano «promuovere commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e consumatori»), a quelli davanti agli Uffici del lavoro e a quelli che (*ex l. 192/1998*) in materia di subfornitura rendono obbligatorio il ricorso pregiudiziale agli organismi delle Camere di commercio. Si sono poi aggiunte le disposizioni “speciali” sulle controversie in materia

societaria previste dal d.lgs n. 5/2003 (ora abrogate). Ulteriori particolari regole riguardavano discipline settoriali (es. in materia di telecomunicazione con il previo ricorso obbligatorio all'organismo conciliativo ivi contemplato nelle controversie con il gestore).

Molto cambia con il ricordato d.lgs n. 28/2010. In sintesi estrema, l'art. 5, co. 1 *bis*, configura quale condizione di procedibilità il previo esperimento (per una serie di materie che contemplano condominio, diritti reali, divisione, successioni, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto d'azienda, responsabilità medica e diffamazione, contratti assicurativi, bancari e finanziari) del procedimento di mediazione teso alla conciliazione presso organismi *ad hoc* istituiti da enti pubblici o soggetti privati e iscritti in un apposito registro. All'atto della presentazione della domanda, il responsabile dell'organismo nomina un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre 15 giorni dal deposito. Il procedimento si svolge senza formalità. Al termine, se si è raggiunto un accordo amichevole, il mediatore redige un processo verbale che costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione in forma specifica e l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Se l'accordo non riesce, il mediatore formula una proposta e il verbale, sottoscritto dalle parti, assume rilievo nel futuro giudizio in ordine alle spese che non verranno poste in capo al soccombente se la sentenza è analoga alla proposta

* L'autore è presidente del collegio Abf di Napoli. Le opinioni espresse sono e restano esclusivamente personali.

rifiutata dalla parte vittoriosa. L'improcedibilità del giudizio in assenza di tale presupposto deve essere sollevata dal convenuto o rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza. In questo caso viene assegnato alle parti il termine di 15 giorni per presentare la domanda di mediazione.

Al decreto si affiancano sistemi privatistici istituiti su base permanente (es., le cd. negoziazioni paritetiche) e le negoziazioni assistite obbligatorie, contemplate dal dl n. 132/2014, convertito dalla l. 162/2014 che prevede per le controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti e per quelle relative a pagamenti non superiori a 50 mila euro l'instaurazione di un apposito procedimento di mediazione condotto dai legali delle due parti che rappresenta, del pari, condizione di procedibilità per l'eventuale successiva azione giudiziaria, nonché le convenzioni per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio etc. Ma, soprattutto, si affianca la più recente disciplina sui metodi alternativi di composizione delle controversie in materia di consumo portata dal d.lgs n. 130/2015 di attuazione della direttiva 11/2013 (che ha, *in parte qua*, modificato il codice del consumo attraverso l'introduzione di un Titolo II - bis, artt. 141 ss.). Ulteriori importanti innovazioni deriveranno dagli esiti dei lavori della cd. «Commissione Alpa» sulla degiurisdizionalizzazione che ha ora rassegnato al Ministro della giustizia le proprie proposte. L'Abf fa parte degli organismi di ADR in materia

bancaria, è iscritto nel relativo elenco di cui all'art. 141 - *nonies* del codice del consumo ed è assoggettato alla sorveglianza della Banca d'Italia¹.

Tale rinnovato assetto ordinamentale sembra produrre, unitamente ad altre iniziative sul piano processuale, miglioramenti nella riduzione dei tempi della giustizia civile registrati anche dalla stampa quotidiana². Come opportunamente la relazione di sintesi della richiamata Commissione Alpa rileva, «le ADR sono intese in una duplice funzione: come tecnica per migliorare e agevolare l'accesso alla giustizia» (allargamento dei diritti) «e come tecnica per filtrare i procedimenti rivolti al giudice ordinario, quale tentativo di risolvere i conflitti prima che essi si incardinino nel sistema giudiziario».

Precisato questo, dubito tuttavia che l'arbitro bancario finanziario possa essere equiparato ad altri organismi di ADR previsti nel decreto per un insieme di argomenti. Il primo è di ordine cronologico: l'Abf è stato istituito (insieme alla Camera di conciliazione della Consob (poi sostituita dall'omologo Acf ex d.lgs 130/2015, cit.) dalla legge sulla tutela del risparmio del 2005 (in risposta agli scandali finanziari di quel torno d'anni), ben prima perciò del graduale sviluppo della menzionata «cultura della mediazione». È appena il caso di ricordare che la legge del 2005 ha profondamente inciso anche sul versante della supervisione assicurativa ma è purtroppo (e inspiegabilmente) monca al riguardo.

Il secondo è di ordine oggettivo, riguarda i beni tutelati dal sistema di risoluzione stragiudiziale, non

1. Sull'Arbitro Bancario v., senza pretesa di completezza, G. Costantino, *Sintesi dell'attività svolta dall'Arbitro Bancario Finanziario al 31 marzo 2010*, in *Foro it.*, 2010, V, c. pp. 278 ss. Id., *L'istituzione dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in AA.VV., *Studi in onore di Verde*, Napoli, 2010, p. 297 ss.; E. Quadri, *L'Arbitrato Bancario Finanziario nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2010, pp. 305 ss.; S. Ruperto, *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 2010, pp. 335 ss.; F. Capriglione, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, *ivi*, 2010, I, pp. 261 ss.; G. Guizzi, *Chi ha paura dell'ABF?* *ivi*, 2010, pp. 665 ss.; F. Capriglione, *Cicero pro domo sua* (in replica allo scritto di Guizzi), in *Mondo Bancario*, 2011, pp. 2 ss.; G. Guizzi, *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Società*, 2011, pp. 1216 ss.; F. Maimeri, *Commento sub art. 128-bis*, in AA.VV., *Commentario al testo unico bancario* (a cura di Belli-Losappio-Porzio-Rispoli Farina), Milano, 2010, pp. 1144 ss.; A.V. Guccione - C.A. Russo, *L'arbitro Bancario Finanziario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, pp. 475 ss.; F. Auletta, *Arbitro Bancario Finanziario e "sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie"*, in *Società*, 2011, pp. 83 ss.; V. Tavormina, *L'Arbitro Bancario Finanziario (un altro episodio de "I nuovi mostri")*, in *Corr. giur.*, 2011, pp. 1021 ss.; E. Capobianco, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in *judicium.it*; M. Maione, *Profili ricostruttivi di una (eventuale) legittimazione a quo dei Collegi dell'Arbitro Bancario Finanziario*, *ivi*; E. Bruschetta, *Le controversie bancarie e finanziarie*, in *Contratti*, 2010, pp. 422 ss.; B. De Carolis, *L'arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, Banca d'Italia, Roma, 2011; M. Desario, *Profili d'impatto delle decisioni dell'arbitro bancario finanziario sugli intermediari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 2011, pp. 492 ss.; C. Consolo - M. Stella, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitro, del nuovo Abf, "scrutatore" di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, in *Corriere giur.*, 2011, pp. 1653 ss.; AA.VV., *ABF e supervisione bancaria* (a cura di Capriglione-Pellegrini), Padova, 2011; F. Ferro-Luzzi, *Il "giustificato motivo" nello jus variandi: primi orientamenti dell'Abf*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2011, I, pp. 730 ss.; G. Carriero, *Arbitro bancario finanziario: morfologia e funzioni*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 213 ss.; Id., *Giustizia senza giurisdizione: l'arbitro bancario finanziario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, pp. 161 ss.; M. Maione, *Forma e sostanza delle delibere dell'arbitro bancario finanziario*, in *Società*, 2012, pp. 437 ss.; V. Sangiovanni, *Regole procedurali e poteri decisori dell'arbitro bancario finanziario*, *ibid.*, pp. 953 ss.; G. Finocchiaro, *L'arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*, Giuffrè, Milano, 2012; E. Minervini, *L'arbitro bancario finanziario. Una nuova forma di A.D.R.*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2014; E. Lucchini Guastalla, *Arbitro Bancario Finanziario*, in *Enc. del dir.*, Annali, VIII, 2015; I. A. Caggiano, *L'arbitro bancario finanziario, esempio virtuoso di degiurisdizionalizzazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, pp. 439 ss.

2. V., ad es., L. Violante, *Giustizia civile, i numeri dicono che l'Italia è sulla strada giusta*, ne *La Stampa*, 20 gennaio 2017.

venendo in questo caso in gioco beni reali ma beni virtuali. Il bene di consumo può essere anche sensorialmente apprezzato. I trasferimenti di «ricchezza futura contro ricchezza presente e di ricchezza presente contro ricchezza futura³» no. La fiducia nei cd. *credence goods* è un bene immateriale rappresentativo della qualità del prodotto. Presuppone il possesso, da parte del fiduciario (tanto nella veste di emittente quanto in quella di collocatore), di elevati *standards* reputazionali faticosamente conquistati nel periodo medio-lungo in misura inversa alla facilità della loro immediata dispersione. Concorrono, a tal fine, molteplici fattori non sempre e non soltanto patrimonialmente rilevanti. Se, in particolare, l'oggetto del contratto tra cliente e intermediario è sempre meno un bene predeterminato nel suo ammontare (il denaro), consistendo invece nella promessa di un bene futuro (incerto nell'ammontare, nella consistenza, talora nella sua stessa individuazione), diviene decisivo, ai fini dell'adozione di scelte razionali, il possesso di un elevato grado d'informazione e conoscenze, peraltro strutturalmente estraneo alla maggioranza di questi utenti sia per assenza di professionalità specifica che per costi transattivi proibitivi. Il consumatore di questi prodotti non legge mai un bilancio dell'emittente e comunque ha difficoltà a capirlo. Raramente legge un prospetto informativo, una nota informativa, un foglio analitico. La "razionale ignoranza" rispetto a siffatte linee di politica del diritto si giustifica in ragione dell'impraticabile costo transattivo non dell'acquisizione dell'informazione ma della sua fruibilità (cd. *information overloading*) ai fini della realizzazione di una volontà consapevole (e quindi della scelta). Diverse sono dunque le tecniche di tutela (le regole di condotta, non a caso ora estese anche a un significativo segmento del mercato creditizio dall'art 124 del Tub, divengono nel mercato, in senso lato finanziario, essenziali) e diversa "l'arte del giudicare".

Il terzo risiede nei diversi scopi (tutela della "fiducia" nel sistema, che connota anche sul piano degli obiettivi della vigilanza la valenza di interesse generale sottesa a questi organismi a fronte della mera composizione della lite) e nella funzione conformativa delle condotte degli intermediari sottesa agli indirizzi Abf (rilevanti anche nelle verifiche ispettive cd. "di trasparenza"). Non è, sotto l'indicato versante, casuale che la legge sulla tutela del risparmio rappresenti l'epifania più vicina alla stessa devoluzione all'auto-

rità settoriale del nuovo compito di tutela (in senso lato) dell'utente ex art. 127 Tub, compito che permane in capo alle autorità nazionali anche dopo la riforma della vigilanza unica europea⁴.

Ricorre, infine, un ultimo argomento di tipo testuale. Non sono chiarissime le interferenze e i nessi tra la disciplina Adr portata dal decreto 130/2015 e il d.lgs n. 28/2010. Mi sembra tuttavia di poter affermare con sufficiente ragionevolezza che mentre è dubbio che il ricorso agli organismi di Adr sia idoneo a realizzare la condizione di procedibilità della domanda giudiziale prescritta dall'art. 5 del "decreto Alfano", risulti invece incontrovertibile che l'attivazione del procedimento innanzi all'Abf prefiguri espressamente il presupposto processuale voluto da quel legislatore. Tanto che lo stesso decreto 130 si affrettò a precisare, quanto all'omologo, nuovo organismo istituito presso la Consob, che il ricorso a questi assolva (del pari) alla medesima condizione di procedibilità per i contratti (in senso lato) finanziari. Al punto che il rinvio non investe la sola norma primaria istitutiva di Abf e Acf ma le stesse regole del procedimento attuative di quella (e dunque la disciplina regolamentare) che pertanto a questi fini assurgono al rango di norme primarie. Questa differenza mi sembra significativa per un doppio ordine di ragioni. Sul piano generale infatti i sistemi riconducibili alla sintesi verbale Adr sono (o possono essere) tra loro estremamente diversi, essendo tale formula generica e inadeguata a consentire un'esatta qualificazione di ognuno di essi. Come è stato acutamente osservato da autorevole dottrina processualistica⁵, nell'ambito dei sistemi preordinati alla definizione di una controversia è sempre possibile operare una distinzione tra «strumenti che hanno per obiettivo la mera soluzione del conflitto» e strumenti che, viceversa, mirano a «tutelare un diritto». Mentre per i primi quel che conta è principalmente il risultato, per i secondi non sono mai indifferenti né il metodo né il risultato. Non il metodo «perché in questi casi quel che si vuole è che il conflitto venga composto attraverso un procedimento regolato e controllabile ... gestito da un soggetto imparziale e professionalmente competente»; non il risultato perché «in questi casi non si accetta qualsiasi forma di composizione del conflitto» ma si persegue una soluzione «che statuisca sui torti e le ragioni dei contendenti, ottenuta tramite l'applicazione di regole appropriate al caso oggetto di scrutinio, e dunque previa loro corretta

3. L'espressione appartiene a P. Ferro Luzzi, *Attività e prodotti "finanziari"*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 134. V. inoltre R. Natoli, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Giuffrè, Milano, 2012, spec. pp. 49 ss.

4. Sia consentito di rinviare al mio *Vigilanza bancaria e tutela del consumatore: obiettivi e strumenti*, in *Dir. banc.*, 2013, pp. 590 ss.

5. M. Taruffo, *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, I, pp. 779 ss.

selezione»⁶. Per altro verso, non può non rilevarsi la strutturale diversità dei procedimenti Abf e Acf rispetto alle ordinarie condizioni di procedibilità di tipo conciliativo, venendo qui, per un verso, in gioco un apparato procedimentale funzionalmente volto al diverso risultato del decidere, certo non dell'accordo amichevole di definizione della controversia; per altro verso, la legittimazione ad adire Abf e Acf circoscritta al solo cliente, laddove il ricorso alla ordinaria condizione di procedibilità portata dal d.lgs n. 28/2010 certo non subisce limitazioni in ordine alla legittimazione attiva. Ciò che si riflette, a ben vedere, sulla stessa domanda giudiziale, atteso che – nel caso di mediazione – questa avrà a oggetto le pretese delle parti contrapposte mentre, se proposta successivamente alla pronuncia Abf/Acf, non potrà prescindere da una sorta di impugnazione della decisione nei presupposti di fatto o in quelli di diritto che ne costituiscono il fondamento.

2. Morfologia e principali caratteristiche

L'organismo ha iniziato a operare agli inizi del 2010. È ora strutturato (in base alla disciplina *sub* primaria che ne regola il procedimento emanata dal Comitato del credito con la deliberazione n. 275 del 2008 e dalla Banca d'Italia con il regolamento del giugno 2009 e successive modificazioni e integrazioni, l'ultima delle quali del novembre 2016) in sette collegi, competenti per le corrispondenti aree territoriali (rispettivamente, Lombardia, Friuli, Trentino e Veneto quanto al Collegio di Milano; Piemonte, Liguria, Valle d'Aosta per Torino; Emilia e Toscana per Bologna; Lazio, Abruzzo, Marche e Umbria per Roma; Campania e Molise per Napoli; Puglia, Calabria e Basilicata per Bari, Sicilia e Sardegna per Palermo). La competenza territoriale si radica in ragione del domicilio del ricorrente. È abilitato a conoscere (e a decidere) controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari (*scilicet*, creditizi) nonché (dal febbraio 2010) di servizi di pagamento (in attuazione dell'art. 40 d.lgs n. 11 del 2010) per l'accertamento dei relativi diritti (competenza per materia) e per il risarcimento del danno fino a 100 mila euro (competenza per valore). Può, a tal fine (quale organismo «decisorio/aggiudicativo»), adottare pronunce di accertamento e di condanna (non quindi pronunce costitutive, es. di annullamento del contratto) e opera in «secondo

grado» dopo il previo reclamo (con esito negativo o in assenza di esito) all'intermediario, che ne costituisce condizione di procedibilità oltre che prodromica fase di negoziazione tesa alla conciliazione tra le parti. Le pronunce in rito sono di improcedibilità (assenza del reclamo); inammissibilità (diversa materia); irricevibilità (limite alla cognizione temporale).

La sua adizione è riservata alla clientela bancaria, oltre che agli utilizzatori degli strumenti di pagamento (trattasi di diritto irrinunciabile); non prevede un'assistenza legale obbligatoria e sconta un basso costo d'accesso (economicità). La partecipazione delle diverse categorie d'intermediari al sistema (resa obbligatoria dal presente imperativo «aderiscono» di cui agli artt. 128-bis tub, e 40 d.lgs n. 11 del 2010) costituisce una condizione per l'esercizio dell'attività riservata (perciò un onere). La mancata adesione rappresenta peraltro fonte della sanzione amministrativa pecuniaria ex art. 144, comma 4°, Tub.

3. Il suo radicamento nella società civile

Le sue specifiche attribuzioni rivelano perché l'*enforcement* dei contratti bancari, creditizi e di pagamento è essenziale al fine di rendere effettive le tutele garantite da leggi recenti, segnatamente per ripristinare (a fronte della grave crisi economica che interessa oggi l'intera società civile) condizioni di fiducia nei mercati e negli intermediari della finanza; perché riscontra un gradimento crescente con percentuali di accoglimento della domanda pari circa al 70 per cento dei ricorsi per valori monetari (nell'anno 2015) corrispondenti a ca. 10 milioni di euro; per i tempi contenuti della decisione, che realizzano l'obiettivo della rapidità (*max* 105 gg. dal ricorso, ma la durata media è stata, nel 2015, di 245 gg.); perché l'unica (ancorché significativa) sanzione (di *shame culture*) conseguente all'inosservanza della decisione (la pubblicazione della stessa) fa registrare, in relazione ai ricorsi decisi, numeri contenuti ancorché crescenti, con un tasso di inadempimento inferiore all'1 per cento, donde l'effettività della tutela⁷. Le pronunce dei collegi, indipendentemente da «variazioni sul tema» (peraltro rappresentative dell'indipendenza di giudizio e dell'imparzialità dell'organismo) su questioni di dettaglio, costituiscono spesso – in punto di politica del diritto – avanzate tutele della clientela con effetti conformativi di rilievo per la comune dei destinatari,

6. G. Guizzi, *L'arbitro bancario*, cit., p. 1217.

7. Questi dati e quelli riportati in precedenza e nel seguito sono tratti dalla *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario* della Banca d'Italia, Roma, 2016 e da sito *web* dell'Arbitro Bancario Finanziario. Sono ovviamente relativi all'attività svolta dai soli tre collegi operanti fino al 2016.

oltre che anticipatori degli orientamenti giurisprudenziali⁸. Né va sottaciuto che l'istituzione di un apposito Collegio di coordinamento assicura coerenza e uniformità di indirizzi a controversie di particolare importanza che abbiano generato o possano generare valutazioni contrapposte. La decisione di questo Collegio, oltre a definire il ricorso rimessogli, stabilisce il principio di diritto che i collegi territoriali dovranno applicare nei casi futuri. È fatta salva la possibilità di disattendere l'orientamento espresso dal Collegio di coordinamento nei soli casi caratterizzati da specificità evidenti e con espressa motivazione. Una novità di rilievo (che, al fine di perseguire l'obiettivo di uniformità degli indirizzi, si affianca al collegio di coordinamento) è rappresentata dalla recente introduzione (contenuta nelle modifiche al regolamento per il funzionamento dell'organo decidente) della Conferenza dei collegi la quale, composta da due componenti per ciascun Collegio (incluso il presidente), con periodicità almeno semestrale è deputata ad approfondire tematiche (sostanziali e procedurali) di particolare interesse.

Sul più generale versante culturale e istituzionale, si consolida una crescente attenzione per le decisioni dell'arbitro da parte di riviste giuridiche (elettroniche e tradizionali), dei *mass media*, nonché da parte della dottrina (saggi, libri, convegni). Come si è già ricordato, lo stesso legislatore lo contempla espressamente (art. 5 d.lgs n. 28 del 2010, cit.) tra gli organismi atti a soddisfare l'esperienza della condizione di procedibilità nella materia in oggetto. Sul versante della giurisdizione, una nota ordinanza della Corte costituzionale⁹ dichiara l'inammissibilità della legittimazione dell'arbitro alla proposizione di questioni di legittimità costituzionale: a) perché ne viene esclusa natura giurisdizionale; b) perché la sua pronuncia non è autenticamente decisoria, non incidendo sulla situazione giuridica delle parti (è un "responso", nel lessico della Corte); c) perché il decidere "secondo diritto" è proprio anche di qualsiasi organismo della pubblica amministrazione. Nel menzionarla al solo scopo di ribadire la progressiva centralità dell'arbitro nel diritto vivente, mette peraltro conto fuggacemente osservare: a) che non pare dubbio che l'arbitro non svolga funzioni giurisdizionali (lo preclude l'art. 102 cost.), ma l'ordinanza di rimessione del Collegio di Napoli insisteva più che su questo profilo sul possibile allargamento del giudizio della Corte ad atti (es.: il parere del Consiglio di Stato nell'ambito del ricorso straordinario al Capo dello Stato) ai quali la decisione dell'arbitro potrebbe essere assimilata; b) che al-

tro sono gli effetti della decisione dell'arbitro (certo non esecutiva né esecutoria), altro il negare che di decisione concettualmente si tratti; c) che la pubblica amministrazione certo adotta le proprie determinazioni "secondo diritto", ma al diverso fine dell'adozione di un provvedimento amministrativo e non di una decisione relativa a una controversia in atto. In ogni caso, il gradimento crescente all'interno della società civile di tale organismo è testimoniato da fatti "veri e non stupidi" quali il crescente incremento dei ricorsi che, nel corso del 2015, sono stati pari a 13.575 (e, nel 2016, circa 20 mila). Nell'anno 2015 sono stati decisi più di 10 mila ricorsi (avendo i collegi mediamente esaminato ogni mese 950 ricorsi), con incrementi significativi soprattutto al sud.

4. Le segnalazioni prefettizie

Il crescente "successo" dell'organismo corre anzi (paradossalmente) il rischio di alimentare entusiasmi eccessivi e di generare distorte accezioni dei compiti che è chiamato ad assolvere. Il riferimento, neanche troppo implicito, è alla norma contenuta nell'art. 27-bis, comma 1°-*quinquies*, del dl n. 1 del 2012 e successive modificazioni nella parte in cui prevede che «ove lo ritenga necessario e motivato, il Prefetto segnala all'Arbitro bancario finanziario» (è interessante osservare come, per la prima volta in un testo legislativo, l'organismo venga nominativamente menzionato) «specifiche problematiche relative ad operazioni e servizi bancari e finanziari. La segnalazione avviene a séguito di istanza del cliente in forma riservata e dopo che il Prefetto ha invitato la banca in questione, previa informativa sul merito dell'istanza, a fornire una risposta argomentata sulla meritevolezza del credito», aggiungendo che «l'arbitro si pronuncia non oltre trenta giorni dalla segnalazione». Non chiarissima nella forma e nei contenuti, la norma sollecita questioni interpretative tanto di rito quanto soprattutto di sostanza, segnatamente nella parte in cui, nel rimettere all'arbitro il sindacato sulla «meritevolezza di credito» del cliente, può ingenerare il sospetto dell'estensione della cognizione dell'organismo alle valutazioni imprenditoriali dell'intermediario, così determinando un *non sequitur* logico rispetto agli obiettivi perseguiti e legittimando improprie aspettative sul suo ambito di applicazione. Interpretare la norma nel senso di rimettere all'arbitro il giudizio sulla meritevolezza di credito dell'istante significherebbe infatti traslare su questi il giudizio

8. C. Consolo – M. Stella, *L'arbitro bancario finanziario e la sua "giurisprudenza precognitrice"*, in *Società*, 2013, p. 186.

9. Corte cost., 21 luglio 2011, n. 218, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2906.

imprenditoriale, avallando uno strabismo legislativo incompatibile con la natura dell'attività bancaria e con lo stesso diritto europeo. Negli indicati termini, l'unico significato ragionevolmente proponibile della disposizione in rassegna non può che risiedere nel più circoscritto sindacato da parte del giudicante della condotta perseguita dall'intermediario nel rapporto con il richiedente credito e dunque nella correttezza concretamente spiegata in sede di trattativa o di esecuzione del contratto, in grado di estendere il suo ambito non solo alla tradizionale ipotesi dell'ingiustificata rottura della relazione tra i paciscenti, ma anche allo stesso *clare loqui* e, in particolare, alla mancata informazione circa il reale intento di concludere il contratto o di modificarlo o di recedere dallo stesso¹⁰. La norma disegna un procedimento affatto singolare. Ciò consente di ritenere che la legittimazione ad agire straordinaria del Prefetto possa prefigurare una fattispecie di sostituzione processuale analoga a quella regolata dall'art. 81 del codice di rito¹¹.

5. L'incerta natura giuridica

L'inedita morfologia dell'organismo ha sollecitato interventi e polemiche sulla natura giuridica dell'arbitro: da organismo arbitrale ad arbitratore, a organo della Banca d'Italia per il perseguimento delle finalità pubbliche della vigilanza bancaria.

Il discorso può tuttavia essere impostato diversamente e scontare risposte diverse nel metodo e nei contenuti.

L'area di riferimento è, anche sul versante del diritto positivo, quella della giustizia stragiudiziale che riguarda, con specifico riferimento alle controversie minori (cd. *small claims*), l'allargamento della tutela dei diritti più che l'efficienza della giustizia civile. Ha tuttavia effetti di rilievo anche ai fini di un sensibile contenimento nell'*imput* delle controversie sottoposte al giudice togato, sollecitando forme di soluzione delle liti diverse dal ricorso al processo civile. Precursore dell'Arbitro bancario finanziario è stato, nel

settore di riferimento (fin dall'accordo istitutivo del 1993), l'*ombudman* bancario, organismo la cui matrice (dichiaratamente autopoietica) formalmente consisteva in un contratto (stipulato tra i costituenti e aperto agli altri operatori del settore) a favore di terzo (il beneficiario dell'accordo) sostanzialmente riconducibile alla tipologia negoziale prevista (e disciplinata) dagli artt. 1411 ss. cod. civ.¹². Le differenze rispetto all'Arbitro bancario sono, sul piano del diritto positivo, cospicue. Tralasciando quelle "minori", basti menzionare la diversa valenza dell'accesso: libera e facoltativa (in quanto consensuale) a quello; doverosa a questo. Diversità che, naturalmente, si riflette sui conseguenti effetti (ovviamente inesistenti per il mancato esercizio di una facoltà; per converso rilevanti tanto in punto di accesso alla e di esercizio dell'attività bancaria quanto sanzionatori). Né va sottaciuto, sul piano delle tutele concretamente approntate, il diverso, più ampio perimetro della cognizione dell'arbitro non solo nell'ammontare monetario a fini risarcitori, restitutori o a qualunque altro titolo, ma soprattutto nell'attribuzione di una competenza per materia estesa all'accertamento di diritti, obblighi e facoltà, indipendentemente dal valore del rapporto al quale si riferiscono.

Ciò premesso, la caratteristica assorbente che segnala la netta soluzione di continuità dell'introdotta sistema rimediabile, teso ad «assicurare la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela» (art. 128-bis, comma 2°, Tub) rispetto al tradizionale assetto della giustizia civile, è rappresentata dalla legittimazione "disuguale" all'azione, circoscritta a favore del solo cliente (che è nozione più ampia, ma non ontologicamente diversa da quella di consumatore del prodotto o servizio considerato), omologa alla corrispondente disuguale tutela disegnata, sul piano sostanziale, dal diritto privato europeo che disciplina i contratti del consumatore. A ben vedere, è dalla legittimazione "disuguale" che derivano tutte le altre peculiarità del procedimento: dall'incerta sua natura giuridica alla previsione di singolari meccanismi afflittivi a carico del convenuto

10. Come, da ultimo, stabilito da Cass., 26 aprile 2012, n. 6526, in *Foro it.*, 2012, I, c. 3420. In precedenza, in termini analoghi, Cass., 8 ottobre 2008, n. 24795, Id., 2009, I, c. 440. In dottrina, tra i tanti, v. Conforti, *Responsabilità precontrattuale e dovere d'informazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, c. 207.

11. Opinione questa espressa nel mio *Giustizia senza giurisdizione* etc., cit., divisata da C. Consolo – M. Stella, *L'arbitro bancario* etc., cit., p. 186 nonché, più di recente, da G. Liace, *Concessione del credito: Prefetto e ABF, la strana coppia*, in nota a Collegio di Napoli, 17 febbraio 2015, n. 1160, in *Banca, borsa* etc., 2016, II, p. 242.

12. Della sterminata letteratura in argomento, mi limito a rinviare a G. Criscuoli, *Il banking ombudsman*, Giuffrè, Milano, 1989; C. M. Pratis, *L'accordo interbancario del 1993 per l'istituzione dell'ufficio reclami degli enti creditizi e dell'ombudsman bancario*, in *Banca, borsa* etc., 1994, I, pp. 215 ss.; S. Maccarone, *Le esperienze europee di ombudsman bancario, ne La banca e l'arbitrato* (a cura di Riolo), Roma, 1994, pp. 34 ss.; F. Maimeri, *L'ombudsman bancario in Italia*, id., pp. 49 ss. e ai miei *L'ombudsman garante della correttezza bancaria*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 481 e *Crisi del processo civile e giustizia stragiudiziale: l'ombudsman bancario*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 249 ss.

nel caso di accoglimento del ricorso. L'indicatore (anche sul piano positivo) più perspicuo di siffatta linea di *policy* è offerto dalla espressa salvezza del ricorso «a ogni mezzo di tutela previsto dall'ordinamento» contemplata a favore del solo cliente (art. 128–bis, comma 3°). Nessun dubbio, sul piano sistematico, che l'adizione del giudice sia concessa (*scilicet*, non possa che esserlo, trattandosi di un diritto costituzionalmente protetto) anche all'intermediario bancario o finanziario. È tuttavia significativo (e tutt'altro che ininfluenza) che l'inciso corrisponda esattamente (in sede di *output*) alla identica limitazione soggettiva al ricorso. *Breviter*: scopo della norma è quello di precisare che l'istituito sistema è volto ad assicurare un alternativo e additivo rimedio dei conflitti economici in materia bancaria, creditizia e (poi) dei pagamenti al solo cliente, preoccupandosi coerentemente di specificare che per lui e per lui solo questo meccanismo di *enforcement* alternativo si somma a quelli tradizionali.

Rispetto ad altri Paesi europei, quello della crisi della giustizia civile è peraltro un problema che affligge l'Italia in maniera ormai radicata. Un'efficiente (o, almeno, acconcia) tutela dei diritti è, oggi più che in passato, importante strumento di politica economica, atteso che la competizione internazionale opera non solo nel mercato dei prodotti, ma anche in quello delle regole. I canali attraverso i quali la qualità della giustizia civile ha effetti sull'attività economica – segnatamente in punto di affidabilità e stabilità dei diritti proprietari, contrattuali e dell'impresa – sono molteplici¹³. La Banca d'Italia rileva che la perdita annua di Pil attribuibile ai difetti della nostra giustizia civile potrebbe giungere a un punto percentuale¹⁴. Naturalmente, non di solo Pil si tratta. Le ricadute di una giustizia civile in crisi si riflettono prioritariamente sui diritti della persona costituzionalmente garantiti, investono le ragioni del vivere civile, la stessa intima essenza del “contratto sociale”. La denegata giustizia che segue alla ritardata giustizia provoca allontanamento dalla realizzazione dei diritti, ineffettività delle norme, incentivi a comportamenti opportunistici. Grava più pesantemente proprio sui soggetti più deboli.

Al di là quindi e oltre all'economicità nella soluzione di controversie “minori”, il contesto di riferimento esalta il valore aggiunto offerto da un organismo, quale l'Arbitro bancario finanziario, che – a fronte delle richiamate disfunzioni – ben può in talune cir-

costanze essere percepito non come alternativo alla giustizia ordinaria, ma addirittura (*quoad effectum*) come esclusivo quando il ricorso a quella risulti sostanzialmente precluso dagli elevati costi, diretti (essendo gli oneri monetari pur sempre prodromici alla realizzazione dei diritti dei quali si invoca tutela in un rapporto di mezzo al fine) e soprattutto indiretti (quando la domanda di giustizia viene vanificata dai tempi del processo e dalla aleatorietà della pronuncia in ragione delle possibili impugnazioni).

Quanto precede conduce, da un lato, a qualificare come inutilmente sterile la tradizionale contrapposizione *in parte qua* dell'interesse pubblico a quello privato; dall'altro a constatare lo spazio vuoto di diritto che connota i procedimenti (in senso lato) di *alternative dispute resolution*. La diversità di questi rispetto alla funzione giurisdizionale è di manifesta evidenza, anche solo sul piano semantico. Il nostro ordinamento, permeato di normativismo, rende difficili forme di giustizia diverse da quelle che si realizzano nel processo e col processo. Ciò segnala un anacronismo legislativo idoneo ad alimentare (nonostante il principio di sussidiarietà) dubbi sulla sua coerenza con l'art. 81, lett. g) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (Fue) che demanda al Parlamento europeo e al Consiglio il compito di adottare misure volte a garantire «lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie». Il presupposto, ai limiti dell'ovvio, essendo che altro è la giurisdizione, altro il rendere giustizia. La prima – in quanto funzione pubblica a tutela di diritti costituzionalmente rilevanti – è esclusiva, rigidamente regolamentata, esercitata da un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere, amministrata in nome del popolo. Consiste nello *jus dicere*. Ma il rendere giustizia può risiedere anche nel prevenire l'insorgenza della lite fuori dal processo civile per il tramite di metodiche a questo alternative, ancorché – dal punto di vista funzionale – complementari. Dopotutto, il declino del modello della *iurisdictio* si accompagna al tramonto del mito della verità giudiziale e della certezza giuridica¹⁵. Né può ragionevolmente omettersi di considerare che in Paesi diversi da quelli occidentali la giustizia civile è stata nel tempo amministrata fuori dai tribunali. L'esempio cinese è emblematico perché, di là anche dal giusnichilismo prodotto dalla Rivoluzione culturale, la prima legge (provvisoria) di procedura civile (peraltro strutturata in maniera molto simile al nostro codice di rito) è solo del 1982. Successivamente, la

13. V., *funditus*, il mio *Costo dei servizi legali e giustizia civile*, in *Scritti di diritto dell'economia*, Milano, 2010, pp. 53 ss.

14. Banca d'Italia, *Considerazioni finali*, Roma, 2011.

15. V. G. Conte, *Cultura della iurisdictio vs. cultura della mediazione: il difficile percorso degli avvocati verso i sistemi di ADR*, dattiloscritto in corso di stampa.

conciliazione stragiudiziale presso gli appositi comitati popolari rimase peraltro il modo di risoluzione delle liti civili di gran lunga più diffuso¹⁶. L'interesse generale può perciò consistere nell'approntare sistemi in grado di soddisfare la reciproca aspettativa a comporre la lite senza addivenire alla traumatica rottura di ogni relazione sottesa al processo, soluzione questa non sempre socialmente ed economicamente efficiente. Nulla peraltro esclude che giudice e arbitro possano impostare un virtuoso gioco cooperativo attraverso il quale, reso preventivamente edotto (grazie all'acquisizione delle risultanze istruttorie e della decisione) della *ratio decidendi*, dell'*iter* logico e degli elementi di fatto che hanno condotto al giudizio spesso basato su approfondimenti tecnici altamente specifici, l'organo di giurisdizione riduca elevati costi transattivi e instauri così, nel rispetto dei ruoli, rapporti dialogici certamente fecondi.

6. Le principali novità portate dal d.lgs n. 130/2015

Le ricordate più recenti iniziative del legislatore interno, indotte anche dall'acquisita consapevolezza del rilievo di una più efficiente giustizia civile a fini di crescita economica, disegnano una panoplia di rimedi (alternativi, complementari o prodromici al processo civile) tali, per un verso, da creare un giustapposto affollamento che impone la soluzione di problemi di regolamento di confini; per altro verso, da revocare in dubbio la unicità del rimedio giurisdizionale a fini di tutela dei diritti. Le cause del mutamento sono tante. Oltre agli ormai strutturali problemi di crescita economica del nostro Paese, hanno senz'altro inciso, con la rimozione dei limiti spazio/temporali all'attività commerciale, la concorrenza tra gli ordinamenti giuridici e il conseguente riferimento alle più risalenti esperienze estere.

Più nello specifico, con il d.lgs n. 130/2015, esclusa l'opzione di prevedere organismi ADR che abbiano la possibilità di imporre una soluzione alle parti, si ribadisce – in capo alla Banca d'Italia – il potere regolamentare autonomo già esercitato a norma delle disposizioni contenute nella legge di tutela del risparmio, con l'importante *caveat* relativo alla sua compatibilità con le disposizioni del codice del consumo. Ciò implica la possibilità di escludere il ricorso all'ADR a fronte di controversie dal valore monetario (non solo superiore ma anche) inferiore a soglie monetarie

prestabilite o quando la controversia sia già stata esaminata da altro organismo ADR. Il principio di oralità si traduce, per contro (e fortunatamente, considerati i ridotti tempi di conclusione del procedimento, pari a 90 giorni) nella possibilità che le parti, entro un tempo ragionevole, abbiano facoltà di «esprimere la loro opinione» (circostanza questa che conferma la legittimità di una istruttoria meramente documentale). Il ricorso all'ADR produce sulla prescrizione gli stessi effetti della domanda giudiziale e, dalla stessa data, impedisce la decadenza «per una sola volta». Interessante è la norma che espressamente dispone che l'organismo ADR si considera stabilito, se gestito da un'autorità o da un altro ente pubblico, «nel luogo in cui tale autorità o altro ente pubblico ha la propria sede» (art. 1, co. 2, lett. c). Sottende, con riferimento all'Arbitro bancario finanziario, una soggettività giuridica fin qui almeno dubbia.

Come già riferito, con lo stesso testo legislativo è stata prevista la istituzione di un omologo organismo di risoluzione delle controversie in materia di servizi d'investimento da parte della Consob. Ho, a tale specifico riguardo, più volte denunciato come l'evoluzione *in parte qua* del sistema finanziario risultasse monca nella parte in cui nulla prevede, diversamente da quanto introdotto (e realizzato) a favore del risparmiatore (con la istituzione dell'Arbitro bancario finanziario) e dell'investitore (con la appena ricordata introduzione di sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie similari all'Abf ex art. 1 *bis* d.lgs n. 130/2015), in materia assicurativa¹⁷. Tale settore, che al pari (e forse più) di quelli considerati, è caratterizzato da una elevata soglia di *small claims* e afflitto da cronici ritardi della giustizia ordinaria con riguardo a una congerie di controversie (si pensi solo a quelle relative alla responsabilità civile automobilistica) che considerevolmente incidono sul numero dei processi pendenti (e relativi arretrati), non dispone (eccezion fatta per le conciliazioni paritetiche) neanche di forme autopoietiche di risoluzione delle controversie similari a quelle prima riferibili all'*ombudsman* bancario. I reclami che l'art. 7 del cod. ass. devolve all'IVASS sono tutt'affatto diversi da quelli che precedono la pronuncia dell'Arbitro bancario tanto negli scopi (che riguardano i controlli di legittimità) che nei risultati (che non ristorano il proponente, ma solo, per il tramite delle sanzioni amministrative pecuniarie, l'erario dello Stato). È una lacuna grave alla quale il mercato non è stato fin qui in grado di porre rimedio e che impone, per molteplici ragioni (comparative, di

16. Traggo questi riferimenti da R. Cavalieri, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, Franco Angeli, Milano, 2011, pp. 193 ss.

17. Rinvio pertanto a *Giustizia senza giurisdizione etc.*, cit. e a *Vigilanza e intersezioni tra mercato bancario, assicurativo e finanziario*, in *Dir. merc. ass. e fin.*, 2016, pp. 395 ss.

tutela asimmetrica rispetto a prodotti talora unitari, di disfunzioni della giustizia togata) di provvedere con urgenza.

Tornando alle coordinate generali all'interno delle quali insiste l'argomento oggetto di queste riflessioni (vale a dire alla "cornice"), la sommariamente descritta «metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione»¹⁸ può piacere o non piacere. Ma se tutto ciò che è reale è anche razionale, con essa l'operatore del diritto non può non fare i conti. E, nel farli, non giovano pregiudizi ideologici, tipo quelli di ritenere che la direttiva 11/2013 (dalla quale trae origine il più volte menzionato d.lgs n. 130/2015) rappresenti addirittura la "punta di diamante" dell'asservimento della giustizia civile alle finalità del sistema economico prefigurato nei rapporti *Doing Business*. Al punto che «chi si scandalizza per la degiurisdizionalizzazione dovrebbe leggere con attenzione la direttiva» e «si terrà poi a cuore la prima»¹⁹. In termini più distesi, è viceversa essenziale una disamina critica degli istituti in concreto adoperati dal legislatore dell'Unione. Un solo esempio può ritenersi sufficiente, è congruo rispetto agli scopi perseguiti che la competenza delle persone fisiche incaricate della soluzione delle controversie risulti circoscritta al possesso di una mera «comprensione generale del diritto» (art. 141 bis, co. 4, d.lgs 130/2015) o, come denunciato²⁰, tale scelta rappresenta il modello di "corte" ideale della dottrina di *law & economics*²¹ che ha ispirato *Doing Business* (decisione di «un terzo in base a considerazioni di *fairness*, con poca conoscenza o uso di diritto, niente avvocati, niente atti scritti, niente vincoli procedurali su trattazione e deduzioni probatorie, niente impugnazioni»)?

7. Polizze assicurative abbinata ai finanziamenti

L'attività dell'Arbitro bancario (a testimonianza delle intersezioni esistenti in un mercato solo formalmente segmentato) abbraccia anche (almeno in parte) lo stesso versante assicurativo con riguardo alle polizze offerte in abbinamento a mutui o ad altri finanziamenti in ipotesi di anticipata estinzione del contratto di credito. Conviene ricordare che la re-

cente indagine Ivass sui costi delle polizze abbinata ai finanziamenti muove, con riferimento al relativo mercato, da dati quantitativi di considerevole rilievo, venendo in gioco una raccolta premi (per il 2014) di 1.532 milioni, di cui 869 riferibili ai rami vita e 663 ai rami danni. Questi contratti si riferiscono a una platea complessiva di 5,9 milioni di assicurati, dei quali 5,5 milioni aderenti a polizze collettive e solo 0,4 milioni a polizze individuali, con raccolta intermediata prevalentemente dal settore bancario (78 per cento) e da quello di altri intermediari finanziari (12 per cento) e ricavi a favore dei distributori pari a ben il 44,32 per cento dell'ammontare dei premi, oltre a compensi variabili²².

Trattasi, all'evidenza, di polizze concluse prevalentemente per conto dell'assicurato e aventi quale diretto beneficiario l'intermediario stipulante, la cui tipicità sociale risiede nel garantire per l'intera durata del rapporto il finanziatore dal rischio di *default* del sovvenuto riveniente da eventi che si riflettono nella sua condizione soggettiva (perdita dell'impiego; invalidità; morte etc.). In questi casi, convenuto innanzi all'Arbitro bancario finanziario il finanziatore per il riconoscimento del diritto alla restituzione anche della quota parte di premio non goduta in ragione dell'avvenuta estinzione del rapporto prima della sua naturale scadenza a opera del mutuatario, l'organismo adito muove dalla particolare tipologia dei rapporti oggetto della controversia, precisando che questi si compongono, sul piano atomistico, di due (apparentemente) distinti contratti conclusi con una medesima controparte: mutuo da un lato; polizza assicurativa dall'altro. Tali due negozi risultano peraltro tra loro avvinti da un evidente e incontestabile legame: quello di sincronicamente e contemporaneamente concorrere e cooperare al medesimo risultato economico-sociale consistente nell'assicurare al sovvenuto il finanziamento richiesto. Prevalente dottrina e giurisprudenza largamente maggioritaria precisano, perché si dia la fattispecie del collegamento, che debbono ricorrere due elementi: uno obiettivo, consistente nel nesso economico o teleologico tra i vari negozi e uno subiettivo, consistente nella intenzione di coordinare i vari negozi verso uno scopo comune, ossia nell'intento di collegare i due negozi. Il collegamento negoziale incide

18. Dal titolo dell'omonimo saggio di F. Carpi, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, pp. 811 ss.

19. R. Caponi, *Doing business come scopo del processo civile?*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 12 ss.

20. R. Caponi, cit.

21. S. Djankov - R. La Porta - F. Lopez de Silanes - A. Schleifer, *Courts*, in *Quarterly Journal of Economics*, 2003, p. 455.

22. Ivass, *Indagine sui costi delle polizze abbinata ai finanziamenti. Primi risultati*, Roma, 2016.

direttamente sulla causa dell'operazione contrattuale che viene posta in essere «risolvendosi in una interdipendenza funzionale dei diversi atti negoziali rivolta a realizzare una finalità pratica unitaria»²³. Il nesso fra più negozi fa sì che l'esistenza, la validità, l'efficacia, l'esecuzione di un negozio influiscano sulla validità o efficacia o esecuzione di un altro negozio, oppure che il requisito di un negozio si comunichi all'altro, o ancora che il contenuto di un negozio sia determinato dal contenuto dell'altro, e così via. In relazione a ciò, si conclude che i contratti in rassegna siano caratterizzati da collegamento negoziale per la ricorrenza dei richiamati elementi obiettivo e subiettivo. E infatti, dottrina e giurisprudenza impongono riguardo a siffatte fattispecie una considerazione unitaria dell'assetto degli interessi globalmente perseguito dalle parti in termini di validità, efficacia, complessiva utilità delle prestazioni dedotte nei contratti. In particolare, le evoluzioni del rapporto principale (il finanziamento) non possono non riflettersi su quello accessorio (l'assicurazione) poiché, venuto meno il primo, la persistenza del rapporto assicurativo si rivelerebbe di fatto priva di causa. Discende da tale ricostruzione dell'assetto degli interessi in gioco il riconoscimento a favore del ricorrente della pretesa fatta valere nei confronti

del finanziatore, con possibile estensione del giudizio all'interpretazione di norme di stretto diritto assicurativo nei casi in cui, in via di eccezione, il convenuto sollevi il proprio difetto di legittimazione passiva *ex art. 22, co 15 - quater*, l. n. 221/2012 (di conversione del dl n. 179/2012), nella parte in cui la richiamata disposizione attribuisce all'impresa di assicurazioni l'obbligo di restituzione della parte di premio «relativo al periodo residuo rispetto alla scadenza originaria». Ritiene infatti l'arbitro bancario che i descritti obblighi che gravano sull'impresa di assicurazioni non sembrano incidere sul profilo della legittimazione (non sottraendo il finanziatore alla concorrente responsabilità per la restituzione del dovuto a fronte di negozi collegati) quanto piuttosto sull'esercizio dell'eventuale azione di regresso. In ordine ai criteri sottesi all'obbligo di restituzione, è opportuno ricordare che già una decisione del Collegio di coordinamento²⁴ aveva precisato che la determinazione dell'importo offerto in restituzione a opera dell'impresa di assicurazioni in applicazione di un criterio diverso da quello proporzionale è legittima a condizione che il criterio di calcolo sia chiarito *ex ante* e che una più recente pronuncia dello stesso organismo²⁵ ha confermato la legittimità del rimborso effettuato sulla scorta degli indicati criteri.

23. Cass., 16 febbraio 2007, n. 3645; *Id.*, 10 luglio 2008, n. 18884.

24. Precisamente, n. 6167/2014 in www.arbitrobancariofinanziario.it.

25. Collegio di coordinamento, n. 10103, pure sul menzionato sito.

Appunti sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo

di *Andrea Barenghi* *

A distanza di venticinque anni dall'introduzione della prima disciplina, la normativa di trasparenza bancaria, che per molti rappresenta oggi la "parte generale" dei contratti bancari, si è radicalmente trasformata qualitativamente e quantitativamente, e, risentendo anche dell'alluvionale produzione normativa europea, rappresenta un cantiere in perpetua riconformazione. Riprendendo, alla luce dei numerosi difetti e inconvenienti riscontrati nella legge vigente, la proposta di provvedere a un suo ri-consolidamento e a una sua semplificazione, l'Autore mette in luce i legami tra la trasparenza in senso formale e la trasparenza in senso sostanziale, e, con ampia rassegna delle vicende giurisprudenziali della normativa di trasparenza e di riequilibrio, esamina le recenti tendenze normative e dottrinali ad andare "oltre la trasparenza", per mettere in evidenza, con particolare riferimento alla distribuzione dei prodotti creditizi nel settore dei finanziamenti contro cessione del quinto, le aporie di una disciplina che si fonda solo sulla trasparenza in senso formale e sui problemi di *drafting* contrattuale.

1. Attuali confini della disciplina della trasparenza

Se si guarda alla disciplina della trasparenza, come la conosciamo oggi (nel Testo unico bancario - DPR 385/1993 e s.m.i., gli artt. 115 ss., nel d.lgs 27 gennaio 2010, n. 11, per quanto riguarda una larga parte della disciplina dei servizi di pagamento, nella l. 108/1996 per quanto riguarda la disciplina dell'usura, poi nella deliberazione Cicr del 4 marzo 2003 e s.m.i. e nei decreti Mef 30 giugno 2012 in materia di remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti e 29 settembre 2016 in materia di credito immobiliare ai consumatori, nonché nelle *Disposizioni* del 29 luglio 2009 emanate dalla Banca d'Italia, e s.m.i., per tacere di altre norme collegate), ecco se si guarda a tutta questa normativa, estremamente complessa, articolata, talvolta frammentaria e incoerente (quando non contraddittoria), minuziosamente dettagliata (anche sulla base di altrettante discipline comunitarie), e in perpetua formazione, non può non

colpire la distanza che separa l'attuale configurazione quantitativa e qualitativa dell'ordinamento italiano in punto di disciplina dei rapporti tra le imprese creditizie e la clientela rispetto a quella originariamente introdotta nel 1992, e, a maggior ragione, a quella ad essa previgente.

La distanza, si vuol innanzitutto dire, che separa tale articolato complesso normativo – nel quale, dai più, si tende oggi ad individuare la "parte generale" che è sempre mancata nella disciplina statutale dei contratti bancari – dalla scarna configurazione che di tali contratti era contenuta nel Codice civile del 1942 (sono, come è noto, gli artt. 1834-1860), la quale, introducendone per la prima volta una disciplina legislativa, presupponeva la rimessione di gran parte dei contenuti disciplinari all'autonoma elaborazione delle imprese, svolgentesi in allora (a partire dal 1918, con la configurazione del cartello bancario e poi dagli anni '30 con l'obbligo di adesione delle banche a tale cartello) e fino a pochi anni fa attraverso l'Associazione di categoria (che dell'originario cartello

* Una versione rielaborata del presente scritto sarà destinata al *Liber Amicorum Pietro Rescigno*, in corso di pubblicazione presso l'Editoriale scientifica di Napoli.

interbancario era stata del resto l'evoluzione istituzionale), delle *Norme uniformi bancarie*, che oggi non si chiamano più così, in ossequio ai nuovi valori che dominano la scena (la concorrenza, il divieto di intese, la partecipazione delle associazioni dei consumatori), ma che nella sostanza ancora contengono in grande misura la disciplina del rapporto tra la banca e il cliente e in quanto tali contribuiscono alla conformazione del mercato dei servizi bancari (e infatti da tempo la giurisprudenza ha riconosciuto, sia pure con riguardo a condizioni generali che non avevano formato oggetto di alcun tipo di contrattazione collettiva, la legittimazione passiva dell'Abi nelle azioni inibitorie inerenti le clausole vessatorie: v. Trib. Roma, 21 gennaio 2000, e poi sul punto Cass. 13051/2008, più di recente per la qualificazione delle deliberazioni Abi come intese ex art. 2 l. 287/1990, v. Agcm, 14 settembre 2006, n. 15908, in *Giur.comm.*, 2007, II, pp. 274 ss., con il caustico commento di Ferro-Luzzi, il quale rileva che «nella visione di base dell'Autorità "intesa" a ben vedere è il fatto stesso di associarsi»).

Si intendeva, tuttavia, far riferimento anche alla distanza dell'attuale ordinamento della trasparenza rispetto all'introduzione della prima disciplina in merito, la disciplina delle relazioni tra banche e clienti in genere e tra banche e consumatori per quanto riguarda il credito al consumo in particolare, con le due leggi coeve n. 154 (sulla trasparenza bancaria) e n. 142 (legge comunitaria per il 1991, che alla sez. I del capo II del titolo II dava attuazione alla disciplina del credito al consumo, in conformità delle direttive 87/102/Cee e 90/88/Cee) dell'anno 1992, entrambe poi confluite nel 1993 nel Testo unico bancario agli artt. 115 ss.

Il quadro è oggi mutato radicalmente. Innanzitutto sotto il profilo quantitativo: rispetto alle disposizioni delle due normative appena richiamate (nel complesso si trattava di appena diciotto articoli di legge), e ad una relativamente scarna disciplina secondaria (e in dottrina si interpreta l'odierno diverso orientamento come collegamento della disciplina di trasparenza con l'attività di vigilanza: Nigro, 2011), abbiamo oggi un *corpus* normativo assai cospicuo di ben sessantasei articoli di legge nel Testo unico, cui devono sommarsi le fonti ulteriori in cui si raccoglie la disciplina di trasparenza: il d.lgs 27 gennaio 2010, n. 11, in attuazione della direttiva 2007/64/Ce (Psd), per i servizi di pagamento nella parte non trasposta nel Testo unico, la l. 108/1996 e l'art. 1815 cc per l'usura e i suoi rimedi civilistici, i decreti ministeriali e le disposizioni di trasparenza della Banca d'Italia, re-sei autonome rispetto alle più generali Istruzioni di vigilanza a partire dal 2009, per non parlare del collegamento con la disciplina generale della trasparenza contrattuale, applicabile anche nel settore bancario e talvolta dotata di specifiche previsioni normative,

come accade ad es. in materia di pratiche commerciali scorrette e di clausole vessatorie.

Contrariamente a quanto risulta da talune prese di posizione, infatti, la normativa "generale" di tutela dei consumatori trova applicazione, ove pertinente, ai contratti bancari, sovrapponendosi e concorrendo alla disciplina delle fattispecie regolate, per l'insieme della clientela o talora per i soli consumatori (e in tal caso con i problemi sistematici determinati dallo scopo di 'massima' armonizzazione delle corrispondenti direttive), dalla disciplina della trasparenza bancaria (del resto la disciplina sulla trasparenza della Banca d'Italia espressamente precisa che essa «si affianca alle altre disposizioni previste dall'ordinamento in materia di trasparenza e correttezza dei comportamenti nei confronti della clientela. Nello svolgimento delle proprie attività gli intermediari considerano l'insieme di queste discipline come un complesso regolamentare integrato e curano il rispetto della regolamentazione nella sua globalità, adottando le misure necessarie», e d'altra parte lo stesso art. 33, 1° co., lett. f) l. 7 luglio 2009, n. 88, delegava, tra altri, al Governo il compito di «coordinare il testo unico di cui al d.lgs n. 385/1993 e le altre disposizioni legislative aventi come oggetto la tutela del consumatore»).

Il quadro delle fonti, come si vede, si presenta assai articolato, lo si accennava poco fa, e altresì frammentario, talvolta anche incoerente e contraddittorio (ci tornerò brevemente più avanti), e come nel diritto europeo dei consumatori l'«attenzione per il particolare» rischia di far «sfuggire l'insieme» (Mucciaronne). La disciplina della trasparenza viene comunque ormai individuata come sede della disciplina generale dei contratti bancari ed essa richiede perciò una particolare attenzione.

Rispetto alla prima normativa di trasparenza, quella attuale si è quindi enormemente sviluppata sul piano quantitativo, ma ha altresì subito un mutamento, forse ancor più intenso, in termini qualitativi. La disciplina di trasparenza, rispetto a quella originaria, è oggi enormemente più sviluppata in termini di materie regolate (secondo quello che, nei settori soggetti a vigilanza, è stato individuato come un vero e proprio paradosso della regolazione, per cui i processi di liberalizzazione si accompagnano a un'inflazione regolativa), in termini di poteri di intervento (in particolare quanto ai poteri di *public enforcement* rimessi alle Autorità di vigilanza), in termini di segmentazione e settorializzazione degli interventi normativi, in termini di principi ispiratori, e infine in termini di rapporti tra trasparenza ed equilibrio delle condizioni contrattuali e di strumentazione rivolta al perseguimento dell'obiettivo della trasparenza (mi riferisco in particolare alle misure organizzative dell'attività di impresa).

La normativa europea ha introdotto nella disciplina della trasparenza i due elementi di frammentazione della disciplina intervenendo sui due settori di armonizzazione massima del credito ai consumatori e dei servizi di pagamento (mentre la disciplina del credito immobiliare è in parte di armonizzazione massima e in parte di armonizzazione minima), con tutti i problemi che l'armonizzazione massima comporta, e che nel caso particolare si sono tradotti in una ridefinizione del rapporto tra la parte generale contenuta nel Capo I del Titolo VI e le tre parti speciali in questione, nel cui ambito applicativo le norme di carattere generale possono ora applicarsi solo quando richiamate (art. 115, 3° co., Tub), mentre in precedenza esse si applicavano sempre salvo che fossero espressamente derogate (impregiudicato restando tuttavia il problema dell'applicazione analogica delle stesse, laddove, sussistendo una lacuna, si può dire di trovarsi al di fuori dell'ambito della materia armonizzata, e quindi del divieto di introdurre, legislativamente o interpretativamente, una disciplina nazionale confliggente: in questo senso ad es. Mirone, 2014).

Il mutamento di carattere qualitativo della disciplina di trasparenza non riguarda, tuttavia, solo la natura e l'organizzazione dei suoi contenuti, ma riguarda altresì, come si accennava, i contenuti normativi in quanto tali e gli scopi perseguiti dal sistema.

Fin dall'origine nella disciplina di trasparenza poteva individuarsi accanto e oltre alla materia dell'informazione, della forma, della stessa formazione del contratto, una disciplina relativa all'equilibrio o al riequilibrio delle posizioni delle parti e degli assetti di interesse determinati dalla stipulazione contrattuale (v. ad es. Dolmetta, 1992), mentre si sviluppano solo successivamente forme di intervento sulle strutture organizzative dell'impresa al fine di garantire il perseguimento degli scopi appena indicati.

In proposito, può dirsi tuttavia che, nel quadro normativo attuale, al quale sopra si è fatto cenno, questa molteplice intenzione del legislatore della trasparenza bancaria si sia accentuata, e abbia stretto sempre più significativi legami con l'attività di vigilanza, assurgendo peraltro a valore autonomo e a criterio ulteriore dell'esercizio di quest'ultima, che si compendia, peraltro, nella creazione di uno strumento di tutela come quello rappresentato dall'Arbitro bancario e finanziario, la cui missione istituzionale sembra oscillare, secondo prese di posizione più volte emerse in letteratura, tra metodo di definizione delle liti (e quindi, in ogni caso, strumento di attuazione del diritto della trasparenza bancaria, riservato alle relazioni con la clientela cui tale disciplina è destinata a trovare applicazione) e apparato funzionale, in via diretta o indiretta, alle attività di vigilanza.

Si accennava alla sensazione di vivo contrasto che l'osservatore può essere portato a rilevare nel

momento in cui metta a confronto l'attuale disciplina della trasparenza e quella originariamente dettata nel 1992, per non dire di quella precedente in cui la prospettiva della trasparenza non era affatto presa in considerazione. La vecchia legge bancaria contemplava bensì la possibilità per l'Autorità di vigilanza – originariamente l'Ispettorato per il risparmio e il credito – di comunicare “istruzioni” alle banche in conformità delle deliberazioni del Comitato dei ministri in ordine «ai limiti dei tassi attivi e passivi ed alle condizioni delle operazioni di deposito e di conto corrente» nonché «alle provvigioni per i diversi servizi bancari» [art. 32, 1° co., lett. b) e c)], il che poi si sarebbe verificato attraverso l'adesione imposta alle banche al cartello dei principali Istituti di credito, anch'essi del resto risalenti alla mano pubblica, ma non nell'interesse della trasparenza quanto a fini di conformazione del mercato in chiave di stabilità e di standardizzazione oligopolistica, di cui l'Associazione bancaria italiana fu, dal suo sorgere, uno strumento.

Ma una sensazione di pari spaesamento può forse impadronirsi dell'osservatore quando metta a confronto l'orizzonte delle norme con quello della realtà effettiva dei rapporti, un confronto i cui risultati presentano singolari elementi se non di continuità quantomeno di reiterazione nel tempo, a dispetto dell'accresciuto e potenziato intervento normativo.

Certo, enormi progressi in termini di trasparenza (e di concorrenzialità del sistema) si sono fatti, il mondo delle relazioni banca-cliente quale si presentava all'osservatore ancora nel 1998, quando, a distanza di 5 anni dalla direttiva 93/13 e di due anni dalla sua attuazione in Italia, i formulari bancari e Abi erano ancora costellati di clausole vessatorie, anche delle più marchiane (come ha dimostrato l'esperienza del contenzioso consumeristico, in particolare nella decisione di primo grado di Trib. Roma, 21 gennaio 2000, che mi pare, se mi è consentito dirlo, resti uno dei migliori, e comunque rari, esempi di applicazione diffusa del *private enforcement* consumeristico in Italia), e di certo da tempo non si può più dire che la casistica sulle relazioni bancarie sia caratterizzata da una sorta di «immobilismo perpetuo» di «acque davvero stagnanti» (Portale e Dolmetta), bastando al riguardo considerare la massa del contenzioso che affluisce ogni anno all'Arbitro bancario e finanziario, che integra, con caratteri di immediatezza e di celerità, il quadro complessivo delle questioni critiche nelle relazioni del sistema finanziario con la clientela.

All'epoca dell'introduzione della disciplina della trasparenza bancaria e della disciplina consumeristica si poteva restare «allibiti» contemplando l'estremo ritardo con cui il settore bancario aveva reagito e cercava di reagire alle novità (basti, di nuovo, porre mente al richiamato contenzioso sulle clausole vessatorie nei contratti bancari, che aveva dimostrato tutta

l'indisponibilità o l'incapacità dell'industria bancaria di allora ad affrontare seriamente le novità).

Così, prendendo in considerazione il *drafting* delle *Norme uniformi bancarie* nelle varie versioni che si andavano succedendo nel tempo (cui Mario Porzio riservava l'espressione virgolettata) fino appunto all'inizio degli anni 2000, o riflettendo sugli stessi indirizzi giurisprudenziali che solo nel 1999 si liberavano dell'idea della sussistenza di un uso normativo inerente l'anatocismo bancario [una figura di cui sono ben noti, peraltro, i profili critici, e che ancora negli ultimi anni ha formato oggetto di ricorrenti e interventi del legislatore, la cui contraddittorietà sembra appunto riflettere lo stridore rilevato in dottrina (Ferro-Luzzi e altri) nella stessa categoria dell'«anatocismo bancario»], abbandonando poi solo in seguito alla normativa di trasparenza l'idea del rinvio agli «usi di piazza», una clausola che ancora nel contenzioso corrente capita di veder trattata e che dal contenzioso corrente si evince essere rimasta in vigore assai più a lungo di quanto le novità legislative avrebbero dovuto suggerire (rispetto a tali clausole, quindi, è quantomeno mancato un diffuso adeguamento spontaneo da parte delle imprese bancarie, spesso anche di quelle di maggiori dimensioni).

Com'è noto, ai soli servizi accessori, come quelli delle cassette di sicurezza, era stato riservato da parte della giurisprudenza un intervento più intransigente e improntato a severo rigore tecnico, e poi sempre confermato nel tempo rispetto alle succedentesi prassi contrattuali (prassi che ad ogni modo l'industria bancaria continuava a riproporre in almeno quattro successive generazioni di clausole regolarmente destinate a cadere sotto la scure dell'invalidità e della vessatorietà giudizialmente dichiarata).

Ma si pensi ancora al rilievo tutto sommato modesto (come l'*Ombudsman*-Giuri bancario) e in alcuni casi disastroso (come il Consorzio Pattichiari, che ancora pochi giorni prima del fallimento *Lehman Brothers* segnalava come non rischiosi i relativi titoli, nonostante i reiterati allarmi apparsi sulla stampa) delle iniziative spontanee di trasparenza e di autoregolazione assunte dall'industria bancaria, tali da disattendere largamente le aspettative delle autorevoli voci che avevano inizialmente messo l'accento sull'opportunità di affidare all'autoregolamentazione e all'autonomia collettiva la realizzazione delle istanze di trasparenza (Rescigno, Schlesinger).

A distanza di venticinque anni, nonostante dosi assai massicce di regolazione [considerata da taluna dottrina bancaristica (Ferro-Luzzi) una normativa «a dispetto», capace di introdurre significativi incrementi dei costi senza effettivamente veicolare una vera protezione della clientela, sulla quale tali costi finivano comunque per essere trasferiti], e un diffuso interventismo giudiziario, che ha cambiato com-

pletamente segno nei confronti dei rapporti bancari (tanto da esporsi in più occasioni all'accusa, a dire il vero non sempre infondata, di eccessiva indulgenza verso forme di vero e proprio populismo giudiziario), sussistono interi settori in cui l'osservatore rischia di restare ancora «allibito».

Si pensi all'intrasparenza delle spese e commissioni, spesso poco e male distinte e tutt'altro che trasparenti anche solo sotto il profilo dell'informazione resa alla clientela, oppure ai costi della distribuzione del credito, specialmente in prodotti che si rivolgono a settori particolarmente fragili ed esposti della popolazione come il finanziamento contro cessione del quinto della retribuzione, in cui si verifica (sia nel nostro che in altri paesi dell'Unione europea a dire il vero, come è agevole verificare nella lettura di talune decisioni della Corte di giustizia) un aumento spesso del tutto ingiustificato dei costi del credito e l'inserimento di voci di costo prive di qualsiasi collegamento con prestazioni rese a favore del cliente.

Sembra quindi potersi ravvisare, ancora oggi, nella situazione che si presenta all'osservatore dei rapporti contrattuali delle banche con la clientela, una distanza tra l'imponente apparato di regolazione e di intervento che è stato posto in essere per la disciplina dell'attività bancaria *sub specie* di relazioni con la clientela e la realtà del rapporto che nel Paese è dato constatare tra l'industria bancaria e la domanda di servizi bancari e finanziari, tanto da condurre nel corso del tempo anche a tentativi (pervero assai goffi) del potere politico di introdurre, quantomeno larvatamente, misure di controllo anche in ordine all'area della libertà e discrezionalità nell'erogazione del credito (mi riferisco all'art. 27-bis, co. 1-*quinquies*, del dl 24 gennaio 2012, n. 1 come successivamente modificato).

Per concludere queste prime osservazioni sullo stato della disciplina della trasparenza a distanza di venticinque anni dalla sua prima introduzione nell'ordinamento italiano, due proposte, più volte affacciate in passato, sembrano oggi doversi seriamente riprendere in considerazione.

La prima riguarda la disciplina codicistica dei contratti bancari, di cui da tempo si era proposto di riprendere in mano il dettato per collocare in tale sede una vera e propria disciplina generale dei contratti bancari (Portale e Dolmetta). Vi è da chiedersi oggi in che termini si possa riprendere tale spunto, e come risolvere il pluralismo delle fonti in materia di contratti bancari e di relazioni con la clientela (Codice civile, Testo unico e altre leggi speciali, Disposizioni delle Autorità di vigilanza), e definire le problematiche relazioni tra la disciplina del Testo unico e la disciplina del contratto in generale (su cui aveva messo l'accento Rescigno già al momento dell'elaborazione dell'originario testo di legge).

La seconda, che viene affacciata periodicamente e da più parti (ad es. Porzio, Sciarrone Alibrandi) fino a ipotizzarsi una vera e propria responsabilità del legislatore per 'opacità' del prodotto legislativo (Dolmetta, 2011), riguarda invece la stessa disciplina della trasparenza, introdotta, come si è detto, nel 1992, poi assoggettata a significative integrazioni nel 2006-2009, infine integrata e scomposta nel 2010-2016 con l'attuazione delle nuove direttive di massima armonizzazione, intervenute, *more solito*, senza alcun effettivo coordinamento, e invece aggravando la frammentazione e disarmonia del sistema. Quindi si tratterebbe di predisporre ora un nuovo progetto di consolidamento della disciplina vigente, che razionalizzi e semplifichi l'attuale e troppo articolato, frammentario, disarmonico quadro della legislazione speciale in tema di correttezza e trasparenza nelle relazioni con la clientela bancaria (nelle cui pieghe si annida spesso il duplice inconveniente di un innalzamento dei costi e di un valore spesso solo esteriore degli obblighi di trasparenza, che finiscono per tradursi in mere misure di esonero da responsabilità), che è condizione perché l'obiettivo di una maggior correttezza e integrità del mercato finanziario possa essere meglio perseguito.

2. Le novità normative: frammentazione della disciplina e conflitti interni

È sufficiente al riguardo considerare la frammentazione della disciplina e i frequenti conflitti interni introdotti attraverso i successivi interventi del legislatore nella disciplina della trasparenza bancaria.

Si consideri innanzitutto l'introduzione di tre discipline (quella del credito immobiliare ai consumatori, capo I-bis, quella del credito ai consumatori, capo II, e quella dei servizi di pagamento, capo II-bis). Si tratta di tre insiemi normativi introdotti con altrettanti strumenti di attuazione di direttive comunitarie, per giunta in gran parte caratterizzate, secondo il recente orientamento della Commissione rivolto ad eliminare nella maggior misura possibile gli spazi di disomogeneità normativa che ostacolano l'effettiva edificazione del mercato unico e soprattutto le transazioni transfrontaliere, dal principio di massima armonizzazione, che richiede di verificare se e in che misura al di là delle discipline introdotte sia possibile al legislatore interno (il quale d'altra parte si limita ineffabilmente a trasporre il contenuto della direttiva senza effettuare il sia pur minimo sforzo di adattamento e di armonizzazione del sistema previgente, se si eccettua la modifica dell'art. 115, 3° co., Tub, ove si prevede ora che le disposizioni del Capo I si applichino negli altri settori indicati solo ove espressamente

richiamate) armonizzare dette discipline (in particolare in ossequio al principio di eguaglianza-razionalità: Sciarrone Alibrandi, 2011).

Ma la prospettiva dell'armonizzazione massima pone l'ulteriore difficoltà di individuare i limiti entro i quali è possibile introdurre precetti integrativi nelle aree non espressamente armonizzate, con particolari difficoltà di perimetrare queste ultime (v. in proposito ad es. Sciarrone Alibrandi 2011 p. 72, che considera ad es. non armonizzata la disciplina del recesso nel contratto a termine di credito al consumo, atteso che la direttiva armonizza solo l'area del contratto a tempo indeterminato, e *ibidem* p. 75 sembra ritenere necessario il giustificato motivo nel *ius variandi* «per tutti i contratti», e quindi pure per quelli relativi ai servizi di pagamento, ove l'art. 126-*sexies* invece non fa alcun riferimento al giustificato motivo) e di individuare l'area in cui può essere ammessa l'interpretazione analogica (al riguardo, v. anche Mirone 2014, pp. 388-389).

La frammentazione e la disarmonia della disciplina complessiva della trasparenza bancaria si manifestano poi in particolare nelle materie delle spese, del recesso e dello *ius variandi*.

Sulle spese, si è assistito, ma non senza contraddizioni e tensioni, negli ultimi anni a una serie di interventi di semplificazione dei rapporti e di razionalizzazione dell'attività.

Acquisita l'illegittimità della commissione di massimo scoperto, è stata introdotta una commissione che pareva doversi basare sulla disponibilità residua (cioè sull'accordato non utilizzato, così acquisendo una sua razionalità) ma che alla luce della normativa di attuazione è risultata riferibile invece all'intero accordato (indipendentemente, invece, dalla sua utilizzazione e quindi dalla sua remunerazione mediante la maturazione di interessi), e ciò verosimilmente in ragione dell'esigenza di chiarezza e confrontabilità dei costi.

Per altre prestazioni, le cd. attività "secondarie", invece, il legislatore tende a introdurre divieti di applicare commissioni e talvolta anche spese (in quanto tali, nonostante una perdurante ambiguità del linguaggio della pratica e talora anche di quello normativo, riferibili ai soli costi vivi, ed eventualmente ai costi mediamente sostenuti): così non sono ammessi addebiti di spese per le informazioni precontrattuali, né per l'adozione di misure correttive e preventive di operazioni irregolari (art. 3, 1° co., d.lgs 11/2010 e artt. 126-*ter* e 127-*bis* Tub), mentre per gli sconfinamenti è oggi prevista l'applicazione di una commissione (c.d. commissione di istruttoria veloce) che deve appunto essere parametrata ai costi (mediamente) sostenuti, ed è come tale sindacabile nel suo ammontare.

In tale contesto si iscrive il problema delle spese di istruttoria, e della loro legittimità nella fase fi-

siologica del rapporto (oltre che della restituzione in esito all'estinzione anticipata, se non specificamente riferite a spese vive dettagliatamente indicate): la regola è contemplata in tali termini per le informative precontrattuali, e ribadita dall'art. 117-*bis*, co. 1, per i finanziamenti mediante apertura di credito nei quali, come già si ricordava, è ammessa solo la previsione di una commissione onnicomprensiva sull'accordato così come per l'ipotesi di surroga dall'art. 120-*quater*, 4° co., Tub, ma non vale invece per i finanziamenti diversi da quelli al consumatore [v. *Disposizioni*, sez. II, par. 6, n. i)].

Quanto al recesso, tralasciando il recesso di pentimento garantito entro 14 giorni in materia di credito ai consumatori dall'art. 125-*ter*, se l'art. 120-*bis* (come l'art. 125-*quater* in tema di credito ai consumatori) disciplina il recesso dai contratti di credito al consumo con riferimento esclusivo a quelli a tempo indeterminato «in ogni momento» «senza penalità e senza spese» (ma in effetti disciplina la forma del contratto, essendo in tal caso il recesso senza penalità ammesso per diritto comune: v. Sciarrone Alibrandi, p. 69, la quale giustamente osserva l'incongruenza della limitazione ai contratti a tempo indeterminato, visto che la norma vuole essere uno stimolo alla concorrenza e all'efficienza dell'offerta di mercato, come dimostra appunto la clausola «senza spese», e infatti nella versione originaria era stata riferita a tutti i contratti di durata, che fossero a tempo indeterminato o determinato), l'art. 126-*septies* (derogabile, questo, quando il cliente non sia consumatore o microimpresa, il che pure appare non coerente con le finalità della norma: v. ancora Sciarrone Alibrandi, p. 70) in materia di recesso «senza penalità e senza spese» dai contratti relativi a servizi di pagamento non presenta, invece, alcuna delimitazione temporale (con riguardo al tempo del recesso la direttiva prevedeva al contrario una differenziazione del regime delle spese).

Così la distinzione tra contratti a tempo indeterminato e contratti a tempo determinato incide anche sulla possibilità del cliente di estinguere anticipatamente il rapporto. Nei rapporti a tempo indeterminato, e nei servizi di pagamento anche a tempo determinato (artt. 120-*bis*, 125-*quater*, 126-*septies* Tub), secondo la regola generale il cliente può recedere in ogni momento gratuitamente. In taluni casi, poi, nel mutuo fondiario può essere convenuto liberamente il regime delle spese. È invece vietata qualsiasi forma di costo per il recesso nei mutui per l'acquisto o ristrutturazione dell'abitazione o della sede principale dell'attività professionale della persona fisica (art. 120-*ter*), e, in talune ipotesi (come nell'apertura di credito), per il credito ai consumatori (art. 125-*sexies*, 3° co.). Una soluzione intermedia si applica, poi, in via generale ai mutui ai consumatori (art. 125-*sexies* 1° e 2° co.) contemplandosi la possibilità di prevedere

re un equo compenso, purché abbia formato oggetto di previsioni contrattuali chiare e comprensibili. Un quadro, come si vede già da questo velocissimo ragguaglio, che certamente non brilla per chiarezza e comprensibilità.

Circa, invece, lo *ius variandi*, al di là di altri problemi di dettaglio e di coordinamento tra la disciplina consumeristica [art. 33, 2° co., lett. *m*), e 3°-4° co., c.cons.] e la disciplina generale del Tub (art. 118, nonché l'art. 125-*bis*, 2° co., che lo richiama in materia di credito ai consumatori in genere), innanzitutto in punto di individuazione della nozione di 'giustificato motivo' e del suo ambito di applicazione, è sufficiente considerare il rapporto tra la disposizione bancaristica generale, l'art. 118 appunto, e quella dettata, in seguito all'attuazione della direttiva sui servizi di pagamento, in quest'ultima materia dall'art. 126-*sexies*. Si deve intanto registrare una diversa impostazione di fondo in letteratura tra quanti considerano lo *ius variandi* ammesso (in linea generale, e poi nei rapporti bancari) solo a fronte di sopravvenienze imprevedibili ed eccezionali e quanti, invece, lo considerano un ordinario strumento di gestione delle sopravvenienze nella durata del rapporto, con la conseguente necessità di delimitare l'ambito dei rapporti bancari cui applicare la disciplina speciale anziché quella generale.

Su ciò si innesta l'ambiguità delle norme, che nel primo caso prevedono la necessità di una specifica approvazione per iscritto e di un giustificato motivo per la modifica delle «condizioni previste dal contratto» (quindi non delle condizioni «nuove»), da effettuarsi reciprocamente in termini bilaterali in dipendenza dell'andamento del criterio invocato (Sciarrone Alibrandi, Mirone), distinguendosi poi tra contratti a tempo indeterminato (per i quali è ammessa anche la variazione del tasso) e contratti a tempo determinato (per i quali la variazione del tasso non è ammessa), mentre in materia di servizi di pagamento è ammessa la deroga per i clienti diversi dai consumatori e microimprese, non è necessaria la specifica approvazione per iscritto (Mirone), né è richiesto il giustificato motivo, salvo per i consumatori in ragione dell'espresso rinvio all'art. 33, 3° e 4° co., c.cons. (e anche in questo caso la diversità di trattamento appare ingiustificata in dottrina, tanto più per chi ritiene che il giustificato motivo debba confinarsi all'area delle modificazioni imprevedibili: v. ancora, in questo senso, Sciarrone Alibrandi, p. 75; in senso contrario Mirone, 2014, pp. 409 ss.), la modifica è ammessa in linea generale con riguardo alle «condizioni contrattuali» (e non a quelle già previste in contratto) senza che sia necessaria, almeno secondo una parte della dottrina, la biunivocità delle modifiche (Mirone).

Si tratta, come è agevole rilevare, anche in questo caso di un quadro estremamente frastagliato e disorganico, che sollecita, è su questo punto che si è voluta

richiamare l'attenzione, un intervento di semplificazione e di consolidamento della disciplina che si è depositata alluvionalmente nel Tub.

3. Origine e introduzione della disciplina di trasparenza

È ben noto il collegamento tra le trasformazioni profonde che il sistema bancario italiano ha conosciuto nel corso degli anni '80 e '90 del '900 e l'introduzione di una disciplina della trasparenza bancaria, che nasce originariamente forse non solo ma innanzitutto per introdurre misure di razionalizzazione dell'offerta idonee a contribuire alla realizzazione del nuovo *standard* della concorrenza bancaria, introdotto in seguito al processo di liberalizzazione e di privatizzazione del settore provocato dall'attuazione della prima e della seconda direttiva in materia creditizia.

Il 1985 – con l'entrata in vigore del d.PR 27 giugno 1985, n. 350, di attuazione della prima direttiva in materia (dir. 77/780/Cee) – segna infatti l'avvio di una fase di privatizzazione e di liberalizzazione dei mercati, che supera la lunga fase precedente della "pietrificazione" del sistema, come si era detto allora (Amato), poi compiutasi con la consolidazione normativa nel testo unico bancario del 1993 (d.PR 1 settembre 1993, n. 385), e caratterizzata innanzitutto dall'affermazione del carattere di atto dovuto dell'autorizzazione a svolgere l'attività bancaria (sussistendo i requisiti di legge), dall'abbandono del carattere discrezionale (sulla base di considerazioni macroeconomiche) che l'autorizzazione rivestiva sotto la legge bancaria, e dalla de-funzionalizzazione dell'impresa bancaria rispetto agli obiettivi di politica economica del Governo.

È altresì ben noto che nel precedente regime, per un lungo tratto, l'avvio di nuove iniziative imprenditoriali e l'apertura di nuovi sportelli per quelle preesistenti avevano formato oggetto di gravi restrizioni fino a un vero e proprio blocco delle autorizzazioni disposto dalle Autorità di vigilanza, e che solo sulla spinta dell'introduzione al livello europeo del principio del mutuo riconoscimento, con la seconda direttiva in materia bancaria, e quindi della circolazione delle autorizzazioni ottenute nel paese di origine dalle imprese bancarie comunitarie, il sistema italiano è potuto finalmente passare ad una fase di liberalizzazione dei mercati, di privatizzazione degli assetti proprietari e di introduzione dei principi della concorrenza anche nel settore bancario, principi che erano invece rimasti a lungo estranei e che anzi erano apertamente ritenuti, tanto sul piano teorico che su quello politico, di ostacolo alla tutela della stabilità del sistema, poiché, si diceva, l'introduzione della

concorrenza avrebbe indotto le banche ad assumere oneri sproporzionati per conquistare nuova clientela, che si sarebbero tradotti in una minore accessibilità del credito (necessariamente più costoso), nella ricerca di impieghi più rischiosi che avrebbero determinato una minore stabilità (e un aumento dei costi del credito), in una scorretta allocazione delle risorse finanziarie e quindi, in definitiva, in una più debole tutela del risparmio a causa della maggior rischiosità degli impieghi cui le banche avrebbero dovuto far ricorso per sostenere il costo della raccolta.

Nella nuova fase, il principio della concorrenza è invece entrato a pieno titolo tra i principi fondamentali del diritto bancario come principio di efficienza dell'impresa e del mercato, e la vigilanza in materia, prima affidata alla Banca d'Italia appunto per le connessioni che presentava con la tutela della stabilità, a partire dal 2005, superando la precedente situazione (da più parti denunciata come anomala e sostanzialmente "protezionistica"), è ora affidata all'Agcm (con la cd. legge di tutela del risparmio 28 dicembre 2005, n. 262, art. 19, co. 11).

È innanzitutto in ragione di tali processi di riconfigurazione, impostati nei lineamenti fondamentali tra il 1985 e il 1993, che si è affermata anche nel settore bancario, parallelamente all'affermarsi della legislazione consumeristica, l'esigenza di disciplinare sotto il profilo della 'trasparenza' contrattuale l'attività di impresa delle banche.

Mentre si individua nella trasparenza contrattuale un ulteriore presidio per la concorrenzialità (e quindi anche per la stabilità) del sistema (nelle *Considerazioni finali* del Governatore della Banca d'Italia per l'esercizio 2007, Roma, 2008, pp. 17-18, così si legge: «anche se i fatti degli ultimi tempi sono tornati a ricordarci che la prima difesa dei risparmiatori è la stabilità del sistema bancario, la correttezza e la trasparenza dei rapporti con i clienti costituiscono un ulteriore, fondamentale presidio; sono condizione per il pieno agire della concorrenza»), si persegue in tali termini altresì il fine, per un verso, di ottenere un più equilibrato assetto contrattuale tra gli intermediari e i clienti, e, per altro verso, di contribuire alla conformazione del mercato bancario (impostato sulle nuove basi concorrenziali) con una normativa di trasparenza che assurge a valore a sé stante dell'ordinamento bancario, riportando gli obblighi di trasparenza innanzitutto a una questione «non di equilibrio o non solo di equilibrio, ma di efficienza dell'impresa» (Mucciarone), o in termini più comprensivi e generali, prendendo a prestito l'espressione che la legge impiega nel settore contiguo dell'intermediazione finanziaria, all'«integrità dei mercati» (Zoppini, 2011; Mirone, 2014, p. 395).

Il testo vigente dell'art. 127 Tub prevede, d'altra parte, che le Autorità creditizie esercitino i poteri pre-

visti dal Titolo VI, dedicato alla trasparenza, «*avendo riguardo, oltre che alle finalità indicate nell'articolo 5*», vale a dire alle esigenze di «*sana e prudente gestione*», di «*stabilità complessiva*», «*efficienza*» e «*competitività del sistema*», altresì «*alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela*» (la nozione di cliente esclude le banche e le società finanziarie, e si articola poi in diversificati sistemi di tutela nelle diverse aree in cui si suddivide la disciplina) e che «*a questi fini la Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del Cibr, può dettare anche disposizioni in materia di organizzazione e controlli interni*».

Nel sistema previgente, in cui l'attività bancaria era posta a tutela di interessi pubblici e governata dal principio dell'impresa-funzione, si può capire che la tutela del cliente, nella prospettiva pubblicistica della vigilanza, fosse assorbita dalla tutela della stabilità e dalla tutela oggettiva del risparmio (Zoppini, 2011) e chiarire che quindi «una linea di politica del diritto ispirata a una programmazione organica dell'economia e in cui l'iniziativa pubblica è molto rilevante, tende a velare, come di fatto sembra essere avvenuto, l'esigenza della tutela *diretta* del consumatore» (Nicolussi), giacché le condizioni vessatorie e la concertazione contrattuale, pur se di incerta legittimità, conducono comunque ad un rafforzamento delle imprese bancarie e quindi alla loro stabilità, con il che, fino a quando le imprese hanno operato «in regime di oligopolio territoriale, con limitazioni anche per quanto riguarda il numero e la localizzazione degli sportelli, si può comprendere che il sistema non si preoccupi di assicurare la libertà di scelta dei terzi contraenti» (Salanitro).

Ma con ciò non può certamente ignorarsi che nel sistema previgente la tutela della clientela finiva per risultare, anche sulla base di quella che forse può considerarsi una malintesa deriva del principio di stabilità, del tutto assente, e che gli strumenti di razionalizzazione e di organizzazione del mercato bancario non fossero rivolti, né direttamente né indirettamente, alla tutela contrattuale dei clienti, ma semmai a creare le condizioni di stabilità e di affidabilità che avrebbero consentito di realizzare l'imperativo costituzionale della tutela del risparmio e della promozione del credito (art. 47 Cost.). Ma il perseguimento con queste modalità di tali obiettivi, come nel tempo si è potuto ampiamente constatare, si traduceva, al contrario, in un formidabile incentivo all'inefficienza delle imprese (tra altri, v. ad es. Dolmetta, 2013, p. 3 ss.), che finiva invece per frustrare gli stessi obiettivi di stabilità e di tutela del risparmio cui sarebbero dovuti risultare strumentali.

La clientela si trovava di fronte ad un sistema di straordinaria opacità: si pensi ancora e per fare un solo esempio alla clausola di determinazione degli in-

teressi *per relationem* al cd. «uso piazza», che fino al 1992 costituiva la regola nei rapporti bancari (e introduceva di fatto un illimitato potere di modificazione unilaterale in capo alla banca), ma che di fatto è rimasto in vigore nei rapporti bancari assai più a lungo, ovvero alla prassi dei giorni-valuta il cui superamento è iniziato con la legge sulla trasparenza e si è concluso con la nuova disciplina dei pagamenti, o ancora alla circostanza che è stata necessaria una norma di legge per imporre l'obbligo di consegna di un esemplare del contratto al cliente.

Ora, se l'originario disegno del sistema della trasparenza era certamente funzionale all'introduzione del principio di concorrenza anche all'interno del settore bancario e quindi alla ricerca di un più soddisfacente quadro di efficienza nella gestione dell'attività di impresa e di relazioni con la clientela, oggi, con la nuova formulazione dell'art. 127, cui si è già fatto riferimento, può dirsi che la trasparenza (con il suo implicito riferimento all'equilibrio delle relazioni contrattuali) sia divenuto un valore in sé. L'Autorità di vigilanza nell'esercizio dei poteri previsti nel Titolo VI del Tub, oltre a quelli previsti nell'art. 5, e cioè alle esigenze di «*sana e prudente gestione*», di «*stabilità complessiva*», «*efficienza*» e «*competitività del sistema*», deve ispirarsi altresì «*alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela*», anche nel dettare «*disposizioni in materia di organizzazione e controlli interni*», benché sia ancora discusso se tale norma debba essere intesa, come a me sembrerebbe di dover concludere, in termini di riconosciuta autonomia del «valore» della trasparenza rispetto a quello dell'efficienza dell'impresa e del mercato concorrenziale (così Nigro, 2011, p. 31), ovvero se la trasparenza debba essere considerata ancora e sempre una funzione ausiliare di quest'ultima, come ritiene invece altra dottrina bancaria (in questo senso, ad es., Mirone, 2014).

A me pare che anche la disciplina di trasparenza emanata dalla Banca d'Italia (sez. I, *Disposizioni generali*, par. 1.2, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, del 29 luglio 2009 e s.m.i.), sulla scorta delle disposizioni di legge, sia poi molto chiara nell'individuare l'autonomia della nozione di trasparenza, e allo stesso tempo nell'individuare il contenuto sostanziale in termini che vanno al di là della nozione più restrittiva (che quasi la esaurisce sostanzialmente nei precetti, che ormai invero possono considerarsi davvero elementarissimi, di chiarezza e di completezza dell'informazione e nei diversi vincoli di forma in cui tali obblighi si articolano, ma sull'intreccio tra i due significati di 'trasparenza' tornerò brevemente tra poco) quando afferma bensì che «le informazioni previste ai sensi delle presenti disposizioni sono rese alla clientela in modo corret-

to, chiaro ed esauriente nonché adeguato alla forma di comunicazione utilizzata e alle caratteristiche dei servizi e della clientela», ma altresì che «in applicazione del principio di proporzionalità, la disciplina si articola secondo modalità differenziate in relazione alle esigenze delle diverse fasce di clientela e alle caratteristiche dei servizi», e che «la disciplina sulla trasparenza presuppone che le relazioni d'affari siano improntate a criteri di buona fede e correttezza» (sez. I, *Disposizioni generali*, par. 1.2, *Principi generali*).

4. Diversi significati del termine trasparenza. Oltre la trasparenza

Fin dagli esordi della disciplina della trasparenza bancaria l'accento dei commentatori è stato messo sulle diverse funzioni che tale normativa era intesa a perseguire, funzioni di informazione della clientela, di razionalizzazione dell'offerta, di efficientizzazione dell'attività di impresa, di confrontabilità dei prodotti bancari (che, poi, in larga misura, anche se non in modo completo come avviene tipicamente nell'assicurazione, coincidono con i contratti, piuttosto che riferirsi a 'beni della vita' ad essi esterni) nelle diverse offerte di mercato, ma è nel prosieguo del tempo e alla luce dell'evoluzione del sistema normativo di cui si è fatto cenno che l'interprete si pone espressamente di fronte all'interrogativo dei percorsi da definire 'oltre' la trasparenza, per la realizzazione degli scopi segnati dall'art. 127 Tub (in forma interrogativa, così s'intitolava infatti il Convegno promosso nell'ottobre 2010 dall'*Associazione europea per il diritto bancario e finanziario*).

L'espressione "trasparenza", che è un'espressione comune tanto ai settori regolati quanto alla più generale disciplina dei rapporti con i consumatori, assume, come pure è noto, diversi significati.

In linea generale con l'espressione trasparenza ci si riferisce in senso proprio alla chiarezza e comprensibilità nella redazione del contratto (art. 35, 1° co., c.cons.), ma l'espressione si estende a contemplare, in termini già più ampi, altri vincoli di forma (i vincoli di forma in senso proprio e i c.d. vincoli di forma-contenuto) e gli obblighi di comportamento (obblighi di informazione, di avviso, di salvaguardia).

Ma con l'espressione trasparenza contrattuale si fa anche riferimento, in termini ancor più estesi, all'intero complesso della disciplina della correttezza nei rapporti contrattuali con la clientela, e in proposito il Titolo VI e le *Disposizioni* della Banca d'Italia appaiono espliciti. In questo senso, con l'espressione trasparenza ci si riferisce direttamente anche al controllo del contenuto del contratto e alle misure di riequilibrio delle asimmetrie non solo di informazione

ma anche di posizione, di potere contrattuale, di obblighi e diritti dal contratto scaturenti.

In altre parole non si dà trasparenza in termini di sola informazione, secondo l'idea di fondo che tutto sommato è passata nella percezione generale (Porzio) dell'idea di trasparenza contrattuale, ma essa deve estendersi altresì alla valutazione dei contenuti, e così del discorso della trasparenza contrattuale fa parte anche il sindacato che la legge e la disciplina secondaria introducono in termini di misure organizzative dell'impresa e di contenuti normativi (disciplinari) e altresì economici del contratto, come è chiaro se solo si considera la disciplina dell'usura, quella dell'anatocismo, quella delle commissioni di massimo scoperto, e poi delle commissioni di disponibilità fondi, di cui il legislatore fissa anche l'importo percentuale massimo ammesso.

Peraltro, è anche sul terreno più elementare della trasparenza, intesa quindi come insieme degli obblighi di informazione e di forma finalizzati alla razionalizzazione della disciplina del rapporto e alla confrontabilità delle offerte sul mercato, che negli anni più recenti si è assistito ad una parziale ridefinizione degli strumenti impiegati, sia nella direzione della acquisita consapevolezza dell'insufficienza dell'informazione, sia nella direzione del riconoscimento della reciproca influenza e necessaria complementarietà tra le misure di trasparenza in senso stretto e le misure di riequilibrio.

Se, infatti, la prima generazione di norme sulla trasparenza aveva comportato (e tuttora comporta) la produzione di una enorme quantità di materiali informativi, in epoca più recente, acquisito il carattere controeffettivo di simili apparati di regole, che producono un eccesso di informazione senza corrispondenti risultati vantaggiosi per il cliente (benché ritenga anche io che non si debba del tutto svalutarne in significato: v. in termini di rivalutazione dei requisiti formali Mirone, 2014; Rufini), che finisce per imporre costi transattivi (e di produzione) spesso inutili nella prospettiva della tutela del cliente, si è in parte seguita la strada della semplificazione informativa.

Oggi è consapevolezza diffusa, maturata sulla base degli studi sulla limitata razionalità del consumatore in chiave di economia comportamentale che in definitiva hanno rinnovato la consapevolezza del giurista secondo cui il cliente «è per definizione un uomo che ha fretta», che quindi non ha tempo di leggere i fogli informativi e lo stesso contratto (e d'altra parte se lo leggesse spesso non lo capirebbe, e se lo capisse verosimilmente non sarebbe in condizioni di ottenerne una modifica o comunque di sottoporlo a negoziazione, come ci viene ricordato riprendendo le parole di rara concretezza ed efficacia del giurista inglese), consapevolezza, si diceva, innanzitutto dell'insufficienza dell'informazione al fine di ripristinare l'equilibrio

delle asimmetrie, e anche solo delle asimmetrie informative che corrono tra le parti, giustificando così, anche su questo primo terreno, l'introduzione di misure di controllo e di riequilibrio ulteriori (Gabrielli), ma altresì della necessità di rielaborare la teoria degli obblighi informativi nel senso della semplificazione, della mediazione delle informazioni al consumatore o al cliente al fine di consentire a quest'ultimo la percezione non tanto dei dati di fatto che si tratta di comunicare, quanto del loro significato in termini di valutazione del prodotto (e in questo senso si discorre di verifica dell'adeguatezza dei prodotti proposti al consumatore e di ampliamento della disciplina della trasparenza fino a comprendervi un vero e proprio obbligo di "assistenza" e "consulenza" da parte del professionista) e del prezzo del prodotto.

Alla prospettiva appena ricordata, si affianca poi l'esigenza di introdurre misure positive di semplificazione dell'informazione da trasmettere al consumatore o al cliente, come accade in ambito di intermediazione finanziaria nella disciplina del prospetto, ove si è rilevato che «il prospetto informativo ... non si è dimostrato un mezzo idoneo a fornire una risposta efficace al bisogno di conoscenza. Un eccesso di informazioni equivale quasi sempre a una carenza di informazioni ... Consob è stata fra le poche autorità europee a richiedere l'inserimento, nelle pagine iniziali dei prospetti, di uno specifico paragrafo, denominato "avvertenze per l'investitore", che contiene una descrizione sintetica dei principali rischi legati all'investimento».

Una simile tendenza si manifesta nella recente sistemazione della materia dell'informazione in campo bancario.

Si pensi alla specificazione dell'obbligo di divulgazione delle condizioni contrattuali nelle filiali mediante pubblicazione di «fogli informativi» sull'«intermediario, sulle condizioni e sulle principali caratteristiche dell'operazione o del servizio» (*Disposizioni*, sez. II, par. 3), informazioni che sebbene possano essere predisposte in termini da rendere improbabile la difformità a svantaggio del cliente (che è espressamente vietata), determinandole in termini molto elevati, d'altra parte possono formare oggetto di divulgazione altresì da parte di terzi, anche mediante confronto con quelli di altre imprese bancarie e di conseguenza nuocere alla posizione di mercato della banca (Mirone).

Si pensi, poi, alla predisposizione di un documento di sintesi che deve essere allegato al contratto, di cui forma parte integrante solo in caso di accordo in tal senso tra le parti (*Disposizioni*, sez. II, par. 7), il che dovrebbe anche significare che il difetto di specifiche indicazioni previste tassativamente nel contratto, e quindi l'applicazione in difetto dei criteri suppletivi previsti dalla legge (art. 117, co. 7 Tub), non può, in di-

fetto di specifico accordo in tal senso, essere colmato facendo ricorso al documento di sintesi (come talora invece accade nella giurisprudenza dell'Abf).

Si pensi, ancora, alla redazione delle "guide pratiche" che gli intermediari «mettono a disposizione della clientela» in materia anche di conti correnti «offerta ai consumatori» e di meccanismi di definizione stragiudiziale delle controversie oltre che di credito e di credito immobiliare ai consumatori (*Disposizioni*, sez. II, par. 2), all'obbligo di consegna di una copia del contratto «prima della conclusione» (*Disposizioni*, sez. II, par. 6), e così alla necessaria predisposizione di documenti informativi sintetici armonizzati su scala europea in materia di credito al consumo, come il modulo denominato "Informazioni europee di base relative al credito ai consumatori", nonché l'estensione dell'"indicatore sintetico di costo" anche al di fuori del credito al consumo (art. 116, co. 1-bis, Tub).

Ma su questa linea è sembrato che il legislatore abbia talvolta spinto gli obblighi dell'intermediario sulla strada di un vero e proprio paternalismo, prevedendo una forma di consulenza sull'adeguatezza dello strumento contrattuale ai bisogni del cliente.

A tal proposito vengono richiamati l'art. 124, co. 5, Tub, ove si contempla l'obbligo del finanziatore di fornire al consumatore adeguati chiarimenti affinché possa valutare se il contratto di credito sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria, e oggi l'art. 120-*novies*, co. 2, laddove prevede che l'intermediario fornisca al consumatore «le informazioni personalizzate necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, valutarne le implicazioni e prendere una decisione informata», così come la sez., XI n. 2 delle *Disposizioni*, laddove si prevede che l'intermediario adotti procedure interne volte ad assicurare che «il cliente non sia indirizzato verso prodotti evidentemente inadatti rispetto alle proprie esigenze finanziarie».

In questa direzione possono valorizzarsi anche le modalità e i termini della verifica del merito creditizio prevista dall'art. 124-*bis* Tub e ora anche dall'art. 120-*undecies* Tub in materia di credito immobiliare, due disposizioni che, se non le si vogliono considerare un'inutile reiterazione di un precetto generale dell'attività bancaria di erogazione del credito, devono essere intese in termini di obbligo contrattuale, rivolto quindi alla controparte e non già alla «sana e prudente gestione». Se è così, allora la valutazione del merito creditizio va al di là della normale verifica che l'impresa bancaria deve sempre compiere prima di procedere all'erogazione estendendosi all'obbligo di assicurare un'erogazione (e, correlativamente, un'assunzione) responsabile del credito rivolta a prevenire situazioni di sovraindebitamento.

In questo senso l'art. 124-*bis* viene considerato in dottrina (ad es. Nigro 2011), anche in relazione alla

disciplina delle direttive di cui è attuazione, e in particolare al *considerando* n. 26 (con rilievi che trovano più ampia conferma nel *considerando* n. 29 della dir. 2014/17 sul credito immobiliare ai consumatori), nella riflessione sullo sviluppo di obblighi di vera e propria consulenza incidentale a carico dell'intermediario, ed è quindi inteso come norma avente «rilievo negoziale» e civilistico (Dolmetta 2013, pp. 131 ss.), che entra a far parte del «contenuto dell'obbligazione privatistica» (Sirena, 2016, p. 233).

La prospettiva degli obblighi di assistenza o di consulenza nella individuazione del prodotto adeguato, adatto alle esigenze del cliente, apre quindi, come ancora si osserva in dottrina (Nigro, 2011), due scenari estremamente delicati: in primo luogo la costruzione del conseguente obbligo di astensione dell'intermediario in caso di inadeguatezza. Su questo tema può osservarsi che la riformata disciplina degli intermediari finanziari, pur rendendola inderogabile, ha ridotto l'ambito degli obblighi di astensione dell'intermediario al solo caso della consulenza e della gestione di portafogli. In precedenza, invece, la corrispondente previsione aveva carattere di generalità, per il caso in cui il cliente non fornisse le informazioni necessarie a valutare l'adeguatezza del prodotto o per l'evenienza che dalle informazioni fornite il prodotto risultasse inadeguato. Oggi, nei servizi diversi dalla consulenza e dalla gestione, l'intermediario può limitarsi a vagliare l'appropriatezza dell'investimento richiedendo al cliente le relative informazioni e informandolo dell'eventuale inapproprietezza (anche a mezzo di moduli standardizzati), senza che siano necessarie cautele ulteriori (e neppure questa disciplina si applica, poi, alla mera esecuzione per conto dei clienti o alla ricezione e trasmissione di ordini ricorrendo le condizioni previste dal Regolamento intermediari).

In secondo luogo, dalla prospettiva degli obblighi di «assistenza» e di «consulenza», si apre il problema della responsabilità della banca che, in violazione dell'obbligo così individuato, abbia fatto acquistare al cliente un prodotto bancario non adatto alle sue esigenze, non adeguato.

Come è noto, il problema della responsabilità della banca per violazione dell'obbligo di erogazione «prudente» o «responsabile» del credito è un problema (collegato al divieto di concessione abusiva) che si è posto soprattutto nei confronti dei terzi che abbiano subito un danno a causa dell'artificioso mantenimento in vita, appunto in virtù del credito indebitamente somministrato, dell'impresa in crisi. Mentre nella prospettiva che è ora in esame, il tema della responsabilità si pone in termini ancor più delicati, quelli della responsabilità della banca da illegittima concessione del credito nei confronti dello stesso prenditore, dato che alla luce della disciplina più recente si tende oggi

a ritenere in letteratura la sussistenza di un vero e proprio obbligo di assistenza da parte del banchiere nei confronti del contraente (del solo contraente consumatore, cui si rivolgono espressamente le norme in esame sulla base della giustificazione della più agevole ponderabilità dell'accesso al credito per il cliente professionale).

Pur non conducendo ad un divieto di concludere l'operazione in caso di sua inadeguatezza, essendo l'ultima parola rimessa al cliente, può allora determinarsi (non già una nullità, non espressamente prevista, ma) una responsabilità del banchiere inaccorto, responsabilità che è rivolta a far fronte alle conseguenze pregiudizievoli che dalla successiva difficoltà di gestire il prodotto creditizio derivano in capo al consumatore stesso (inclusi, quindi, i pregiudizi determinati dalla conseguente qualificazione di «cattivo pagatore»), costituendo così, ove si ritenga di poter aderire a una simile prospettiva, un esempio quasi paradigmatico di intervento e di obbligazione paternalistica da parte del legislatore e in capo all'impresa bancaria, di cui si dovrebbe forse approfondire, tra l'altro, la capacità di determinare una contrazione delle erogazioni anche al di là della selezione creditizia richiesta dalla norma.

Due ulteriori prospettive devono essere qui registrate nella disciplina della trasparenza (in senso ampio), in quanto capaci di superare l'idea diffusa della trasparenza come mero sistema di informazioni e di formalità da rendere al cliente, di cui si è già accennata l'ineffettività.

La prima riguarda l'obbligo del banchiere di adottare determinate misure organizzative affinché al cliente vengano resi quei servizi di ragionevole consulenza non solo sull'effettivo significato del prodotto proposto ed eventualmente acquistato, e sulla sua adeguatezza alla situazione del cliente e ai suoi bisogni finanziari (anche qui la realtà supera sempre la fantasia, ed è sufficiente una scorsa alla casistica proposta dall'esperienza giurisprudenziale e a maggior ragione da quella più capillare ed immediata dell'Arbitro bancario e finanziario per rendersene conto: si pensi al caso della banca che propone a una coppia di pensionati l'apertura di credito garantita da titoli, e resta poi del tutto inerte al momento della scadenza dei titoli, quando il capitale investito si trasforma in pura liquidità a fronte della quale la sussistenza del prodotto finanziario «apertura di credito» diventa vieppiù incomprensibile, come i costi che questo meccanismo determina: è il caso deciso da Abf Milano n. 1272/2011, riportato da Dolmetta 2013, p. 126 nt. 13). È nei termini della prospettiva così delineata che la dottrina si chiede se sia configurabile la responsabilità della banca nei confronti del cliente, e una pretesa azionabile da quest'ultimo anche nelle forme delle azioni collettive ed esponenziali previste

nell'ordinamento, per la mancata adozione di tali misure (Nigro, 2011).

La seconda invece concerne la stessa incidenza della disciplina di trasparenza e di riequilibrio delle relazioni banca-cliente sulla sana e prudente gestione (art. 5 Tub) cui si deve informare l'attività bancaria. Nella misura, infatti, in cui alla disciplina della trasparenza si riconosce, come dai più viene riconosciuta, la funzione di perseguire l'obiettivo «per il medio del cliente» dell'efficienza dell'attività bancaria (Dolmetta, Mucciarone), o dell'integrità dei mercati bancari e finanziari (Zoppini, 2011; Mirone, 2014), le pretese inerenti la trasparenza e l'equilibrio divengono anche pretese rivolte a sindacare le modalità di gestione delle risorse e di allocazione del credito (v., per uno spunto in tal senso, Dolmetta, 2011, p. 62).

5. Le ipotesi di disciplina dell'equilibrio accanto a quella della trasparenza

La trasparenza (intesa come trasparenza informativa, *i.e.*: obblighi di chiarezza, obblighi di informazione, obblighi di forma e di forma-contenuto) è strettamente intrecciata, e talvolta è complementare o strumentale all'equilibrio contrattuale.

Essa serve in primo luogo a ridurre gli effetti negativi delle asimmetrie informative, a favorire una scelta informata e ponderata da parte del cliente, a razionalizzare le offerte del professionista sul mercato e a favorirne la confrontabilità anche attraverso apparati informativi semplificati e omogenei rispetto ai quali agli operatori è fatto obbligo di adeguamento.

Tuttavia, come si è già notato in via generale, la trasparenza informativa di per sé non appare capace di mitigare le asimmetrie del rapporto banca-cliente, e per la verità neppure le asimmetrie specificamente informative. Si è già ricordata la tendenza a rivedere la versione solo "informativa" della trasparenza sulla base del conseguito convincimento che un eccesso di informazioni equivale a nessuna informazione, della relativa incapacità o impossibilità del cliente di recepire e di elaborare le informazioni che gli vengano trasmesse, del carattere spesso puramente virtuale (e in definitiva "burocratico") del processo informativo.

In questo senso, ma per la verità non solo in questo, la disciplina della trasparenza informativa non è, fin dal momento della sua introduzione, autosufficiente, donde l'attenzione del legislatore (e degli interpreti) anche per la dimensione del riequilibrio delle relazioni contrattuali tra banche e clienti, che sia idonea a mitigare il tante volte additato "strapotere" delle banche nella relazione contrattuale, la particolarità dei prodotti bancari e finanziari in termini di informazione (l'idea che si tratti cioè di *experience*

goods, o anche di *credence goods*, cioè di prodotti la cui adeguatezza e la cui qualità non può essere valutata che con l'esperienza, quindi *a posteriori*, e talvolta, come quando si tratta di effetti a medio o lungo termine o di effetti suscettibili di essere apprezzati solo sulla base di dispendiosi confronti ed elaborazioni di dati, neppure con quella, e quindi sulla base della sola fiducia corrente con l'intermediario).

Non è certamente casuale che i profili del riequilibrio siano quelli più ampiamente toccati nell'esperienza pratica, nella continua tensione legislativa, nelle riflessioni dottrinali.

Si pensi al tema dell'anatocismo bancario, toccato di recente da continui interventi normativi (che finiscono sempre per dover fare i conti con la circostanza, messa in luce, tra altre, da Ferro-Luzzi, che quanto viene maturato a titolo di interessi deve pure, a un dato momento, divenire esigibile e quindi o essere pagato o essere preteso, e come tale essere, sempre, "capitalizzato").

Si pensi poi alla materia delle commissioni in generale e della commissione di massimo scoperto in particolare, che in sostanza rappresentava una voce aggiuntiva di remunerazione del fido, capace di sollevare riserve in punto di validità, e anche di acausalità dell'attribuzione (su questo v. ad es. Dolmetta), oggi come noto "sostituita" da una commissione di "messa a disposizione dei fondi" (da taluno definita come un «oggetto misterioso»: Sciarrone Alibrandi) di cui il legislatore fissa anche l'ammontare massimo (del che si sospetta l'illegittimità: Mirone), provocando verosimilmente anche effetti anticoncorrenziali (Mucciarone).

Si pensi inoltre al tema delle spese e delle commissioni, su cui tornerò anche più avanti, che rappresenta un altro terreno di elezione del rapporto tra forma e sostanza dei rapporti banca cliente, terreno sul quale i passi avanti compiuti in venticinque anni di trasparenza bancaria non sembrano molto convincenti, se si considera l'indistinzione di remunerazioni e spese che spesso è propria delle operazioni e dei servizi bancari, e l'assoluta mancanza di informazioni cui si accompagna la relativa annotazione (e su questo terreno il legislatore è dovuto intervenire più volte di recente per specificare che in determinate circostanze, ferma restando la gratuità per il cliente ad es. dell'estinzione del rapporto, possono eventualmente addebitarsi solo le spese, purché tali spese corrispondano a quelle effettivamente sostenute dalla banca nella specifica situazione, ovvero nell'introdurre la cd. "commissione di istruttoria veloce", che deve corrispondere ai costi effettivamente, e sia pure mediamente, sopportati, costi che tuttavia, per il carattere bagatellare delle relative questioni al livello individuale, ben difficilmente troveranno occasione di essere verificati e sindacati).

Si pensi all'usura, che rappresenta un settore in cui la confusione mi pare direttamente proporzionale all'incidenza sulla sostanza del rapporto, ma rispetto alla quale si dovrebbero meglio delineare, anche in giurisprudenza, i confini: essendo (o dovendo essere) chiaro che l'usura ha a che fare (solo) con i corrispettivi (e pertanto certamente non con gli interessi moratori, nonostante le diverse prese di posizione della giurisprudenza, né con le penali, come correttamente ritenuto, questa volta, dalla prevalente giurisprudenza) e che l'usura cd. in astratto non si applica al di fuori dei rapporti di mercato (trattandosi di una disciplina rivolta a regolare, appunto, il mercato del credito), mentre nei rapporti occasionali si deve far riferimento alla sola usura in concreto, che del resto caratterizza di per sé gli ambiti più propriamente "criminali" dell'usura (v. in questa direzione Ferro-Luzzi, 2011, Barengi; diversamente, ad es., Mucciarone) e che una disciplina dell'usura in astratto come provvedimento di 'calmiere', sia pure autoreferenziale del mercato fosse non solo utile ma indispensabile può forse giudicarsi facendo riferimento a certe decisioni della Corte europea in casi di credito al consumo che presentano tassi effettivi superiori al 50% annuo (è il caso *Pereničová*, cit. *infra*).

Ma si pensi anche, quale ulteriore evenienza in cui si verifica un'interferenza tra trasparenza ed equilibrio, ai casi in cui, nella disciplina generale, il regime della trasparenza in senso stretto (nel senso di chiarezza e comprensibilità delle clausole e delle informazioni) si trasforma, sotto il profilo dei rimedi, in misura di controllo e di limitazione del contenuto degli atti di autonomia privata. Sotto un primo profilo occorre ricordare che secondo la giurisprudenza europea, la trasparenza obbliga quindi il predisponente a rendere edotta la controparte della portata, diretta e indiretta, dei diritti e degli obblighi assunti e sul piano strettamente giuridico e dal punto di vista economico: l'obbligo di chiarezza e di comprensibilità non si limita infatti al significato letterale e grammaticale del testo ma si estende al suo significato economico e giuridico, mentre per altro verso si sottolinea, sempre da parte della Corte di giustizia, che il controllo contenutistico si giustifica ogni qual volta la clausola non sia indispensabile ai fini della determinatezza o determinabilità del contenuto contrattuale (quindi la clausola è soggetta a sindacato quando, anche senza di essa, il contratto non sarebbe nullo), mentre il sindacato è da escludere solo per le clausole che «fissano le prestazioni essenziali dello stesso contratto e che, come tali, lo caratterizzano» ovvero che determinano la remunerazione del professionista («in quanto corrispettivo di una prestazione effettuata» dal professionista) per cui «non esiste nessun tariffario o criterio giuridico che possa inquadrare ed orientare un control-

lo siffatto» (Corte giust., 30 aprile 2014, in causa C-26/13, *Kásler e Rábal*).

Mi sembra che quelle qui sopra indicate siano tutte evenienze particolarmente chiare del legame sempre più complesso e profondo che si verifica tra intrasparenza e squilibrio.

6. Dove la trasparenza informativa non è sufficiente: il caso dei costi di distribuzione dei finanziamenti contro cessione del quinto

Un caso paradigmatico può essere assunto a modello delle ipotesi (che sono poi, spesso, ipotesi da perseguire applicando la disciplina delle pratiche commerciali scorrette) in cui la trasparenza, intesa come trasparenza formale, trasparenza informativa, quindi intesa nel senso di quella che è stata, almeno inizialmente, la principale funzione della trasparenza in seguito alla liberalizzazione/privatizzazione del settore, appare ancora deficitaria e in effetti incapace di incidere sull'effettivo squilibrio che si determina nei rapporti creditizi e che la reale configurazione del mercato (oltretutto in un settore che si rivolge a fasce particolarmente esposte della popolazione) alimenta piuttosto che mitigare.

Come è noto, l'art. 125-*sexies* prevede, in caso di estinzione anticipata del finanziamento, che il finanziatore abbia diritto a un equo compenso strettamente giustificato per i costi direttamente proporzionali all'estinzione anticipata del rapporto (che non sia superiore allo 0,5% del residuo per i contratti la cui vita residua sia inferiore a un anno e all'1% del residuo per gli altri contratti: e si è notato in dottrina, da parte ad es. di Mucciarone, come la fissazione di un massimale finisca per produrre un allineamento delle imprese e quindi per limitare gli effetti concorrenziali), e d'altra parte che al consumatore debba esser garantita una riduzione del costo totale del credito (interessi e altri oneri), proporzionale alla vita residua del contratto.

Dal principio di trasparenza deriva, d'altra parte, l'obbligo di chiarire nel contratto, con criteri rigorosi e ragionevoli, quali costi siano da qualificare come non ripetibili (cd. "*up-front*") e quali debbano invece imputarsi ad un meccanismo di maturazione progressiva e siano come tali suscettibili di restituzione parziale in caso di estinzione anticipata (cd. "*recurring*").

Il principio è stato espressamente chiarito nelle comunicazioni della Banca d'Italia del 10 novembre 2009 (*Cessione del quinto dello stipendio e operazioni assimilate: cautele e indirizzi per gli operatori*) e del 7 aprile 2011 (*Cessione del quinto dello stipendio o della pensione e operazioni assimilate. Comunicazione*), nelle quali, con riferimento alla «difficoltà,

talvolta [al]l'impossibilità, per il cliente, di individuare quali oneri debbano essere rimborsati in caso di estinzione anticipata della cessione» determinata dalla «prassi, seguita dagli intermediari, di indicare cumulativamente, nei contratti e nei fogli informativi, l'importo di generiche spese, non consentendo quindi una chiara individuazione degli oneri maturati e di quelli non maturati», si legge, tra l'altro, quanto segue: «onde evitare la mancata conoscenza da parte del cliente del diritto alla restituzione delle somme dovute in caso di estinzione anticipata e la concreta applicazione di tale principio, si richiama l'attenzione a uno scrupoloso rispetto della normativa di trasparenza. In tale ambito è necessario che nei fogli informativi e nei contratti di finanziamento sia riportata una chiara indicazione delle diverse componenti di costo per la clientela, enucleando in particolare quelle soggette a maturazione nel corso del tempo» (*Comunicazione* del 10 novembre 2009), invitandosi quindi gli intermediari a «definire criteri rigorosi, legati a una stima ragionevole dei costi, per individuare eventuali somme da rimborsare ai clienti che abbiano in passato estinto anticipatamente le operazioni, valutando l'opportunità di utilizzare procedure informatiche per calcolare prontamente il *quantum* dovuto» (*Comunicazione* del 7 aprile 2011), con indicazioni poi ribadite, quanto ai costi assicurativi, nei regolamenti Isvap n. 35 del 26 maggio 2012 e n. 40 del 3 maggio 2012.

La consolidata giurisprudenza Abf afferma il carattere sostanzialmente ricognitivo delle norme in materia di rimborso degli oneri pagati anticipatamente e non espressamente riferiti a prestazioni esauritesi al momento della stipulazione (V. Abf Napoli nn. 2473/2011, 3195/2012, 2466/2011, tutte di Manzione); il rimborso parziale, pur se intervenuto in conformità con criteri ritenuti ragionevoli dall'intermediario (incluso il rimborso fondato sullo stesso criterio dell'ammortamento del debito, trattandosi di costi e non di interessi), ove tali criteri non siano stati chiariti *ex ante*, non è ritenuto idoneo a soddisfare l'obbligo restitutorio che insorge in base ai criteri generali (Abf coord., n. 6167/2014, Gambaro); delle somme versate a titolo di premio assicurativo per la stipulazione di polizze connesse al rischio del credito, in difetto di criteri di calcolo indicati nella documentazione contrattuale in conformità delle disposizioni sopra richiamate, risponde anche l'intermediario finanziario in caso di collegamento negoziale tra il contratto di finanziamento e la polizza assicurativa (ad es.: Abf Napoli, nn. 2441/2012, Manzione), legittimazione che non può ritenersi esclusa neppure dalla disposizione dell'art. 22 l. 221/2012, laddove impone all'impresa assicuratrice la restituzione della parte di premio non goduto precisando i criteri cui ci si deve attenere nella relativa liquidazione.

In questo contesto, le controversie tra clienti e intermediari relative all'attività di agenti e mediatori riguardano particolarmente la nullità del contratto per difetto di forma scritta (e tale eccezione viene per lo più disattesa dall'Arbitro quando la partecipazione del terzo intermediario risulti dal contratto di finanziamento: v. al riguardo Abf Napoli, 3 novembre 2014, n. 7265, Bartolomucci: «la sottoscrizione apposta dal mediatore al contratto costituisca di per sé la prova documentale del suo intervento, peraltro sintomatica della sussistenza di un rapporto negoziale, proprio finalizzato al collocamento fuori sede del finanziamento»), e la restituzione *pro rata* delle commissioni versate in unica soluzione in caso di successiva estinzione anticipata del rapporto (commissioni che se riferite ad attività relative all'esecuzione del rapporto devono essere restituite secondo criteri contrattuali trasparenti o, in difetto, secondo il criterio proporzionale Abf Napoli, 5 maggio 2015, n. 3528, Barengli).

Ora, il punto sul quale si vuol qui richiamare brevemente l'attenzione è che l'obbligo di rimborso è sottoposto ad un'articolata disciplina dalla giurisprudenza dell'Abf, che appare tuttavia fondata su elementi formali e talora puramente estrinseci che finiscono per incidere solo marginalmente sul problema e per toccarlo, per così dire, solo dall'esterno, facendo dipendere la soluzione dei casi pratici dalle espressioni usate nella redazione delle clausole, con distinzioni talora molto sottili (e non sempre coerenti con l'esigenza di chiarezza e comprensibilità da cui pure simili ragionamenti prendono le mosse). Nel torrentizio contenzioso che affluisce a tale proposito all'Abf, è infatti agevole riscontrare un significativo *deficit* di trasparenza, che si traduce in una grossolana indicazione dei costi e delle commissioni come delle spese su cui agevolmente la giurisprudenza dell'Abf può far leva per stigmatizzare le prassi del settore, ma altresì evidenti squilibri nella rete di commercializzazione del credito costituita da agenti e mediatori, che si traduce principalmente nella parcellizzazione e nella moltiplicazione dei costi del credito, suddivisa tra una pluralità di soggetti, spesso, questo è forse il punto su cui maggiormente si dovrebbe far leva, senza che vi sia evidenza di un'effettiva corrispondenza con attività svolte in favore del cliente (ma solo con vantaggi di posizione), con conseguente innalzamento dei costi del credito, che giungono a rappresentare percentuali molto significative del capitale finanziato.

Ciò che si vuole mettere in evidenza, è che le *Comunicazioni* e la giurisprudenza dell'Abf, muovendo sotto questo profilo da una concezione tutta formale della trasparenza, e tutta fondata sull'informazione, sulla chiarezza e comprensibilità delle clausole contrattuali inerenti le spese e le commissioni, finiscono per indugiare su elementi puramente estrinseci, che in effetti non appaiono in grado di tutelare effettiva-

mente il cliente, il quale si trova esposto a modalità non ben consigliate di scelta del prodotto, alla mancanza di una idonea assistenza da parte della rete distributiva in ordine all'adeguatezza dello stesso rispetto alla sua situazione economico-finanziaria e alla stessa convenienza intrinseca dello stesso rispetto ai suoi bisogni, e per la stessa configurazione della rete distributiva e a pratiche commerciali di carattere evidentemente "aggressivo".

Solo in taluni casi la necessità di un sindacato sostanziale, di merito, emerge anche nella giurisprudenza Abf a questo proposito. Si tratta dei casi in cui, nella prospettiva risarcitoria, emerge la contestazione della stessa legittimità delle commissioni (che finivano per apparire sostanzialmente usurarie nel complesso dell'operazione), per difetto di causa nel concreto rapporto: così quando si rileva (come accade nella decisione di Abf Napoli, 1° aprile 2015, n. 2125, Conte) che «il valore medio per i compensi di intermediazione per il periodo di riferimento si attesta al 4,24%, mentre i compensi riconosciuti nel caso di specie sono pari al 12% del capitale lordo mutuato» e che «per quanto tale misura non sia censurabile di per sé, va però rilevato che l'intervento del mediatore non si è svolto nel segno della trasparenza e della piena correttezza», il Collegio, alla luce di specifiche circostanze del caso di specie, ha allora potuto giudicare fondata la pretesa risarcitoria del cliente: «per quanto l'ordinamento giuridico non consenta alcun diretto sindacato sulla misura della provvigione riconosciuta a quest'ultimo e, segnatamente, non abbia introdotto un parametro massimo quale limite all'esercizio dei poteri di libera autodeterminazione delle parti, un costo sì elevato dell'intermediazione rispetto alla media di mercato diventa un ulteriore elemento, insieme alle circostanze documentali sopra riferite, che contribuisce a rendere censurabile l'operato degli intermediari resistenti, i quali sono responsabili della violazione degli obblighi informativi e di una condotta contraria ai doveri di trasparenza e correttezza che debbono ispirare i comportamenti degli operatori professionali nelle operazioni di finanziamento».

È chiaro che per l'Abf, attese le caratteristiche puramente documentali del giudizio e il difetto quasi assoluto di evenienze istruttorie, si tratta di un terreno difficile da intraprendere, ed è quindi proprio in simili ipotesi che l'esperienza dell'Abf deve essere accompagnata da una rilevazione delle relative problematiche a fini di vigilanza sulla correttezza degli operatori e sulle pratiche commerciali dagli stessi poste in essere (ed è, d'altra parte, evidente l'importanza di ribadire la competenza Agcm nel controllo delle relative pratiche commerciali), perché possa essere effettivamente garantita l'«integrità del mercato» del credito anche in questo settore.

Nota Bibliografica

Sulla trasparenza bancaria in generale, le più ampie e recenti trattazioni sono quelle di G. Mucciarone, *La trasparenza bancaria*, in *Tratt. Roppo contratti*, V, *Mercati regolati*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 663 ss. (ed ivi, pp. 663 s. in nota 1, una rassegna delle principali modifiche legislative e regolamentari, nonché una dettagliata e minuziosa disamina della complessa e frammentata disciplina dei singoli limiti e delle diverse misure di trasparenza, che l'A. nel complesso tende a ricondurre ad obiettivi di efficienza), e di A.A. Dolmetta, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Zanichelli, Bologna, 2013, che propone una complessiva riformulazione della teoria dei contratti bancari nella prospettiva della trasparenza (muovendo dalla regola di correttezza e buona fede e dalla 'regola di protezione' che ritiene non limitata alla rilevanza della nullità quanto espressione di un precetto di protezione complessivo, da cui trarre una clausola generale «suscettibile di applicazioni ampie e utilizzi oggi neppure prevedibili», ivi p. 44), nonché quelle contenute nei contributi ordinati da E. Capobianco (cur.), *I contratti bancari*, in *Tratt. contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Utet, Torino, 2016 (ed ivi v. spec. E. Capobianco, *Profili generali della contrattazione bancaria*, p. 5 ss.; E. Caterini, *La trasparenza bancaria*, pp. 135 ss.; P. Sirena e D. Farace, *I contratti bancari del consumatore*, pp. 226 ss.); sempre di recente, v. altresì A. Mirone, *Sistema e sottosistemi nella nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Banca borsa*, 2014, I, pp. 377 ss. (nonché Id., *La trasparenza bancaria*, Cedam, Padova, 2012), ed ivi ampia letteratura (anche economica) e riferimenti ai precedenti scritti dell'A. Per una riassuntiva e sintetica trattazione dei principali temi della trasparenza bancaria e del credito ai consumatori, sia inoltre permesso di fare riferimento al mio *Diritto dei consumatori*, Cedam-Wolters Kluwer, Milano, 2017, pp. 405-491. Sui contratti bancari in genere v., di recente, anche A. Sciarrone Alibrandi, *I contratti bancari: nozione e fonti*, in *Tratt. Roppo contratti*, V, *Mercati regolati*, cit., pp. 639 ss., con riferimenti, ove considerazioni sul rapporto tra la disciplina codicistica e quella del Titolo VI e sull'impatto (o meglio, secondo l'A., sul mancato impatto) di quest'ultima sulla stessa configurazione della categoria dei contratti bancari.

L'opinione di Ferro-Luzzi che si trattasse di una disciplina «a dispetto», ispirata ad un «intento punitivo», in cui quindi faceva premio l'effetto «annuncio», e di carattere sostanzialmente populistico, in concreto non solo inutile ma persino dannosa (in quanto capace di innalzare i costi dell'impresa senza arrecare alcun vantaggio ai clienti), si legge, ad es., in P. Ferro-Luzzi, *Lezioni di diritto bancario* 3, I, *Parte generale*, Torino, 2012, pp. 167 ss., ed è, mi pare, in-

dicativa delle difficoltà che gran parte del mondo bancario italiano ha risentito, e tuttora risente, nel comprendere ed adeguarsi al nuovo quadro normativo.

La prospettazione di Zoppini (suggestiva, in termini prospettici, ma non convincente e mi pare isolata, pur riflettendo considerazioni emerse, in tema di riparto di competenze tra Autorità amministrative indipendenti, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, oggi peraltro superata), sul ‘particolarismo’, e sulle sue conseguenze in termini di delimitazione dei confini tra disciplina consumeristica e disciplina della trasparenza nei settori regolati, fino a trarne la conseguenza di escludere l’applicabilità in questi ultimi campi di taluni rimedi previsti in via generale nella prima (tra cui la cd. *class action*), si trova in A. Zoppini, *Tutela dei consumatori e regole di funzionamento dei mercati. I problemi aperti*, relazione al convegno *Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive di evoluzione del sistema di tutela*, Roma, Autorità garante della concorrenza e del mercato, 29 gennaio 2010 (si legge in www.agcm.it/component/joomla/doc/eventi/ventennale/VEN-0129Intervento-Zoppini.pdf/download.html), in Id., *Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria*, cit., e poi in Id., *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai “codici di settore” (muovendo dal confronto tra nuovo contratto e modificazione del regolamento contrattuale nel codice del consumo e nel codice delle comunicazioni elettroniche)*, in *Judicium*, 20 aprile 2015 (che si legge su www.judicium.it/sul-rapporto-di-specialita-tra-norme-appartenenti-ai-codici-di-settore-muovendo-dal-confronto-tra-nuovo-contratto-e-modificazione-del-regolamento-contrattuale-nel-codice-del-consumo). Sul tema, in termini più generali, è da leggere L. Nivarra, *Al di là del particolarismo giuridico e del sistema: il diritto civile nella fase attuale dello sviluppo capitalistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, spec. pp. 237 ss.

Sulla “lettura” dell’ipertrofia regolativa in termini di collegamento tra disciplina della trasparenza e funzione di vigilanza v. ad es. A. Nigro, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla “consulenza” nell’erogazione del credito?*, negli atti del Convegno promosso nell’ottobre 2010 dall’Associazione europea per il diritto bancario e finanziario pubblicati in Aa.Vv., *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?*, Giappichelli, Torino, 2011, cit., pp. 29 ss., spec. pp. 30-31, ove si sottolinea che una disciplina delle relazioni tra banca e cliente che si collochi sul terreno privatistico può essere limitata all’intervento legislativo e non richiede una diffusa disciplina secondaria, quale si è andata sviluppando con il compimento delle attuali *Disposizioni*, pur rilevando che la conseguita autonomia della trasparenza e correttezza delle con-

dizioni contrattuali nel testo vigente dell’art. 127 Tub elimina il rischio di una subordinazione delle ragioni della trasparenza (in senso ampio) a quelle della stabilità, secondo il modello che, come si accenna nel testo, si era realizzato nel regime previgente rispetto al processo di liberalizzazione). In questo volumetto si trovano anche, con altri contributi, i saggi di Dolmetta, Ferro-Luzzi, Nigro, Sciarrone Alibrandi e Zoppini citati nel testo.

Sul cd. paradosso della regolazione, v. ad es. V. Ricciuto, *Nuove prospettive del diritto privato dell’economia*, in E. Picozza e V. Ricciuto, *Diritto privato dell’economia*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 259 ss., pp. 272 ss.; v. altresì, anche sulle motivazioni di tale processo, F. Denozza, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in G. Gitti et al. (curr.), *I contratti per l’impresa*, il Mulino, Bologna, 2012, I, pp. 69 ss., spec. p. 81: «[I]e tesi neo-liberali non rinnegano – se non su un piano di teoria astratta, praticamente del tutto irrilevante – l’idea, dominante per la maggior parte del secolo scorso, che il mercato non sia un ordine spontaneo, che si afferma naturalmente quando siano eliminati gli impedimenti al suo dispiegarsi, ma sia una costruzione artificiale che deve essere continuamente sostenuta da interventi atti a prevenirne e a rimediarne i fallimenti. La differenza rispetto alle idee dominanti nei primi decenni del secondo dopoguerra, non sta nel ripudio dell’idea che i mercati possano dover essere in qualche modo controllati, ma nell’idea di poter controllare i mercati a partire dal governo degli individui invece che dal governo dei grandi aggregati. Si passa così dal controllo sul consumo e sugli investimenti complessivi, all’intervento sui diritti del singolo consumatore e del singolo azionista, dal controllo sulla massa monetaria in circolazione, alla disciplina degli intermediari, delle banche, ecc. Non stupisce allora il fatto che osservando il complesso della legislazione si possa notare (per quanto confronti di questo genere possano avere un senso) un aumento e non una diminuzione delle regole. Da questo punto di vista – entità, estensione e complessità della regolazione – il periodo neo-liberista mostra molte più affinità con quello immediatamente precedente di quante non ne mostri con la tramandata immagine del capitalismo manchesteriano. Nessuna sorpresa quindi che l’affermazione del modo di ragionare dell’analisi economica del diritto, versione giuridicamente rigorosa delle idee neo-liberali, non si sia tradotto in un ritorno ad un sistema armonioso, ma nella creazione di un sistema enormemente frastagliato lungo le faglie segnate dalle infinite ipotesi di fallimento del mercato di volta in volta configurabili».

L’espressione di Porzio cui si fa riferimento nel testo si legge in M. Porzio, *La relazione tra banca e cliente nella recente evoluzione del diritto bancario*,

in *Nuove regole*, cit., p. 21 [«se leggiamo con gli occhi di oggi, per esempio, nell'appendice al classico libro di Molle sui contratti bancari (nelle molte edizioni negli anni Cinquanta e Sessanta) le norme bancarie uniformi allora vigenti per il conto corrente di corrispondenza, rimaniamo allibiti. Non si riesce a capire come si potessero tollerare certe clausole che oggi ci sembrano assolutamente inimmaginabili»].

Sulle *Norme bancarie uniformi*, sul loro sviluppo e poi adeguamento ai provvedimenti *antitrust* e sulle modifiche successive alla inibitoria dell'uso di condizioni vessatorie, nonché sulla concorrenza nel settore bancario, v. il libro di A. Mirone, *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 1 ss., pp. 291 ss. e *passim*, e più di recente Id., *Le "fonti private" del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in *Banca borsa*, 2009, I, pp. 264 ss.; F. Longobucco, *Contratti bancari e normativa antitrust*, in Capobianco (cur.), *op.cit.*, pp. 319 ss.

Sull'ammissibilità, e sui limiti di ammissibilità, di un'interpretazione analogica delle norme contenute in direttive di massima armonizzazione ho fatto riferimento a Mirone, *Sistema e sottosistemi*, cit., pp. 388 ss.; sul tema della perimetrazione delle aree armonizzate, al fine di individuare i termini entro i quali il legislatore può procedere all'armonizzazione, e sull'esigenza prevalente del rispetto del principio di uguaglianza-razionalità, v. Sciarrone Alibrandi, *Interventi normativi sul contenuto regolamentare dei contratti bancari: il diritto di recesso e lo ius variandi*, in *Nuove regole*, cit., pp. 71-72 e 75. Sulla tendenza delle direttive di massima armonizzazione a costituire un sotto-sistema chiuso nel quale vige il principio "ubi lex noluit, tacuit", v. inoltre S. Pagliantini, *Sub art. 67*, in G. D'Amico (cur.), *La riforma del codice del consumo. Commentario al d.lgs n. 21/2014*, Cedam, Padova, 2015, pp. 436 ss., e, sul punto cfr. *ivi* lo stesso D'Amico, *Introduzione*, p. 27 nt. 67.

La sottolineatura dell'assorbimento della tutela della trasparenza, in un sistema regolata di oligopolio pubblico, da parte della tutela della stabilità, come pure le riflessioni riportate nel testo in ordine alla funzione di tutela della integrità dei mercati che la normativa di trasparenza deve intendersi rivolta a perseguire, si trovano in A. Zoppini, *Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria*, (in *Nuove regole*, cit., e) in *Banca borsa*, 2012, I, pp. 26 ss. Il passo citato di Nicolussi sullo stesso tema si legge in A. Nicolussi, *I consumatori*, in L. Nivarra (cur.), *Gli anni settanta del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2008, a p. 417. Le considerazioni di Salanitro sul punto si leggono in N. Salanitro, *Evoluzione dei rapporti tra disciplina dell'impresa e disciplina dei contratti nel settore creditizio*,

in *Banca borsa*, 1992, I, pp. 597 ss., alle pp. 600-601 e 606. Il riferimento all'efficienza dell'impresa (e del mercato) come scopo della disciplina della trasparenza si trova, tra altri, in Mucciarone, *La trasparenza bancaria*, cit., p. 670, e in Dolmetta, *Trasparenza dei prodotti bancari*, cit., *passim*.

Gli scritti di Rescigno e Schlesinger in cui si poneva l'accento, tra l'altro, sulla preferibilità dell'auto-regolamentazione rispetto alla normativa statale in materia di trasparenza, sono P. Rescigno, «Trasparenza» bancaria e diritto «comune» dei contratti, in *Banca borsa*, 1990, I, pp. 927 ss.; P. Schlesinger, *Problemi relativi alla «trasparenza bancaria»*, in *Corr. giur.*, 1989, pp. 230 ss.

Sull'Arbitro bancario e finanziario, istituito nel 2010 dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 128-bis Tub, la letteratura è già fluviale. L'intera disciplina della trasparenza è passata in rassegna alla luce della giurisprudenza dell'Arbitro da Dolmetta, *Trasparenza dei prodotti bancari*, cit.; si v. inoltre G. Carriero, *Giustizia senza giurisdizione: l'Arbitro bancario finanziario*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2014, I, pp. 161 ss.; E. Minervini, *L'Arbitro bancario finanziario, una nuova forma di Adr*, Esi, Napoli, 2014; M. Rabitti, *Soft law e governance: i fallimenti del mercato e l'esperienza dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in M. Nuzzo (cur.), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2014, I, pp. 623 ss.; P. Sirena, *La disciplina delle clausole contrattuali abusive nell'interpretazione della giurisprudenza dell'Arbitro Bancario finanziario (Abf)*, in A. Bellelli et al. (curr.), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva Cee 93/13*, Esi, Napoli, 2013; G. Finocchiaro, *L'Arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*, Giuffrè, Milano, 2012; F. Capriglione e M. Pellegrini (curr.), *Abf e supervisione bancaria*, Cedam, Padova, 2011; G. Guizzi, *Chi ha paura dell'Abf?*, in *Banca borsa*, 2010, I, pp. 665 ss.; F. Auletta, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, in *Società*, 2011, pp. 83 ss. (quest'ultimo, in particolare, legge il sistema come un'articolazione della funzione di vigilanza, rilievo condiviso da A. Antonucci, *Diritto delle banche*⁵, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 4 ss., e da Mucciarone, *op.cit.*, p. 712, che ne rileva la natura bifronte); estremamente critico in proposito M. Stella, *Lineamenti degli arbitri bancari e finanziari in Italia e in Europa*, Cedam, Padova, 2016).

Rilevandosi diffusamente la profonda instabilità del quadro normativo, sull'esigenza, per converso, di una nuova e meno 'opaca' stesura della disciplina della trasparenza bancaria, v. tra tanti A.A. Dolmetta, *Gli interventi normativi sul contenuto economico dei contratti bancari*, in *Nuove regole*, cit., p. 57; A. Sciarrone Alibrandi, *Interventi normativi*, cit., p. 66. Sulla necessità di una revisione della disciplina codi-

cistica sui contratti bancari («specchio di una prassi bancaria obsoleta», come viene ricordato usando le parole dettate da M. Porzio, *I contratti bancari in generale*, in *Tratt. Rescigno*, 12, Utet, Torino, 1985, p. 815, a proposito della sterilità di una prospettiva di studio dei contratti bancari che volesse risolversi nello studio della disciplina codicistica) parallelamente all'introduzione di una disciplina di trasparenza, v. G.B. Portale e A.A. Dolmetta, *Recenti sviluppi del diritto bancario italiano*, in *Vita not.*, 1991, pp. 401 ss. (ove a p. 408 e a p. 415 si legge anche dell'«immobilismo perpetuo» e delle «acque davvero stagnanti» che all'epoca largamente caratterizzava il tema della trasparenza sotto il profilo della carenza di rilevanti conflittualità e innovazione giurisprudenziale); A. Nigro, *La trasparenza delle operazioni bancarie*, in *Dir. banca*, 1989, II, pp. 229 ss.; sul faticoso attraversamento del 'guado' tra la vecchia e la nuova legge bancaria v. anche, sempre nella dottrina dell'epoca, Id., *Relazione di sintesi*, in A. Bronzetti e V. Santoro (curr.), *Le direttive comunitarie in materia bancaria e l'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 243.

Nel testo ho fatto più volte riferimento, per illustrare il punto dell'insufficienza della disciplina di trasparenza quando si risolve in meri requisiti informativi non corrispondenti a una più articolata conformazione dell'offerta ovvero a obblighi di assistenza ulteriori del professionista o ancora di ulteriori strumenti di controllo, al quadro preoccupante del mercato creditizio continentale che emerge dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, come da quella dell'Abf in tema di costi di distribuzione del credito. Mentre quest'ultima è riportata nel testo, per la prima si può esemplificativamente ricordare che nel caso deciso da Corte giust., 15 marzo 2012, in causa C-453/10 (Safjan), *Pereničová*, la controversia era relativa, tra l'altro, alla falsa indicazione contrattuale del tasso annuo effettivo globale, pari in effetti al 58,76% anziché al 48,63% indicato in contratto senza considerare alcune voci di spesa che si sarebbero dovute invece includere nel conteggio (il che peraltro forse potrebbe indurre a giudizi più favorevoli di quelli che abitualmente si leggono sull'opportunità di aver introdotto nel nostro sistema una misura di 'calmiere' come quella rappresentata dall'usura cd. in "astratto"). Ancora dalla giurisprudenza dell'Abf emerge una varia casistica di scorrettezze nelle relazioni con i clienti, come il caso citato nel testo in tema di apertura di credito ed estinzione dell'investimento (Abf Milano n. 1272/2011, Lucchini Guastalla), ovvero quello deciso da Abf coord., 29 luglio 2015, n. 5866 (Massara), che giudica nulla per vessatorietà (da intrasparenza: sul che mi permetto di rinviare al mio *Diritto dei consumatori*, cit., pp. 270 ss.) la clausola di indicizzazione che prevede la conversione in valuta

al cambio convenzionale e la riconversione in euro al cambio corrente della somma residua da restituire in caso di estinzione anticipata di un mutuo bancario; in proposito, v. anche Corte giust., 30 aprile 2014, in causa C-26/13 (Prechal), *Kásler e Rábal*, secondo cui la clausola che trasferisce il rischio di cambio sul consumatore può rientrare nell'oggetto principale se risulta essenziale nell'economia del contratto ma non rientra nel concetto di remunerazione, non corrispondendo ad una prestazione del mutuante.

Le sentenze richiamate nel testo in materia di clausole vessatorie nei contratti bancari sono le notissime Trib. Roma, 21 gennaio 2000 (Lamorgese), in *Giur. it.*, 2000, c. 247, seguita da App. Roma, 24 settembre 2002 (Bernabai), in *Giur. it.*, 2003, I, c. 119; e da Cass., 31 maggio 2008, n. 13051 (Salmè), in *Foro it.*, 2008, I, c. 2474, dalle quali (soprattutto dalla prima, perché l'ambito del contenzioso si è poi andato progressivamente restringendo nei successivi gradi di giudizio) si può apprezzare, per un verso, il ritardo degli ambienti bancari nell'adeguamento, e, per altro verso, la rilevanza degli strumenti di *private enforcement* già in allora resi disponibili e per la verità troppo poco utilizzati in Italia da associazioni dei consumatori spesso sonnecchiose, fino all'introduzione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, in cui il controllo amministrativo da parte dell'Agcm ha reso assai più incisivo e capillare l'intervento sull'attività commerciale delle imprese.

Per i successivi interventi giurisprudenziali in tema di limitazioni di responsabilità per furto nelle cassette di sicurezza, v. Cass., 29 marzo 1976, n. 1129, in *Banca borsa*, 1976, II, pp. 173 ss. (Bacconi); Ead., 7 maggio 1992, n. 5421 (Bibolini); Ead., 12 maggio 1992, n. 5617 (Bibolini), in *Banca borsa*, 1993, II, pp. 362 ss.; Ead., 1° luglio 1994, n. 6225 (Sgroi), in *Foro it.*, 1994, I, c. 3422 (che, ove pertinente, riqualificano le clausole introdotte in termini di limitazione dell'oggetto del contratto in funzione del tipo contrattuale: sul che v. anche A. Gentili, *Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto "atipico"*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, pp. 221 ss.); circa le clausole attinenti alla determinazione oggettiva del deposito nel contratto di cassetta di sicurezza, sotto il profilo della vessatorietà, v. anche la già citata Cass. 21 maggio 2008, n. 13051.

Sull'anatocismo, la vecchia impostazione della giurisprudenza è rappresentata da Cass., 15 dicembre 1981, n. 6631 (Cherubini), in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 380, mentre il nuovo orientamento, già in precedenza serpeggiante nella giurisprudenza di merito, si inaugura in sede di legittimità con Cass., 16 marzo 1999, n. 2374 (Salmè), in *Giur. it.*, 1999, I, p. 1221. Sull'anatocismo, il riferimento, nel senso di considerare insussistente la stessa figura dell'anatocismo nel rapporto

di conto corrente, a causa del carattere delle annotazioni, si trova nel noto scritto di P. Ferro-Luzzi, *Una nuova fattispecie giurisprudenziale: "l'anatocismo bancario"*. *Postulati e conseguenze*, in *Giur.comm.*, 2001, pp. 5 ss., ed ivi citati i precedenti scritti dell'A., nonché in U. Morera, *Sulla non configurabilità della fattispecie "anatocismo" nel conto corrente bancario*, in *Riv.dir.civ.*, 2005, II, pp. 17 ss., e da ultimo in U. Morera e G. Olivieri, *Il divieto di capitalizzazione degli interessi bancari nel nuovo art. 120, comma 2, Tub*, in *Banca borsa*, 2015, I, pp. 286 ss. (in contrario sul punto v. per tutti A.A. Dolmetta, *Sopravvenuta abrogazione del potere bancario di anatocismo*, in *Banca borsa*, 2015, I, pp. 277 ss.). L'intera questione è esaustivamente ripercorsa (in senso adesivo alla tesi di F.-L., cui anche io sono sensibile) da C. Colombo, *Gli interessi nei contratti bancari*, in Capobianco (cur.), *op.cit.*, pp. 460 ss.

In materia di clausola 'uso piazza', v. ancora una recente applicazione della nullità (per indeterminazione), in Cass. 30 ottobre 2015, n. 22179 (Genovese). La sentenza cui si deve una prima messa in discussione del precedente orientamento della giurisprudenza di legittimità [per il quale v. ad es. Cass., 14 febbraio 1984, n. 1112 (Cantillo), in *Foro it.*, 1984, I, c. 1285] è Cass., 13 marzo 1996, n. 2103 (Bibolini), in *Foro it.*, 1997, I, c. 1939 ss. la quale afferma: «fermo restando il principio secondo cui, fino all'entrata in vigore dell'art. 4 della L. 17 febbraio 1992 n. 154 e del d.lgs 1 settembre 1993 n. 385, la variazione dell'interesse nel corso di un rapporto bancario di durata può essere reso determinabile con riferimento, in scrittura negoziale, ad elementi estrinseci e futuri; si deve accertare se, in base alla situazione normativa e di fatto vigenti all'epoca del rapporto in contesa quale emerge dagli elementi probatori acquisiti, le tabelle prodotte potevano costituire l'elemento di riferimento indicato nel contratto in relazione alle condizioni praticate sulla piazza, relativamente al mutamento del tasso di interesse; si deve accertare, inoltre, se sussistevano originariamente tutti gli elementi (tra cui la qualificazione del cliente in relazione alla sua affidabilità) atti ad integrare la situazione di determinabilità oggettiva del tasso, senza alcuna successiva valutazione da parte della banca», cui ha fatto seguito la più ferma presa di posizione di Cass., 10 novembre 1997, n. 11042 (Marziale), e di Ead., 22 giugno 1998, n. 6247 (Milani), dalla quale è stata tratta la seguente massima «il principio secondo il quale la convenzione di interessi dovuti in misura extralegale necessita della forma scritta "ad substantiam" (art. 1284 cc) va interpretata nel senso che il requisito della necessaria determinazione scritta degli interessi ben può essere soddisfatto anche "per relationem", attraverso il richiamo di criteri prestabiliti ed elementi estrinseci, purché obiettivamente individuabili. Non può all'uopo dirsi

sufficientemente univoca la clausola che si limiti ad un mero riferimento "alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza" poiché ai fini dell'assolvimento dell'obbligo di determinazione del tasso convenzionale, il riferimento "per relationem" può considerarsi sufficiente soltanto accordi contengano diverse tipologie di tassi o addirittura non costituiscano più un parametro centralizzato e vincolante (nella specie, con riferimento alla clausola contrattuale che richiamava genericamente il tasso di interesse usualmente praticato dalle banche sulla piazza, la suprema Corte ha ancora osservato come, in sede di merito fosse stata positivamente accertata la inesistenza di alcun parametro vincolante o di accordi di cartello su scala nazionale - limitandosi le rilevazioni effettuate e diffuse dall'Abi e dalla Banca d'Italia a recepire i tassi mediamente applicati dagli istituti di credito in virtù di un'autodisciplina liberamente adottata - inferendone conseguentemente, la nullità della clausola "de qua" per difetto di determinazione, preventiva e concorde, del saggio convenuto» (v. la rassegna dei precedenti in Colombo, *Gli interessi nei contratti bancari*, cit., pp. 436 ss.). Per una rassegna degli argomenti favorevoli e contrari alla validità della clausola, v. Portale e Dolmetta, *Recenti sviluppi del diritto bancario italiano*, cit., pp. 410 s.

Sullo *ius variandi*, sulle spese e sul diritto di recesso la letteratura è molto ampia. Nel testo ho fatto riferimento a Dolmetta, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, cit., pp. 177 ss.; Sciarrone Alibrandi, *Interventi normativi*, cit.; Mirone, *Sistema e sottosistemi*, cit.; Mucciarone, *La trasparenza bancaria*, cit., p. 691 ss. Tra i contributi recenti, possono vedersi, senza alcuna pretesa di esaustività, anche S. Pagliantini, *L'incerta disciplina del nuovo ius variandi bancario: tracce per una lettura sistematica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, pp. 119 ss., e i contributi raccolti da A.A. Dolmetta e A. Sciarrone Alibrandi (curr.), *Ius variandi bancario*, Giuffrè, Milano, 2012.

Sull'impossibilità di rimediare sul versante informativo alle asimmetrie esistenti, nella misura in cui si tratti di asimmetrie strutturali rispetto alla forma o alle circostanze della contrattazione, e quindi sull'esigenza di interventi di controllo a valle dell'asimmetria informativa (recesso, controllo sul contenuto, disposizioni imperative di legge, nullità), v., per tutti, E. Gabrielli, *Il consumatore e il professionista*, in E. Gabrielli ed E. Minervini (curr.), *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Utet, Torino, 2005, I, p. 33.

Per una posizione critica sulla svalutazione delle prescrizioni formali, v. D. Rufini, *Banche (trasparenza delle condizioni contrattuali)*, in *Dig. comm.*, agg., Utet, Torino, 2000, p. 93; Mirone, *Sistema e sottosistemi nella nuova disciplina della trasparenza bancaria*, cit., p. 381. Sulla razionalità limitata degli

agenti nei contratti di massa, tuttavia, v., in una ormai vasta letteratura, R. Natoli, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 16 ss., nonché G. Rojas Elgueta e N. Vardi (curr.), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma Tre Press, Roma, 2014, *passim*; P. Giudici, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 14 ss., pp. 89 ss., e nella letteratura straniera, ad es., O. Ben-Shahar, *The Mith of "Opportunity to Read"*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2009, pp. 1 ss., nonché Id. e C.E. Schneider, *More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton U.P., Princeton, 2014. Sulla nuova disciplina Consob del prospetto, che richiede l'introduzione di un paragrafo introduttivo, esemplificativo ed esplicativo, v. il discorso annuale del Presidente al mercato finanziario del 9 maggio 2016 (www.consob.it/web/area-pubblica/relazione-annuale), da cui (p. 22) il virgolettato nel testo (il riferimento è alla Raccomandazione Consob n. 0096857 del 28 ottobre 2016).

La celebre considerazione di Gorla sul cliente «che ha fretta», una bella sintesi del problema dei contratti di massa, si legge in G. Gorla, *Condizioni generali e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 114, mentre l'ulteriore specificazione ripresa nel testo è tratta nella sentenza *Suisse Atlantique* della House of Lords: si tratta di un *dictum* di Lord Reid, riportato in epigrafe al volume di M. Farneti *La vessatorietà delle clausole «principali» nei contratti del consumatore*, Cedam, Padova, 2009 (che cita da [1966] 2 All.E.R. 61), in questi termini: «normalmente il consumatore non ha tempo di leggere le clausole *standard* e se lo avesse avuto probabilmente non le avrebbe capite, se le avesse capite e avesse obiettato su una qualsiasi di queste gli sarebbe stato detto che avrebbe dovuto prendere o lasciare, e a quel punto se fosse andato da un altro fornitore il risultato sarebbe stato lo stesso» [e da simili considerazioni può trarsi la conclusione che «i mercati degli scambi di massa sono estranei alla disciplina dei rapporti civili e nulla condividono con il romantico principio di autonomia», come fa M. Orlandi, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in G. Gitti (cur.), *L'autonomia privata e le autorità amministrative indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna, il Mulino, 2006, p. 89].

Per la riflessione sull'adeguatezza dei prodotti bancari e sull'obbligo di consulenza incidentale dell'intermediario ho fatto riferimento al saggio già citato di Nigro, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza*, cit., pp. 38 ss. (ed ivi, a pp. 41 ss., lo spunto sulla possibile responsabilità della banca in caso di violazione); in senso critico, v. N. Salanitro,

Gli interventi normativi in materia di responsabilità della banca, in *Nuove regole*, cit., p. 81 (con riguardo all'art. 124 Tub). In linea più generale sul tema, v. l'ampia trattazione di Dolmetta, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, cit., pp. 123 ss., nonché la monografia già citata di Natoli, *Il contratto "adeguato"*, pp. 135 nt. 9, pp. 136 ss. e *passim* (che conclude un articolato ragionamento, fondato principalmente sulla carenza di diverse sanzioni della violazione e per converso sull'esigenza, derivante dal testo della direttiva, di un effettivo rimedio, nel senso accennato nel testo), nonché, per uno spunto sull'obbligo di consulenza incidentale, R. Costi e L. Enriques, *Il mercato mobiliare*, in *Tratt. Cottino*, Cedam, Padova, 2004, p. 328.

Sul paternalismo nella riflessione filosofica, nella dimensione costituzionale, e nelle prospettive dell'economia neoclassica, per approdare infine alla scelta metodica dell'economia comportamentale del "paternalismo efficiente" e della protezione, che esso consente di assicurare, della libera autodeterminazione dei privati v. di recente K.U. Schmolke, *Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht. Rechtspaternalismus und Verhaltenökonomik im Familien-, Gesellschafts- und Verbraucherrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, p. 1-270. La prospettiva di economia comportamentale è diffusa negli Stati Uniti e oggi altresì in Italia: v. nell'amplissima bibliografia che correde il volume gli studi assai noti di C.R. Sunstein e R.H. Thaler, *Libertarian Paternalism is Not an Oxymoron*, in *Univ. Cal. law rev.*, 70, 2003, pp. 1159 ss., nonché, più di recente, C.R. Sunstein, *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, Yale U.P., New Haven, 2014, tr. it. *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*, Univ. Bocconi ed., Milano, 2015, e R.H. Thaler, *Misbehaving. The Making of Behavioural Economics*, Norton, New York, 2016; da noi v. ad es. R. Caterina, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, pp. 771 ss., e, più recentemente, gli scritti raccolti da Rojas Elgueta e Vardi (curr.), *Oltre il soggetto razionale*, cit., ed ivi in particolare A. Zoppini, *Le domande che ci propone l'economia comportamentale ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia»*, pp. 11 ss.).

In materia di responsabilità della banca e di erogazione del credito, oltre agli spunti contenuti nel già citato lavoro di Nigro, *Linee di tendenza*, cit., l'esperienza italiana ha tenuto presente soprattutto il tema della abusiva erogazione e della responsabilità nei confronti dei terzi. Oltre allo scritto seminale dello stesso A. Nigro, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, in G.B. Portale (cur.), *Le operazioni bancarie*, Giuffrè, Milano, 1978, I, pp. 301 ss., v. di recente, R. Bocchini, *Banca e credito. I profili di responsabilità nella concessione abusiva del credito*, in A. Brozzetti (cur.), *Riflessioni*

su banche e attività bancaria, immaginando il “futuribile”, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 135 ss.; A. Nigro, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in crisi*, in *Giur. comm.*, 2011, I, pp. 305 ss.; F. Di Marzio, *Abuso nella concessione del credito*, Esi, Napoli, 2005.

Sulle considerazioni in tema di usura, possono vedersi P. Ferro-Luzzi, *Introduzione*, in *Nuove regole*, cit., p. 17, e Barengi, *Diritto dei consumatori*, cit., p. 445 (mentre sul carattere non ‘bancario’ dell’usura in astratto può vedersi, al contrario, Mucciarone, *op. cit.*, p. 685); sulla questione dell’usurarietà degli interessi moratori, è ben noto che la giurisprudenza [v. tra altre la nota decisione di Cass., 9 gennaio 2013, n. 350 (Didone), in *Foro it.*, 2014, I, c. 128], ha affermato la sottoposizione di tali interessi allo scrutinio di usurarietà. I precedenti specifici sono citati, in senso critico su tale soluzione, da A.A. Dolmetta, *Su usura e interessi di mora: questioni attuali*, in *Banca borsa*, 2013, I, pp. 501 ss.

Un argomento contro l’inclusione degli interessi moratori nello scrutinio di usura per difformità rispetto al ‘paniere’ del tegm si ravvisa peraltro nella stessa giurisprudenza di legittimità quando esclude che la commissione di massimo scoperto possa rientrare nel calcolo dell’usura perché non conteggiata nel tegm [Cass., 22 giugno 2016, n. 12965 (Ferro), prima dell’intervento dell’art. 2-bis del dl 29 novembre 2008, n. 185, conv. in l. 28 gennaio 2009, n. 2, considerato non interpretativo ma innovativo, diversamente da quanto in precedenza aveva fatto Cass. II sez. pen., 12 febbraio 2010, n. 12028 (Gallo): quest’ultima questione è stata ora rimessa alle Sezioni unite con ord. della I sezione civile n. 15188 del 20 giugno 2017 (Dolmetta)].

Di recente la Banca d’Italia, pur ribadendo che il tasso di mora non rientra nel calcolo del Teg, ha riconosciuto (così finendo per superare l’argomento secondo cui alla stregua della stessa legge 108/1996 gli intermediari devono conformarsi alle disposizioni della Banca d’Italia, le quali in precedenza non si riferivano agli interessi di mora) che «anche gli interessi di mora sono soggetti alla normativa anti-usura», chiarendo che l’usura andrebbe accertata sulla base della maggiorazione di 2,1 punti percentuali dei tassi globali medi periodicamente rilevati (Banca d’Italia, *Chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura*, 3 luglio 2013), maggiorazione che corrisponderebbe a quella «mediamente stabilita contrattualmente per i casi di ritardato pagamento» (come emergerebbe da un’indagine statistica del 2002 della Banca d’Italia e dell’Ufficio italiano cambi).

Sull’inapplicabilità dell’art. 1815 cc alla clausola penale, v. Cass., II sez. pen., 25 ottobre 2012, n. 5683

(Taddei), in *Foro it.*, 2013, II, c. 484 (che annulla la decisione di merito sul punto), sul medesimo profilo, v. anche Trib. Roma, I pen., 3 giugno 2014, n. 9577 (de Gioia), in *www.dejure.it*. Nello stesso senso Abf coord., 28 marzo 2014, n. 1875 (Gambaro); Trib. Roma, 7 maggio 2015 (Catalozzi), in *www.dejure.it*, secondo cui «la clausola penale ... non può essere considerata come parte di quel “corrispettivo” che previsto dall’art. 644 cp può assumere carattere di illiceità» per poi aggiungere che «anche l’interpretazione del dato normativo condotta sotto il profilo più strettamente economico conduce, dunque, alla conclusione dell’impossibilità di attribuire rilevanza, ai fini dell’usura, agli interessi moratori» (e ciò sulla notazione che il teg si basa sui soli interessi corrispettivi); v. anche Trib. Vercelli, 16 novembre 2011 (Aloj), in *www.dejure.it*.

Un’altra questione (di cui si occupa in questo stesso fascicolo il saggio di A.A. Dolmetta, *L’usura sopravvenuta in Cassazione*), relativa alla rilevanza dell’usurarietà sopravvenuta nel corso del rapporto (iniziato prima dell’entrata in vigore della legge ovvero successivamente ma in seguito divenuto eccedentario), era stata sottoposta alle Sezioni Unite dall’ordinanza di Cass., 31 gennaio 2017, n. 2484 (Acierno). Si erano infatti registrati contrasti giurisprudenziali tra le decisioni che ritenevano irrilevante l’usura sopravvenuta [Cass. 19 gennaio 2016, n. 801 (De Chiara), e precedenti conformi], e le decisioni maggioritarie che, invece, ritenevano variamente rilevante l’usurarietà sopravvenuta ma non in termini penalistici e neppure nella direzione della gratuità del rapporto, quanto nel senso dell’inefficacia o della sostituzione automatica con il tasso soglia [Cass., 12 aprile 2017, n. 9405 (Acierno), e precedenti conformi con varietà di motivazioni, nonché Abf Roma, 29 febbraio 2012, n. 620]. A tale contrasto la sentenza delle Sezioni Unite n. 24675 del 19 ottobre 2017 (De Chiara) ha dato soluzione nel senso della continuità con il primo orientamento in ragione del disposto dell’art. 1, comma 1°, dl 29 dicembre 2000, n. 394, conv. in l. 28 febbraio 2001, n. 24 (recante: *Interpretazione autentica della legge 7 marzo 1996, n. 108, concernente disposizioni in materia di usura*), secondo cui «ai fini dell’applicazione dell’art. 644 cp e dell’art. 1815, secondo comma, cc, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento», per il necessario riferimento all’art. 644 cp ai fini della determinazione della fattispecie “interessi usurari” e quindi per l’impossibilità di distinguere tra conseguenze penalistiche e conseguenze civilistiche diverse dalla riqualificazione ex art. 1815, 2° co., cc.

Il costo del prestito bancario: un'equazione a molte incognite

di Pasquale Serrao d'Aquino

A partire dalla metà degli anni '90 l'ordinamento bancario ha rafforzato la tutela del cliente e, soprattutto, del risparmiatore. I forti interessi economici in gioco, però, hanno reso questo percorso non lineare. Anche i tempi di maturazione di interpretazioni condivise hanno contribuito, non poco, ad incrementare le incertezze. I giudici più accorti affidano ai consulenti tecnici d'ufficio quesiti alternativi, per garantirsi più soluzioni alternative, in vista della decisione finale. In pochi anni alcune questioni, come la commissione di massimo scoperto e gli altri costi accessori, sembrano marginalizzate, mentre altre, come la rilevanza degli interessi moratori o l'usura sopravvenuta, sono al centro del dibattito. Il legislatore, dopo aver abolito, senza troppa convinzione, l'anatocismo bancario, ha rapidamente fatto marcia indietro, aprendo volutamente una piega normativa utile alla sua generalizzata reintroduzione da parte delle banche.

1. Una stratigrafia normativa per un unico rapporto di durata

Nell'ordinamento italiano, dalla metà degli anni '90, dopo oltre cinquanta anni di applicazione dell'anatocismo e di assenza di limiti normativi al saggio di interesse contrattuale, la disciplina degli interessi bancari è stata ripetutamente modificata attraverso numerosi interventi legislativi e giurisprudenziali.

Rispetto ad una condizione di assoluta libertà contrattuale di forma, pubblicità, contenuto del contratto, con un equilibrio contrattuale completamente sbilanciato a favore della banca, è stato progressivamente modificato il quadro giuridico di riferimento del rapporto banca-cliente, e ciò secondo una quadruplici linea di intervento:

- il formalismo ha pervaso l'intero rapporto bancario, a partire introduzione della disciplina della trasparenza bancaria (1992 - l. 154/1992, poi confluita nel Tub);
- l'usura è imperniata su una soglia, oltre la quale il profitto del banchiere diviene sempre e comunque provento di reato (art. 644 cpc) ed il prestito oneroso si trasforma in gratuito (art. 1815 cc - l. 108/1996 1996);
- è stata negata l'esistenza di un uso normativo di anatocismo (Cass. Sez. I n. 3096/1999 e Cass.

Sez. III n. 2374/1999).

- il cliente è libero di svincolarsi dal mutuo, con la portabilità dei mutui (l. 140/2007).

Le norme sulla trasparenza bancaria e quelle sulla surroga dei mutui, hanno progressivamente favorito il risparmiatore (sul piano della tutela, le prime, su quello economico, le seconde). La regolamentazione degli interessi bancari e, in genere, dei diversi oneri a carico del cliente, invece, ha avuto un andamento poco lineare, dovuto a spinte provenienti da più direzioni: i mutamenti di giurisprudenza, il cambiamento del ciclo finanziario, la capacità di adattamento delle banche nel conservare i margini di profitto, la coagulazione degli interessi dei risparmiatori tramite le associazioni di categoria; la diffusione del *know-how* tra avvocati e consulenti per sfidare le banche nelle aule dei tribunali, l'offerta di prodotti finanziari inadeguati alle effettive esigenze del cliente avvantaggiandosi delle asimmetrie informative, la mancanza di una linea decisa di intervento da parte del legislatore.

2. Il contratto monofirma

Il formalismo imposto dal legislatore a favore tanto del risparmiatore (trasparenza bancaria) quanto a

favore dell'investitore (disciplina dei servizi ed attività di investimento – d.lgs 58/1998) impone all'intermediario diversi obblighi di comunicazione e documentazione scritta già prima della nascita del rapporto contrattuale. Essi sono previsti sia dalle regole sui fogli informativi e sugli annunci pubblicitari delle banche, che impongono dettagliati obblighi di forma-contenuto¹ sia dalle norme sulle informazioni, comunicazioni pubblicitarie e promozionali degli intermediari, i quali devono fornire all'investitore le informazioni concernenti i termini del contratto «in tempo utile prima che sia vincolato da qualsiasi contratto»².

Nella fase precontrattuale, già prima della conclusione del contratto, la banca ha l'obbligo di consegnare al cliente, «*su sua richiesta*», una copia completa del suo testo idonea per la stipula o, in alternativa, il solo documento di sintesi³.

Una parte del contenzioso bancario riguarda proprio gli inadempimenti formali della banca, in particolare, la mancata conclusione per iscritto del contratto bancario (art. 117 Tub che comporta la nullità del contratto. Avendo come effetto la sostituzione del tasso contrattuale con quello previsto dall'art. 117 Tub, il vizio di forma trasforma notevolmente l'equilibrio economico del rapporto.

La mancanza integrale del documento contrattuale era un'ipotesi che ricorreva prevalentemente in rapporti bancari sorti prima del 1992, e tardivamente giunti in fase contenziosa; negli ultimi anni, invece, le eccezioni di nullità del contratto bancario per difetto di forma hanno riguardato, soprattutto, il contratto cd. *monofirma*, sottoscritto dal cliente, ma non dal funzionario bancario competente.

Il problema nasce dall'improvvida prassi degli intermediari di custodire la copia del contratto sottoscritta dal cliente, senza la sottoscrizione del funzionario, che preclude alla banca di produrre in giudizio la copia del contratto sottoscritto da entrambi. Il cliente in tal caso si avvale della nullità di protezione ex art. 127 Tub, limitando la richiesta di pagamento della banca al solo tasso previsto calcolato in base all'art. 117, comma 7 Tub, esclusi gli interessi corrispettivi al saggio convenzionale, gli interessi di mora, le commissioni, e tutti gli altri oneri previsti dalla contrattazione standardizzata.

Per i contratti di investimento, invece, la mancanza del contratto quadro sottoscritto dal cliente (art. 23 Tuf), determina la nullità degli ordini di investimento

successivi, consentendo al cliente di non vedersi addebitare le perdite derivanti dalla loro esecuzione.

Per alcuni il difetto di forma è tradizionalmente un vizio strutturale del negozio, per cui esso è inevitabilmente nullo; per altri, invece, diversamente dalla forma vincolata del tradizionale contratto immobiliare, la (sola) sottoscrizione del cliente preclude la dichiaratoria di invalidità, perché in tal caso è comunque garantita la funzione informativa a cui tende la trasparenza bancaria.

Nella consapevolezza della difficile conciliazione tra queste due posizioni, l'ordinanza interlocutoria della Prima sezione n.1044/2017 ha rimesso la causa alle Sezioni Unite, per comporre il contrasto interno alla Corte su tale questione.

L'ordinanza lascia trasparire una preferenza per la valorizzazione della specifica funzione delle forme negoziali imposte all'intermediario, *Idola libertatis* (N. Irti) di riequilibrio delle asimmetrie conoscitive. Senza dubbio essa evidenzia l'ingiustizia sostanziale della necessaria doppia sottoscrizione, soprattutto nei contratti di investimento, dove il cliente può operare un uso selettivo della facoltà concessagli dall'art. 23, comma 3 Tuf eccedendo la nullità solo delle operazioni in perdita, preservando, invece, l'efficacia di quelle che sono risultate a lui favorevoli. Di qui l'esigenza, indicata nell'ordinanza, non considerando valido il contratto monofirma, di ovviare a tale stortura, considerando l'esecuzione del contratto da parte del cliente nella parte a sé favorevole come convalida del negozio nullo, oppure, di qualificare il *cherry picking* del cliente delle sole operazioni ad esito sfavorevole come condotta contraria a buona fede oppure come abuso del diritto, non consentiti dall'ordinamento.

Nell'attesa della decisione delle Sezioni Unite, è opportuno evidenziare che esse, se non si intenderanno accollare alle banche le conseguenze, anche ingiuste, di un certo superficialismo dei loro funzionari, dovranno riconoscere, in sostanza, con la validità del contratto monofirma, quella di un negozio bilaterale a forma vincolata unilaterale, potendo l'intermediario aderire al contratto con dichiarazione verbale o per *facta concludentia* mediante produzione in giudizio del contratto firmato dal solo cliente; altrimenti, evitando deviazioni rispetto alla tradizione del negozio giuridico, i giudici della Corte Suprema dovranno ricorrere alla formula salvifica, e di uso sempre più ricorrente, della contrarietà a buona fede della formulazione dell'ecce-

1. Regolati dalla Sez. II delle Istruzioni della Banca d'Italia in materia di *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti* nel testo in vigore dal 1° novembre 2016 per effetto dell'attuazione della direttiva 2014/17/UE in materia di credito immobiliare ai consumatori.

2. Vedi Regolamento Consob n. 16190 del 29 ottobre 2007 e successive modifiche.

3. Sez. II, par. 6. Sez. III, par. 2 Istruz. Banca d'Italia.

zione di nullità per difetto di forma scritta del cliente che ha sottoscritto il contratto. Appare, invece, meno convincente l'ipotesi della convalida del negozio ai sensi dell'art. 1423 cc, non prevedendo la legge speciale espressamente tale possibilità.

3. Il saldo zero

Importanza ancora maggiore ha assunto la documentazione della fase esecutiva del rapporto contrattuale.

Nei contratti di investimento, il contenzioso si è sviluppato anche sul tema dell'informazione successiva alla conclusione del contratto e, segnatamente, dell'*obbligo di monitoraggio* dell'andamento degli investimenti del cliente (da diversificarsi a seconda della natura del contratto di investimento e dei prodotti che ne sono oggetto).

Nei contratti bancari, invece, l'attenzione dei giudici è stata sollecitata, soprattutto, non sul piano dell'informazione, quanto su quello della prova del rapporto, per la ricorrente incompletezza degli estratti conto prodotti dalle parti, incompletezza alla quale si è ovviato ricostruendo l'andamento del conto partendo dal cd. saldo zero oppure, ancora più radicalmente, rigettando la domanda dell'attore in caso di mancanza della serie completa degli estratti (dall'inizio del rapporto alla sua conclusione).

Opportunamente, però superandosi un atteggiamento iniziale di eccessivo favore verso i clienti, che addossava sempre e comunque alla banca le conseguenze negative di tale mancanza, anche nel caso essa in cui fosse convenuta in giudizio, la suprema Corte, ha aderito alle tesi di parte della dottrina e della giurisprudenza di merito, dando rilevanza alla distribuzione dell'onere della prova tra attore e convenuto. Si è così affermato che, nel caso in cui la domanda sia proposta dalla banca e fondata su una serie di estratti successivi all'insorgere del rapporto, nella ricostruzione delle operazioni e del saldo debba partirsi da zero, e non dal saldo negativo iniziale, mentre nel caso in cui sia il cliente ad assumere la veste dell'attore, il consulente debba partire dal primo saldo, anche se negativo, e non da zero. (Cass. Sez. I, n. 550 dell'11 gennaio 2017).

Restano da verificare, tuttavia, alcune ipotesi particolari.

Può capitare, infatti, che a mancare siano gli estratti intermedi.

In questo caso, ritengo che per la banca-attrice

debba partirsi non da zero, ma dall'estratto che risulta più favorevole per il cliente; in tal caso, la banca ha provato la sequenza delle operazioni annotate fino all'ultimo estratto prima del "buco" nella serie continua, salvo che, naturalmente, il primo estratto successivo alla serie mancante, non indichi che il saldo sia divenuto più favorevole al cliente e, quindi, provi la riduzione del suo debito (o l'incremento del saldo attivo).

Per il cliente-attore, al contrario, deve farsi riferimento esclusivamente al primo estratto successivo alla serie mancante, anche se a lui più sfavorevole, in quanto gravato dell'onere della prova del proprio diritto.

Ancora, può capitare che pur mancando solo il saldo iniziale, banca e cliente siano entrambi nella posizione di attore e di convenuto, perché l'uno ha proposto domanda riconvenzionale rispetto all'azione esercitata dall'altro: la banca agisce con decreto ingiuntivo ed il cliente si oppone, proponendo domanda riconvenzionale per il saldo; l'attore agisce per rideterminare il saldo effettivo del conto e la banca in riconvenzionale chiede il pagamento del saldo passivo.

Cosa fare? Dare prevalenza al criterio del saldo zero o negarlo? Ritengo che in questo caso debba procedersi al doppio calcolo del saldo.

Per la domanda della banca si applica il saldo zero, mentre per la domanda del cliente deve partirsi, invece, dal primo estratto acquisito agli atti. In tale modo, se il saldo zero determina un saldo finale negativo, la banca potrà chiederne il pagamento, ma se il saldo zero, invece, determina un saldo ricalcolato di segno positivo, il cliente non se ne potrà avvalere per la sua riconvenzionale di ripetizione dell'indebitato, non avendo rispettato il proprio onere probatorio. Il saldo zero vale, quindi, a favore del cliente solo nella sua veste di convenuto, ma non in quella di attore in riconvenzionale.

Non senza difficoltà, interpretando in modo limitativo gli effetti del giudicato della sentenza che, applicando il saldo zero ed accertando un saldo finale positivo, abbia respinto la domanda della banca, può impedirsi, poi che il cliente, invece di proporre domanda riconvenzionale nel giudizio intentato dalla banca, agisca in un momento successivo per ottenere la condanna della banca al pagamento del saldo positivo preventivamente accertato nel precedente giudizio, così indirettamente avvantaggiandosi per la propria domanda di condanna dell'insuccesso nella prova del saldo finale passivo della banca attrice⁴.

4. L'acquisizione processuale

4. Qualora l'attore proponga domanda di accertamento negativo del diritto del convenuto e quest'ultimo non si limiti a chiedere il rigetto della pretesa avversaria ma proponga domanda riconvenzionale per conseguire il credito negato dalla controparte, ambedue le parti hanno l'onere di provare le rispettive contrapposte pretese. (così anche: Cass. n. 3374/2007; Cass. n. 12963/2005; Cass. n. 7282/1997; Cass. 9201/2015).

degli estratti conto e l'art. 119 Tub: diritto o limite processuale?

Sulla carta, il cliente vanta un diritto soggettivo perfetto ad ottenere dalla banca copia della documentazione di cui all'art. 119 d.lgs n. 385/1993⁵, che non si estingue con lo scioglimento del rapporto⁶ e, neppure, in caso di fallimento del cliente (art. 78 l.f.)⁷.

L'esercizio di tale prerogativa in sede contenziosa è molto controverso, vuoi per iniziative poco zelanti dei correntisti, vuoi per la determinazione delle banche ad evitare azioni di ripetizione, vuoi anche per un atteggiamento progressivamente sempre più rigoroso della giurisprudenza, forse giustificato da numerose azioni pretestuose, ma talvolta trascendente in una ingiustizia sostanziale.

Tale diritto, infatti, intrecciandosi tra loro diritto sostanziale e processuale, viene esercitato alternativamente con:

- a) la richiesta stragiudiziale ex art. 119 Tub antecedente al giudizio;
- b) il ricorso al procedimento monitorio per la domanda di consegna di copia della documentazione del rapporto, da tempo ritenuto ammissibile dalla giurisprudenza⁸, superandosi le obiezioni⁹, secondo cui il monitorio avrebbe ad

oggetto un *obbligo di fare* e, ritenendosi, invece, che il *facere* assuma un ruolo ancillare¹⁰;

- c) l'istanza ai sensi dell'art. 696 bis cpc di accertamento tecnico preventivo, specie se formulata dopo la richiesta stragiudiziale ex art. 119 Tub di richiesta di esibizione alla banca della documentazione bancaria e di devoluzione ad un Ctu del compito della ricostruzione contabile del rapporto¹¹;
- d) soprattutto, l'istanza di esibizione ex art. 210 cpc.

La giurisprudenza, con riguardo a quest'ultimo strumento, ha assunto un atteggiamento progressivamente sempre più restrittivo sui tempi e le modalità di esercizio di tale richiesta. Si è così limitato il diritto: (a) con riguardo al suo contenuto, affermandosi, ad esempio, che l'ordine di esibizione ex art. 210 cpc non possa essere concesso per il testo dei contratti bancari né per tutti gli estratti conto ma, eventualmente, solo per parte della documentazione; (b) nelle modalità, richiedendosi comunque che l'attore abbia depositato parte degli estratti conto e, quindi, che la loro mancanza sia parziale, e non totale; (c) negli adempimenti pregiudiziali, richiedendosi che il cliente provi di averne previamente fatto richiesta stragiudiziale.

5. L'accesso ad informazioni concernenti il rapporto con la banca è stato anche riconosciuto in base alla normativa sul trattamento dei dati personali, sebbene si tratti di ipotesi riguardante contratti di intermediazione finanziari. In base all'art. 7 d.lgs n.ro 196/2003 si è affermato che l'istituto di credito, titolare del trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 28 d.lgs n. 196/03, ove ne sia fatta richiesta, è quindi tenuto a: 1. dare conferma dell'esistenza presso i propri archivi dei dati personali del ricorrente afferenti operazioni di investimento mobiliare a far data dall'inizio del rapporto; 2. comunicare al richiedente tutti i dati e le informazioni personali che lo riguardano relative ad ogni atto, rapporto, documento ed operazione concernenti: a) il contratto originario di prestazione dei servizi di investimento e accessori e/o di gestione di portafogli di investimento e deposito titoli siglati *inter partes*, incluse eventuali successive modifiche e integrazioni; b) il contratto originario regolante il rapporto di conto corrente eventualmente in essere ed ogni sua eventuale modifica e integrazione; c) le operazioni di investimento, gli ordini di acquisto e gli acquisti di titoli, di qualsivoglia genere, specie e natura, compiuti dal richiedente presso o tramite ovvero con l'intermediazione dell'istituto di credito dall'inizio del rapporto, compresi i rendiconti, i movimenti e la composizione del deposito titoli regolati nell'anzidetto periodo. (es. Trib. Bologna 28.07.2005, *il caso.it*).

6. In quanto si tratta di un «diritto che promana dall'obbligo di buona fede, correttezza e solidarietà», Cass. civ. 13.07.2007, n. 15669, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 7-8; *Giust. civ.*, 2008, 3, p. 712.

7. Già in precedenza si era affermato che «L'art. 119, comma 4, dl n. 385 del 1993, come sostituito dall'art. 24, comma 2, dl n. 342 del 1999, riconoscendo al cliente (...) il diritto di ottenere copia della documentazione relativa a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni, si applica anche a situazioni soggettive che, se pur derivanti da un rapporto concluso, non hanno ancora esaurito nel tempo i loro effetti, con la conseguenza che detto diritto di copia è riconosciuto al cliente della banca e al suo successore prescindendo dall'attualità del rapporto a cui la documentazione richiesta si riferisce». Cass. civ. sez. I, 12 maggio 2006, n. 11004, *Giust. civ. Mass.* 2006, 5, *BBTC*, 2007, 6, p. 731.; Cass. Sez. 1, Sentenza n. 12093 del 27.09.2001; Cass. 191.0.1999, n. 11733; Cass. 22.05.1997, n. 4598; cfr. anche il provvedimento del 7.12.2006 del Garante per la protezione dei dati personali.

8. Trib. Ferrara 04.06.2007, *il caso.it*, Trib. Pisa 13.11.2007, *il caso.it.*; nonché in fase fallimentare, si è ritenuto che il curatore del fallimento possa fare ricorso al procedimento monitorio, al fine di ottenere copia degli estratti conto relativi ai rapporti intrattenuti con gli istituti di credito dall'impresa fallita Trib. Milano 21.06.1996, in *Foro it.*, 1996, I, p. 3200.

9. A. Valitutti, *Il procedimento di ingiunzione: le problematiche pratiche più controverse*, in *Giur. merito*, 2010, 7-8, pp. 2032 ss.

10. Ammette la consegna della documentazione inerente il cc es. il Trib. Patti, Sezione dist. di Sant'Agata di Militello del 21.04.2010, in *dejure.giuffre.it*.

11. Trib. Napoli del 16.10.2007, in *il caso.it*.

diziale alla banca *ex art.* 119 Tub.

In modo condivisibile, tuttavia, la giurisprudenza di legittimità (Cass. sez. I, 11 maggio 2017, n. 11554) ha recentemente escluso che tale prerogativa sostanziale prevista dalla trasparenza bancaria possa limitare il potere di richiedere in sede processuale l'esibizione della documentazione. Ha affermato, infatti, che, nell'assegnare al cliente la facoltà di ottenere la documentazione dei propri rapporti bancari, «la norma del comma 4 dell'art. 119 Tub non contempla, o dispone, nessuna limitazione che risulti in un qualche modo attinente alla fase di eventuale svolgimento giudiziale dei rapporti tra correntista e istituto di credito (...) Il potere del correntista di chiedere alla banca di fornire la documentazione relativa al rapporto di conto corrente tra gli stessi intervenuto può essere esercitato, ai sensi del comma 4 dell'art. 119 del vigente testo unico bancario, anche in corso di causa e a mezzo di qualunque modo si mostri idoneo allo scopo». Nel criticare la tesi limitativa di tale prerogativa, la suprema Corte, ne evidenzia anche il paradosso: «la stessa tende, in realtà, a trasformare uno strumento di protezione del cliente (...) in uno strumento di penalizzazione del medesimo: in via indebita facendo transitare la richiesta di documentazione del cliente dalla figura della libera facoltà a quella, decisamente diversa, del vincolo dell'onere». In conclusione, per tale sentenza, l'ordine processuale di esibizione *ex art.* 210 cpc, è proiezione processuale del diritto sostanziale, veicolabile in tale sede senza alcun vincolo di formule sacramentali o di modalità espressive, nel rispetto della sola barriera processuale delle preclusioni istruttorie.

5. Il divieto di anatocismo: quando è la legge a suggerire l'inganno

L'ennesima modifica dell'art. 120 Tub da parte della legge 49 del 2016 ha modificato nuovamente lo scenario normativo dell'anatocismo bancario, carat-

terizzato, a partire dal 1999 da continui ribaltamenti di fronte.

Se le decisioni della Corte di cassazione del 1999 avevano segnato una inaspettata vittoria per i clienti delle banche, immediata era stata la reazione del legislatore che, prima con la modifica dell'art. 120 Tub¹² e, poi, con la nota delibera Cicer attuativa del 9 febbraio 2000, ne ripristinava la vigenza, con il solo limite della clausola contrattuale di reciprocità.

Successivamente, dopo la breve vita delle norme incostituzionali del cd. decreto milleproroghe (art. 2, comma 61, legge n. 10 del 2011)¹³, trascorsi quasi tre lustri, la legge stabilità del 2014¹⁴ è intervenuta nuovamente sull'art. 120 comma 2 Tub, imponendo in sostanza, un perentorio divieto di anatocismo nei contratti bancari.

Per tutti i contratti bancari, il comma 2 del nuovo art. 120 faceva riferimento alle «operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria» e prevedeva che il Cicer non doveva più regolare, come in precedenza avveniva, la *produzione degli interessi sugli interessi* (ampiamente utilizzato con la delibera del 2000)¹⁵ ma, più limitatamente, fissare le «modalità e criteri per la produzione di interessi», sempre con uguale periodicità del conteggio degli interessi debitori e creditori, precisando anche che «*gli interessi periodicamente capitalizzati non possano produrre interessi ulteriori che, nelle successive operazioni di capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale*».

Queste misure, intese dalla dottrina prevalente come l'introduzione di un divieto di anatocismo delle banche, non si sono però tradotte in reali benefici perché, mal digerite dal sistema bancario e figlie, forse, di una accelerazione dei lavori parlamentari poco condivisa nella sostanza, sono rimaste in stato di sospensione per la mancata approvazione della delibera Cicer attuativa per oltre due anni¹⁶.

Il dibattito sul carattere *self-executing* di tali norme, in assenza delle norme secondarie, che ha immediatamente diviso dottrina¹⁷ e giurisprudenza¹⁸ è destinato, tuttavia, ad avere un marginale rilievo, per-

12. Dall'art. 25, commi 1 e 2 del decreto legislativo 4 agosto 1999, n. 342.

13. Ugualmente dichiarato incostituzionale da C. Cost. n. 78, emessa il 02.04.2012 e pubblicata 05.04.2012.

14. Legge 27 dicembre 2013, n. 147 (in SO n.87, relativo alla G.U. 27/12/2013, n.302).

15. Gli artt. 2, 3 e 4, prevedevano tutti la capitalizzazione periodica degli interessi scaduti.

16. Proposta della Banca d'Italia di delibera Cicer era aperta per la consultazione fino al 23 ottobre 2015.

17. Si veda a favore dell'immediata applicabilità, A. Dolmetta, *Rilevanza usuraria dell'anatocismo (con aggiunte note sulle clausole «da inadempimento»*), in *www.dirittobancario.it.*, 2015; V. Farina, *Le recenti modifiche dell'art. 120 Tub e la loro incidenza sulla delibera Cicer 9 febbraio 2002*, in *www.dirittobancario.it.*, 2014; R. Marcelli, *L'anatocismo e le vicissitudini della Delibera Cicer 9/2/00. Dall'anatocismo sfilacciato al divieto dell'art. 1283 cc: nell'indifferenza dell'Organo di Vigilanza, l'intermediario bancario persevera nella capitalizzazione degli interessi, con oltre € 2 mil. di ricavi illegittimi nell'anno in corso*, in *www.ilcaso.it.*, 2014; M. Mazzola, *La nuova disciplina dell'anatocismo bancario nella legge di stabilità: prime note*, in *www.dirittobancario.it.*, 2014; anche a P. Serrao D'Aquino, *Questioni*

ché la legge n. 49 del 2016 è intervenuta nuovamente sul comma 2 dell'art. 120 Tub (con l'art. 17 bis), introducendo diverse disposizioni innovative¹⁹.

Il legislatore del 2016 fissa la regola apparentemente conforme a quella restrittiva prevista dalla legge di stabilità del 2014: gli interessi non possono produrre nuovi interessi, salvo che non si tratti di *interessi debitori*²⁰.

Stabilito il principio per cui la banca non ha diritto agli interessi anatocistici, si è prevista, tuttavia, una deroga decisiva, assente nelle norme del 2014, e fortemente voluta dalle banche, visto che il cliente «può autorizzare, anche preventivamente, l'addebito degli interessi sul conto al momento in cui questi divengono esigibili; in questo caso la somma addebitata è considerata sorte capitale; l'autorizzazione è revocabile in ogni momento, purché prima che l'addebito abbia avuto luogo».

L'esclusione dell'anatocismo, quindi, da norma imperativa diviene dispositiva. Poiché di libertà negoziale nei rapporti standardizzati, ed a maggior ragione in quelli bancari, quale naturale conseguenza dell'innovazione, l'anatocismo/capitalizzazione degli interessi debitori diviene nuovamente la regola nei contratti tra banche e clienti, che aderiscono alla clausola di autorizzazione preventiva all'addebito degli interessi sul conto ed alla loro trasformazione in capitale. Le norme attuali, pertanto, ribadiscono il medesimo principio fissato dalla legge di stabilità del 2014, ma ne tradiscono completamente il contenuto.

Per il contenzioso, a questo punto, la successione

normativa delle regole sugli interessi si arricchisce di un ulteriore segmento, determinandosi la seguente stratificazione: 1) la fase ante 2000 ove l'anatocismo manca per inesistenza del relativo uso normativo e la relativa clausola contrattuale è nulla; 2) la fase fino al 2010 ove l'anatocismo è consentito, ma a condizione di reciprocità; 3) la fase 2014-2016 dove l'anatocismo è del tutto vietato; 4) la fase dal 2016 in cui esso è vietato solo per gli interessi debitori, sebbene per i conti correnti affidati (di diritto o di fatto), tale divieto risulti derogabile mediante autorizzazione preventiva dei clienti.

6. Interessi moratori ed usura: un ventaglio di alternative rimediali

L'accertamento dell'usura in sede di contenzioso è attualmente imperniata sull'inclusione nel calcolo del tasso usurario di alcune voci di costo (come commissione di massimo scoperto, interessi di mora, costi di assicurazione e di mediazione), nonché sulla cd. usura sopravvenuta.

Può trascurarsi la rilevanza attuale della Cms, sia perché ridimensionata dalla legge n. 2 del 2009 e dall'attuale art. 120 Tub sia perché attualmente espressamente inclusa nella calcolo del Tgm. Uno spazio limitato meritano anche le voci relative a costi di assicurazione e mediazione, sia perché la suprema Corte già le considera parte del tasso usurario (Cass. civ. Sez. I, Sent., 05 aprile 2017, n. 8806) sia perché

attuali in materia di anatocismo bancario, commissione di massimo scoperto ed usura, in *Giur. Merito*, Milano, 2011, pp. 1172-1203. Per la necessità, invece, di attendere la delibera, invece, U. Morera-G. Olivieri, *Il divieto di capitalizzazione degli interessi bancari nel nuovo art. 120, comma 2, Tub*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, I; F. Maimeri, *La capitalizzazione degli interessi fra legge di stabilità e decreto sulla competitività*, in *www.dirittobancario.it*, 2014; G. Muciarone, *La trasparenza bancaria*, in V. Roppo, *Trattato dei contratti*, V, Milano, 2014, pp. 689 ss.; C. Colombo, *Gli interessi nei contratti bancari*, Roma, 2014, pp. 97 ss.

18. Tra i primi orientamenti nell'immediato per un'immediata applicabilità il Tribunale di Milano (ma anche i Tribunali di Biella e di Cuneo) e contro il Tribunale di Torino. Per una cronistoria dettagliata dei vari orientamenti, favorevoli e contrari si veda. A. De Simone, in *Anatocismo: il nuovo art. 120 Tub non ha efficacia immediatamente operativa*, in *expartecreditoris.it*.

19. Tale il testo attuale: *Il Cicer* [Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio] *stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che*, sostituendo le lettere a) e b) nel seguente modo: «a) nei rapporti di conto corrente o di conto di pagamento sia assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori, comunque non inferiore ad un anno; gli interessi sono conteggiati il 31 dicembre di ciascun anno e, in ogni caso, al termine del rapporto per cui sono dovuti; b) gli interessi debitori maturati, ivi compresi quelli relativi a finanziamenti a valere su carte di credito, non possono produrre interessi ulteriori, salvo quelli di mora, e sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale; per le aperture di credito regolate in conto corrente e in conto di pagamento, per gli sconfinamenti anche in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido: 1) gli interessi debitori sono conteggiati al 31 dicembre e divengono esigibili il 1° marzo dell'anno successivo a quello in cui sono maturati; nel caso di chiusura definitiva del rapporto, gli interessi sono immediatamente esigibili; 2) il cliente può autorizzare, anche preventivamente, l'addebito degli interessi sul conto al momento in cui questi divengono esigibili; in questo caso la somma addebitata è considerata sorte capitale; l'autorizzazione è revocabile in ogni momento, purché prima che l'addebito abbia avuto luogo».

20. Essa avviene fissando quattro principi generali: I.a) la pari periodicità della regolamentazione degli interessi debitori e creditori (comma 2, lettera a); I.b.) la scadenza non inferiore ad un anno; I.c.) la regolamentazione degli interessi al 31 dicembre o, comunque, al termine del rapporto; I.d.) l'applicazione di tali norme non più per le «operazioni in conto corrente» (art. 120 vecchio testo), ma i «rapporti di conto corrente ed i conti di pagamento» (art. 120 nuovo testo). La legge di stabilità del 2014 vietava, invece, l'anatocismo anche per gli interessi creditori.

secondo le Istruzioni della Banca d'Italia, già a partire dal 2009, sono espressamente incluse nella base di calcolo, non solo le spese di mediazione, ma anche «*le spese per assicurazioni o garanzie intese ad assicurare il rimborso totale o parziale del credito ovvero a tutelare altrimenti i diritti del creditore, se la conclusione del contratto avente ad oggetto il servizio assicurativo è contestuale alla concessione del finanziamento ovvero obbligatoria per ottenere il credito o per ottenerlo alle condizioni contrattuali offerte*»²¹.

Più delicata, invece, è la questione degli interessi moratori²².

La Corte di cassazione penale (n. 350 del 9 gennaio 2013²³), con una succinta motivazione ha affermato che gli interessi moratori rilevano ai fini del rispetto della soglia di usura, sia per ragioni di ordine letterale (ai fini dell'applicazione dell'art. 1815 cc e dell'art. 644 cp, si considerano usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge al momento in cui sono promessi o comunque convenuti *a qualunque titolo*), sia per l'unitarietà del criterio di accertamento del tasso usurario da parte della legge n. 108 del 1996, sia per il preesistente principio di omogeneità di trattamento degli interessi (che si evince dall'art. 1224, 1° comma, cod. civ., per il quale gli interessi moratori sono dovuti, in difetto di diversa disposizione contrattuale, nella stessa misura degli interessi convenzionali)²⁴.

La Banca d'Italia, invece, ha sempre adottato una tesi negativa, omettendo di rilevare ed inserire gli interessi moratori nel Tegm. Nei Chiarimenti del 3 luglio 2013 alle «Istruzioni della Banca d'Italia per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura», afferma che «gli interessi di mora e gli oneri assimilabili contrattualmente previsti per il caso di inadempimento di un obbligo» devono essere

esclusi dal calcolo del Tegm, con una previsione poi confermata anche nelle Istruzioni del luglio 2016, che escludono espressamente dal calcolo «*gli interessi di mora e gli oneri assimilabili contrattualmente previsti per il caso di inadempimento di un obbligo*».

La questione è ampiamente controversa in dottrina ed in giurisprudenza.

Contro la loro inclusione si sostiene, ad esempio, sia da parte della dottrina che della giurisprudenza di merito, che:

- l'inclusione degli interessi moratori innalzerebbe il Tegm danneggiando i clienti;
- si tratta di una fase di anomala del rapporto, conseguente all'inadempimento del cliente, mentre gli interessi corrispettivi riguardano l'aspetto commutativo e fisiologico, gli interessi moratori, invece, riguardano l'aspetto risarcitorio e patologico;
- la direttiva 2008/48/Ce del 23 aprile 2008, sui contratti di credito ai consumatori, all'art. 19, par. 2, esclude dal calcolo del Taeg (Tasso annuo effettivo globale) qualsiasi penale da inadempimento di un qualsiasi obbligo contrattuale, inclusi gli interessi di mora²⁵;
- il d.lgs 21 aprile 2016, n. 72, attuativo della direttiva 2014/17/Ue, al «Capo I-bis» del Tub, per il credito immobiliare ai consumatori" esclude dal calcolo del «Taeg», ovvero il «costo totale del credito per il consumatore espresso in percentuale annua dell'importo totale del credito» (art. 120 *quinquies*, comma 1) «le eventuali penali pagabili dal consumatore per l'inadempimento degli obblighi stabiliti nel contratto di credito» (comma 2);
- l'esclusione degli interessi di mora dalle soglie è sottolineata anche negli appositi decreti tri-

21. Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura-luglio 2016. Sono escluse, invece, quelle chiaramente individuabili come spese di mera consulenza.

22. AA.VV., *Gli interessi usurari*, a cura di G. D'Amico, Torino, 2016.

23. Vedi anche Cass. 11 gennaio 2013, n. 602 e n. 603.

24. Cfr. Cass. 9 gennaio 2013, n. 350; Cass. 11 gennaio 2013, n. 602 e n. 603. In precedenza Cass. 4 aprile 2003, n. 5324, e Cass. 22 aprile 2000, n. 5286; anteriormente all'entrata in vigore della l. n. 108 del 1996, da Cass. 7 aprile 1992, n. 4251.

25. Una decisione dell'Abf Nord (Decisione n. 2427 del 16 aprile 2014.) evidenzia che il legislatore europeo considera l'esclusione contrattuale degli interessi moratori come una lesione della libertà contrattuale del creditore. Allo scopo richiama la direttiva 2011/7/Ue del 16 febbraio 2011, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, attuata con decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, modificato dal d.lgs 9 novembre 2012, n. 192. In particolare, la citata decisione dell'Abf evidenzia che, nel 28° Considerando, si afferma che: «La presente direttiva dovrebbe proibire l'abuso della libertà contrattuale a danno del creditore. Di conseguenza, quando una clausola contrattuale o una prassi relativa alla data o al periodo di pagamento, al tasso di interesse di mora o al risarcimento dei costi di recupero non sia giustificata sulla base delle condizioni concesse al debitore, o abbia principalmente l'obiettivo di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, si può ritenere che si configuri un siffatto abuso. A tale riguardo e conformemente al progetto accademico di quadro comune di riferimento, qualsiasi clausola contrattuale o prassi che si discosti gravemente dalla corretta prassi commerciale e sia in contrasto con il principio della buona fede e della correttezza dovrebbe essere considerata iniqua per il creditore. In particolare, l'esclusione esplicita del diritto di applicare interessi di mora dovrebbe essere sempre considerata come gravemente iniqua, mentre l'esclusione del diritto al risarcimento dei costi di recupero dovrebbe essere presunta tale».

mestrali del Mef i quali specificano che «“i tassi effettivi globali medi (...) non sono comprensivi degli interessi di mora contrattualmente previsti per i casi di ritardato pagamento”»;

- gli artt. 1815 cc e 644 cp si riferiscono ai soli interessi corrispettivi;
- i rilievi del Tegm si riferiscono ad operazioni della stessa natura, per cui non può confrontarsi il tasso corrispondente alla somma di corrispettivi e moratori;
- nei mutui a tasso fisso con piano di ammortamento va escluso che possa verificarsi una condizione legale di cumulo di interessi corrispettivi e moratori, visto che la rata del piano di ammortamento prevede capitale ed interesse e che, alla sua scadenza della rata, diviene tutto capitale²⁶.

L'orientamento della Corte di legittimità ha dalla sua parte, però, argomenti di tipo letterale, non secondari:

- l'art. 1, comma 1°, del dl 29.12.2000, n. 394, convertito con la legge n. 24/2001, introdotto con la finalità essenziale di interpretare autenticamente gli artt. 644 cpc e 1815, comma 2, cc, dà rilevanza esclusiva al confronto tra tasso contrattuale e Tegm nel momento temporale della pattuizione, e non del pagamento, e fa riferimento agli interessi convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento;
- il comma 4 dell'art. 644 cp imponendo «Per la determinazione del tasso di interesse usurario» di tener «conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito», si basa su un criterio di omnicomprensività;
- la Relazione governativa che accompagna il decreto del 2000 fa un esplicito riferimento a ogni tipologia di interesse, «sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio»;
- il comma 3 dell'art. 644 cp punisce anche il patto usurario che riguardi, oltre gli interessi, oneri simili che risultino comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, «quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria».

ria».

All'argomento della diversità funzionale tra interessi moratori ed interessi corrispettivi, è agevole replicare, inoltre, che anche le polizze assicurative ed i costi di mediazione (così come la commissione di massimo scoperto, o di istruttoria veloce, nelle diverse declinazioni) hanno una funzione del tutto diversa rispetto a quella remunerativa degli interessi corrispettivi e, ciò nonostante, rientrano espressamente nel calcolo usurario.

Appare superabile, ancora anche la questione, certamente rilevante, della disomogeneità del metodo di calcolo di Teg e Tegm, dovuta alla mancata rilevazione del saggio medio degli interessi di mora di mercato. Appare ammissibile, infatti, l'elaborazione di un duplice Tegm per ciascuna categoria di operazioni, ossia (a) il Tegm basato sugli interessi convenzionali (ed altri oneri) praticati sul mercato e (b) un secondo Tegm, inclusivo anche degli interessi di mora, da applicarsi per la stessa categoria di operazioni, ma solo in caso di inadempimento del cliente (determinato mediante Ctu ed, in subordine, con il correttivo dell'incremento del 2,1% basato sull'ultima rilevazione degli interessi di mora)²⁷.

Con tale duplice rilevazione, da un lato, si evita che il tasso convenzionale regolarmente pagato sia confrontato con i tassi di mercato incrementati dello *spread* mediamente praticato per la mora e, quindi, l'innalzamento del Tegm; dall'altro lato, si evita anche una comparazione disomogenea tra il tasso contrattuale inclusivo degli interessi moratori ed il Tegm che, invece, li esclude, pur essendo essi, invece, comunemente praticati da tutti gli operatori di mercato.

In questo modo gli interessi corrispettivi e gli interessi moratori restano sul piano giuridico entità distinte che delineano un duplice ed alternativo regolamento di interessi, per la fase fisiologica del rapporto contrattuale i primi, per la fase patologica, i secondi.

In tal modo le conseguenze del superamento del tasso di usura in tal modo appaiono adeguatamente regolate. Il saggio usurario dei soli interessi moratori determina una nullità solo parziale del contratto ai sensi dell'art. 1419 cc, per cui restano dovuti gli interessi corrispettivi, indipendentemente dal fatto che la banca abbia o meno preteso gli interessi moratori.

Va respinta, pertanto, la tesi che, facendo leva sul

26. V. Trib. Napoli, III Sezione, 14.4.2014. Altri giudici di merito, ancora, hanno evidenziato che la giurisprudenza maggioritaria non ha mai autorizzato la sommatoria degli interessi di mora a quelli corrispettivi, ma ha semplicemente e correttamente sommato il tasso degli interessi corrispettivi con la maggiorazione (*spread*) prevista per calcolare i tassi moratori. (Gup Torino, 10 giugno 2014, in *www.leggiditalia.it*).

27. P. Serrao d'Aquino, *Interessi moratori ed usura*, in *www.dirittobancario.it*.

principio di omnicomprensività del tasso usurario previsto dall'art. 644 cp²⁸, allorché gli interessi di mora sono usurari, in modo alquanto meccanicistico, trasforma l'intero contratto di mutuo in un contratto gratuito ex art. 1815 cc.

Resta però il fatto che la Banca d'Italia continua a non rilevare ed inserire nel Tegm gli interessi di mora. In più, anche lo stesso legislatore sembra enfatizzare la diversità tra interessi corrispettivi ed altri oneri, avendo escluso dal Taeg, con il citato d.lgs 21 aprile 2016, n. 72, come si è detto, le penali previste nei contratti di credito immobiliare ai consumatori.

Parte della dottrina²⁹ successiva ha ritenuto, tuttavia, non determinante l'esclusione dal Taeg delle «eventuali penali pagabili» dal consumatore: escludendo la riconducibilità degli interessi di mora alla penale e ritenendo, inoltre, corretta la mancata rilevazione degli interessi di mora nel Tegm, e la loro inclusione, invece, nel calcolo del Teg (con ciò indirettamente negando la necessità del trattamento omogeneo), in virtù della diversità di scopo dei due istituti³⁰.

Esclusa la correttezza della trasformazione del prestito oneroso con interessi di mora usurari in prestito del tutto gratuito, la distanza, dal punto di vista pratico, tra la tesi che li include nel calcolo e quella che, invece, li esclude, non è però molta. Anche in questo secondo caso, viene, sia pur in altro modo, sanzionata la loro incidenza eccessiva nell'equilibrio del contratto attraverso lo strumento della riduzione, anche d'ufficio, della penale ex art. 1384 cc.

La tesi della nullità della sola clausola sugli interessi di mora per contrasto con l'art. 644 cp, implica l'applicazione al cliente dei soli interessi corrispettivi.

La tesi dell'applicazione dell'art. 1384 cc prevede, invece, una riduzione flessibile e discrezionale degli interessi moratori entro la soglia di usura (ma anche al disotto di tale soglia, quando lo *spread* aggiuntivo al tasso corrispettivo appaia comunque eccessivo).

Si è recentemente evidenziato che per l'art. 120 del Tub come novellato nel 2016³¹, consente che gli interessi di mora siano calcolati, non solo sul capitale, ma anche sugli interessi debitori maturati: «gli interessi debitori maturati, ivi compresi quelli relativi a finanziamenti a valere su carte di credito, non possono produrre interessi ulteriori, salvo quelli di mora,

e sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale».

La norma lascia nuovamente spazio all'adozione nei contratti di mutuo di clausole in tema di produzione degli interessi di mora sull'importo complessivo della rata (sia nella quota capitale sia nella quota interessi, quali entità inscindibili dopo la scadenza)³².

7. Usura sopravvenuta: regole diverse per una definizione polisèmica

Poiché l'art. 644 cp si riferisce tanto al “farsi promettere” quanto al “farsi dare” interessi usurari, ci si è chiesti inizialmente se il carattere usurario dovesse essere accertato con riferimento al Tegm determinato al momento della pattuizione, oppure a quello del momento dell'addebito in conto o della riscossione delle rate di mutuo.

Cosa accade se nel corso del rapporto varia il Teg o varia il Tegm?

Il legislatore, dopo la legge n. 108 del 1996, recependo l'allarme delle banche sull'impatto delle tesi della Corte di cassazione sull'usurarietà sopravvenuta, ha successivamente emanato la norma di interpretazione autentica contenuta nell'art. 1, comma 1°, del dl 29.12.2000, n. 394, la quale stabilisce che: «ai fini dell'applicazione dell'art. 644 cp e dell'art. 1815, comma 2, cc, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui sono convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento».

La questione interpretativa dell'usura sopravvenuta sembrava in tal modo chiusa, ma così non è stato, perché si è continuato a discutere della rilevanza delle variazioni della soglia di usura nel corso del rapporto bancario.

In un momento successivo alla stipula del contratto può cambiare il tasso convenzionale. Nei rapporti bancari regolati in conto corrente, con apertura di credito (o comunque affidati), le banche si avvalgono del potere di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali. Non vi è dubbio, a riguardo, che l'usurarietà vada accertata al momento della variazione, perché, trattandosi di una modifica dell'accordo con-

28. App. Venezia, Sez. III Civ., 18 febbraio 2013, n. 342.

29. A. Stilo, *Interessi moratori e “principio di simmetria” nella determinazione del tasso usurario*, in *Contratti*, 2016, 11, p. 1043.

30. Avendo il Tegm funzione statistica di fotografia del mercato fisiologico ed il Teg, invece, regolando in concreto il rapporto.

31. A. Stilo, *Interessi moratori e “principio di simmetria” nella determinazione del tasso usurario*, cit.

32. Se, infatti, il vincolo al Cicr di poter regolare solo la produzione di interessi (e non degli interessi sugli interessi) porti ad escludere tale possibilità, può in alternativa sostenersi che, se gli interessi debitori possono produrre interessi moratori, il contratto può prevedere che, per le rate scadute, essi possono essere calcolati, tanto sul capitale quanto sugli interessi.

trattuale, deve confrontarsi il nuovo Teg con il Tegm del periodo in cui tale variazione vi è stata: si tratta a tutti gli effetti di un nuovo contratto per la parte relativa agli interessi.

Inoltre, se anche resta invariato il tasso contrattuale, inevitabilmente cambia nel tempo il tasso di mercato.

In virtù dell'introduzione della norma di interpretazione autentica, la liceità del Teg non dovrebbe mai risentire delle fluttuazioni del Tegm successive alla stipula contrattuale.

L'insensibilità del primo alle variazioni del secondo, però, non è assoluta. Secondo parte della giurisprudenza e della dottrina, infatti, appare censurabile la richiesta di un tasso contrattuale che risulti nel corso del rapporto contrattuale superiore al saggio di usura determinato volta per volta, tanto da limitare l'esigibilità degli interessi corrispettivi entro tale soglia.

Del problema è stata investita, anche la Corte di cassazione (Cass. civ. Sez. I - sent. 17 agosto 2016, n.17150) la quale ha ricordato che in un rapporto contrattuale di durata, l'introduzione di una nuova norma imperativa condizionante l'autonomia contrattuale delle parti nel regolamento del contratto, comporta che, da tale momento, esso deve ritenersi assoggettato all'efficacia della clausola imperativa da detta norma imposta, che si sostituisce *ex art.* art. 1339 cc alla clausola difforme³³. Tale pronuncia, pur riferendosi ad ipotesi di contratti anteriori alla stessa legge sull'usura del 1996 (nei quali il tasso soglia è stato introdotto in corso di rapporto), comporta come logico corollario che il medesimo principio vada osservato nelle ipotesi in cui la soglia di usura discenda al di sotto del Teg, e sembra, pertanto, dare corpo alla

tesi che limita il tasso contrattuale (divenuto) usurario al tasso soglia.

Per ovviare, tuttavia, a situazioni di eccessiva onerosità (sopravvenuta), si è da altri proposta l'applicazione, in alternativa alla sanzione della nullità, del principio buona fede *in executivis*, desumibile dall'art. 1375 cod. civ., con la conseguenza che diverrebbe inesigibile la pretesa del pagamento di interessi corrispettivi ad saggio divenuto superiore alla soglia di usura, nella parte eccedente tale limite³⁴.

Si obietta ad entrambe le tesi, però, che in tale modo venga operata una commistione tra il momento genetico del contratto, unico rilevante per il legislatore, e quello funzionale, per il quale troverebbe applicazione la normale alea bilaterale dei rapporti economico-giuridici.

La questione, tuttavia, resta aperta, posto che il contrasto sussiste anche nella suprema Corte³⁵, tanto che con ordinanza interlocutoria dell'8 novembre 2016 - 31 gennaio 2017, n. 2484, la questione è stata rimessa alle Sezioni Unite³⁶.

Il legislatore, introducendo venti anni fa la soglia di usura, voleva fissare un confine certo tra prestito lecito e prestito usurario, evitando l'incertezza del requisito dell'approfittamento dello stato di bisogno (art. 644 cp, precedente formulazione). Certamente l'intervento sul reato di usura e la sanzione civilistica della gratuità del prestito hanno rappresentato delle innovazioni positive. L'obiettivo della chiarezza non è stato però efficacemente raggiunto: l'accertamento della soglia di illiceità e quello della misura della remunerazione del banchiere restano anche oggi equazioni a (plurime) incognite giudiziali.

33. Cass. Sez. 3, Sent. n. 1689 del 2006: «ne consegue che l'introduzione delle norme sul Teg determinano l'inefficacia *ex nunc* delle clausole dei contratti stessi, sulla base del semplice rilievo - operabile anche d'ufficio dal giudice - che il rapporto giuridico non si sia esaurito prima ancora dell'entrata in vigore di tali norme e che il credito della banca si sia anch'esso cristallizzato precedentemente».

34. Decisione Abf, n. 77 del 10 gennaio 14, n. 77, ma anche n. 7936 del 16 settembre 2016.

35. Sent. del 29 gennaio 2016 n. 801: «I criteri fissati dalla l. n. 108 del 1996, per la determinazione del carattere usurario degli interessi, non si applicano alle pattuizioni di questi ultimi anteriori all'entrata in vigore di quella legge, siano esse contenute in mutui a tasso fisso variabile, come emerge dalla norma di interpretazione autentica contenuta nel dl. n. 394 del 2000, art. 1, comma 1, (conv., con modif., dalla l. n. 24 del 2001), che non reca una tale distinzione. Conf. Cass. 19/3/2007 n. 6514 (in motivazione) e 27/9/2013 n. 22204.

36. Orientamento che facendo leva sull'interpretazione autentica intervenuta dl n. 394 del 2000, *ex art.* 1, convertito nella l. n. 241 del 2001, esclude che il superamento del tasso soglia in corso di esecuzione del rapporto possa determinare l'invalidità degli interessi corrispettivi *ex artt.* 1339 e 1418 cc e la riconduzione entro il predetto tasso soglia.

L'usura sopravvenuta in Cassazione

di Aldo Angelo Dolmetta

Il fluire del tempo nel contratto di mutuo rende necessario valutare le conseguenze dello snodarsi di una serie di frazioni di tempo, ai fini della verifica permanente della usurarietà. Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 1 della legge 24/2001, pur nel diverso regime sanzionatorio permane la rilevanza dell'usura sopravvenuta: le ragioni sistematiche, la funzione della buona fede oggettiva e le altre ragioni. La necessità di inserimento degli interessi moratori nell'ambito tematico della usura sopravvenuta. Infine la difficoltà di individuare il regime economico sostitutivo di quello usurario.

1. In via di premessa: la fattispecie di rilevanza usuraria tra mero patto e tempo di applicazione degli interessi

1.1. Può capitare – non è frequentissimo, ma capita – che il testo di un contratto di mutuo, preparato per la stipula notarile, venga a prevedere l'applicazione diacronica di due distinti tassi compensativi (entrambi destinati, cioè, all'esecuzione fisiologica del rapporto che nasce dal mutuo): uno, scritto per un primo periodo dell'esecuzione del rapporto; l'altro, e più elevato, per il susseguente periodo restante. Rispetto a una fattispecie così strutturata può anche accadere che – nel raffronto con il tasso soglia d'usura (: punto massimo della crescita consentita dalla legge rispetto al Tegn tempo per tempo rilevato), quale sussistente al momento della stipula notarile del patto – il primo tasso risulti inferiore alla soglia usuraria, mentre il secondo la venga a superare (magari) per una misura abbondante.

Nei fatti, una simile situazione viene a creare imbarazzi e incertezza; e non solo al notaio, costretto nella rigida alternativa consegnatagli dall'art. 28 della legge professionale. In effetti, un contratto non può – in uno stesso tempo – essere usurario e anche non usurario. Pure, il patto ipotizzato contempla – nel momento in cui lo stesso viene fatto (con rifermento, quindi, al *momento in cui gli interessi «sono promessi o comunque convenuti»*, che è l'espressione adottata dall'art. 1 della legge n. 24/2001¹) – sia un tasso lecito (il primo), sia un tasso illecito (il secondo). Occorre scegliere: chiedersi di conseguenza quale, tra i due tassi, sia quello da assumere come rilevante.

La risposta, per la verità, segue prima di ogni altra cosa il buon senso². Se può apparire in sé scontata, la stessa vale tuttavia a mostrare un primo punto determinante per la corretta comprensione e ricostruzione dell'usura dei contratti di mutuo e dei contratto di credito in genere³. Che la ragione di una considerazione fermata sul tasso più basso (e, nell'esempio,

1. Legge 28 gennaio 2001, n. 24 di conversione del dl. 29 dicembre 2000, n. 394.

2. L'alternativa di assumere come rilevante il tasso più elevato si pone, in effetti, come pretesa comunque ultronea e fuori misura: perché riferita a un mero possibile e perché – quand'anche il futuro si risolvesse poi nel confermare il presente – si tratterebbe comunque di un'indebita anticipazione del medesimo (è per «quel» tempo, non già per l'attuale, cioè, che si pretende «quel» tasso).

3. Ma si potrebbe anche dire, con espressione più lata, dei contratti in cui l'esecuzione di una prestazione, quella pecuniaria, si avvantaggia in tutto o in parte di un differimento temporale, che venga concesso verso apposito corrispettivo.

lecito) riposa – non può non riposare – sul fatto che questo, non l'altro e più elevato, è il tasso che viene a entrare nell'immediato in applicazione: non appena avvenuta, meglio, l'erogazione della somma di cui al mutuo.

Il puro e semplice riferimento alla stipula del patto e al tempo in cui questa avviene, dunque, appare profilo non sufficiente a impostare e risolvere in modo conveniente i problemi dell'usura, interpretativi come ricostruttivi, non meno che inerenti alla stessa legislativa delle regole che il relativo fenomeno intendono arginare. Al di là delle parole della norma dell'art. 1 della legge n. 24/2001, in proposito non può non assumere (= deve assumere) rilevanza – in una con il patto di mutuo - anche l'esecuzione del rapporto di cui al mutuo medesimo⁴.

1.2. Per sua propria natura, tuttavia, il discorso relativo al dato materiale di rilevanza usuraria non è destinato a fermarsi con l'individuazione di questo paletto; non dovrebbe terminare, cioè, con la fermata rilevanza del tasso di prima ed effettiva applicazione. Occorre che si spinga sino a riconoscere e collocare la rilevanza usuraria dei tassi – che sono stati convenuti e poi applicati – anche rispetto ai successivi periodi di svolgimento del relativo rapporto.

Per constatarlo, sempre sul filo della ragionevolezza e del buon senso, si può riprendere l'esempio appena fatto, del doppio (e diacronico) tasso. Se il criterio orientativo della scelta iniziale è stato quello del tasso applicato – tra i più tassi convenuti –, lo stesso criterio dovrebbe valere per tutto lo svolgimento del rapporto. A contare dovrebbe essere, in altri termini, il tasso che tempo per tempo trova applicazione: con riferimento – occorre completare la frase – al Tegm rilevato per il relativo periodo di tempo, poiché quello inerente al periodo iniziale, passato il trimestre, *functus est munere suo*.

A meno di non ritenere che in relazione al tema della rilevanza usuraria abbia peso solo il tasso di prima e immediata applicazione. Ma di tanto – a fronte del rilievo appena svolto (la strada della rilevanza del tasso applicato, una volta adottata, dovrebbe valere sempre) – si dovrebbe comunque dare adeguata e forte dimostrazione.

Certo, una risposta definitiva in proposito non può comunque non dipendere dalle scelte operate dalla legge scritta (risposta che, per il diritto italiano, comunque è di segno positivo, come si vedrà *infra*, spec. nei nn. 3 e 4). In via preliminare, peraltro, non sembra inopportuno notare come la rilevanza usuraria del tasso tempo per tempo applicato non abbia, di per sé, solo la pur evidente circostanza che – a pensare diversamente – diventa sin troppo facile e immediato aggirare la normativa di repressione del fenomeno usurario: sino, in verità, a rendere la stessa del tutto evanescente e inutile⁵.

Come da tempo avvertito in letteratura, l'esecuzione del rapporto di mutuo (dei contratti di credito in genere⁶) si snoda lungo una serie di frazioni temporali che – se in sommatoria formano il periodo di godimento del danaro ricevuto, secondo quanto determinato nel contratto - peraltro restano strutturalmente distinte tra loro. A livello scomposto, ciascuna di esse viene a ricevere una propria retribuzione; per la replica del godimento che tempo per tempo viene concesso, come pure per la correlativa replica dell'efficacia del patto che tale retribuzione governa.

Secondo quanto risulta rispondente, del resto, alla costruzione assunta dalla norma generale dell'art. 821, comma 3, cc, per cui gli interessi – intesi propriamente come «corrispettivo del godimento del danaro», che sia concesso dal proprietario delle somme erogare a prestito – «maturano giorno per giorno, in ragione della durata del diritto» (nella vigente legge sull'usura, il «giorno per giorno» viene trasformato in «trimestre per trimestre»).

Il contratto di mutuo stipulato nel tempo presente, di conseguenza, non viene a rimanere estraneo al mercato che andrà a seguire nel futuro, lungo le varie frazioni temporali in cui il relativo rapporto è destinato a durare. Di sicuro, lo stesso non va fuori mercato – non muore – col finire della sua «prima applicazione» o del suo primo Tegm; come pure, del resto, il Tegm di un trimestre viene a fungere da sponda di riferimento per quello del trimestre successivo (e così via via, in prosieguo di tempo). Il riferimento al solo tasso di prima applicazione – *rectius*, del primo trimestre – in definitiva oscura il fluido continuo che per contro connota il mercato del credito.

4. Oltretutto, l'assunto della rilevanza usuraria del mero patto viene a porre dei problemi non sormontabili con riferimento all'articolazione attuale della prassi. Si pensi anche solo alla dinamica concretamente formativa della commissione di istruttoria veloce di cui all'art. 117-bis Tub.

5. Essendo allora sufficiente, per dire, stabilire un tasso bandiera con applicazione di poche settimane, se non di qualche giorno. Per il rilievo che «circoscrivere la rilevanza e l'applicabilità della ... disciplina del fenomeno usurario al momento costitutivo dei rapporti ... di credito significa contraddire e vanificare gli scopi della legge stessa» v., così, Ferroni, in *Rass. dir. civ.*, 1999, pp. 511 ss.

6. Ovvero, e comunque, l'esecuzione di quelli che prevedono il differimento dell'esigibilità della prestazione pecuniaria (cfr. già sopra, nota 3).

Tra le osservazioni di tratto preliminare, ne resta ancora una da svolgere. Non si può trascurare che tra tasso applicato il primo trimestre e tasso di applicazione successiva corra una differenza importante: nel primo caso, il creditore sa – se impresa, non può non sapere – che quel tasso supera il massimo in quel momento consentito all'autonomia privata; nella seconda circostanza, il creditore si affida invece al futuro. Ora, questa differenza certamente può giustificare e comportare (come in effetti avviene nel sistema italiano) una diversità di trattamento in punto di modalità e termini di repressione del fenomeno usurario. È peraltro subito da aggiungere che, per il caso dell'applicazione successiva al primo trimestre, il creditore non si trova comunque in balia degli eventi: ben potendo lo stesso in via autonoma rimediare al sopravvenuto superamento della soglia – anche (ma non solo) a mezzo di apposite clausole di salvaguardia e cimatura, in quanto tali idonee a fermare in modo automatico il tasso sul limine del consentito – e così riportare sulla linea della correttezza il proprio comportamento⁷.

2. L'attuale contrasto tra pronunce della Corte sulla rilevanza dell'usura sopravvenuta

2.1. La rilevanza usuraria del tasso applicato al rapporto dopo il primo trimestre – nel che si sostanzia la base empirica del fenomeno della cd. usura sopravvenuta (seppure così assunta solo nei termini di una prima sgrossatura) – è opinione che, nel diritto vivente di questi ultimi anni, raccoglie un elevato numero di consensi. La recepisce una buona parte della dottrina. La segue un rilevante numero di sentenze

dei giudici di merito. Il Collegio di coordinamento dell'Abf ha indirizzato in questo senso la linea delle proprie decisioni (cfr., in specie, le decisioni 10 gennaio 2014, n. 72 e 10 gennaio 2014, n. 77). Le stesse Istruzioni della Vigilanza la hanno fatta loro propria, con segnato – e per vero anche esclusivo – riferimento ai rapporti creditizi «a utilizzo flessibile» (stabilendo che per i finanziamenti in apertura, su anticipi, di *factoring* e di credito *revolving* devono essere rilevati tutti i rapporti intrattenuti nel trimestre, a differenza di quanto avviene per gli altri contratti di credito, dove la rilevazione si ferma, per sé, ai nuovi rapporti)⁸.

Il tutto pure con l'enucleazione, elaborazione e sviluppo di altri – successivi – profili tematici che la materia non manca di proporre (dalla definizione esatta dei casi di usura sopravvenuta rispetto a quelli di usura originaria alla delineazione compiuta della struttura rimediabile da applicare al riscontro della usura qui in esame, ai rapporti tra usura sopravvenuta e oneri eventuali, quali gli interessi moratori)⁹.

Nonostante ciò, occorre tuttora concentrare l'attenzione sul detto aspetto di base, che ovviamente è preliminare a ogni altro profilo della materia. Soprattutto perché – nel diritto vivente della Corte di cassazione – il problema della rilevanza del fenomeno dell'usura sopravvenuta risulta allo stato non ancora chiarito. Nella realtà delle cose, la questione è stata rimessa al vaglio delle Sezioni Unite dall'ordinanza interlocutoria 31 gennaio 2017, n. 2484¹⁰.

2.2. Al riguardo giova subito evidenziare che – per quanto mi consta almeno – sinora la Cassazione si è occupata del problema solo con riferimento al caso di rapporti iniziati prima dell'entrata in vigore della legge n. 108/1996. È questo un tema decisamente importante, ma che ha sostanza prima di tutto di

7. Nulla vieta, così, che il creditore – constatando in apertura di trimestre il superamento del tasso soglia (sul punto si tornerà ancora, nel n. 6.3.) – rinunci spontaneamente a esigere il supero del consentito: l'eventuale rifiuto del debitore di profittarne *ex art. 1236 cc*, in effetti, non potrebbe non integrare gli estremi dell'abuso del diritto (in quanto comportamento strumentalmente diretto a fare poi valere la usurarietà del rapporto).

8. Cfr. Istruzioni della Banca d'Italia, agosto 2009, punto C2, base di calcolo dei dati da segnalare: «per le operazioni ... (di apertura di credito in *c/c*, finanziamenti per anticipi su crediti e documenti e sconto di portafoglio commerciale, *factoring* e credito *revolving*) [devono essere segnalati] tutti i rapporti di finanziamento intrattenuti nel trimestre di riferimento (ancorché estinti nel corso del trimestre)»; «per le altre categorie di operazioni, esclusivamente i nuovi rapporti di finanziamento accessi nel periodo di riferimento. Devono inoltre essere segnalati, nelle rispettive categorie, tutti i rapporti per i quali, nel trimestre, risulta variata una condizione contrattuale relativa a durata, importo erogato e tasso di interesse, i cui termini non siano già previsti nel contratto originario». Cfr., in proposito, anche la Circolare dell'Autorità, 3 luglio 2013 e la Comunicazione 29 maggio 2013, in *ILCaso.it*.

9. Sul rapporto tra usura e la materia in genere dei «costi da inadempimento» cfr. il mio *Rilevanza usuraria dell'anatocismo*, in *diritto bancario.it*, 2015 (ma, per il punto specifico dei moratori, v. pure i cenni fermati nel prossimo n. 5). Quanto alla problematica della struttura rimediabile v. nel n. 6. Sul tema della riconducibilità dei vari casi prestati dalla prassi al campo dell'usura originaria o invece dell'usura sopravvenuta, per degli spunti v. ad esempio *Usura sopravvenuta per modifiche regolamentari della Banca d'Italia (quando non originaria)*, in *diritto bancario.it*, nonché *Sugli effetti civilistici dell'usura sopravvenuta*, in *ILCaso.it*.

10. Cass. Sezioni Unite n. 24675 depositata il 19 ottobre 2017 (n.d.r.)

diritto intertemporale e che, comunque, rappresenta solo uno dei possibili lati di emersione dell'usura sopravvenuta. Che è, invece, tema dalle molte e larghe prospettive: si pensi, per rimanere al mero dato materiale del fenomeno¹¹, anche solo al caso della discesa dei tassi di mercato (: del Tegn) che sia successiva alla prima applicazione del rapporto; ovvero a quello di un'improvvisa moltiplicazione delle spese concretamente caricate sul rapporto in corso di opera; o a un crescere incontrollato di commissioni.

Ciò posto, va adesso ricordato come – nei primissimi anni di applicazione della legge n. 108/1996 – nella giurisprudenza della Corte emerse netto un orientamento favorevole all'applicazione dell'usura sopravvenuta, come direttamente poggiato sul testo della riformata norma dell'art. 644 cp: sul divieto, in specie, di «farsi dare» vantaggi usurari (e sul punto si tornerà con ampiezza, specie nel prossimo n. 3.3.). Orientamento che si pose, peraltro, con specifico riferimento ai soli rapporti ancora in corso di svolgimento al tempo dell'entrata in vigore della legge n. 198/1996, non anche a quelli all'epoca già esauriti¹². Per questi ultimi, infatti, un problema del genere non avrebbe potuto nemmeno porsi: un'eventuale applicazione della legge n. 108/1996 postulando, in effetti, un'inammissibile efficacia retroattiva della legge medesima.

Il che tra l'altro vuole pure dire che – per i rapporti avviati prima dell'entrata in vigore della legge n. 108/1996 – un problema di usura sopravvenuta si può porre solo ove il rapporto fosse ancora in corso all'epoca dell'entrata in vigore di tale legge (nel senso, semplificando un poco, che il rapporto non era ancora stato risolto, né si era verificata un'altra causa di suo scioglimento) e solo con riferimento alla parte del rapporto che in quel momento risultasse ancora da svolgere. Ciò che in ogni caso comporta – va pure aggiunto *in limine* – l'esclusione dell'eventualità di applicare, nel caso, la sanzione della cd. «gratuità» dell'intero rapporto, che è disposta dall'art. 1815, comma 2, cc¹³.

2.3. In prosieguo di tempo è peraltro intervenuta – il punto è notissimo – la già citata legge n. 24/2001, il cui art. 1, comma 1, con norma di interpretazione

autentica ha previsto che «ai fini dell'applicazione dell'art. 644 cp e dell'art. 1815 comma 2 cc si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge al momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal loro pagamento». Da qui il successivo divaricarsi dell'atteggiamento della Cassazione in due contrapposti orientamenti.

Da una parte si è continuato ad alimentare la soluzione della rilevanza dell'usura sopravvenuta in corso di rapporto. Tanto è avvenuto, per la verità, anche per la via indiretta (o mediata, se preferisce) della rilevanza più volte riconosciuta agli interessi moratori (il punto, qui anticipato, sarà sviluppato *infra*, nel n. 5)¹⁴. La più recente espressione dell'orientamento, che appunto dà rilevanza all'usura sopravvenuta, è data da Cass. 17 agosto 2016, n. 17150, (la quale assume in modo espresso che il rapporto esaminato era ancora in corso di esecuzione al tempo dell'entrata in vigore della legge): in questa decisione, la soluzione viene radicata nella diretta applicazione alla fattispecie delle disposizioni di cui alla legge n. 108/1996, senza medi ulteriori; ma con l'espressa aggiunta in calce, che l'applicazione avviene, com'è naturale, solamente *ex nunc* (con espressa limitazione di ogni eventuale provvedimento, cioè, al rapporto successivo a detto momento)

Anche dall'opposta parte, del resto, il problema si trova sostanzialmente inserito nell'alveo della tematica di diritto intertemporale. A risolverlo, qui, è propriamente il giudizio che l'art. 1 della legge n. 24/2001 si pone in eclissi (si frappone) tra la normativa della legge n. 108/1996 e la fattispecie concreta: di per sé senz'altro applicabile, cioè, la normativa dell'usura viene peraltro a trovarsi oscurata ovvero paralizzata dalla norma interpretativa. Secondo la sentenza del 19 gennaio 2016, n. 801, ultimo esito di tale orientamento, la «norma interpretativa ... comporta l'inapplicabilità del meccanismo dei tassi soglia alle pattuizioni stipulate ... in data precedente all'entrata in vigore della legge n. 108/1996 ... «ancorché riferite» - così si rileva (con formula non priva di una qualche ambiguità) - «a rapporti perduranti anche dopo tale data».

11. E quindi facendo generico riferimento al complesso degli oneri applicati al rapporto dopo il primo trimestre (sopra, n. 2.1.): prima di procedere alla divisione tra quanto tecnicamente va letto e catalogato come usura sopravvenuta e quanto invece si riconnette alla figura dell'usura originaria.

12. Come sottolinea assai bene, ad esempio, la sentenza di Cass., 19 marzo 2007, n. 6514.

13. Esclusione che, peraltro, costituisce una caratteristica costante del fenomeno, che assume a rilievo solo la frazione temporale nel concreto interessata.

14. La applicazione dei moratori è istituzionalmente sopravvenuta, perché un inadempimento del debitore nei contratti di credito non può essere contestuale alla conclusione del contratto: lo esclude la necessaria *distantia temporis* tra erogazione e restituzione del denaro che conforma la struttura di tali operazioni.

L'ordinanza interlocutoria – che appare relativa a un rapporto ancora in fase di pieno svolgimento al tempo dell'entrata in vigore della legge n. 108/1996 (mutuo decennale contratto nel 1990) - riporta fedelmente le dette due anime (ivi pure elenchi pressoché completi dei rispettivi precedenti).

2.4. Sembra, a conti fatti, che il problema dell'eventuale rilevanza dell'usura sopravvenuta abbia – nell'attuale diritto vivente della Cassazione – due sponde, o indici, di riferimento caratteristici: il suo riferirsi in via propria, se non esclusiva, ai rapporti «pendenti» nel 1996; il suo galleggiare in un incerto rapporto tra la normativa generale sull'usura, come scritta nella legge n. 108/1996, e la specifica norma (se non proprio speciale, almeno in una certa lettura) della legge n. 24/2001.

Sul primo punto si è già detto come la prospettiva del diritto intertemporale sia fattore che tutto sommato viene a inquinare la visione d'insieme del problema, portandolo verso altri sentieri: si pensi alla nozione di rapporto non esaurito (che, di per sé, è tutto meno che semplice); si pensi al «peso» che nei fatti accompagna la lettura di una norma retroattiva.

Sicuramente centrale (per quanto non esclusivo, si vedrà) appare invece il punto della corretta costruzione del rapporto corrente tra la disciplina generale dell'usura e la norma di interpretazione retroattiva: qui, l'impressione, che si ritrae dalla lettura delle contrapposte sentenze, è che ciascuna delle due opinioni, nel valorizzare una norma, venga in sostanza a cancellare l'altra.

3. Rilevanza dell'usura sopravvenuta: il sistema della normativa usuraria

3.1. Del rapporto sistematico corrente tra la normativa generale dell'usura, quale dettata nella legge n. 108/1996, e la specifica disposizione dell'art. 1 della legge n. 24/2001 si è occupata – pure questa è circostanza assai nota – anche la Corte costituzionale, con la sentenza del 25 febbraio 2002, n. 29. Che ha considerato questo rapporto sotto il profilo funzionale e pure sotto il profilo strutturale.

Sotto il primo profilo, la Corte ha in via segnata

rilevato che la «ratio della legge n. 108/1996 è quella di contrastare nella maniera più incisiva il fenomeno usurario. Siffatta finalità è stata essenzialmente perseguita ..., da un lato, rendendo più agevole l'accertamento del reato, attraverso l'individuazione di un tasso obiettivamente usurario ...; dall'altro, inasprendo le sanzioni penali e civili connesse alla condotta illecita». Quanto poi al profilo strutturale, la Corte ha rilevato che l'«art. 1 del decreto legge n. 394/del 2000 viene a precisare che le sanzioni penali e civili di cui agli artt. 644 cp, e 1815, secondo comma, cc trovano applicazione con riguardo alle sole ipotesi di pattuizioni originariamente usurarie».

Dunque, la norma dell'art. 1, legge n. 24/2001, si occupa solo delle sanzioni che sono state «inasprite» dalle normativa generale della legge n. 108/1996. E in questa specifica dimensione – di compiuta estraneità rispetto alla conformazione della fattispecie dell'usura, appunto –, la norma viene ritenuta dalla Corte espressiva di un'«interpretazione ragionevole», «tra le tante astrattamente possibili»¹⁵ (implicita, ma davvero trasparente, qui, la valutazione della Corte dell'art. 1 in termini di norma sì retroattiva sotto il profilo dell'efficacia, quanto però innovativa dall'angolo visuale del contenuto precettivo).

3.2. Secondo la valutazione della Corte (peraltro conforme al pensiero espresso da parte della dottrina), dunque, la norma dell'art. 1 non si occupa che delle sanzioni penali e delle sanzioni civili, dalla legge n. 108/1996 rese – per tutte o parte delle fattispecie usurarie – più aspre. In quanto sanzioni «più aspre», o «troppo aspre», questa norma fa certo che le stesse restano escluse per l'usura sopravvenuta. Che poca cosa certo non è. Che, tuttavia, non è neppure tutto.

In controluce con quanto espresso dalla Corte costituzionale, in particolare, vi sono – per la definizione della cifra complessiva del suo intervento – talune cose da rimarcare in speciale maniera¹⁶.

La Corte non dice, prima di tutto, che il fenomeno dell'usura sopravvenuta si manifesta irrilevante per il sistema vigente. Nemmeno dice che la norma dell'art. 1 è andata ad abrogare - per una o più parti - la disciplina dettata in generale dalla legge n. 108/1996 (cosa, del resto, che la norma neppure in astratto potrebbe dire, come subito si vedrà): non dice, in spe-

15. La sentenza della Corte pure tra l'altro rileva: «restano evidentemente estranei all'ambito di applicazione della norma impugnata gli ulteriori istituti e strumenti di tutela del mutuatario, secondo la generale disciplina codicistica dei rapporti contrattuali».

Nell'interpretare questo passaggio della sentenza, il Collegio di Coordinamento Abf, 10 gennaio 2014, n. 77, ha osservato: «si deve assumere che la norma [dell'art. 1 legge 24/2001] è conforme alla Costituzione nei limiti in cui non pregiudichi l'esperibilità di altri rimedi civilistici posti a tutela della posizione del mutuatario, diversi dalla nullità di cui all'art. 1815, comma 2, cc.».

16. Oltre al presupposto di base – rimasto implicito nel pensiero della Corte, ma non per questo meno evidente – per cui la norma dell'art. 1 della legge n. 108/1996 (i.e.: l'art. 644 cp) esprime una regola di sistema, mentre l'art. 1 della legge n. 24/20012 contiene per contro una disposizione di mero completamento disciplinare, così ponendosi alla periferia del sistema.

cie, che è stata abrogata la parte dell'art. 644 cp che sanziona il caso di «farsi dare» dei vantaggi usurari. Non dice, tanto meno, che delle zone della normativa di cui alla legge n. 108/1996 non siano (più) imperative o che queste zone siano diventate derogabili. Non dice che è valido il patto di deroga alla normativa usuraria o il patto contrario alla normativa usuraria.

Tutto questo la Corte non lo dice. Non lo dice, a me pare, per due distinti motivi. Perché – se la norma dell'art. 1 avesse realmente quella portata (che è poi quella che finisce per consegnarle l'orientamento contrario alla rilevanza dell'usura sopravvenuta) – ben difficilmente la si potrebbe definire norma dotata di ragionevolezza; né norma di semplice completamento di un sistema altrove ideato e conformato (come invece la norma è). In una simile prospettiva, in realtà, la norma dell'art. 1 risulterebbe intesa a far cadere una parte decisamente sostantiva della legge n. 108/1996: sicuramente non più rivolta, allora, a reprimere «nella maniera più incisiva» il fenomeno usurario.

Non lo dice pure per un'altra ragione, di ordine per così dire strutturale. Secondo la giurisprudenza della stessa Corte costituzionale, con l'emanazione di una norma di interpretazione autentica il legislatore può scegliere nell'ambito delle più interpretazioni possibili, cioè compatibili con il testo della norma. È quindi esclusa non solo la possibilità di procedere a delle abrogazioni espresse, ma anche quella di addivenire ad abrogazioni per incompatibilità: ché ciò, per definizione, si tradurrebbe nell'adottare una interpretazione non possibile sulla base del testo all'epoca vigente. Un'abrogazione retroattiva, insomma, è esclusa dal sistema. E nel caso che qui nel concreto interessa un'interpretazione forte della legge n. 24/2001 (relativa alla fattispecie usura, cioè) comporterebbe senza dubbio l'abrogazione retroattiva della norma dell'art. 644, là dove la stessa predica la rilevanza usuraria del «farsi dare» dei vantaggi superiori a quelli fissati dalla soglia di legge.

3.3. Ciò posto, adesso non sembra inopportuno soffermarsi un momento a guardare la fattispecie di usura, che rileva per il sistema vigente. Così come la stessa risulta per l'appunto disegnata dall'art. 644 cp a seguito della riformulazione portata dall'art.1 della legge n. 108/1990: ché la centralità sistematica della

relativa regola in punto di definizione della fattispecie usuraria rilevante davvero non potrebbe comunque risultare discutibile.

Ora, la norma appare proprio netta, univoca: l'usura si verifica non solo quando taluno «si fa promettere vantaggi usurari»; ma pure – e indipendentemente¹⁷ – quando questi «si fa dare vantaggi usurari». E dunque: a contare, per il nostro diritto vigente, non è solo la previsione di tassi usuari nel momento della stipula del patto (meglio, con riferimento alla prima applicazione del rapporto; cfr. sopra, n. 1). Contano anche tutte le dazioni di vantaggi usurari che in prosieguo di rapporto vengano poi a configurarsi.

Può non essere inutile, allora, esplicitare in proposito la stringa strutturale che segue. Il fenomeno usurario riguarda i contratti di credito (anche o solo qui non importa¹⁸). I contratti di credito hanno una struttura elementare formata da erogazione della somma di danaro e da restituzione della stessa, da parte di chi la ha ricevuta a chi la aveva erogata. L'obbligo di restituzione non può essere contestuale all'erogazione, perché nei contratti di credito la *distantia temporis* è elemento costitutivo dell'operazione. L'arco dell'usura sopravvenuta viene a comprendere, dunque, (anche) l'obbligazione di restituzione: che è quanto costituisce il principale impegno economico del debitore, soggetto propriamente protetto dalla normativa di repressione dell'usura.

Eliminata la sanzione (penale e) civile «inasprita», rimane – come è scontato – la sanzione civile normale. Se la normativa dettata nell'art. 644 cp è imperativa, tutti i patti di deroga e tutti i patti la cui applicazione comporti violazione della medesima, invero, risultano nulli ai sensi dell'art. 1418, comma 2, cc¹⁹.

È chiaro che, così facendo, il sistema vigente viene a configurare un diversità di trattamento sanzionatorio in relazione all'erogazione delle somme (che è usura originaria) e l'usura relativa invece all'obbligazione di restituzione delle somme erogate (che è sopravvenuta). Si è peraltro già accennato sopra (n. 1.2., in fine) che tale differente trattamento può trovare agevole giustificazione nella maggior gravità della prima ipotesi, posto che in questo caso il soggetto che concede credito è a conoscenza – o con un poco di diligenza è in grado di venire a conoscenza – del carattere usurario dell'operazione che sta ponendo in essere.

17. Ché, altrimenti, una distinta precisione del divieto di «farsi dare» dei vantaggi usurari sarebbe del tutto inutile.

18. Per i contratti che importano un differimento oneroso della prestazione pecuniaria v. comunque sopra, note 3 e 6.

19. Cfr. il mio *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Zanichelli, Bologna, 2013, p. 166: «la soluzione qui accolta, per cui rileva (anche) il tempo della maturazione degli interessi (ovvero di esigibilità della prestazione) non viene a predicare nessuna specie di invalidità o di altro vizio sopravvenuti. L'ottica è decisamente diversa: rispetto ai periodi futuri, la clausola non è – nel momento della stipula – né valida, né invalida: è solo in attesa di produrre i suoi effetti ex art. 1374 cc. La questione è solo rimessa al tempo opportuno».

4. (segue): percorsi complementari e alternativi

4.1. Quello appena tracciato, imperniato sull'interpretazione sistematica e coordinata della norme che compongono il sistema usura, non è, per la verità, l'unico percorso (utilizzato e) utilizzabile per riconoscere la permanente rilevanza – per il diritto civile, in via essenziale – dell'usura sopravvenuta, pur nella contemporanea vigenza della norma speciale di cui alla legge n. 24/2001. Altri ve ne sono; e, tra questi, taluni pure importanti. Percorsi che non risultano esplorati, peraltro, nell'ambito del dibattito che attualmente occupa la Cassazione (come tratteggiato sopra, nel n. 2).

Di questi percorsi sembra qui di seguito opportuno dare pur breve conto, se non altro per dare al discorso una maggiore compiutezza di informazione.

4.2. Una prima idea, che trova piuttosto credito in letteratura, si richiama alla clausola generale della buona fede oggettiva ex art. 1375 cc. Questa idea – è bene subito chiarire – non vive rapporti particolari con il tema del peso e significato da attribuire alla norma dell'art. 1 della legge n. 24/2001, solo predicando che quest'ultima non assegni un valore addirittura positivo al fenomeno dell'usura sopravvenuta (cosa che, per vero, andrebbe oltre la linea del colmo).

In effetti, la clausola di buona fede oggettiva può essere assunta in termini di contenitore di ricevimento e accoglienza dell'usura sopravvenuta, quale fenomeno (in ipotesi) espunto dalla protezione data dalla normativa propriamente usuraria. Ma può anche essere assunta come strumento che si pone a fianco di questa normativa, come momento di conferma sistemica della rilevanza della usura sopravvenuta e dell'esigenza di contrastarla sul piano civilistico. In sostanza, la buona fede può essere intesa come istituto in grado di giustificare e reggere da sola la rilevanza nell'ordinamento dell'usura sopravvenuta; ma può anche essere assunta come strumento di complemento (e integrazione dal punto di vista disciplinare) di altri strumenti già presenti e orientati alla repressione del fenomeno (com'è quello fondato sulla vigente norma dell'art. 644 cp).

Dal punto di vista dei contenuti, poi, questa idea può seguire linee distinte (anche se non necessariamente alternative) di specificazione.

Alcune linee possono essere considerate diversa manifestazione di un approccio articolato in relazione allo svolgimento del mercato. Si può dire, così,

che non può apparire corretto il comportamento di chi pretende il pagamento di una somma a titolo di interessi da chi, per legge, in quel momento non potrebbe promettere quella stessa somma. Ma si può anche dire, girando un poco la prospettiva, che non è conforme a buona fede che il denaro frutti a un creditore molto di più di quanto venga a fruttare ai (altri) creditori del momento. Se la prima indicazione guarda al mercato dal punto di vista della domanda, la seconda fa riferimento alla prospettiva dell'offerta. In ogni caso, in tal modo il discorso tende a incanalarsi nell'alveo della parità di trattamento e delle situazioni che senza adeguata giustificazione vengono a infrangerlo²⁰: che, come è noto, nel nostro ordinamento (anche) vivente, rappresenta un punto elettivo, primario, della rilevanza del canone della buona fede oggettiva.

Secondo un approccio decisamente diverso, l'usura sopravvenuta realizza una sproporzione eccessiva all'interno del rapporto contrattuale, in punto di equilibrio economico tra quanto un contraente viene a prendere e quanto risulta dare. In questa prospettiva, la buona fede si avvicina molto, com'è evidente, alla tematica propria dell'equità e viene a battere sentieri meno conosciuti per il diritto vivente italiano.

4.3. Un'altra eventualità, pure ventilata in letteratura, è quella di considerare la normativa di cui alla legge n. 24/2001 come intesa a risolvere unicamente un problema di diritto intertemporale. Per dirimere in via retroattiva, cioè, lo specifico (e limitato) dibattito relativo all'eventuale applicazione della nuova legge ai contratti già in essere. Con conseguente portata precettiva chiusa sulla risoluzione di tale problema.

Questa idea corrisponde, in effetti, a quella che è stata l'intenzione storica del legislatore dell'epoca. La stessa – se per la verità non riceve conforti particolari sul piano della lettera della norma – trova però riscontro nel complessivo tessuto disciplinare proposto dalla legge: secondo quanto è reso evidente dal tenore del comma 2 dello stesso art. 1 (che fa appunto riferimento espresso a un'«eccezionale caduta dei tassi di interesse verificatasi ne biennio 1998-1999»).

Per completare il profilo in esame: (quanto meno) in linea teorica, un'idea di questo genere potrebbe essere assunta come profilo argomentativo alternativo a quello fornito dall'interpretazione sistematica e coordinata del complesso normativo dell'usura (cfr. sopra, n. 3), ma potrebbe anche come profilo aggiuntivo e integrativo di quello (e perciò portante al risultato che la legge retroattiva va a riferirsi unicamente al momento sanzionatorio relativo ai contratti pendenti

20. Per la constatazione che il riferimento alla sola stipulazione del patto usuario vale a determinare clamorose disparità di trattamento v. già Oppo, *Lo «squilibrio» contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 536. In effetti, preoccuparsi dell'usurarietà del solo patto significa, in buona sostanza, occuparsi esclusivamente di un frammento, e modesto, dell'arco fenomenico che è da riconoscere proprio dell'usura.

che – dopo l'entrata in vigore della legge n. 108/1996 – si trovano a superare il tasso soglia, secondo una linea per la verità non priva di giustificazioni).

4.4. Va infine ricordata, in proposito, l'idea che si trova enunciata nelle Istruzioni, che la Banca d'Italia ha emanato per la rilevazione trimestrale dei tassi e di cui già si è fatto cenno più sopra (nel n. 2.1., testo e nota 8). In sostanza (e semplificando), questa idea taglia in due la categoria dei contratti di credito, ammettendo la rilevanza dell'usura sopravvenuta per quelli a utilizzo rotativo e negandola invece per le ipotesi grosso modo riconducibili al ceppo del mutuo.

Presumibilmente, l'opinione – che si pone in termini senz'altro alternativi rispetto a tutte le altre esposte in precedenza – si collega alla circostanza che il testo della legge n. 24/2001 fa più volte riferimento al contratto di «mutuo» (ovvero alle varianti – più o meno lessicali – di «finanziamento» e di «prestito»). Si tratta, peraltro, di un collegamento alquanto lasco: sia perché non compare nel testo del comma 1 dell'art. 1; sia pure (e ancor più, volendo) perché il diretto riferimento letterale alla (sola) operazione di mutuo – che anche sul piano legislativo è tradizionale (cfr. la norma dell'art. 1815 c.c.) – non ha impedito, sul piano del diritto civile, che il fenomeno dell'usura venisse assunto e considerato come fenomeno propriamente inerente alla categoria dei contratti di credito in quanto tali. D'altro canto, neppure è chiara la ragione giustificativa della diversità di trattamento che l'opinione in discorso propone.

In materia resta da aggiungere ancora una chiosa. Qualunque cosa si pensi dell'orientamento adesso in esame, comunque si deve rilevare che lo stesso è l'unico che, allo stato attuale almeno, comporta l'allineamento *sub specie* tra il tasso espresso dai decreti ministeriali (il Tegn, cioè) e quello assunto come rilevante per la verifica di eventuale usura di età dei singoli e concreti rapporti di credito. Ogni altro criterio – compreso naturalmente quello che intenderebbe negare ogni cittadinanza all'usura sopravvenuta – per difetto o per eccesso comporta l'aprirsi di uno scollamento tra i due termini di questo confronto.

5. Interessi moratori e usura sopravvenuta

5.1. Secondo un tradizionale, e piuttosto folto, orientamento della Corte di cassazione anche gli interessi moratori sono da annoverare tra le voci economiche rilevanti al fine di riscontrare l'eventuale usurarietà dei contratti di credito posti in essere dall'autonomia privata. Non tutta la letteratura, peraltro, è di questa opinione (basta qui ricordare la «posizione

di principio» dichiarata dalla Banca d'Italia, su cui peraltro si tornerà tra poco, e l'orientamento negativo assunto dal Collegio di coordinamento dell'Abf). Il tema, per la verità, risulta particolarmente discusso – anche a livello operativo – in questi ultimi anni. Tra i più discussi, meglio: e non solo facendo riferimento all'arco dei problemi posti dall'usura.

Quanto alla linea assunta dalla Cassazione può in sintesi ricordarsi che – stando ai brevi passi motivazionali di solito svolti – la scelta della rilevanza si trova legata, oltre al peso della stessa sua tradizione, alla lettera dell'art. 1 della legge n. 24/2001 (dove si discorre di «interessi dovuti a qualunque titolo») e a uno snello passo della pure già citata sentenza della Corte costituzionale n. 29 del 2002.

Come si vede, e al di là di ogni altro rilievo, la prospettiva assunta dalla Cassazione taglia completamente fuori il tema dei moratori dal tavolo dell'usura sopravvenuta. Quest'ultima invece si pone, a mio giudizio, come punto centrale di riferimento della problematica relativa e pure come angolo in grado di offrire una conveniente soluzione alle spigolosità, che risultano proprie del medesimo.

5.2. Per la verità, la collocazione degli interessi moratori all'interno dell'ambito tematico dell'usura sopravvenuta non è cosa consueta per l'intero diritto italiano vivente. Di solito, la letteratura preferisce seguire traiettorie diverse. Spesso, così, si considera il patto sui moratori in quanto tale: con riferimento fermato, precisamente, sul momento della stipula del contratto. Oppure si volge senz'altro il discorso verso una considerazione isolata del patto moratorio, a sé stante, come tale senz'altro destinato ad approdare all'applicazione della regola scritta nella norma dell'art. 1384 cc.

Nessuna di queste due prospettive alternative, tuttavia, può riuscire a convincere.

In particolare, quella della considerazione solo isolata – atomistica – degli interessi moratori viene, in realtà, a saltare *a priori* la problematica propria dell'usura. Non si vedono ragioni, in effetti, per escludere questi dal conto usurario. Al di là dei pur rilevanti argomenti spesi dalle sentenze della Cassazione (cfr. appena sopra), a convincere della rilevanza usuraria degli interessi moratori sta soprattutto la constatazione che la versione vigente della norma dell'art. 644 cp intende punire il fatto del «vantaggio usurario», così come eventuale frutto complessivo di un contratto di credito.

Non varrebbe opporre al riguardo – come più volte è stato effettivamente opposto – che gli interessi moratori hanno funzione propriamente risarcitoria, sì che gli stessi sono neutri sotto il profilo del carico economico. Una simile obiezione potrebbe valere, per dire, per il tasso legale di cui all'art. 1284, cc:

certo non oltre. Chi discorre di neutralità dimentica la nozione istituzionale per cui le clausole moratorie (dunque, gli interessi moratori di tasso ultralegale) non hanno solo una funzione risarcitoria, ma pure una funzione afflittiva (nel senso della dissuasione preventiva dall'inadempimento), che dell'altra non è meno importante o istituzionale: le clausole dei moratori stanno al centro, cioè, della nota figura delle cd. pene private. Del resto, basta leggere la norma dell'art. 1224, cc per constatarlo. Lo stesso piano della operatività conferma pienamente, del resto, la funzione prevalentemente afflittiva che, nei fatti, risulta propria degli interessi moratori²¹.

5.3. Respingere la tesi dell'irrelevanza dei moratori non comporta di necessità, però, ritenere che gli stessi contino anche in assenza di inadempimenti del debitore. Un conto che gli stessi rilevino; un conto diverso è l'individuazione dei presupposti al verificarsi dei quali gli stessi vengono in concreto a rilevare.

Il discorso torna, in questo modo, all'altro modo corrente di considerare gli interessi moratori ai fini dell'usura, cui si accennava poco fa (n. 5.2., all'inizio): quello, per l'appunto, di assumere la linea del patto in quanto tale.

Ora, una simile prospettiva pecca senz'altro per eccesso (si veda già sopra, del resto, il n. 1): al punto di potere addirittura condurre alla conclusione – non a caso sostenuta in letteratura – che ai fini dell'usura i moratori contano in somma cogli interessi compensativi. Affermazione che, di per sé, si manifesta decisamente aberrante.

Al fondo perché essa prende in considerazione solo uno dei dati rilevanti della fattispecie, trascurando l'altro. Il patto sugli interessi è comunque funzionale all'applicazione degli stessi (cfr. sopra, n. 1). Che nel caso degli interessi compensativi è prevista come spostata via via nel tempo. Che per il caso dei morato-

ri è non solo futura, ma altresì prevista nei termini di un'applicazione meramente eventuale.

Ecco perché gli interessi moratori appartengono senz'altro alla figura dell'usura sopravvenuta. Al pari di tante altre voci economiche inerenti ai contratti di credito, essi sono degli oneri eventuali²². Non appartengono alla fisiologia del rapporto, ma alla sua patologia. Suppongono un inadempimento del debitore. Ancora una volta la constatazione, che la *distantia temporis* è elemento costitutivo del contratti di credito, si manifesta decisiva: in questi contratti l'inadempimento non può essere contestuale alla stipulazione del patto.

In assenza di inadempimenti, in definitiva, la clausola degli interessi moratori è destinata a non entrare affatto in applicazione. Come tutti gli altri oneri eventuali, i moratori vengono a fare parte del conto relativo al carico complessivo dell'operazione economica per il debitore se e quando l'evento (un inadempimento, cioè) si verifica.

5.4. Ancora due notazioni in materia. Si è detto sopra come l'incasellamento degli interessi moratori nell'ambito della figura dell'usura sopravvenuta consenta di predicare una soluzione conveniente del problema.

In effetti, il detto inserimento consente di evitare un inconveniente gravissimo, che per forza seguirebbe all'applicazione della struttura rimediabile della cd. «gratuità» di cui all'art. 1815, comma 2, cc. Un conto è proteggere il lato della domanda di credito; un altro conto è premiare l'inadempimento. Ma il percorso svolto nelle pagine precedenti assicura che l'usura sopravvenuta resta estranea, nel diritto vigente, all'applicazione di questa drastica struttura rimediabile. La nullità che segue alla rilevazione dell'usurarietà sopravvenuta è capace di un intervento più misurato²³.

21. Nemmeno merita credito l'osservazione per cui la mancata inclusione degli interessi moratori nel conteggio dell'usura è opzione che vale a tenere basso il livello dei tassi. In realtà, la previsione dei moratori c'è comunque nella prassi, non meno che la loro applicazione. Non pare verosimile, d'altra parte, che – ove il Tegm contasse pure i moratori – la prassi bancaria si orienterebbe nel senso di azzerare, o quasi, la misura convenzionale di tali interessi. Piuttosto, il tenerli fuori dai conti dell'usura, per sé tende ad innalzare la misura richiesta per gli stessi (al di là, ovviamente, di ogni utilizzabilità del rimedio di cui all'art. 1384 cc, che è rimedio di modesta dissuasione preventiva in ragione della sua specifica conformazione; cfr. pure nella prossima nota 22). L'osservazione esaminata si risolve, in ultima analisi, nell'avviso che, se si chiudono gli occhi, la realtà scompare.

22. Per un (primo) campionario dei quali v. il già citato *Rilevanza usuraria dell'anatocismo*.

23. Cfr. *infra*, nel n. 6. Ivi, si viene a predicare una soluzione (per l'usura sopravvenuta in genere) di ordine equitativo che (non ricalca, e tuttavia) prende spunto e ispirazione dal rimedio disposto nella norma dell'art. 1384 cc per il caso della penale eccessiva, bensì espressivo di una regola – equitativa, appunto – di assai più vasta vocazione. Non è forse inutile segnalare (specie in ragione delle considerazioni che sono state svolte nell'ambito del n. 5.2.), allora, che – mentre la considerazione della norma dell'art. 1384 si ferma sull'applicazione in quanto della clausola di cui alla penale – la prospettiva dell'usura tiene conto di tutto quanto si trova per uno o per altro verso applicato nel periodo, senza distinzioni (tutti i «costi da inadempimento» ricompresi). Del resto, il presupposto di applicazione dell'usura sopravvenuta, come pure la conformazione specifica della sua struttura rimediabile (cfr. nel n. 6), risulta di tratto per così dire meccanico (facendo comunque sponda sul Tegm); per contro il rimedio specificamente disegnato nell'art. 1384 si affida, per entrambi questi lati, alla discrezionalità del giudice.

L'altra osservazione attiene a un riscontro di carattere sostanzialmente operativo. La Banca d'Italia esclude espressamente dal conto delle voci economiche che le banche devono segnalare ogni trimestre il tasso moratorio. Solo come «posizione di principio», però: i decreti ministeriali di enunciazione del Tegn, in effetti, da qualche anno contengono anche un'indicazione standard di tasso moratorio medio.

A guardare la sostanza ultima delle cose si tratta, infine, della previsione di un tasso medio disaggregato: in quanto tale disponibile a essere applicato quando ce ne è bisogno e in relazione alla struttura elementare – non certo esclusiva, tuttavia – del tasso moratorio nella prassi (tasso compensativo aumentato di apposita percentuale). Ora, la confezione di questo tasso, che è stata in concreto fatta dalla Banca d'Italia, è stata giustamente criticata per la sua estraneità ai principi della legge sulla usura, come pure per la sua inattendibilità nei confronti della realtà. Mi pare, peraltro, che un simile problema attenga più alla dimensione «amministrativa» della materia, che a quella di ordine propriamente giudiziale.

6. Usura sopravvenuta e struttura rimediale di sostituzione

6.1. L'acquisita consapevolezza che la norma dell'art. 1 della legge n. 24/2001 esclude l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 644 cp e all'art. 1815, comma 2, cc al fenomeno dell'usura sopravvenuta, in quanto non proporzionate per tale fenomeno²⁴, ma non incide sulla rilevanza usuraria della relativa fattispecie, implica all'evidenza che il discorso non può arrestarsi alla constatazione della nullità (o «inefficacia sopravvenuta»)²⁵ della relativa clausola.

Si tratta dunque di individuare quale sia il regime economico sostitutivo di quello usurario, che per l'appunto risulta eliminato per legge²⁶. Che è grave problema grave e non ancora affrontato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione. Grave anche nel senso che le alternative disponibili per la soluzione

del quesito rispondono a filosofie non poco differenti tra loro.

Quella di riportare il carico al limite massimo della soglia consentita, che è accolta dall'orientamento maggioritario, si ispira senz'altro all'idea di conservare – o recuperare – quanto più possibile la volontà storica dei contraenti. Quella di riportare il carico economico al tasso globale medio relativo all'operazione persegue invece la strada del rimedio equitativo. Quella di utilizzare in via di analogia i meccanismi sostitutivi stabiliti dall'art. 117, comma 7, Tub per i contratti bancari privi della necessaria forma scritta, poi, viene a presentare tracce di tipo sanzionatorio (cfr., in via segnata, l'ultimo periodo della lett. b. dell'art. 117).

6.2. Dico subito che, a mio avviso, la soluzione corretta si orienta diretta verso il ceppo delle soluzioni di ordine equitativo. Sia perché essa risponde al principio sistematico della materia, come al fondo manifestato dalla regola dell'art. 1384 cc. Sia perché si tratta scelta coerente con il canone fondamentale della buona fede oggettiva (v. sopra, n. 4.2.).

Cosa che non può dirsi, invece, per l'opzione che richiama la struttura delineata dal comma 7 dell'art. 117 Tub, posto che il profilo sanzionatorio, che la attraversa, la rende propriamente estranea ai profili contenutistici di tale canone (per l'appunto privo di qualunque connotazione punitiva).

E nemmeno potrebbe dirsi, per la verità, per l'idea maggioritaria secondo cui il carico economico andrebbe ridotto entro il limite della misura massima consentita. Questa enfatizza tantissimo la volontà storica delle parti, mentre la buona fede è, all'opposto, canone per eccellenza eteronomo. E pure perché coerente con il criterio della buona fede è un carico economico che si attesti sulla linea di normalità del mercato. Sul medio corrente, insomma: non certo verso le zone di confine estremo di quest'ultimo, là dove il discrimine tra l'«esoso» e il «tollerato» viene a confondersi. Ciò posto, anche per meglio avvalorare la soluzione equitativa, qui accolta, non sembra pe-

24. In realtà, la sanzione punitiva di cui all'attuale norma dell'art. 1815, comma 2, cc (appunto, una conversione *ex lege* che porta alla gratuità del patto) appare – specie nel contesto complessivo del sistema vigente - struttura rimediale in sé stessa discutibile (anche per l'usura originaria, cioè); e costituisce, anzi, uno dei principali aspetti che andrebbero modificati in sede di revisione legislativa della normativa antiusura (su questi punti v. anche il mio *Trasparenza*, cit. pp. 166 ss.).

L'eliminazione della previsione sanzionatoria in discorso (a favore di strutture rimediali comunque improntate al segno dell'equità) consentirebbe, tra l'altro, di fermare alla sola materia penale la discussione – che tanto è stata agitata – sull'opportunità o meno di venire a distinguere, nel revisionare la detta legge, la cd. «usura bancaria» dal fenomeno della cd. «usura di strada» (ma gli operatori bancari che ricevono – per il pagamento del debito bancario – danari presi a prestito da uno strozzino sarebbero partecipi del reato di «usura di strada»?).

25. Cfr. sopra, la nota 18.

26. La nullità del patto usurario – anche sopravvenuto - raffigura, come è noto, una ipotesi clinica, paradigmatica si potrebbe pure dire, di nullità di protezione. Ne segue, tra l'altro, che resta esclusa ogni eventuale possibilità di propagazione dell'invalidità dal patto al contratto.

raltro inopportuno passare a un esame critico (più ravvicinato di quest'ultima, maggioritaria tesi).

6.3. Sul piano strutturale è da notare, in specie, l'assenza di una norma positiva che venga a consentire, e a tratteggiare, il transito della decisione di autonomia dal livello vietato (che è quello proprio del contratto preso in considerazione) a quello del limite ammesso. A confrontarsi con lo schema degli artt. 1339 e 1419 comma 2 cc, subito emerge in particolare la mancanza – nel caso che qui interessa – di una norma che possa fare da ponte: che provveda, insomma, alla «sostituzione di diritto» della decisione usuraria. Come pur sarebbe, all'evidenza, necessario.

Nemmeno appare possibile recuperare, in fatti-specie, una volontà ipotetica sostitutiva dei contraenti: tale da potere far ipotizzare un fenomeno grosso modo assimilabile al taglio della conversione. Al di là di ogni osservazione relativa alla posizione di debitore – per definizione imbarazzante, dato che è la posizione di chi sta subendo l'usura –, sta in fatto che una simile volontà ipotetica manca proprio nel creditore, che dell'usura si avvantaggia. Il creditore sa – se è professionista del credito, comunque non può non sapere – che il rapporto è venuto, in un certo momento, a oltrepassare la soglia vietata: se non interviene spontaneamente in funzione rimediabile, significa che intende (provare a) lasciare le cose come stanno.

Ciò che viene a introdurre un ulteriore, ma non meno decisivo, rilievo critico nei confronti della tesi in esame. Un conto è il comportamento dell'intermediario che – preso atto del superamento della soglia – ferma subito, *sua sponte* la propria pretesa sul limite massimo del consentito²⁷. Un altro conto è il comportamento dell'intermediario che, sopravvenuta tale circostanza, si mostra indifferente e mantiene inalterata la propria richiesta davanti al cliente. Un simile comportamento non sfugge – se si intende chiamare le cose con il loro nome – alla qualifica di opportunista. E come tale va trattato. E non v'è davvero dubbio che – sul piano funzionale – portare la struttura rimediabile del contratto colpito da usura sopravvenuta al limite consentito dalla soglia significa, oggettivamen-

te, rendere per l'intermediario inutile (e inopportuno, anzi, sotto il profilo dell'agire d'impresa) la scelta di tenere un comportamento virtuoso nei confronti del contratto medesimo. Per quello che rischia...

Adottare la struttura rimediabile del massimo consentito significa, nella sostanza ultima delle cose, incentivare l'opportunismo del creditore che dell'usura viene ad avvantaggiarsi.

6.4. Nel contesto della soluzione di taglio equitativo si collocano due distinti corni alternativi. Uno fa riferimento al Tegn e si sostanzia nel portare il carico economico dell'operazione colpita da usura al tasso medio corrente trimestre per trimestre: l'idea si riporta, in buona sostanza, all'indice di mercato che risulta selezionato dalla rilevazioni trimestrali predisposte dalla Banca d'Italia.

L'altro corno dell'alternativa è rappresentato, naturalmente, dalla secca applicazione del tasso legale corrente: e quindi, nell'oggi, dal «rendimento medio annuo lordo dei titoli di Stato di durata non superiore ai 12 mesi», tenuto pure «conto del tasso di inflazione registrato nell'anno» (art. 1284, comma 1, cc).

Ora, quella di cui all'applicazione del Tegn può sembrare preferibile, specie perché considerabile, a guardare la sostanza delle cose, come soluzione evolutiva – o se si preferisce aggiornata – di quella del tasso legale: in quanto criterio (sopravvenuto con la legge n. 108/1996) che nell'attuale viene a esprimere quell'idea di normalità che appare insita nel concetto di determinazione equitativa. Il tasso legale espresso dalla norma dell'art. 1284 cc appare, per contro, misura nei tempi attuali un po' ai margini della realtà delle cose; se non forse per certi versi tendente ad avvicinarsi (sotto il profilo della sostanza economica) a quella delineata dalla norma dell'art. 117, comma 7, Tub, e così a porsi ai margini, in fondo, pure del rimedio di tipo equitativo. Tra i due criteri sembra, in definitiva, più realistico il mercato del credito rappresentato dal primo, che quello raffigurato dal secondo; pienamente centrato sotto il profilo equitativo, si manifesta, in via correlata, il criterio organizzato intorno alla linea del Tegn.

27. Si che, in sostanza, lo stesso creditore viene a bloccare la propria pretesa di applicazione del tasso usurario.

Sul tema v. già sopra, nel n.1.2., testo e nota 7. Per questa ipotesi, così come per quella costituita dalla predisposizione contrattuale di una clausola di salvaguardia, non mi pare vi siano ragioni per portare il peso dell'onere economico al di sotto del massimo consentito all'autonomia.

La buona fede nel recesso della banca nei contratti di apertura di credito *

di *Azzurra Fodra*

Il controllo giurisdizionale delle modalità di recesso nei rapporti tra banca ed impresa. La clausola generale della buona fede come strumento prioritario di tutela dell'imprenditore, funzionale non solo al rimedio risarcitorio ma anche all'intervento cautelare immediato ed urgente che eviti il pregiudizio irreparabile.

Premessa

Nell'ambito della disciplina codicistica dei contratti bancari, ed in particolare del contratto di apertura di credito e delle operazioni bancarie in conto corrente, è prevista una specifica disciplina in tema di recesso.

L'art. 1845 cc prevede, infatti, per l'ipotesi di contratto di apertura di credito a tempo determinato, che la banca, salvo patto contrario, non possa recedere dal contratto prima della scadenza del termine previsto, se non per giusta causa. In tal caso si determina l'immediata sospensione dell'utilizzabilità del credito. Per l'ipotesi di contratto a tempo indeterminato, invece, la norma prescrive la facoltà di ciascuna delle parti di recedere dal contratto *ad nutum*, purché ne venga dato preavviso alla controparte nel termine stabilito dal contratto, dagli usi o, in mancanza, in quello di quindici giorni.

Analogamente per le operazioni bancarie regolate in conto corrente l'art. 1855 cc sancisce che se l'operazione è regolata a tempo indeterminato ciascuna delle parti può liberamente recedere dal contratto, purché vi sia il rispetto del termine di preavviso suddetto.

Com'è noto dette previsioni normative trovano la loro *ratio* nella esigenza di tutelare, da un lato, l'interesse di ciascuna parte del contratto di durata all'esercizio della facoltà di recesso, facoltà che le permette durante l'attuazione del rapporto di verificare

il permanere della rispondenza ai propri interessi del contratto in essere, dall'altro, lo specifico interesse del debitore a riporre affidamento sul credito concesso dalla banca per un apprezzabile lasso di tempo nell'ambito dei rapporti di finanziamento.

È infatti noto, sotto questo secondo specifico profilo, che l'interruzione della erogazione del credito da parte della banca genera molteplici, ulteriori e dirette conseguenze dannose per il debitore, quali l'impossibilità di eseguire transazioni in conto corrente fino all'apertura di un nuovo rapporto presso un altro istituto bancario, la difficoltà di saldare i debiti esistenti con soggetti terzi, il blocco di alcuni servizi prima concessi da parte della banca, quale il servizio Rid. Dette conseguenze sulla capacità operativa del debitore, evidentemente, quando il contratto di apertura di credito è stato stipulato in funzione strumentale all'esercizio della attività di impresa, come usualmente accade per tale tipo di contratto, non possono che riverberarsi negativamente sulla medesima attività, ostacolandone il normale svolgimento. Senza considerare l'effetto domino sugli eventuali altri rapporti bancari ed in generale commerciali che il recesso anche solo di una impresa bancaria produce come conseguenza dello scambio di informazioni ormai rapidissimo.

A conferma di ciò si deve evidenziare che negli ultimi anni, contrassegnati da una situazione di crisi economica e di difficoltà del tessuto imprenditoriale

* Ha collaborato Edoardo Mannucci, stagista ex art. 73 l. 69/2013 presso il Tribunale di Livorno.

ad accedere al credito bancario, la giurisprudenza di merito ha spesso dovuto affrontare il tema della legittimità del recesso operato dalle banche nell'ambito dei contratti di apertura di credito o di altre forme di finanziamento, sempre regolate in conto corrente, quale quello di anticipazione delle fatture. Lo stesso dicasi per l'Arbitro finanziario e bancario, il cui contenzioso è dato per lo più da controversie tra consumatore e banche, ma che negli ultimi anni si è occupato ripetutamente di liti aventi ad oggetto la violazione della disciplina del recesso da parte degli istituti bancari nell'ambito del contratto di apertura di credito (cfr. in particolare Relazioni Abf 2012 e 2013).

Ciò posto appare utile esaminare separatamente le ipotesi in cui il recesso della banca può presentare profili di illegittimità e, quindi, essere o privo di effetti giuridici o comunque foriero di una obbligazione risarcitoria a carico della banca ed in favore del debitore.

1. Recesso: obbligo della forma scritta

In primo piano sicuramente si pone il caso in cui la banca non rispetta il requisito della forma scritta per la manifestazione di volontà di recedere dal contratto.

Ed invero la manifestazione di volontà dell'istituto di credito di recedere, oltre ad essere un atto recettizio che, quindi, produce effetti solo al momento in cui è portato a conoscenza del suo destinatario, è altresì un atto sottoposto alla forma scritta *ad substantiam*. In tal senso si è da tempo espressa la giurisprudenza di merito in materia secondo cui, poiché dall'art. 117 del Tub è sancita la forma scritta dei contratti bancari a pena di nullità, detto requisito formale non può che vincolare anche la manifestazione di volontà con cui le parti pongono nel nulla il medesimo vincolo.

Le medesime conclusioni possono essere tratte anche dalla sentenza della Corte di cassazione n. 17090 del 2008 che, pronunciandosi su un caso avente ad oggetto un contratto di apertura di credito stipulato prima della entrata in vigore della l. n. 154 del 1992 art. 3, che per prima introdusse la forma scritta *ad substantiam* per i contratti bancari, ha escluso, nel caso di specie, in ragione della data di stipulazione del contratto, l'obbligo della forma scritta per la comunicazione del recesso, confermandone, invece, per i contratti stipulati dopo l'entrata in vigore della succitata norma l'obbligo del requisito di forma per la manifestazione del recesso.

Pertanto ove il recesso dal contratto non venga comunicato alla controparte nella dovuta forma scritta lo stesso sarà nullo e dunque improduttivo di effetti giuridici.

2. Recesso: obbligo di preavviso

Altra ipotesi in cui la manifestazione di volontà della banca di recedere non può essere considerata legittima può riscontrarsi quando la banca stessa viola l'obbligo di preavviso previsto dall'1845 comma 3 cc per i contratti di apertura di credito a tempo indeterminato.

Detta violazione sicuramente ricorre sia quando la banca non rispetta il termine di preavviso sia quando la comunicazione inviata dall'istituto di credito non contiene l'esplicita manifestazione di volontà di recedere dal contratto in corso ed il termine entro cui il rapporto deve intendersi cessato. Sul punto merita di essere ricordata una decisione dell'Arbitro bancario e finanziario, secondo cui, ad esempio, non costituisce idoneo preavviso il messaggio di posta elettronica, inviato dalla banca al correntista, nella quale questa manifesti l'urgenza di un "contatto" da parte del cliente, senza esplicitare la volontà di porre fine al rapporto, che è invece indispensabile affinché un recesso sia valido ed efficace (Abf, Collegio di Roma, Decisione n. 5680/2013).

Con riguardo all'obbligo di preavviso, la giurisprudenza si è poi particolarmente interrogata sulla portata della autonomia negoziale rimessa alle parti dall'art. 1845 cc.

Ed infatti, ad avviso della giurisprudenza di legittimità in materia, la norma in esame, contenendo un esplicito rinvio alla volontà delle parti in ordine alla durata del preavviso, lascia alla loro privata autonomia, non solo la scelta inerente la durata del termine di preavviso, ma anche la scelta di derogare pattizialmente a detto obbligo.

In particolare, secondo l'orientamento consolidato della Corte di cassazione, il termine previsto dall'art. 1845 cc per il preavviso di recesso può essere fissato, salvo il rispetto della buona fede nell'esecuzione del contratto, anche in un solo giorno e, trattandosi di un termine relativo allo svolgimento di un rapporto di carattere patrimoniale tra privati, il relativo obbligo può essere convenzionalmente derogato dalle parti e, quindi, anche escluso (cfr. Cass. n. 2642 del 2003; Cass. n. 9307 del 1994 e Cass. n. 11566 del 1993).

Tuttavia a tale ultimo riguardo va segnalata una recente decisione dell'Abf Collegio di Roma n. 4155 del 2015 di diverso avviso.

Il Collegio, difatti, in consapevole contrasto con l'orientamento della Suprema corte, ha sostenuto in tale decisione che l'art. 1845 cc consente sicuramente alle parti di decidere autonomamente il termine concreto entro cui il preavviso va comunicato, mentre non permette loro di eliminare in toto il medesimo obbligo. Secondo gli arbitri, infatti, una diversa interpretazione della norma non sarebbe conforme

ai principi generali che regolano l'esercizio del diritto di recesso nei contratti di durata, in cui il recesso unilaterale è normalmente consentito, se il rapporto è a tempo determinato, solo per giusta causa e con effetti immediati, se il rapporto è, invece, a tempo indeterminato, anche senza giusta causa, ma con preavviso.

Nell'apertura di credito a tempo indeterminato, infatti, sempre secondo la decisione dell'Abf di Roma, il terzo comma dell'art. 1845 cc menziona il contratto unicamente per affermare che con esso si può variare (aumentandolo o diminuendolo) il termine del preavviso, senza che sia però contemplata l'ipotesi della sua esclusione. Tale conclusione, si legge nella motivazione della decisione, risulta inoltre del tutto coerente con gli insegnamenti della giurisprudenza di legittimità in tema di buona fede nella esecuzione del contratto, la quale ha anche un ruolo integrativo delle obbligazioni derivanti dal contratto, e garantisce l'esigenza, particolarmente rilevante in un settore, quale quello dei rapporti tra banche e clienti, di un'equa ripartizione dei rischi tra le parti di un contratto. Il recesso *ad nutum* della banca con effetto immediato si risolverebbe, dunque, secondo il Collegio arbitrale, in una grave ed irragionevole penalizzazione per il cliente, che si troverebbe ad essere esposto, senza alcun preavviso e anche in mancanza di una giusta causa di revoca del fido, alla privazione istantanea del credito e dunque dell'ossigeno per vivere. Sulla scorta di tali considerazioni il Collegio di Roma ha, pertanto, deciso, malgrado la previsione pattizia che esonerava la banca dall'obbligo di preavviso, di non poter riconoscere operatività immediata al recesso *ad nutum* manifestato dalla medesima banca, ritenendo, invece, applicabile in luogo del patto di esclusione il termine legale dei quindici giorni.

In ogni caso va evidenziato che la giurisprudenza di merito, di legittimità e dell'Abf risulta, invece, del tutto conforme in ordine alle conseguenze derivanti dalla violazione dell'obbligo di preavviso, la quale può dar luogo solo ad una responsabilità risarcitoria della banca, ma non rendere privo di efficacia lo scioglimento del contratto.

3. Recesso per giusta causa e obbligo di buona fede

Il terzo ed ultimo profilo di valutazione della correttezza e della legittimità del recesso operato dalla banca dal contratto di apertura di credito è **quello della giusta causa**.

Ed infatti nel contratto di apertura di credito a tempo determinato, salvo diverso accordo, la banca può recedere solo in caso di giusta causa, mentre nel contratto a tempo indeterminato la giusta causa es-

nera la parte dall'obbligo del preavviso; in entrambi i casi, comunque, il recesso manifestato da parte dell'istituto bancario sul presupposto della sussistenza della giusta causa determina l'immediata sospensione dell'utilizzazione del credito, salvo il termine c.d. di rientro stabilito dall'art. 1845 cc, co.2, secondo cui al debitore deve essere garantito un termine di almeno 15 gg per la restituzione delle somme utilizzate e degli accessori.

In generale si ritiene che ricorra giusta causa del recesso ogni volta in cui emergono, rispetto alla condizione patrimoniale del debitore, indici sintomatici dello stato di insolvenza - inteso come seria difficoltà di assolvere alla obbligazione restitutoria assunta verso la banca - dello stesso debitore. Alla banca, infatti, nel corso del rapporto spetta sempre la valutazione imprenditoriale del cliente e della sua capacità di fare fronte al debito maturato e, ove detta valutazione abbia un esito negativo, la banca stessa, in conformità ai principi generali in tema di contratti di durata, può legittimamente recedere dal contratto con effetto immediato.

Tuttavia la valutazione della capacità imprenditoriale del cliente non è rimessa alla mera discrezionalità della creditrice, ma deve essere svolta secondo il canone della buona fede contrattuale *ex art. 1375 cc e*, in caso di violazione di detto canone, l'istituto di credito può incorrere, a titolo di responsabilità contrattuale, nella obbligazione risarcitoria in favore del debitore a cui l'utilizzazione del credito è stata indebitamente sospesa.

Rispetto a tali casi, nell'ambito della giurisprudenza di merito e anche delle decisioni dei Collegi Abf, è stata enucleata per descrivere l'illecito condotto dalla banca che recede dal contratto senza che ricorra una effettiva giusta causa l'espressione, sicuramente evocativa, della cd. rottura brutale del finanziamento.

Sul punto merita di essere da subito ricordato quanto affermato dalla Corte di cassazione sin dalla nota sentenza n. 21250 del 2008 in cui la stessa Corte, proprio in un giudizio di risarcimento del danno per improvvisa revoca da parte della banca di un affidamento, affermò quanto segue: *«Il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, espressione del dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 della Costituzione, impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra e costituisce un dovere giuridico autonomo a carico delle parti contrattuali, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge; ne consegue che la sua violazione costituisce di per sé inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato»*.

Secondo il Collegio, dunque, la clausola di buona fede opera nella esecuzione del contratto come crite-

rio di reciprocità, imponendo a ciascuna delle parti un dovere giuridico autonomo di preservare gli interessi della controparte nei limiti del cd. apprezzabile sacrificio.

Il dovere di correttezza e buona fede grava inoltre, avendo portata di carattere generale, sulla banca anche nei casi in cui le parti nel contratto bancario hanno tipizzato i casi di giusta causa che legittimano la banca stessa al recesso immediato. Secondo la Corte di cassazione il giudice, infatti, non può limitarsi ad un mero controllo in ordine all'avveramento del fatto che costituisce giusta causa in base al contratto, ma è tenuto ad una valutazione complessiva delle circostanze del caso concreto e alla verifica del rispetto da parte della banca del canone di correttezza ex art. 1375 cc. In particolare l'interprete, sempre secondo la Corte, è tenuto a verificare se il recesso operato dalla banca, anche se giustificato dal verificarsi di una circostanza contemplata in contratto come giusta causa, non abbia invece costituito «una reazione sproporzionata rispetto a quanto in concreto accaduto e rispetto al contemperamento degli interessi sottostante alla astratta previsione contrattuale»; perché il recesso possa essere considerato legittimo, dunque, va sempre appurato se le sopravvenienze poste a giustificazione del recesso stesso abbiano fatto o meno sorgere nella banca la necessità di esercitare un legittimo potere di autotutela privata, o se, piuttosto, le medesime circostanze si siano tradotte in un mero pretesto per reagire a decisioni non gradite del cliente, intervenute ad esempio in altri rapporti, o per liberarsi improvvisamente dal vincolo negoziale (cfr. in particolare Cass. n. 6923 del 2005).

In sintesi il recesso della banca può essere considerato legittimo purché, e a prescindere dal contenuto del contratto stipulato tra le parti, sia stato in concreto esercitato dalla banca per soddisfare un interesse meritevole di tutela della banca stessa e, segnatamente, l'interesse a non continuare il rapporto di finanziamento ove vi siano indici sintomatici della incapacità del debitore di fare fronte alla obbligazione restitutoria.

A conferma di tali conclusioni appare utile ricordare una recentissima sentenza del Tribunale di Roma, la n. 4104 del 1.3.17. In tale pronuncia il Tribunale, chiamato ad indagare sulla natura abusiva o meno del recesso operato dalla banca nell'ambito di un contratto di apertura di credito a tempo indeterminato, ha escluso che la condotta dell'istituto di credito fosse stata posta in essere in violazione del canone della buona fede contrattuale, in quanto la volontà della banca era stata comunicata al cliente in ragione dei plurimi elementi sintomatici della incapacità di insolvenza del debitore di cui la banca stessa era venuta a conoscenza. Detti elementi sintomatici, nel caso di specie, altro non erano che l'avvenuto sciogli-

mento e messa in liquidazione della società debitrice principale, la trascrizione del pignoramento immobiliare a carico del garante e un rilevante superamento del limite del fido per apertura di credito concesso originariamente.

Sul punto merita di essere precisato che la giurisprudenza di merito chiamata di volta in volta e secondo le circostanze del caso concreto a verificare, da un lato, la violazione del canone della buona fede da parte della banca e, dall'altro, la lesione della legittima aspettativa del debitore rispetto alla prosecuzione del rapporto di apertura di credito, si è trovata a dover svolgere detto controllo anche in casi in cui il recesso della banca, giustificato dallo sconfinamento del cliente rispetto al fido concesso, era stato preceduto da lunghi periodi in cui lo stesso istituto di credito aveva invece consapevolmente tollerato il superamento del fido.

Il Tribunale di Reggio Emilia, con una recente pronuncia del 22.4.14., in maniera del tutto condivisibile e richiamando un principio di diritto già espresso dalla Corte di cassazione con la sentenza n.2477 del 2004, ha escluso che in tali ipotesi sussista una legittima aspettativa del debitore rispetto ad un fido di fatto superiore a quello effettivamente accordato. Secondo il Tribunale, infatti, la tolleranza degli sconfinamenti da parte della banca non integra una manifestazione di volontà idonea a superare le clausole pattuite dalle parti, tanto che l'aspettativa originata dal fatto che l'istituto di credito paghi assegni anche quando l'esposizione creditoria superi il limite del fido concesso non è di diritto, ma di fatto, e quindi priva di giuridica rilevanza.

Anche se la condotta della banca che di fatto accetta per lungo tempo il superamento del fido formalmente concesso non può non avere un rilievo nella valutazione, secondo buona fede, della condotta della banca che esiga improvvisamente il rispetto del fido formalmente pattuito.

4. Recesso immediato senza giusta causa e obbligo di buona fede

Da ultimo, per apprezzare appieno quanto il principio della buona fede contrattuale abbia trovato, nell'ambito che ci occupa, applicazione quale strumento di tutela degli interessi del debitore-imprenditore, la cui capacità e forza imprenditoriale necessariamente dipende dal margine di credito concessogli dalla banche e dalla possibilità di fare legittimo affidamento sulla durata della erogazione del credito, deve essere presa in esame la giurisprudenza di legittimità che si è occupata dei casi di recesso senza giusta causa da contratti, in cui erano state le stesse

parti ad avere accordato alla banca la possibilità di recedere *ad nutum*.

Ed infatti l'art. 1845 cc, co. 1, prevede espressamente per i contratti di apertura di credito a tempo determinato che le parti possano derogare in via patiziosa alla medesima norma e che, quindi, nel contratto la banca possa legittimamente riservarsi la facoltà di recedere *ad nutum* prima del termine pattuito e senza giusta causa.

Tuttavia anche in tale ipotesi la giurisprudenza è concorde nel ritenere che la banca non possa esimersi dal rispetto del principio generale di buona fede contrattuale.

Ed infatti, secondo le pronunce in materia della Suprema corte, il giudice, ove venga lamentato l'esercizio del diritto di recedere in maniera abusiva, deve in ogni caso verificare, anche ove siano state le parti stesse ad accordare alla banca la facoltà di recedere liberamente dal contratto, se il recesso sia stato esercitato dalla banca con modalità imprevedibili ed arbitrarie. Secondo la Corte, infatti, il recesso è da considerare comunque abusivo tutte le volte in cui lo stesso risulti in contrasto con la ragionevole aspettativa del debitore che confidi nei rapporti usualmente tenuti fino a quel momento con la banca e nella assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, tanto da riporre il proprio legittimo affidamento sia sulla esistenza della provvista creditizia per il tempo previsto e sia sul fatto di non dover sempre essere pronto alla restituzione delle somme utilizzate (Cass. 21 maggio 1997, n. 4538; 14 luglio 2000, n. 9321 e Cass. N. 6186 del 2008).

Tali principi risultano ribaditi anche nella giurisprudenza dell'Abf, tra cui, per concludere, merita di essere rammentata la decisione del Collegio di Roma n. 284 del 2010. Il Collegio, occupandosi di una controversia in tema di cd. rottura brutale del finanziamento, ha infatti, nell'esercizio dei suoi poteri, segnalato alla banca la necessità di adeguare il proprio comportamento nei rapporti con la clientela a criteri di buona fede e correttezza, ritenendo che l'istituto di credito avesse esercitato il diritto di recesso in assenza di giusta causa, sebbene secondo le modalità previste in contratto, ma in maniera del tutto imprevedibile ed arbitraria, ledendo la legittima aspettativa del cliente sulla esistenza della provvista creditizia per il tempo previsto.

Conclusioni

L'esame della tematica del recesso dai contratti di apertura di credito da parte della banca porta certamente a ritenere che il canone della buona fede contrattuale, precipitato del principio solidaristico di cui all'art. 2 della Cost., sia divenuto nella elaborazione giurisprudenziale il principale strumento di tutela del debitore e dell'aspettativa che lo stesso ha, in particolar modo nel settore del finanziamento alle imprese, alla stabile utilizzazione del credito concessogli dalla banca.

In tale ambito la tutela del debitore, quindi, risulta perseguita non tramite discipline di settore volte a riequilibrare le posizioni contrattuali, quali quelle dettate in tema di subfornitura o di transazioni commerciali in cui il legislatore ha introdotto specifici rimedi per superare l'asimmetria esistente nei rapporti contrattuali tra imprenditori, ma, in maniera particolarmente efficace, mediante l'applicazione di una clausola generale, capace di integrare in base alle circostanze del caso concreto il contenuto obbligatorio del contratto e far sorgere in capo alla parte più "forte" doveri specifici di protezione e salvaguardia in favore del contraente debole.

In questo contesto resta aperta la domanda se il controllo giudiziale attraverso il canone della buona fede apra la porta solo alla tutela risarcitoria o consenta un intervento più radicale ed efficace. Non può infatti dimenticarsi che l'abusivo recesso può avere conseguenze esiziali per l'attività di impresa non riparabili *ex post*. E non può tacersi il fatto che a posteriori risulta particolarmente arduo ricostruire la catena causale degli eventi dannosi connessi all'eventuale illecito recesso.

Perciò, particolarmente delicata si presenta la risposta alla domanda di tutela giudiziale non di rado invocata in sede cautelare (*ex art. 700 cpc*) quando al giudice è richiesto di intervenire in vario modo sugli effetti del recesso asseritamente abusivo allo scopo di evitare il prodursi di pregiudizi irreparabili per l'attività economica.

Al giudice è anche in questo caso richiesto di sindacare la condotta della banca, di conoscere ed utilizzare anche in questo caso regole tecniche proprie dell'esercizio dell'impresa bancaria.

Una pretesa particolarmente esigente.

L'evoluzione dei rimedi nel dialogo fra legge e giudice

di Giuseppe Vettori

La traiettoria della riflessione di dottrina e giurisprudenza sugli strumenti di tutela nel nuovo ordinamento giuridico integrato. La funzione delle norme di validità, della tutela risarcitoria e del controllo di meritevolezza. La riflessione sull'ordine pubblico, interno e internazionale, come ulteriore strumento controllo che apre la porta alla integrazione del sistema dei rimedi chiamati riequilibrare la diseguaglianza prodotta dal mercato.

1. La Legge e i Giudici fra diritti e rimedi

Fra otto e novecento l'ordine giuridico ha iniziato a manifestarsi nella forma dei diritti fondati sulle Costituzioni, prima e al di là della legge.

Con luci e ombre, come si dice. Bobbio ha raccolto, negli anni novanta, una serie di saggi precisando meriti e limiti dell'età dei diritti¹. Dworkin² ha sottolineato che la loro tutela può aggirare il ruolo delle maggioranze politiche, superate spesso da "briscole" (i diritti appunto) con un peso maggiore della sovranità popolare.

Da qui una tensione fra due immagini della democrazia, a seconda che essa si identifichi con la volontà popolare o con un sistema plurale di strumenti e di garanzie idoneo a garantire vecchi e nuovi diritti.

Sono note le diverse visioni. Si rifiuta un costituzionalismo che sottragga alla sovranità popolare il compito di fissare, con legge, le situazioni soggettive

fondamentali, per una pluralità di motivi. Non solo per la critica a diverse visioni del diritto (la giurisprudenza degli interessi, il realismo, l'ermeneutica), ma per un pregiudizio ideologico. Il timore che il declino del positivismo finisca per sostituire al processo democratico fondato sulla legge, un assetto aristocratico affidato ai giudici e ad un ordine di sapienti, soli, custodi del diritto³.

Anche chi ha contribuito, in passato, alla garanzia dei diritti, parla di essi, in un libretto recente, come forme spesso imposte, a volte violente, tutt'altro che innocenti, sino a riscoprire il dovere di avere doveri⁴.

Non mi riconosco in questi timori o ritorni al passato per molte ragioni. Ne indico alcune.

I diritti sono stati grandi motori di espansione della democrazia contro gli eccessi del Potere (politico, religioso, economico) e sono da sempre strumenti di potenziamento di prerogative essenziali della persona garantite, oggi, da un sistema multilivello.

1. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1992.

2. R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, nuova ed., 2010, pp. 270-271, «Se non possiamo pretendere che lo Stato trovi le risposte corrette sui diritti dei suoi cittadini, possiamo comunque insistere perché ci provi. Possiamo insistere nel chiedergli di prendere i diritti sul serio, seguendo una teoria coerente sulla natura di questi diritti e agendo coerentemente con le affermazioni di questa».

3. V. da ultimo M. Luciani, voce *Interpretazione conforme alla Costituzione*, in *Enc. dir. Ann. IX*, 2016, pp. 391 ss., Milano, 2016, pp. 393 ss., pp. 425 ss.; Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 2771 ss., *Contro la giurisprudenza creativa*, in questa *Rivista* trimestrale, 4, 2016, pp. 1 ss., www.questionegiustizia.it/rivista/2016/4/contro-la-giurisprudenza-creativa_395.php.

4. L. Violante, *Il dovere di avere doveri*, Einaudi, Torino, 2017.

Certo, occorre coniugare l'ampliamento fisiologico dei poteri del giudice con la necessità del testo normativo e non mancano posizioni, lucide ed equilibrate⁵, sullo spazio che l'ordinamento attribuisce all'interprete e sulla legittimazione del giudice basata sulla professionalità e la rigorosa integrazione con l'essenza della vita democratica del nostro Paese⁶.

D'altra parte la scienza giuridica più autorevole avverte, da tempo, che la forma generale e astratta è sempre meno capace di fissare un giusto equilibrio fra istanze sociali e forme di rilevanza giuridica⁷. E sta tutto qui il successo e l'onnipresenza attuale di un richiamo all'effettività. Che ha un significato non declamatorio ma precettivo. Il principio serve a individuare e garantire alle situazioni sostanziali meritevoli una tutela reale, concreta e adeguata. Ciò in base a precisi testi normativi (artt. 2 e 24 Cost., 13 Cedu, 19 Tue, 47 Carta di Nizza-Strasburgo) che esigono conformità effettiva, appunto, ad un ordine costituzionale e sopranazionale.

Basta qualche esempio.

La tutela delle persone con disabilità non può essere riconosciuta⁸ solo «*nei limiti della disponibilità finanziaria*» perché è la garanzia di tali diritti ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionare la loro doverosa erogazione⁹. Con ciò si fissa con chiarezza chi e che cosa garantisce, in tal caso, l'effettività. L'Amministrazione competente deve

iscrivere in bilancio con priorità su altre le risorse necessarie per attuare i diritti dei disabili. La legge che vieta o limita tale dovere è incostituzionale.

Tutto ciò serve a ribadire che la cognizione del Giudice delle leggi, in materia finanziaria, non è limitata da una zona franca, ma esige un criterio ermeneutico basato sulla interrelazione e integrazione tra precetti e valori, idonei ad escludere una lesione della effettività dei diritti garantiti. Ma il discorso può proseguire in un ambito più generale.

2. Ripensare i rimedi “sul serio”

Da circa dieci anni¹⁰ la giurisprudenza di legittimità in Italia riconosce l'autonomia dell'azione risarcitoria anche in presenza di un contratto concluso e valido. Per un motivo chiaro. I comportamenti sleali delle parti esigono, in base ad una lettura attenta delle legge (art. 1440 e 1337 cc), un rimedio autonomo rispetto alla validità o invalidità del contratto concluso. Occorreva solo un ripensamento del rapporto fra regole di validità e responsabilità e si è concluso che le une non assorbono le altre, ma entrambe sono esperibili nei limiti della compatibilità¹¹.

Tale risultato ha retto alle critiche ampliando i rimedi a tutela della parte che subisce, nella fase formativa del contratto, contegni in mala fede dell'altra¹².

5. R. Rordof, Editoriale, in questa *Rivista* trimestrale, 4, 2016, pp. 3 ss., www.questionegiustizia.it/rivista/2016/4/editoriale_393.php; A. Giusti, *Giurisprudenza e interpretazione in Cassazione*, ivi, www.questionegiustizia.it/rivista/2016/4/giurisprudenza-e-interpretazione-in-cassazione_403.php; N. Lipari, *Ancora sull'abuso di diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, ivi, p. 33 ss., www.questionegiustizia.it/rivista/2016/4/ancora-sull-abuso-del-diritto-riflessioni-sulla-creativita-della-giurisprudenza_396.php.

6. P.L. Zanchetta, *La legittimazione e il suo doppio (magistrati e consonanza con la Repubblica)*, in questa *Rivista* trimestrale, 4, 2016, p. 82 ss. www.questionegiustizia.it/rivista/2016/4/la-legittimazione-e-il-suo-doppio_magistrati-e-consonanza-con-la-repubblica_399.php; E. Scoditti, *Dire il diritto che non viene dal sovrano*, ivi, p. 129, www.questionegiustizia.it/rivista/2016/4/dire-il-diritto-che-non-viene-dal-sovrano_402.php; F. Macario, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale. Per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, ivi, p. 52, www.questionegiustizia.it/rivista/2016/4/l-autonomia-privata-nella-cornice-costituzionale_per-una-giurisprudenza-e-volutiva-e-coraggiosa_397.php.

7. P. Rescigno, *Codice (codice civile)*, in *Treccani Enciclopedia del Novecento*, Appendice V (1991), Id. Codice (Codice civile), in *Enc.giur.*, Appendice IV, I, 1978.

8. Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275.

9. Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275.

10. Cass., Sez. Un., 26724 e 26725 del 2007; Cass. n. 24795 del 2008, Cass. n.16937 del 2006, Cass. n. 2479 del 2007. e G. Vettori, *La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb.cont.*, 2008, ora in Id. *Diritto dei contratti e ordinamento comunitario*, Giuffrè, Milano, 2009, 271 ss., e ora nel caso Cir-Fininvest, Cass.27 giugno 2013, n. 21255.

11. V. sul punto G.Vettori, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, in *Danno resp.* 2/2014 pp. 150 ss. in *Persona e mercato*, 2013; per una visione critica, G. Iudica, *Efficacia della transazione e responsabilità extracontrattuale per indebolimento della posizione negoziale*, in *Resp.civ.prev.*, 2013, p. 1819. Uno sguardo ai Principi e alla giurisprudenza comunitaria conferma il quadro che sopra si è ricostruito per la disciplina interna. Basta un rapido cenno. L'art. 8.102 dei Pecl (Principi di diritto europeo dei contratti) e l'art. 3.102 (*cumulation of remedies*) del Charter 3 del Defr affermano la possibilità di un cumulo dei rimedi con il solo limite della compatibilità. Gli artt. 7:216 e 7:304 del Charter 7 del Defr prevedono la possibilità di altri rimedi in presenza di un'invalidità. La Convenzione sulla vendita internazionale di merci agli art. 45 (obblighi del venditore) e 61 (obblighi dell'acquirente) prevedono la possibilità di cumulo fra adempimento, risoluzione e risarcimento. La Proposta di Regolamento relativo ad un diritto comune europeo della vendita, all'art. 29 (Rimedi in caso di violazione di

Il giudice deve accertare, su impulso di parte, l'esistenza di un comportamento scorretto in base a precise norme (1337 1440 cc) ed esaminare tutte le circostanze specifiche. Se la conclusione del contratto è avvenuta con la piena consapevolezza di entrambi i contraenti dell'esistenza di comportamenti scorretti non si potrà poi sollevare la violazione della buona fede, senza *venire contra factum proprium*. Queste ed altre accortezze possono consentire giudizi equilibrati e ragionevoli filtrando, tramite la clausola generale, principi e orientamenti recepiti dal sistema normativo. Un ragionamento semplice e rigoroso che non intacca alcun fondamento di certezza e legalità¹³.

In modo analogo la giurisprudenza sta ripensando, ora, l'ambito dei rimedi invalidanti. Con adesioni e dissensi. Tutto inizia ancora da un caso concreto.

La Corte valuta il contenuto, controverso, della clausola (*claim made*) che «condiziona la copertura assicurativa a due fatti: il sinistro e la denuncia che debbono verificarsi, entrambi, nel periodo di vigen-

za della polizza». Si esclude l'illiceità ma ci si chiede, giustamente, sino a che punto le parti possano snaturare il contratto di assicurazione, condizionando la copertura ad una barriera temporale che, in certi casi, appare intollerabile. Da qui la sollecitazione di un'indagine sulla meritevolezza della clausola, sull'applicazione dell'art. 33 del codice del consumo e sulla posizione del professionista obbligato ad una assicurazione a favore di terzi.

La critica di alcuni commentatori è tanto forte quanto ingiustificata. Il rinvio alla meritevolezza e alla causa come strumenti di controllo dell'autonomia privata, è considerato pericoloso sino ad evocare una tempesta perfetta che vanificherebbe un criterio astratto e generale sulla validità di questa e altre clausole, sola garanzia di certezza e prevedibilità¹⁴.

In realtà la sentenza ha solo ripensato forme giuridiche, a lungo infettive, con attenzione alla buona teoria e ai precedenti¹⁵. Una successiva decisione è esemplare¹⁶ nel precisare il ruolo attuale dell'art.1322

un obbligo di informazione) prevede che il risarcimento non pregiudica l'applicazione dei rimedi previsti nell'art. 42 (recesso), 48 (dolo), e negli altri casi di annullamento o inefficacia del contratto.

La sentenza Courage della Corte di giustizia afferma la compatibilità fra un azione di danni del consumatore pur in presenza di una nullità del contratto a cui lui stesso ha dato causa. Alla Corte era stato richiesto se osta con il diritto comunitario «il risarcimento di un preteso danno subito a causa dell'assoggettamento della parte ad una clausola contrattuale, in contrasto con l'art. 85 e, di conseguenza, se il diritto comunitario osti ad una norma di diritto nazionale che nega ad un soggetto il diritto di fondarsi sui propri atti illeciti per ottenere un risarcimento dei danni». La risposta è stata netta. «Qualsiasi singolo è legittimato a far valere in giudizio la violazione dell'art. 85 n. 1 del Trattato, anche qualora sia parte di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza ai sensi di tale disposizione». «La piena efficacia dell'art. 85 del Trattato e l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se fosse impossibile per chiunque chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza».

Ancora. Dagli artt. 3 e 24 della Costituzione si evince, con un sillogismo chiaro, il principio di effettività della tutela a fronte di diritti e interessi meritevoli. «Il titolare del diritto deve (poter contare) su mezzi che gli consentano di reagire alla violazione», e di reazione si può parlare solo là dove vi è proporzione tra tutela e offesa arrecata. Sicché non è in armonia con l'art. 24 una tutela che si esprime in un risarcimento non pari al danno cagionato o al sacrificio subito. L'art. 8 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, l'art. 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea esprimono tutti un principio che si manifesta, non solo come «un diritto di accesso al giudizio o all'esercizio in esso di un determinato potere processuale», ma come «diritto alla misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela». Così D. Imbruglia, *L'azione di risarcimento per fatti illeciti degli Stati e il principio di effettività della tutela. Note a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale*, in *Persona e Mercato*, 2014, n.3, pp. 163 ss.

12. Cass. 8462/2014 e 26721/2007.

13. G. Travaglino, *La responsabilità contrattuale fra tradizione e innovazione*, in *Resp.civ.prev.* 2016, e contra da ultimo D'amico, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust.civ.*, 2016, 3, pp. 443 ss.

14. R. Pardolesi, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, in *Foro it.*, 2016, I, col. 2026, ed ivi una prima bibliografia sul tema: A. Palmieri, *Polizze claims made: bandito il controllo di vessatorietà ex art. 1341 cc*, ivi, col. 2032. E ora R. Pardolesi-G. Pino, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V, col 113 ss.

15. D'altra parte il diritto inglese è di estremo interesse sul punto. Dall'utilizzo delle figure di vizi del consenso in funzione di protezione del contraente più debole (*mistake, misrepresentation, duress*), alle figure della *undue influence* e *uncoscionability* come rimedi specifici contro abusi e approfittamenti, ove assumono un ruolo rilevante le *presumed undue influence* nelle quali «non vi è necessità di dimostrare la pressione psicologica subita» sia per l'esistenza di un rapporto di fiducia (medico, *solicitor, trustee*) sia perché «il beneficiario di una attribuzione riveste una posizione ufficiale, in virtù della quale si presume abbia un potere di dominio del disponente». Sino alle situazioni di *serious disadvantage* che racchiudono forme di incapacità a «tutti i possibili stati di indigenza o di inesperienza» al *financial need* che evoca «le condizioni di difficoltà economica e finanziaria diverse dalla contingente carenza di liquidità». V. per un efficacissima sintesi, M. Meli, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, cit. pp. 45 ss.

16. Cass. 28 aprile 2017 n. 10509, (presidente Travaglino, estensore Rossetti).

cc negli atti di autonomia atipici¹⁷ e il ragionamento è apprezzabile per diversi motivi.

Si sottrae il giudizio alle premesse corporative del codice del 1942 e si collega ai principi di ordine pubblico, riletti alla luce delle norme costituzionali. In particolare gli articoli 2, 4 secondo comma e 41 secondo comma della Costituzione che sottopongono a controllo il risultato di ogni atto di autonomia privata in base ai principi di solidarietà, parità e non prevaricazione.

Si esaminano, poi, alcuni significativi precedenti giudiziari¹⁸ per ricondurre a sistema i tratti di questo controllo giudiziale usato nei confronti di «patti contrattuali che, pur formalmente rispettosi della legge, hanno per “scopo” o per “effetto” di a) attribuire ad una delle parti un *vantaggio ingiusto e sproporzionato senza contropartita per l'altra*¹⁹; b) porre taluno in una posizione di *indeterminata soggezione* rispetto all'altro²⁰; c) costringere una di essi a tenere condotte contrastanti coi superiori *doveri di solidarietà*»²¹.

Questa argomentazione resiste ad una verifica dogmatica attenta. Solo qualche cenno²².

3. La meritevolezza fra storia e dogma

I vecchi dogmi, si sa, non furono capaci di risolvere il problema della giustizia e della razionalità del contratto perché unificarono nel concetto di causa ciò che non poteva essere compreso in una sola categoria²³.

Per tutto il novecento si è andati alla ricerca in Europa di rimedi più efficienti, seguendo ideologie ed esigenze diverse²⁴. Una lucida analisi storica ha posto in luce come la giustizia contrattuale «sia stata un nodo irrisolto del diritto privato italiano fra otto e novecento», ed ha spiegato bene il perché. Nel volume si riproducono le decisioni di casi sulle clausole vessatorie, sui patti gravosi, gli interessi usurari e le sopravvenienze, tutte unite dall'intento di dare risposte alle istanze di equilibrio e di protezione in conflitto con i principi cardine dell'individualismo e della dottrina classica del contratto²⁵.

Il problema era già allora chiaro. L'utilizzo insufficiente di tutele e istituti (vizi della volontà, rescissione) in funzione di limite alla forza obbligatoria del

17. Si prende atto (in continuità con le Sezioni Unite) che la clausola *claim made* non è nulla per inesistenza del rischio (ai sensi dell'art. 1895 cc), non è vessatoria (ex art. 1341 cc) perché delimita l'oggetto del contratto di assicurazione, ma può essere non meritevole, appunto, in base ad un controllo da fissare in concreto.

18. Una clausola contenuta in contratto di concessione (Cass. Sez. Un., n. 422 del 17 febbraio 2017), i contratti *my way* (Cass. sez. Prima, n. 22950 del 10 novembre 2015) *for you* (Cass. ord. sesta -3 n. 19559 del 30 settembre 2015), un contratto atipico contrario alla concorrenzialità del mercato (Cass. sez. terza n. 3080 del 8 febbraio 2013), un clausola apposta ad un mutuo di scopo (Cass. sez. terza, n. 12454 del 19 luglio 2012), un patto contrario ai doveri di solidarietà apposto ad un contratto di locazione (Cass. sez. terza, n. 14343 del 19 giugno 2009), un contratto fiduciario fra un cliente e la banca (Cass. sez. prima, n. 1898 del 19 febbraio 2000), un patto parasociale di voto (Cass. sez. prima, n. 9975 del 20 settembre 1995), una clausola penale eccessiva (Cass. Sez. Un., n. 18128 del 13 settembre 2005).

19. Cass. n. 22950 del 2015 e n. 19559 del 2015.

20. Cass. n. 4222 del 2017, n. 3080 del 2013, n. 12454 del 2009, n. 1898 del 2000, n. 9975 del 1995.

21. Cass. n. 14343 del 2009.

22. V.R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Torino, e da ultimo R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, Cedem, Padova, 2017.

23. v. U. Breccia, *Causa e consideration*, in G. Vettori (a cura di), *Remedies in contract*, Cedam, Padova, 2008, pp. 31 ss.; ed ivi, V. Scalis, *Il diritto dei rimedi: invalidità e inefficacia*, pp. 231 ss., E. Navarretta, *La complessità del rapporto fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, pp. 161 ss., P. Perlingieri, *Rimedi e modello sociale europeo*, p. 203, V. Roppo, *Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico (schivando il “terzo contratto”)?*, pp. 207 ss.; E. Navarretta, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi: l'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Studi in onore di Cesare Bianca*, III, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 637 ss.; C. Scognamiglio, *Problemi della causa e del tipo*, in Roppo (a cura di), *Trattato del contratto*, II, *Il Regolamento*, (a cura di) G. Vettori, Milano, 2006, pp. 97 ss.

24. M.W. Hesselink, *La dimensione politica di un codice civile europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, pp. 379 ss. e A. Somma (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Giappichelli, Torino, 2007.

25. G. Chiodi, *La Giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra otto e novecento*, Giuffrè, Milano, 2009, XI ss. Le risposte, diverse, che giudici e giuristi forniscono a quei problemi, in quel contesto storico, affrontano tutte, con diversi risultati e diversa sensibilità, il tema della eguaglianza e dell'equità nei contratti che può tradursi appunto nella formula della giustizia contrattuale che attesta l'esistenza di un problema. L'utilizzo, discusso e discorde, di tutele e istituti (vizi del consenso, rescissione, buona fede, causa, ordine pubblico e buon costume) in funzione di limite alla forza obbligatoria del contratto e alla intangibilità dell'accordo.

contratto e dell'intangibilità dell'accordo. Una prima risposta si tentò nel 1938 nella riforma del codice ove si riproduceva nell'art. 22 le scelte del Progetto italo-francese che aveva ipotizzato un rimedio di grande modernità, ripreso oggi sostanzialmente nei testi dei Principi europei. Dalla iniquità delle prestazioni era presunto un consenso non libero e si attribuiva al giudice il potere, su istanza di parte, di annullare o correggere il contenuto del contratto²⁶.

La reazione di Betti fu netta (contro giuristi come D'Amelio e Scialoja). La scelta era un corollario del famigerato dogma della volontà, tipica manifestazione della concezione individualistica propria del diritto naturale ed eredità del liberalismo. Di più. Espressione delle democrazie borghesi asservite al capitalismo non corporativo ispirato da suggestioni della mitologia socialista. Il modello da seguire era, invece, tedesco e si optò come rimedio all'usura e allo squilibrio per l'illiceità della causa chiamata ad assolvere, appunto, funzioni molto diverse: fondare la giuridicità dell'atto e la giustizia del suo contenuto²⁷.

A ciò contribuì non poco l'ideologia del tempo. Come si è osservato, in modo acuto «tendenze giacobine, hegeliane, fasciste e marxiste suggerirono di contrapporre l'interesse sociale e collettivo all'interesse individuale: l'invalidità fu graduata sui difetti

della fattispecie, sicché la violazione dell'interesse collettivo fu considerato un disordine inaudito, mentre la violazione dell'interesse individuale un vizio più lieve»²⁸.

Nella seconda metà del novecento in Francia²⁹ e in Germania³⁰, la revisione dei dogmi tornò all'attenzione della dottrina più autorevole e si è preso progressivamente atto che la nullità è un rimedio (spesso di protezione) che oltrepassa la fattispecie e si frantuma in una pluralità di statuti che tagliano trasversalmente i modelli nazionali e i testi dei Principi. Sicché essa si «storicizza, si relativizza, si frantuma»³¹.

Che cosa accade nei tentativi di uniformazione in Europa è noto.

L'abbandono della causa e il riconoscimento del nudo patto è accompagnato da un ruolo forte della buona fede cui è affidato anche il compito di controllo della disparità di potere e dell'equilibrio contrattuale. Scompare il concetto di causa ma non l'esigenza del controllo che ispirava in modo ambiguo quello strumento e l'ideologia sottostante è evidente³².

L'ordine giuridico del mercato ispira il nuovo diritto dei contratti, tramite un sistema spontaneo «fatto di scelte contrattuali consapevoli e orientate, sentenze correttive fondate sulla buona fede, sfiducia in controlli demolitivi dell'assetto di interessi voluto

26. L'art. 22 di tale progetto precisava: «se le obbligazioni di uno dei contraenti sono del tutto sproporzionate ai vantaggi che egli trae dal contratto e alla prestazione dell'altro contraente, di maniera che, secondo le circostanze, debba presumersi che il suo consenso non sia stato sufficientemente libero, il giudice può, su domanda della parte lesa, annullare il contratto o ridurre l'obbligazione». U. Breccia, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato. Testimonianze e divagazioni negli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I, (28), 1999, pp. 328-334 e 462-464) ricorda lucidamente il dibattito su questa norma. Alle opinioni favorevoli di D'Amelio e Scialoja Betti replicò che in tal modo si sarebbe solo codificato un quarto vizio della volontà in linea con «il famigerato dogma della volontà tipica manifestazione della concezione individualistica propria del diritto naturale ed ereditata dal liberalismo». E aggiungeva «che la vittima del contratto ingiusto dev'essere difesa anche all'infuori di ogni pressione, poiché ... dovrebbe essere decisiva... unicamente la illiceità della causa... secondo il modello tedesco della nullità per contrarietà al buon costume». Tale vicenda è stata ricordata, mirabilmente, da U. Breccia, *Causa e consideration*, cit, p. 31.

27. U. Breccia, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato*, cit., pp. 328, 462; id., *Causa e consideration*, pp. 50 ss.

28. R. Sacco, *Il contratto*, II, a cura di R. Sacco-G. De Nova, in *Trattato di diritto civile* a cura di R. Sacco, Utet, Torino, 2004, p. 523; V. Scalisi, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 155 ss.; G. Vettori, *Contratto e rimedi*, Cedam, Padova, 2009, pp. 571 ss.

29. J. Ghestin, *L'utile e le juste dans les contracts*, in *Archiv. Phil.d.*, 1981, pp. 35 ss.

30. L. Raiser, *Il compito del diritto privato*, (1977) trad. it. di M. Graziadei, a cura di C.M. Mazzoni, Giuffrè, Milano 1990, p. 98 mi permetto di richiamare, G. Vettori, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, pp. 21 ss.; Id., *Diritto dei contratti e costituzione europea. Regole e principi ordinanti*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 83 ss.; Id., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, pp. 53 ss, ma v. in particolare H. Collins, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, pp. 659 ss.; Il Manifesto intitolato «*Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*», pubblicato in G. Vettori (cura di), *Contratto e costituzione in Europa*, Cedam, Padova, 2005, e in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, pp. 99 ss. e da ultimo V. Scalisi, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in V. Scalisi, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2011, p.337 ed ivi un'ampia bibliografia. L'opera più ampia e completa sul diritto europeo si deve a C. Castronovo e S. Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, 2 ed., Giuffrè, Milano, 2013.

31. V. Scalisi, *Il contratto in trasformazione*, cit., pp. 421 ss.

32. U. Breccia, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 250 ss.; Id., *Causa e consideration*, cit., pp. 36 ss.; E. Navarretta, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, pp. 411 ss.

dalle parti»³³. Basta pensare che la Proposta di regolamento sul diritto comune della vendita in Europa non regolava l'azione di nullità.

L'impressione diffusa è che tale visione debba essere ripensata per almeno due ordini di ragioni. Le Istituzioni si sono mostrate impotenti nei confronti di un capitalismo finanziario globale che ha concentrato in poche reti invisibili, le decisioni e il potere che incide sulle elementari regole di controllo dell'autonomia privata³⁴. L'ordinamento europeo è oramai un assetto dotato di principi costituzionali che sollecitano strumenti preventivi di controllo sugli atti di autonomia privata. La Corte di giustizia indica una strada ancora cauta e prudente sul tema, delicatissimo, del mancato rispetto da parte degli intermediari finanziari dell'obbligo di valutare l'adeguatezza dell'operazione proposta. Si rinvia all'ordinamento interno la «disciplina delle conseguenze delle violazioni di tali obblighi, fermo restando il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività previsti dall'art.47 della carta di Nizza»³⁵.

Le linee di sviluppo sono sostanzialmente due³⁶.

Sul piano interno l'uso giurisprudenziale della causa in concreto porta taluno, autorevolmente, ad ammettere «un controllo dell'equità del contratto da parte del giudice, come variante nazionale domestica di una regola generale di controllo equitativo della giustizia degli scambi che si sta affermando in campo internazionale»³⁷. Con tale strumento le norme di organizzazione (di validità) hanno trovato, si osserva, la clausola generale che (sostituisce l'art.1374 e) incide sull'atto³⁸.

Sul piano comunitario il diritto ad un rimedio effettivo serve da cornice per ripensare una tutela eliminativa degli effetti che consenta, con l'aiuto delle Corti, di foggare interventi integrativi, correttivi, e/o sostitutivi coerenti, con la storicità dell'assetto di interessi, secondo un'attenzione estranea alle invalidità codicistiche e nazionali, ma tipiche, invece, delle strategie rimediali³⁹.

L'esistenza di un vantaggio ingiusto e sproporzionato è vietato dai Principi di diritto europeo dei contratti (4:109), nel caso in cui l'altra parte si trovi in una situazione di dipendenza o una relazione di fiducia o una situazione di bisogno economico o necessità urgenti e se sia affetta da prodigalità, ignoranza, esperienza o accortezza necessaria a contrattare. IL Dcfr (7:207 *unfair exploitation*) usa riferimenti analoghi mentre i principi *Unidroit* censurano (3.10) il vantaggio eccessivo e ingiusto in presenza di uno stato di dipendenza, di difficoltà economiche o immediate, oppure di imperizia, inesperienza o mancanza di abilità a trattare, con riguardo alla natura o scopo del contratto. Il diritto anglosassone usa tecniche analoghe come l'*Undue Influence* e la *Uncoscionability*⁴⁰.

Non solo. Il controllo della libertà contrattuale in base al limite dell'ordine pubblico è presente nelle codificazioni europee e nella loro riforma.

La recente modifica del *code civil* introduce alcune significative novità in tema di equilibrio negoziale. Dall'ampio riferimento alla buona fede (1104), all'obbligo analitico di informazione prenegoziale (1112.1 -2), alla presenza di abuso dello stato di dipendenza di una

33. M. Libertini, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in Studi in onore di A. Falzea, Milano, Giuffrè, 1991; Id., *Le fonti private del diritto commerciale. Appunti per una discussione*, in Riv. dir. comm., 2008, I, pp. 599 ss.; Id., *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2011.

34. Mi permetto di richiamare G. Vettori, *Il contratto senza numeri e aggettivi*, cit.

35. V. sull'ambiguità della Direttiva Mifid in ordine ai rimedi S. Grundmann, *The Bankinter case on Mifid Regulation and contract law*, Erel, 2013, 9(3) pp. 267-280.

36. Espresi e commentati in modo lucidissimo dal bellissimo saggio di G. Grisi, *Spigolando su causa, derivati, informazione e nullità*, in *Persona e Mercato*, 2015, pp. 137 ss.

37. M. Libertini, *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2011; con posizione diverse V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in Riv. dir. civ., 2013, 4, pp. 957 ss.; A. Gentili, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in Riv. dir. civ., 2013, 5, p. 1105; G. Vettori, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Con. impr.*, 2012, pp. 1190 ss. e A. di Majo, *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole) di fattispecie e (regole) di procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 3, pp. 797 ss.

38. Così M. Libertini, *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive*, op. cit.

39. V. da ultimo le profonde e limpide analisi di S. Pagliantini, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Giappichelli, Torino, 2012; Id., *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, in G. D'Amico-S. Pagliantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 67 ss. ed ivi la rigorosissima analisi di G. D'Amico, *L'integrazione (co-gente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, Giappichelli, Torino, pp. 213 ss.

40. V. M. Meli, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, Cedam, Padova, 2005, pp. 23 ss.

parte (1143), alla nullità di clausole di un contratto oneroso in presenza di un corrispettivo *illusoire ou dérisoire* (1169) o di clausole che privino di sostanza l'obbligazione essenziale del debitore (1170), alla eliminazione delle clausole di un contratto per adesione (*concluso fra qualsiasi parte anche non qualificata come consumatore*) in presenza di un significativo squilibrio fra i diritti e obblighi delle parti (1171), sino al venir meno di un elemento essenziale del contratto (1186)⁴¹.

È evidente come la ricerca di un rimedio effettivo in tema di squilibrio negoziale sia al centro della attenzione del legislatore, della dottrina e della giurisprudenza italiana ed europea.

Un coordinamento e un dialogo è necessario senza rifiuti o aprioristiche chiusure. Qualche proposta.

4. Le norme di validità e l'ordine pubblico

Lo Stato, si è detto in modo efficacissimo, raccoglie in sé politica e diritto, individuati da confini certi come «antiche mura». L'economia no. Tramite la tecnica si espande in ogni spazio, reale o virtuale e il problema è «quale diritto regga e governi tale fenomeno».

La risposta di Irti è netta, ma inquietante. L'economia si distende senza confini «impianto produzione e scambio qui o là, calcola costi e benefici dei singoli diritti e preferisce l'uno all'altro». Così, all'ordine giuridico del mercato subentra il mercato degli ordini giuridici. Non più il diritto determina il luogo dell'economia, bensì l'economia sceglie il luogo del diritto⁴². Sul modo di controllare tale fenomeno non si ha dubbi. È illusoria la protezione offerta dai diritti umani che «si disperdono nella genericità enfatica di carte, dichiarazioni e protocolli di intesa». Solo la de-

cisione politica può dare risposte adeguate e tramite accordi «inter-statali stringere l'economia nei luoghi prescelti dal diritto».

La risposta dei grandi operatori economici sembra un'altra. Si diffonde la pretesa di costruire un regolamento giuridico autosufficiente, capace di superare «la diversità di regole per analoghe vicende», con clausole di qualificazione, di definizione, di intero accordo, di non rinuncia, di validità⁴³. Ma la fiducia nell'autosufficienza del mercato e dell'atto di autonomia e delle regole imposte dal solo mercato (non regolato in modo uniforme) è durata a lungo per poi franare improvvisamente, dal 2008 in poi.

Torna così la riflessione sull'ordine pubblico, interno e internazionale, unico strumento che può consentire di percepire un limite e un controllo.

Basta pensare all'art.6 del *code Napoleon* a chiusura del Titolo preliminare, e alla recente riforma di quel monumento giuridico, ma anche a ciò che sta accadendo in Italia e in Europa oggi.

Alcune sentenze della Corte di cassazione affrontano il tema⁴⁴. Iniziamo dalla prima.

Il problema della delibazione di una sentenza straniera in tema di danni punitivi induce a chiarire l'ambito applicativo del principio di ordine pubblico ai sensi degli articoli 16, 64 e 65 della legge n.218 del 1995.

Si muove dal passato e dalla nozione di «limite riferibile all'ordinamento giuridico nazionale, costituito dal complesso di principi che, tradotti in norme inderogabili o da queste desumibili, informano l'ordinamento giuridico e concorrono a caratterizzare la struttura etico-sociale della società nazionale in un determinato momento storico»⁴⁵. Si distingue un ordine pubblico interno e uno internazionale⁴⁶ e si individua quest'ultimo come «complesso di principi fondati su un'esigenza di tutela dei diritti dell'uomo

41. V. in particolare M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1 Contract et engagement unilatéral*, 4ed., Paris, 2016, pp. 41 ss. e G.Alpa, *Il progetto francese di riforma del diritto contrattuale*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 2015, pp. 96 ss.; A. Bénabent, L. Aynés, *Réforme du droit des contrats e des obligations: aperçu général*, Recueil Dalloz, 2016, pp. 434 ss.; P. Grosser, *La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général e de preuve des obligations*, in *AJ Contrat-AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution*, 2016, pp. 270-271; v. D. Mazeaud, *Prime note sulla Riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 2, pp. 432 ss.

42. N. Irti, *Geo-diritto*, op. cit. pp. 4, 5, 9, 11/13, ma anche P. Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, c. 151 ss., M.R. Ferrarese, voce *Globalizzazione giuridica*, in *Enc.dir.*, Annali, IV, Milano, 2011, pp. 553 ss.; M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione - diritto e diritti nella società trans-nazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000, ove la globalizzazione come tratto del tempo e come netta cesura fra un prima e un dopo. La dimensione giuridica del fenomeno era fissata nel declino del monopolio legislativo degli Stati e nell'imporsi di un ordine che «nasceva dai fatti» e ad essi «si mescolava» rifiutando il canone della conformità per quello della effettività. Così P. Grossi, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini*, 2001, p. 551.

43. M.Foglia, *Il contratto autoregolato: le merger clauses*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 43 ss., pp. 145 ss.

44. Cass. ord. n. 9978 del 16 maggio 2016 e Cass. sez. I, 30 settembre 2016 n.19599, in *Corriere Giur.*, 2017, 2,181 con nota di Ferrando.

45. V. il richiamo a Cass. n. 3881 del 1969 e n.818 del 1962.

46. Così Cass. n. 228 del 1982.

comuni ai diversi ordinamenti e desumibili anzitutto dai sistemi di tutela esistenti a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria»⁴⁷.

Con ciò si attenua la barriera interna all'ingresso «di istituti giuridici e valori estranei ai singoli Stati ma conformi ai Trattati e alle Carte “europee” in linea con la normativa⁴⁸ e la giurisprudenza⁴⁹ comunitaria, aprendo la via ad un controllo di legittimità degli atti giudiziari stranieri, non alla luce di una “disposizione straniera” o a soluzioni interne agli ordinamenti nazionali, ma in ragione del “nucleo essenziale dei valori del nostro ordinamento” che non coincidono con le norme imperative o inderogabili»⁵⁰.

Chiarito questo aspetto resta da individuare il criterio di emersione di tali principi e la risposta si articola in una serie di sentenze recenti.

Si precisa anzitutto che non può essere indicativo l'esercizio di un potere discrezionale del legislatore in una certa direzione, in presenza di una riserva di legge o di norme costituzionali programmatiche.

Ciò perché «possono avere libero ingresso prodotti giudiziari stranieri applicativi di regole diverse, ma comunque non contrastanti con i valori costituzionali essenziali o non incidenti su materie disciplinate dalla Costituzione»⁵¹ (vedi l'esempio passato del divorzio). Non solo.

Si prende atto che la nozione di ordine pubblico non è «una clausola di sbarramento alla circolazione dei valori giuridici», ma un limite alla potenziale aggressione dei valori interni «da valutarsi in armonia con quelli della comunità internazionale». Sicché si dovrà ammettere «il contrasto con l'ordine pubbli-

co soltanto nel caso in cui al legislatore ordinario sia precluso di introdurre, nell'ordinamento interno, una ipotetica norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con i valori costituzionali primari»⁵².

Ciò in base ad «una delicata operazione ermeneutica che non si fermi alla lettera della disposizione normativa, seppure di rango costituzionale» perché esistono in Costituzione «norme dalle quali non si evincono principi inviolabili e che quindi, non concorrono ad integrare la nozione di ordine pubblico». Occorre un giudizio (o un test) «simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale»⁵³.

La sentenza a Sezioni Unite completa il quadro⁵⁴.

Si osserva che è in atto un processo di europeizzazione del diritto privato e processuale attraverso l'ordine pubblico che da strumento di tutela dei valori nazionali diviene «veicolo di formazione di principi comuni agli Stati membri» in relazione ai diritti fondamentali.

Ciò avviene in vari settori.

Nel diritto di famiglia sul riconoscimento di uno stato di figlio ottenuto all'estero che deve essere delibato, si osserva, in base non tanto alla presenza o assenza di norme imperative interne, ma alla compatibilità degli effetti con il nucleo essenziale dei valori dell'ordinamento, espresso anche dai Trattati e dalle Carte dei diritti fondamentali⁵⁵.

Nel diritto delle successioni per effetto di un provvedimento normativo relativo alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni⁵⁶.

47. V. Cass. n. 1302 e 19405 del 2013, n.27 del 2006, n. 22332 del 2004, n. 17349 del 2002, n. 2788 del 1995.

48. Ove si parla di manifesta contrarietà all'ordine pubblico nell'art. 34 Reg. 22 dicembre 2001 n.44 sulla competenza e riconoscimento delle decisioni civili e commerciali, l'art.26 Reg.CE 11 luglio 2007 n. 864 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, l'art. 22 e 23 Reg. CE 27 novembre 2003 n. 2201 in materia matrimoniale e della responsabilità genitoriale, l'art. 24 Reg. CE 18 dicembre n. 4/2009, in materia di obbligazioni alimentari.

49. Corte Giust. 4 ottobre 2012, C-249/11 sulla libera circolazione delle persone.

50. Cass. n. 9483 del 2013, Cass.n. 4040 del 2006 e da ultimo n. 19599 del 2016.

51. Cass. ord. 16 maggio 2016.

52. Cass. ord. 16 maggio 2016.

53. Cass. 30 settembre 2016, n. 19599 cit. e il rinvio a Corte federale tedesca del 10-19 dicembre 2014, x c. Land di Berlino, in *www.personaedanno.it*, 2015.

54. Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017 n. 16601.

55. Cass. 30 settembre 2016, n. 19599 in *Corriere Giur.*, 2017, 2, 181 con nota di Ferrando ed ivi il richiamo di una sentenza della Corte Federale tedesca del 10-19 dicembre 2014 in *www.personaedanno.it* 2015 sempre sullo *status* di filiazione legittimamente acquisito all'estero. V. anche Cass. sez. lav. n. 14940 del 2016.

56. Regolamento Ue n. 650/2012 del Parlamento e del Consiglio del 4 luglio 2012.

Sino alla responsabilità civile e la funzione del danno ove le Sezioni Unite precisano che l'ordine pubblico non è più il complesso dei principi fondamentali della comunità nazionale in un determinato momento storico, ma "il distillato del sistema di tutele sovranazionali ricavabili dall'ordinamento comunitario e dalla Cedu"⁵⁷ e lo strumento per promuovere e armonizzare i valori essenziali per la vita e la crescita dell'Unione.

Tale apertura è di grande interesse per una pluralità di motivi.

Consente la circolazione di modelli di tutela e invita a fissare rimedi conformi ad un criterio di effettività, rimesso ad un ordine delineato dall'art. 117 della nostra Costituzione. Non solo. I timori di un'invasione di campo sono infondati se solo si riflette sul principio di divisione dei poteri.

Non si può negare la competenza della scienza giuridica e della nomofilachia di fissare il contenuto di una norma come l'ordine pubblico perché spetta ad esse indicare, in ogni momento storico, all'interprete il significato di uno strumento essenziale per il controllo di validità del contratto.

Certo cambia oggi, radicalmente, la natura del ragionamento giuridico per effetto del nuovo sistema alle fonti che «richiede ai giudici di decidere questioni di diritto contrattuale, non solo sulla base dei codici nazionali ma di controllare se l'esito, apparentemente indicato da quelle norme, fornisca una interpretazione adeguata ai diritti delle parti fissato dal sistema giuridico sovranazionale, comprensivo della Carta di Nizza e la Cedu»⁵⁸.

Questa delicata attività richiede cautela, rigore e un dibattito attento. Sono sicuro che tutto ciò non mancherà.

57. V. già Cass. n. 1302 del 2013.

58. Così, in una traduzione imputabile solo a me, U. Collins, *The revolutionary trajectory of UE Contract Law towards post-national Law*, in un contributo (inedito) nell'ambito del progetto ERPL in corso di elaborazione a cura di H. Micklitz presso L'Istituto Universitario Europeo con sede a Firenze.

I diritti dell'investitore nella giurisprudenza di legittimità

di *Maria Acierno*

Il potere della conoscenza è bilanciato da un articolato dovere di adeguata informazione nella intera dinamica negoziale delle operazioni d'investimento. Anche in questo settore si svelano i limiti della funzione protettiva della forma scritta e la necessità di adeguarne la funzione alle posizioni contrattuali, assai diseguali, in concreto ricoperte da intermediario ed investitore. Solo il controllo giudiziale dell'adeguatezza in concreto delle informazioni scambiate può rappresentare una tutela effettiva del risparmio. Completa il quadro delle tutele il regime peculiare dell'onere della prova dell'inadempimento informativo dell'intermediario così da assicurare anche sul piano risarcitorio un rimedio appropriato.

1. Breve introduzione normativa e delimitazione dell'indagine

I diritti dell'investitore nei contratti d'intermediazione finanziaria hanno come oggetto prevalente l'effettiva informazione sulla natura, il rendimento ed il rischio dell'investimento proposto o richiesto all'intermediario. Perché le informazioni siano effettive devono estendersi alla preventiva comunicazione delle situazioni di conflitto d'interesse nelle quali gli intermediari possono venire a trovarsi in ordine ad alcune tipologie d'investimenti finanziari e devono fondarsi sulla conoscenza specifica dei prodotti finanziari proposti o richiesti con riferimento alla loro redditività concreta presente o futura, con prefigurazione dei margini tendenziali di rischio, ancorché nei limiti di una prevedibilità ragionevole. L'intermediario deve preventivamente informarsi adeguatamente, infine, sulla solidità ed affidabilità degli emittenti.

L'art. 21 del d.lgs n. 58 del 1998 (d'ora in poi Tuf) fin dalla sua formulazione originaria contiene tutti i parametri sulla base dei quali valutare l'adempimento dell'obbligo informativo ricadente sull'intermediario.

Le modifiche introdotte dal d.lgs n. 164 del 2007 con il quale è stata data attuazione della direttiva 2004/39/Ce relativa ai mercati degli strumenti finanziari¹ hanno puntualizzato il contenuto degli obblighi senza mutarne la sostanza, salvo che per il conflitto d'interesse in ordine al quale l'obbligo di diligenza si è esteso alla identificazione e gestione delle situazioni di conflitto e all'adozione delle misure organizzative idonee ad evitarne l'incidenza negativa sugli interessi dei clienti.

L'art. 21 si apre con la prescrizione degli obblighi di diligenza, correttezza e trasparenza. La prescrizione di carattere generale ha una duplice finalità: l'interesse dei clienti e l'integrità dei mercati. I due obiettivi convergono dal momento che, per un verso, la violazione delle regole di comportamento compromette la fiducia degli investitori e la loro propensione all'investimento²; per l'altro, determina una scorretta allocazione delle risorse con ricadute dirette sulla sfera giuridica dei singoli investitori.

Gli obblighi stabiliti al comma 1, lettera a), della norma non sono del tutto sovrapponibili al generale canone integrativo del tessuto dei singoli contratti,

1. La direttiva 2004/39/Ce, (d'ora in poi denominata Mifid) ha a sua volta modificato le direttive 85/611/Cee, 93/6/Cee e 2000/12/Ce e abrogato la direttiva 93/22/Cee.

2. G. Gobbo, *Articolo 21*, in *Commentario Tuf*, a cura di F. Vella, Tomo I, pag. 258 con ampia nota di richiami dottrinali.

costituito dal principio di buona fede e correttezza contrattuale. Il peculiare contenuto informativo di cui si connota il dovere d'informazione dell'intermediario ne definisce, ampliandolo rispetto alla clausola generale, il contenuto prescrittivo.

La disciplina normativa regolamentare dettata dalla Consob³ stabilisce in modo analitico quali siano le informazioni da acquisire sul profilo soggettivo del cliente e da fornire in ordine agli investimenti da eseguire. Il margine di discrezionalità dell'intermediario nell'individuazione del contenuto degli obblighi informativi, apparentemente ampio alla luce della formula normativa, si riduce drasticamente come sarà puntualizzato nel § 3.3 proprio in virtù delle prescrizioni regolamentari, oltre che delle specificazioni legislative seguite all'attuazione della direttiva Mifid⁴.

Scopo dell'indagine che s'intende svolgere è di verificare se e come la giurisprudenza, in particolare di legittimità, abbia saputo fare emergere il contenuto degli obblighi informativi a carico dell'intermediario

anteriormente all'attuazione della direttiva Mifid 1, sostanzialmente anticipandone il contenuto nonché gli effetti della loro violazione sul contratto quadro e sugli ordini d'investimento.

È necessario premettere che gli orientamenti giurisprudenziali che verranno analizzati si sono formati sul sistema normativo del d.lgs n. 58 del 1998 (d'ora in poi denominato Tuf) e del Regolamento Consob n. 11522 del 1998 con risultati del tutto idonei a mantenere efficacia anche nel quadro normativo innovato dagli interventi legislativi e regolamentari successivi. In particolare la giurisprudenza di legittimità ha affrontato molti versanti che incidono sulla asimmetria conoscitiva e sulla specificità di tale caratteristica nel contratto d'intermediazione finanziaria, intervenendo sulla forma del contratto quadro e sugli effetti del *deficit* della forma scritta⁵; sulla validità ed efficacia delle clausole di stile⁶ contenute nei contratti; sull'ambito di applicazione dello *jus poenitendi*⁷; sul contenuto "minimo" degli obblighi informativi imposti all'intermediario⁸; sul rilievo del profilo soggettivo

3. Gli obblighi informativi sono prescritti analiticamente nell'art. 28 del Regolamento Consob n. 11522 del 1998 e si applicano ai contratti regolati dall'art. 21 del Tu n. 58 del 1998 nella formulazione vigente fino al 31/10/2007. Successivamente è intervenuto il Regolamento n. 16190 del 2007, successivo alla Direttiva Mifid 1 attuata mediante il d.lgs n. 164 del 2007

4. Su cui si rinvia al par. 4 anche al fine di evidenziare il carattere fortemente anticipatorio degli orientamenti giurisprudenziali al riguardo

5. Ancorché la questione sia ancora aperta essendo rimessa alle Sezioni Unite con l'ordinanza interlocutoria n. 10447 del 2017 pubblicata in *www.ilcaso.it* con nota di M. Girolami (www.ilcaso.it/articoli/ban.php?id_cont=967.php). Alle Sezioni Unite è stata rimessa con ordinanza interlocutoria n. 12390 del 2017 anche la questione relativa agli effetti della nullità per vizio di forma del contratto quadro sugli ordini di esecuzione. L'invalidità incide su tutti gli ordini o può essere fatta valere selettivamente dall'investitore?

6. Cass. 11412 del 2012 così massimata: «*In tema d'intermediazione finanziaria, la dichiarazione del cliente, contenuta nell'ordine di acquisto di un prodotto finanziario, con la quale egli dia atto di avere ricevuto le informazioni necessarie e sufficienti ai fini della completa valutazione del "grado di rischio", non può essere qualificata come confessione stragiudiziale, essendo a tal fine necessaria la consapevolezza e volontà di ammettere un fatto specifico sfavorevole per il dichiarante e favorevole all'altra parte, che determini la realizzazione di un obiettivo pregiudiziale, ed è, inoltre, inidonea ad assolvere gli obblighi informativi prescritti dagli artt. 21 del d.lgs n. 58 del 1998 e 28 del Reg. Consob n. 11522 del 1998, trattandosi di una dichiarazione riassuntiva e generica circa l'avvenuta completezza dell'informazione sottoscritta dal cliente*».

7. Il diritto di recesso dell'investitore ex art. 30, comma 6 del d.lgs n.58 del 1998 è stato ritenuto applicabile dalla sentenza delle Sez.Un. 13905 del 2013, in *Foro it.*, 2013, I con nota di G. La Rocca sia nel caso in cui la vendita fuori sede di strumenti finanziari da parte dell'intermediario sia intervenuta nell'ambito di un servizio di collocamento prestato dall'intermediario in favore dell'emittente o dell'offerente di tali strumenti, sia quando la vendita fuori sede abbia avuto luogo in esecuzione di un servizio d'investimento diverso, ivi compresa l'esecuzione di ordini impartiti dal cliente in esecuzione di un contratto quadro. La decisione è stata seguita dall'intervento del legislatore che con l'art. 56 *quater* del dl n. 69 del 2013 (cd. decreto "del fare") che ha espressamente stabilito l'applicazione estensiva, indicata dalle Sez.Un. per i contratti stipulati dopo il 1/9/2013. Per quelli preesistenti la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto di dare continuità all'orientamento introdotto dalle Sez.Un. e di escludere la natura interpretativa della norma (Cass. n. 7776 del 2014 in *I contratti*, 2014, p. 1113 con nota di R. Natoli, cui è seguita la recente sentenza n. 1368 del 2016 in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2016, I, p. 868 con nota di A. Barba.

8. Tra le molte si segnala per la completezza delle indicazioni la sentenza n. 1376 del 2016 così massimata: «*In tema di intermediazione finanziaria, la pluralità degli obblighi (di diligenza, di correttezza e trasparenza, di informazione, di evidenziazione dell'inadeguatezza dell'operazione che si va a compiere) previsti dagli artt. 21, comma 1, lett. a) e b), del d.lgs n. 58 del 1998, 28, comma 2, e 29 del Reg. Consob n. 11522 del 1998 (applicabile "ratione temporis") e facenti capo ai soggetti abilitati a compiere operazioni finanziarie, convergono verso un fine unitario, consistente nel segnalare all'investitore, in relazione alla sua accertata propensione al rischio, la non adeguatezza delle operazioni di investimento che si accinge a compiere (cd. "suitability rule"). Tale segnalazione deve contenere specifiche indicazioni concernenti: 1) la natura e le caratteristiche peculiari del titolo, con particolare riferimento alla rischiosità del prodotto finanziario offerto; 2) la precisa individuazione del soggetto emittente, non essendo sufficiente la mera indicazione che si tratta di un "Paese emergente"; 3) il "rating" nel periodo di esecuzione dell'operazione ed il connesso rapporto rendimento/rischio; 4) eventuali*

vo dell'investitore⁹ anche in ordine all'accertamento della natura di operatore qualificato dell'investitore¹⁰.

2. L'asimmetria informativa nei contratti d'intermediazione finanziaria

Lo squilibrio tra le posizioni dei contraenti, intermediario ed investitore, non si manifesta secondo il tradizionale modello della sottostante disparità di potenza economico-negoziale tra le parti del contratto, sulla base della quale si è formata la disciplina normativa e l'intervento giurisprudenziale in materia lavoristica e consumeristica, ma si presenta sotto forma di netta sproporzione tra le parti in ordine alla conoscenza dei prodotti finanziari sui quali si fondano gli obiettivi d'investimento del cliente.

Le nozioni tecnico-finanziarie da conoscere consistono non soltanto in un bagaglio conoscitivo di partenza, (caratteristiche intrinseche, anche sotto il profilo della rischiosità, delle singole operazioni) ma anche nella necessità di aggiornamento continuo in ordine all'andamento dei mercati e alla situazione economico-patrimoniale delle emittenti. Per i prodotti derivati, soggetti a costante incremento delle tipologie riconoscibili sul mercato l'esigenza di conoscenza, specie di natura *latu sensu* "dinamica", aumenta. Deve, infatti, preliminarmente osservarsi che l'aumento del margine di rischiosità dell'investimento è legato alle caratteristiche del prodotto in relazione ai mercati nei quali operano gli intermediari, alle variabili che ne compongono la redditività e alle sue oscillazioni ma non giustifica in alcun modo un *deficit* informativo. Al contrario, l'accettazione di un elevato grado di rischio dell'investimento non può che fondarsi sulla piena consapevolezza delle ragioni dell'incertezza del risultato. L'equivoco, nel quale è caduta talvolta anche la giurisprudenza, presumibilmente ispirata da un intento moralizzatore, non consentito dal rigore della disciplina normativa imperativa relativa agli obblighi informativi, consiste nel ritenere che l'alea del contratto in queste ipotesi consista non

nell'incognita sul risultato ma nella mancanza di conoscenza delle operazioni d'investimento solo genericamente rappresentate nel contratto o, ove reperibile, nel documento rischi generali previsto dall'art. 28 Regolamento Consob n. 11522 del 1998 (cui è seguito in attuazione delle modifiche introdotte dal d.lgs n. 164 del 2007, il Regolamento n. 16190 del 2007), limitato alla rappresentazione generica delle tipologie di prodotti finanziari e d'investimento (es. obbligazioni, azioni etc.). Come si vedrà nel § 3.3 la giurisprudenza di legittimità ha posto in evidenza la maggiore incisività delle informazioni necessarie per investimenti che involgono un più elevato grado di rischio.¹¹

Così delineato in modo del tutto sommario il contenuto effettivo dell'asimmetria tra le parti del contratto d'intermediazione finanziaria, si deve procedere all'esame dei principali strumenti normativi e giurisprudenziali volti a colmare il gap strutturale sottostante il contratto, anche se stipulato con un cliente economicamente "forte", partendo dal più tradizionale di essi: l'obbligo della forma scritta del contratto quadro.

L'indicatore principale della disparità delle posizioni delle parti di un contratto, risultante dalla disciplina legislativa imperativa dello stesso, è costituito dalla forma scritta. Questo requisito di validità del contratto ha gradatamente perso la funzione tradizionale di "marcare" il rilievo economico patrimoniale di alcune forme di acquisto o trasferimento di diritti (in particolare quelli reali), per approdare ad una finalità "protettiva" di attuazione del canone di buona fede sotto il cruciale versante della consapevolezza dell'impegno contrattuale da assumere da parte del contraente ritenuto, in via generale ed astratta, in condizione di soggezione.

Dal rapporto di lavoro al tessuto di norme di protezione che connotano il settore consumeristico fino ai contratti bancari, la forma scritta è stata ritenuta dal legislatore un prerequisito della trasparenza e correttezza degli scambi, così modificando gradatamente ma irreversibilmente la sua funzione tradizionale. La complessità tecnica dei beni e servizi oggetto della maggior parte dei contratti di massa e la rapidità con

carenze di informazioni circa le caratteristiche concrete del titolo (situazioni cd. di "grey market"); 5) l'avvertimento circa il pericolo di un imminente "default" dell'emittente.

9. È principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità che la clausola contrattuale che contenga il rifiuto dell'investitore di fornire informazioni sul proprio profilo patrimoniale (tra le altre Cass. 18702 del 2016), non escluda o limiti gli obblighi informativi dell'intermediario in ordine alle caratteristiche specifiche ed effettive del prodotto.

10. La qualificazione di "operatore qualificato" richiede la manifestazione di volontà specifica fornita all'intermediario (Cass. 23805 del 2015). La semplice dichiarazione di esonero dell'intermediario dalla verifica è insufficiente ad integrare i rigorosi requisiti previsti dalla legge ai fini dell'inclusione nella categoria dell'operatore qualificato (Cass. 13872 del 2017), ed ad esonerarlo dagli obblighi informativi cui è tenuto.

11. Si richiamano Cass. 8619 e 12544 del 2017 in *www.italggiuregiustizia.it*.

la quale mutano i modelli contrattuali atipici anche nel settore bancario e degli investimenti finanziari hanno, tuttavia, posto in luce i limiti dello strumento e la sua scarsa effettività.

Ma il formalismo di protezione¹² mostra la sua debolezza per due ragioni. La prima risiede nell'insufficienza del testo scritto al fine di garantire l'intellegibilità dell'effettivo regolamento d'interessi contenuto nel contratto, con particolare riferimento agli obblighi dell'investitore¹³; la seconda nell'effetto deresponsabilizzante sull'effettivo adempimento degli obblighi informativi, non riducibili al testo contrattuale, del cd. "formalismo informativo"¹⁴, in quanto potenzialmente ostativo di future contestazioni da parte dell'investitore.

3. Il requisito della forma scritta nella giurisprudenza di legittimità

La giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che la forma scritta *ad substantiam* riferita al contratto quadro costituisca un ineludibile strumento di garanzia della trasparenza del regolamento d'interessi nell'intermediazione finanziaria, valorizzando l'essenzialità del requisito ai fini della validità del contratto.

L'intervento nomofilattico, tuttavia, si è rivolto principalmente se non esclusivamente al "contenitore" e non al "contenuto" del contratto. È stata stabilita la necessità che il contratto sia redatto a pena di nullità per iscritto ma non è stato individuato un nucleo contenutistico minimo cui estendere la sanzione di nullità che vada oltre l'indicazione formale dei requisiti del contratto contenuta nell'art. 1325 cod. civ. Nella parte

conclusiva del presente paragrafo si cercherà di illustrare, anche alla luce del regime giuridico previsto dai Regolamenti Consob 11522 del 1998 e 16190 del 2007, quale debba essere il contenuto informativo imprescindibile nei contratti d'intermediazione finanziaria e quali siano gli effetti della violazione di tale obbligo contrattuale, non senza sottolineare come permanga un margine di ambiguità tra l'individuazione del contenuto essenziale del contratto quadro, incidente sulla validità dello stesso, e la configurazione degli obblighi informativi incidenti sulla responsabilità precontrattuale o contrattuale dell'intermediario, secondo la bipartizione contenuta nel *leading case* delle Sezioni Unite n. 26724 del 2007¹⁵.

Anche alla luce del regime normativo anteriore all'entrata in vigore del Tuf, ovvero nel vigore della l. 1 del 1991, la Corte di cassazione, già nel 2001, ha ritenuto che il contratto quadro (o normativo)¹⁶ debba essere redatto per iscritto a differenza dei singoli ordini¹⁷ di esecuzione. La pronuncia non contiene l'esplicita indicazione delle conseguenze della mancata adozione della forma scritta. Nelle successive, tuttavia, la forma scritta viene ritenuta requisito essenziale ai fini della validità del contratto¹⁸.

Le Sezioni Unite con la sentenza n. 26724 del 2007 hanno definitivamente ribadito che la forma scritta del contratto quadro determina la nullità del contratto sia nel vigore della l. n. 1 del 1991 che nel vigore del Tuf. La forma scritta *ad substantiam* si estende anche alla procura con la quale l'investitore conferisce ad un terzo il potere di agire in suo nome ed in sua vece con l'intermediario (Cass. 25212 del 2015). Il vizio di forma non è sanabile mediante ratifica tacita (Cass. 7283 del 2013).

12. Secondo un'efficace sintesi definitoria della dottrina. Cfr. tra gli altri, Pagliantini, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Ed. Ets, Pisa, 2009, pp.110 e 177 e ss.

13. La giurisprudenza di legittimità, ha statuito l'invalidità dei contratti cd. "for you" e "my way" ex art. 1322 cod. civ. ritenendo l'intreccio causale immeritevole di tutela e sottolineando in particolare come dal testo negoziale risultasse non intellegibile lo squilibrio ingiustificato delle posizioni delle parti e il carico di obblighi del tutto sperequato in capo all'investitore. In ordine al contratto "my way" si segnalano Cass. n. 19559 del 2015; 22950 del 2015, con ampia ricostruzione critica della aleatorietà dei contratti in oggetto e 19559 del 2015; in ordine al contratto "for you" cfr. Cass. 4907 e 16848 del 2017.

14. L'espressione è di M. De Poli, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Cedam, Padova, 2002, 117 e 139. Vedi anche A. Di Majo, *La correttezza nell'attività d'intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1993, I, p. 292.

15. In *Foro it.*, 2008, I, p. 784 con nota di E.Scoditti.

16. Cass. n. 11495 del 2001 in *Foro it.*, 2003, I, 612, con nota di G. Catalano.

17. Il principio della non necessità della forma scritta per i singoli ordini (salvo le operazioni inadeguate sulle quali si rinvia al § 3.4 e i contratti nei quali sia prevista convenzionalmente la forma scritta per i singoli ordini. Cfr. Cass. 3950 e 16053 del 2016 in *www.italgiuregiustizia.it*) è consolidato. Si segnalano al riguardo (ma l'indirizzo è risalente) Cass. 28432 del 2011 in *Corriere Giuridico*, 2011, 1467 con nota di Guerinoni e 384 del 2012 in *www.italgiuregiustizia.it*.

18. Cass. 111 del 2004 e 10598 del 2005 in *www.italgiuregiustizia.it*. L'orientamento formatosi prima del 2007 ha ad oggetto contratti di *swap* ma il principio è estensibile a tutti i contratti d'intermediazione finanziaria.

La stabilità dei principi sopra illustrati ha subito una rilevante incrinatura a causa della sopravvenuta problematica relativa alla necessità della doppia sottoscrizione del cliente e dell'intermediario sul testo negoziale redatto per iscritto al fine d'integrare il requisito di validità del contratto sopra indicato. La questione si è posta con frequenza all'attenzione dei giudici di merito già da qualche anno e, di recente è approdata all'esame della giurisprudenza di legittimità. Secondo le norme Abi il contratto quadro, così come gli altri contratti bancari, è redatto in duplice esemplare, uno da consegnare al cliente e l'altro conservato dall'istituto bancario. In numerose cause, l'intermediario non è stato in grado di produrre il proprio esemplare sottoscritto ma soltanto la copia sottoscritta dall'investitore ed i giudici di merito, con indirizzi contrapposti, hanno affermato la sufficienza della produzione effettuata in quanto univocamente rivelatrice dell'accordo, o, al contrario, la nullità del contratto per difetto di un testo sottoscritto da entrambe le parti.

La giurisprudenza di legittimità ha stabilito con orientamento molto recente ma non isolato¹⁹ la necessità della duplice sottoscrizione ancorché non contestuale e non risultante dallo stesso documento, purché sia inequivoca l'unicità e l'univocità del contenuto negoziale dei due testi sottoscritti separatamente. È stato altresì affermato che la produzione in giudizio del contratto privo della sottoscrizione dell'altro contraente, non sana il difetto di forma scritta *ad substantiam ex tunc* con riferimento alla già eseguita attuazione del contratto quadro, potendo produrre effetti soltanto per il futuro, come manifestazione della volontà di vincolarsi al contratto.

L'orientamento sopra illustrato, tuttavia, è stato sottoposto a revisione critica all'interno della stessa Corte proprio sotto il profilo della funzione peculiare della forma scritta nei contratti d'intermediazione finanziaria, non riducibile a quella classica, mutuata

dall'art. 1325 cod. civ. Secondo l'ordinanza interlocutoria n. 10447 del 2017 la *ratio* del requisito, in tutti i contratti caratterizzati da asimmetria informativa, s'individua nello scopo di mettere il contraente più debole a conoscenza del contenuto del contratto. In particolare, deve escludersi il rilievo strutturale della forma, tradizionalmente collegato alla ponderazione del contenuto dell'accordo ed a consacrare la rilevanza sociale del regolamento negoziale. La funzione prevalente se non esclusiva della forma scritta consiste, pertanto, nella preventiva documentazione delle condizioni contrattuali, in modo da rendere edotto il cliente delle clausole predisposte dall'intermediario. Così funzionalizzato l'obbligo di documentazione, consegue che, ai fini della tutela della corretta informazione del cliente, non è necessaria la doppia sottoscrizione del documento contrattuale e ci si deve chiedere se per ritenere assolto il compito dell'intermediario sia sufficiente la consegna al cliente del prospetto redatto dalla banca, oppure se sia necessario che venga documentata l'intera operazione negoziale comprensiva delle sottoscrizioni di entrambe le parti.

Le obiezioni che la dottrina²⁰ ha sollevato in ordine all'opzione dogmatica sulla quale poggia l'ordinanza interlocutoria riguardano sia il pericolo sotteso ad una sopravvalutazione della funzione informativo-conoscitiva della forma scritta, con conseguente svuotamento dell'effettività degli obblighi informativi, sia lo scostamento dalla norma primaria (art. 23 Tuf²¹) e regolamentare. In ordine al primo profilo deve rilevarsi che, come verrà meglio esplicitato nel successivo paragrafo, gli obblighi informativi non sono riducibili al contenuto del contratto per quanto dettagliato possa essere, dal momento che la descrizione e la spiegazione a fini di comprensione di un prodotto finanziario o, più in generale di una forma d'investimento non si equivalgono ma al contrario la minuziosità e complessità del testo scritto è inversamente proporzionale alla sua intelligibilità.

19. Si segnalano tra le prime Cass. 5919 e 8395 del 2016.

20. M. Girolami infra nota 5.

21. Nonché art. 30 Reg. Consob. n. 11522 del 1998 secondo il quale il contratto scritto deve : a) specificare i servizi forniti e le loro caratteristiche;
b) stabilire il periodo di validità e le modalità di rinnovo del contratto, nonché le modalità da adottare per le modificazioni del contratto stesso;
c) indicare le modalità attraverso cui l'investitore può impartire ordini e istruzioni;
d) prevedere la frequenza, il tipo e i contenuti della documentazione da fornire all'investitore a rendiconto dell'attività svolta;
e) indicare e disciplinare, nei rapporti di negoziazione e ricezione e trasmissione di ordini, le modalità di costituzione e ricostituzione della provvista o garanzia delle operazioni disposte, specificando separatamente i mezzi costituiti per l'esecuzione delle operazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati;
f) indicare le altre condizioni contrattuali eventualmente convenute con l'investitore per la prestazione del servizio. Nel Regolamento n. 16190 del 2007, emesso successivamente all'attuazione della Direttiva Mifid 1 mediante il d.lgs n. 164 del 2007 il contenuto (scritto) del contratto quadro è indicato nell'art. 37 in via generale e nell'art. 38 con riferimento ai contratti aventi ad oggetto il portafoglio titoli. Le norme hanno ad oggetto requisiti informativi che recepiscono non soltanto le indicazioni del sistema di tutela dell'investitore eurounitario ma anche gli approdi della giurisprudenza. Sul rapporto tra obblighi di forma e obblighi informativi si rinvia al § 3.3.

In ordine al secondo profilo, è stato sottolineato che la previsione normativa della forma scritta ex art. 23 Tuf sembra incompatibile con un onere formale attenuato, dal momento che i diritti e gli obblighi delle parti si cristallizzano con la sottoscrizione del testo contrattuale univoco, ancorché contenuto in due esemplari diversi²².

3.1. Gli effetti della nullità per difetto di forma. Le cd. nullità selettive

Il rilievo dell'ordinanza interlocutoria n. 11447 del 2017 e della successiva n. 12390 del 2017 non è limitato al dubbio relativo alla necessità della doppia sottoscrizione del contratto quadro o alla sufficienza della sola sottoscrizione di una parte (il cliente) nell'esemplare del contratto prodotto dall'altra parte (l'intermediario) ma si estende alla formulazione dell'ulteriore quesito relativo agli effetti della nullità del contratto quadro sui singoli ordini con i quali ad esso è data attuazione. La giurisprudenza di legittimità in un'unica pronuncia (Cass. 8395 del 2017) ha ritenuto che il cliente potesse far valere la nullità per difetto di forma del contratto quadro anche limitatamente ad alcuni ordini di acquisto, trattandosi di nullità di protezione rimessa esclusivamente al rilievo del cliente.

Le ordinanze interlocutorie hanno evidenziato perplessità in ordine a tale soluzione, ponendo in luce per un verso lo squilibrio ingiustificato in capo all'investitore, il quale può scegliere, a seconda della convenienza dell'investimento, se eccepire la nullità di forma del contratto quadro, e per l'altro che quanto meno si dovrebbe, proprio per scoraggiare tali comportamenti abusivi, consentire all'intermediario di opporre l'*exceptio doli*.

La dottrina più recente, pur criticando l'orientamento espresso nella pronuncia n. 8395 del 2017, in ordine alla soluzione adottata in concreto sulle nullità selettive²³ ha evidenziato che, come sottolineato in un'altra recente sentenza della Corte di cassazione²⁴ il rapporto tra contratto quadro ed ordini di acquisto deve essere interpretato nel senso di «una sequenza che – in ragione di un razionale disegno di ispirazione unitaria e inteso, questo sì, a proteggere la posizione dell'investitore (nello sviluppo del principio costituzionale di tutela del risparmio di cui all'art. 47 Cost.) – viene a svolgersi lungo più fasi in consecuzione tra loro». Non può negarsi, di conseguenza, la natura negoziale dei singoli ordini, e l'applicabilità ad essi, autonomamente, del regime della risoluzione del contratto²⁵.

In conclusione, la domanda o l'eccezione di nullità del contratto quadro travolge tutti gli ordini, «per quanto vada tenuta salva, in ogni caso, la possibilità che venga impugnato singolarmente un determinato ordine in ragione della sua nullità (relativa), ove il cliente lamenti in relazione ad esso medesimo, e solo ad esso, un vizio che ne fondi autonomamente un profilo di invalidità. Ed è bene intendersi che un simile vizio non potrà annidarsi esclusivamente nell'esito infausto del singolo acquisto»²⁶.

4. Gli obblighi informativi

È stato già ampiamente evidenziato come l'adempimento degli obblighi informativi a carico dell'intermediario debba essere biunivoco, effettivo e costitui-

22. «la consegna di un esemplare al cliente serve non solo per completare la prescrizione formale, ma anche, e in ugual modo, per fissare definitivamente il contenuto del contratto in termini di diritti ed obblighi reciproci delle parti in modo da fornire all'investitore una base certa per poter valutare, in termini di adempimento o di inadempimento, il successivo comportamento dell'intermediario. Non si dimentichi, comunque, che la cristallizzazione del regolamento negoziale giova anche alla banca, che in tal modo non si vedrà esposta al rischio di assumere in proprio l'obbligo di pagare il prezzo dei prodotti che andrà in seguito ad acquistare. Si tratta, dunque, di un momento davvero essenziale in questo tipo di contrattazione». Così M. Girolami, in *Doppia firma e doppio esemplare nei contratti finanziari: i dubbi della Suprema Corte*, cit.

23. M. Girolami, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*, in corso di pubblicazione in *Banca, Borsa, titoli di credito*, in particolare la nota n. 46. La sentenza n. 8395 del 2016 è pubblicata in *Corriere Giuridico*, 2016, con nota di Tucci.

24. Cass. 12397 del 2017 in *www.ilcaso.it*.

25. Si richiamano al riguardo Cass. 16820 del 2016 e 12937 del 2017 nelle quali è affrontata la problematica, tangente ma non sovrapponibile a quella relativa alle nullità selettive, riguardante la legittimità della risoluzione dei singoli ordini di acquisto. Nella sentenza n. 16820 del 2016 è affermato che l'inadempimento degli obblighi informativi può avere una diversa incidenza ove sia collocabile in fase antecedente o successiva rispetto alle operazioni d'investimento. Nell'ultima ipotesi la risoluzione può riguardare i singoli ordini d'acquisto. Nella sentenza più recente viene sottolineato che la risoluzione dei singoli ordini di acquisto deriva dalla loro natura negoziale e poggia sulle regole privatistiche generali e non su uno statuto protettivo speciale dell'investitore. In particolare viene rilevato che se la caducazione dei singoli ordini fosse condizionata a quella del contratto quadro, il contraente adempiente perderebbe le utilità che il rapporto gli ha arrecato per transitarle verso il contraente inadempiente. Ovviamente la risoluzione dell'ordine di acquisto si fonda non sull'utilità dell'investimento ma sull'accertamento dell'inadempimento di non scarsa importanza agli obblighi informativi.

26. M. Girolami, ult. cit.

sca il parametro prevalente per valutare, ex artt. 1175 e 1176, secondo comma, cod. civ., la correttezza e la diligenza. La giurisprudenza di legittimità, a partire dalla sentenza delle Sez. Un. n. 26724 del 2007, ha stabilito la cogenza di tali doveri d'informazione indicandone la natura e gli effetti. Essi sono configurabili come obblighi di comportamento la cui violazione può dar luogo a responsabilità precontrattuale²⁷ o contrattuale, alla risoluzione del contratto per inadempimento ed al risarcimento del danno.

L'obbligo è biunivoco perché l'intermediario deve assumere informazioni sul profilo del cliente²⁸, e più esattamente sulla sua situazione finanziaria, sulla sua propensione al rischio e sui suoi obiettivi d'investimento. Il rifiuto di fornire informazioni sulla propria situazione finanziaria, espresso inderogabilmente per iscritto, non esime l'intermediario dall'obbligo di dare all'investitore le informazioni necessarie a comprendere le caratteristiche dei prodotti finanziari, il grado di redditività e di rischiosità ed il rapporto tra le due variabili, oltre che la natura e la solidità dell'emittente, il mercato od i mercati nei quali i prodotti sono negoziati.²⁹ Il principio sopraesposto, ampiamente consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità che si è formata nella vigenza del regolamento Consob n. 11522 del 1998, è stato per un verso rafforzato e per l'altro modificato con il successivo regolamento 16190 del 2007.

Nel regime giuridico vigente per quanto riguarda i contratti di consulenza e le gestioni patrimoniali, il rifiuto di fornire le informazioni che consentano di porre in essere investimenti "adeguati" determina l'obbligo a carico dell'intermediario di astenersi dal prestare i servizi (art. 39, comma 6, Reg. n. 16190 del 2007). Tale obbligo non riguarda gli altri servizi

d'investimento. A tutti invece si applica la prescrizione contenuta nel settimo comma dell'art. 39 secondo la quale gli intermediari non possono incoraggiare il cliente anche potenziale a non fornire le informazioni che l'intermediario è tenuto a richiedere. La disposizione è particolarmente opportuna dal momento che la previsione relativa al rifiuto di fornire le informazioni relative alla propria situazione patrimoniale è contenuta nel modulo riguardante le condizioni generali del contratto quadro, certamente non redatto all'esito di trattativa con il cliente ma predisposto unilateralmente dall'intermediario, ancorché presumibilmente sottoposto alla specifica sottoscrizione dell'investitore. Oltre ad assumere le informazioni sul cliente nei modi e con gli effetti sopra sommariamente descritti, l'intermediario deve fornire le informazioni idonee a mettere il cliente, non professionale né qualificato, in condizioni di comprendere il grado di redditività e di rischio dell'investimento o degli investimenti che costituiscono l'oggetto del contratto quadro con riferimento a tutte le variabili che possano incidere, ancorché nei limiti delle fluttuazioni e delle incertezze dei mercati, sul risultato finale, in modo che gli eventuali scostamenti dall'obiettivo d'investimento del cliente siano prevedibili e non possano imputarsi ad un *deficit* di conoscenza (anche da parte dell'intermediario³⁰) e d'informazione preventiva.

In ordine a tale peculiare profilo e con riferimento alle gestioni patrimoniali la giurisprudenza di legittimità ha stabilito che, nel vigore del quadro normativo delineato dall'art. 21 d.lgs n. 58 del 1998, gli obblighi di comportamento normativamente posti a carico dell'intermediario (art. 36 e ss. del Reg. Consob n. 11522 del 1998) prevedono, tra l'altro, la preventiva indicazione del grado di rischio di ciascuna linea di gestione pa-

27. Cass. 8462 del 2014, nella quale è precisato il diverso contenuto degli obblighi nelle diverse fasi del contratto e la conseguenza della loro violazione. Si richiama anche Cass. 12262 del 2015 nella quale è specificato che l'omessa informazione sulla propensione al rischio del cliente, la mancata rappresentazione dei rischi dell'investimento o dell'inadeguatezza dell'operazione determinano la responsabilità contrattuale dell'intermediario, investendo il non corretto adempimento degli obblighi legali facenti parte integrante del vincolo assunto con il contratto quadro.

28. 1. Art. 28 reg. n. 11522 del 1998:

Prima di iniziare la prestazione dei servizi di investimento, gli intermediari autorizzati devono:

a) chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché circa la sua propensione al rischio.

L'eventuale rifiuto di fornire le notizie richieste deve risultare dal contratto di cui al successivo articolo 30, ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore. Nel Regolamento n. 16190 del 2007 la descrizione e prescrizione di questa tipologia di obblighi è contenuta negli artt. 39 e 41, riguardanti rispettivamente le informazioni da richiedere nei contratti di consulenza o gestione portafogli e contratti diversi da quelli sopraindicati.

29. In particolare per le gestioni patrimoniali (art. 21 d.lgs n. 58 del 1998 e 36 Regolamento Consob n. 11522 del 1998) le informazioni obbligatorie sono puntualizzate nell'Allegato 3 lettera C del regolamento e prevedono per gli investimenti finalizzati alla creazione e conservazione di un portafoglio titoli l'insufficienza di informazioni meramente descrittive dei prodotti finanziari, ancorché nelle gestioni patrimoniali la discrezionalità dell'intermediario possa essere superiore all'attività di mera negoziazione, e la necessità d'indicare per ciascuna tipologia d'investimenti le linee di gestione del rischio.

30. La dimensione locale dell'intermediario non lo esime dall'obbligo d'informarsi sulla natura dei mercati nei quali vengono negoziati i prodotti finanziari cfr. Cass. 8619 del 2017 in www.italgiuregiustizia.it.

trimoniale. Si tratta di una prescrizione vincolante evincibile dall'Allegato 3, sub C), del reg. Consob n. 11522, dettata al fine d'indicare le modalità di esecuzione dell'obbligo di fornire all'investitore un parametro oggettivo coerente dei rischi connessi alle singole gestioni (art. 42 del menzionato regolamento).³¹ La doverosità dell'adempimento degli obblighi sopra illustrati non è limitata né dal rifiuto di fornire informazioni in ordine alla propria situazione patrimoniale, come già osservato, né dalla discrezionalità con la quale l'intermediario può costituire il portafoglio titoli del cliente all'interno di un quadro flessibile di operazioni possibili, essendo comunque necessaria la specificazione puntuale del rapporto redditività rischio per ciascuna linea di gestione nonché la predeterminazione del "benchmark"³². Quest'ultimo parametro, pur non essendo direttamente previsto dal Reg. n. 11522 del 1998 come un indicatore diretto di rischio, costituisce uno strumento che concorre a comprendere il livello di rischiosità accettabile connesso alla gestione patrimoniale ed *ex post* a valutare la qualità della gestione³³. Il rilievo attribuito dalla giurisprudenza ai fattori sopra evidenziati ed il conseguente incremento del grado di effettività (oltre che l'ampio raggio) delle informazioni cui l'intermediario è tenuto, ha sostanzialmente anticipato le prescrizioni normative relative al contenuto informativo del contratto quadro contenute nel Regolamento n. 11690 del 2017³⁴.

5. Le operazioni inadeguate

La collocazione all'interno del contenuto del contratto quadro d'informazioni così puntuali e specifiche

sia sul piano oggettivo del prodotto finanziario o del servizio d'investimento, sia sul piano soggettivo del rischio e degli obiettivi dell'investitore, sia infine sulle caratteristiche del mercato o dei mercati ove operare e sul profilo complessivo dell'emittente e dell'intermediario hanno determinato un significativo mutamento del regime giuridico anche delle operazioni "inadeguate". Al riguardo, la giurisprudenza di legittimità che si è sviluppata all'interno del quadro normativo previgente (art. 21 Tuf e art. 29 Regolamento Consob n. 11522 del 1998) ha affermato i seguenti principi:

È necessario un ordine scritto che non abbia contenuto generico. L'indicazione, stampigliata sul singolo ordine di acquisto "rischio paese" è del tutto inidoneo ad integrare il requisito richiesto. (Cass. 8314 del 2017);

La sottoscrizione della clausola in calce al modulo d'ordine della segnalazione d'inadeguatezza dell'operazione è idonea a far presumere assolto l'obbligo previsto dall'art. 29, comma 3 del Reg. n. 11522 del 1998 ma a fronte di contestazioni specifiche dell'investitore relative a carenze informative (per esempio sul rischio *default*³⁵) sull'intermediario incombe l'onere di provare, con qualsiasi mezzo, di aver informato diligentemente l'investitore³⁶.

L'esame dei principi sopra indicati induce a ritenere che la sottoscrizione dell'avvertimento relativo all'inadeguatezza dell'operazione costituisca requisito necessario ed ineludibile per rimuovere il divieto di compiere operazioni inadeguate, ma non fornisca la prova del rispetto dell'intera sequenza procedimentale degli obblighi contrattuali dell'intermediario se espresso in forma generica o di stile, senza dare conto delle informazioni in concreto fornite. Il principio af-

31. Cass. 8089 del 2016 e 17290 del 2016, entrambe in *www.dirittobancario.it* con nota di Grasselli.

32. Il *benchmark* è un parametro oggettivo di riferimento, utilizzato dal sistema finanziario per confrontare le *performance* di un portafoglio rispetto all'andamento del mercato. È un indice, o un insieme di indici, che chiarisce al risparmiatore l'identità del prodotto offerto. L'obiettivo del *benchmark* è quello infatti di offrire uno strumento utile per valutare il rischio tipico del mercato in cui il portafoglio investe e supportare l'investitore nella valutazione dei risultati ottenuti dalla gestione di un certo portafoglio titoli, fornendo un importante contributo alla trasparenza e nella fase di valutazione precontrattuale oltre che nel corso della successiva fase di gestione.

33. Grasselli, *La Corte di Cassazione si pronuncia sugli obblighi informativi gravanti sull'intermediario abilitato: considerazione sul cd. benchmark*, in *www.dirittobancario.it*, il quale svolge qualche rilievo critico sulle sentenze della Corte di Cassazione n. 8089 e 17290 del 2016 in ordine alla mancata specificazione della vincolatività specifica del *benchmark* che costituisce un indicatore di performance a livello europeo.

34. L'art. 37 del Reg. n. 16190 del 2007 individua il contenuto informativo dei contratti diversi dai servizi di consulenza e l'art. 38 prescrive per le gestioni patrimoniali informazioni aggiuntive che recepiscono le indicazioni della giurisprudenza di legittimità specie con riferimento al *benchmark* e alla leva finanziaria (lettere c e d dell'art. 38) oltre che della tipologia di mercati ove vengono offerti i prodotti, il grado di rischio per ciascuna linea di gestione etc.).

35. Su cui cfr. Cass. 12544 del 2017.

36. Sul contenuto dell'obbligo informativo in caso di operazione qualificata come non adeguata si richiama Cass. 1376 del 2016, la cui massima si rinviene nella nota 8. Sulla sufficienza della segnalazione per iscritto che tuttavia abbia un contenuto sufficientemente dettagliato cfr. Cass. 4620 del 2015 in *www.italiigiuregiustizia.it*.

fermato è del tutto coerente con la natura funzionale degli obblighi di forma nei contratti caratterizzati dall'asimmetria informativa tra le parti contraenti. Il rispetto della forma scritta è garanzia dell'osservanza dell'obbligo di trasparenza del contenuto del contratto ma ove si estenda al riscontro dell'assolvimento di obblighi endocontrattuali posti a carico di una parte, a contenuto complesso e, come rilevato, aventi un'articolazione procedimentale predeterminata, non può esaurire l'onere della prova, peraltro rafforzato ex art. 23 d.lgs n. 58 del 1998, gravante sull'obbligato.

6. Risarcimento del danno ed onere della prova

L'art. 23, comma 5, del d.lgs n. 58 del 1998, rimasto immutato fin dall'entrata in vigore del Tuf, stabilisce che nei giudizi di risarcimento del danno spetta all'intermediario l'onere di provare di aver agito con la specifica diligenza richiesta. Si tratta di una declinazione coerente con i principi regolatori della responsabilità contrattuale³⁷, secondo i quali alla parte adempiente è sufficiente allegare l'inadempimento dell'altra parte e la derivazione causale del danno da esso, oltre che ovviamente il pregiudizio subito. La criticità, anche nella giurisprudenza di legittimità, sorge proprio in relazione al nesso causale ed in particolare nel contenuto dell'onere della prova ad esso relativa. È consolidato l'orientamento secondo il quale la prova del nesso causale tra l'inadempimento allegato e il danno subito possa essere presuntiva³⁸, ma rimane disagiata l'individuazione d'indizi diversi dalla natura e dal contenuto degli obblighi informativi omessi al fine di costruire la prova del collegamento eziologico tra inadempimento e danno. Si riscontra, di conseguenza, una relativa diversificazione di posizioni in ordine alla prova presuntiva del nesso causale tra chi ritiene che non sia sufficiente la violazione degli obblighi informativi, attenendo tale allegazione al profilo della condotta inadempiente, e chi invece ritiene sufficiente la dimostrazione di tale allegazione, ove il *deficit* informativo (la cui rigorosa prova contraria deve essere fornita dall'intermediario) riguardi gli elementi essenziali del prodotto finanziario o dell'investimento effettuato, ampiamente illustrati nel § 3.3., possa essere sufficiente al fine di ritenere provato il nesso causale con il pregiudizio patrimoniale.

Deve, infine, escludersi, l'applicabilità dell'art. 1227 cod. civ. in caso di rifiuto dell'investitore di fornire informazioni sulla propria situazione patrimoniale e quando non siano stati condivisi suggerimenti del promotore successivi all'esecuzione dell'ordine di acquisto³⁹.

7. Considerazioni conclusive

Il quadro estremamente sintetico e sommario delle questioni sottoposte all'esame della giurisprudenza consente qualche considerazione finale.

In primo luogo deve essere sottolineato che la giurisprudenza prevalente di merito e quella di legittimità hanno saputo coniugare gli strumenti tradizionali di tutela della buona fede e della trasparenza, come la forma scritta del contratto quadro, con l'esigenza di verificare l'effettiva conoscenza, composta di un numero sempre crescente di variabili, degli investimenti e dei prodotti finanziari oggetto dell'impegno negoziale. La bipartizione tra requisiti di validità del contratto quadro e obblighi di condotta dell'intermediario ha reso sempre più incisivo il controllo giurisprudenziale sull'adeguatezza delle informazioni e degli investimenti. L'incremento delle informazioni da fornire, non più legate soltanto alle caratteristiche intrinseche del prodotto o dell'investimento finanziario ma estese alle caratteristiche dell'emittente, ai mercati di riferimento, all'effettivo rapporto rischio rendimento rispetto agli obiettivi d'investimento del cliente, è stato un traguardo della giurisprudenza ancorché realizzato con gradualità che ha, successivamente, trovato riscontro nel Regolamento n. 16190 del 2007, proprio in relazione al contenuto dei contratti sia aventi ad oggetto servizi di consulenza, sia gestione di portafoglio titoli, sia gli altri, ancorché in ordine decrescente di specificità di elementi conoscitivi.

La disciplina normativa integrata attuale del contenuto del contratto quadro potrà rivitalizzare il rapporto tra requisiti di forma ed obblighi di comportamento, oltre l'attuale cristallizzazione attuale dovuta all'intervento nomofilattico della Corte di Cassazione? Si potrà individuare un contenuto minimo d'informazioni del contratto scritto che possa condizionare anche la sua validità formale?

L'assetto sistematico attuale ha prodotto interventi giurisprudenziali molto efficaci. Si tratterà di verificare se partendo da esso la barriera dell'asimmetria conoscitiva potrà essere ulteriormente scalata.

37. L'applicazione del regime probatorio previsto dall'art. 23 Tu n. 58 del 1998 è stato limitato dalla giurisprudenza di legittimità alla responsabilità contrattuale e non a quella aquiliana (Cass. 16616 del 2016).

38. Si richiama tra le altre Cass. 810 del 2016.

39. Cass. 17333 del 2015.

La nullità del contratto e l'*interest rate swap*

di *Daniele Imbruglia*

Come si può perseguire l'obiettivo di assicurare la fiducia del risparmiatore. La necessità e gli strumenti di tutela della fiducia nel sistema giuridico del risparmio e delle relazioni finanziarie con particolare riferimento alla figura contrattuale dello *swap* sottoscritto dalla banca o altro intermediario con il cliente. Gli strumenti ricavabili dalla giurisprudenza intervenuta in materia.

1. Risparmio e fiducia

Come è stato limpidamente affermato di recente, «[i]l sistema del credito – e non solo il suo “ordinamento” o solo la sua “industria” – è, in linea generale, irrinunciabilmente ancorato a quello della “fiducia”: della fiducia che i singoli operatori economici si scambiano in un mercato libero e responsabile, ma soprattutto di quella che possiamo considerare “comune”, di quella che le comunità pongono anche involontariamente – e, perfino, inconsapevolmente – a base della loro convivenza» e ciò in quanto il risparmio non è «un semplice tesoreggiamento» e non coincide «con l'inerte e cieca accumulazione o il mero accantonamento di ricchezza, senza alcuna previsione di destinazione, né con una rinuncia e neppure con una resa», ma, al contrario, contiene appunto «una propensione alla speranza, un atteggiamento di fiducia verso il futuro e, anzi, un affidamento: che si abbia, cioè, la capacità di mettere direttamente a frutto quelle risorse, con l'aspettativa di migliorare le qualità della propria vita; e che si abbia la possibilità di rendere quelle risorse disponibili ad altri, affinché, attraverso soprattutto il sistema finanziario, le impieghino in investimenti»¹. L'attenzione per

tale dinamica non giustifica unicamente la previsione costituzionale a tutela del risparmio (art. 47), disposizione questa che “solo con fatica” può dirsi contenente norme programmatiche, ma comporta l'adozione di una serie di regole primarie e secondarie, di fonte interna e sovranazionale, che hanno, appunto, l'obiettivo di assicurare la fiducia².

L'interpretazione di questa normativa da parte del giudice comune costituisce l'oggetto di questo sintetico contributo. In tal senso, centrale sarà una disamina degli orientamenti giurisprudenziali in tema del cd. *interest rate swap* (*irs*), ossia quel contratto di scambio (*to swap*) di obbligazioni pecuniarie future e che in sostanza si traduce nel dovere di Tizio di dare a Caio la cifra Delta (dove Delta è la somma di denaro corrispondente al capitale₁ per il tasso di interesse W) a fronte dell'impegno assunto da Caio di versare a Tizio la cifra Gamma (dove Gamma è la somma di denaro corrispondente al capitale₁ per il tasso di interesse Z). Oltre a fornire un quadro di riferimento sugli attuali indirizzi giurisprudenziali, dall'esame dell'interpretazione quotidiana di questo contratto emergerà con chiarezza la pluralità delle fonti e la complessità del coordinamento delle categorie del di-

1. P. Grossi, *La tutela del risparmio a settant'anni dall'approvazione dell'art. 47 della Costituzione*, maggio 2017, in www.cortecostituzionale.it (le citazioni sono tratte dalle pp. 4, 6 e 8 del testo dell'intervento).

2. Sulla cd. *financial regulation* si veda, quanto alla sua necessità R. Costi, *Tutela degli interessi e mercato finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 769; al cd. multilivello della disciplina V. Roppo, *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la Mifid*, in *Econ. dir. terz.*, 2009, 3, p. 424; e – sebbene con riferimento ad un altro ordinamento – quanto alla specialità di questa fonte (cd. *financial regulation*) rispetto al cd. diritto comune (cd. *Old Lady the Common Law*) si veda A. Hudson, *The Law of Finance*, London, 2013¹¹, p. 13.

ritto contrattuale generale con il diritto speciale del mercato finanziario.

In particolare, in questo lavoro, dopo avere dato sommariamente conto della figura (§2), si darà conto dei vari indirizzi giurisprudenziali (e non) che si sono sinora susseguiti, evidenziandone le criticità (§3) e suggerendo un possibile approdo (§4)³.

2. Il contratto di *interest rate swap*: atipicità ed aleatorietà

Sia in giurisprudenza sia nella scienza giuridica è molto discussa la validità di questo contratto⁴, che in epoca recente ha ottenuto una grande diffusione: la descritta dinamica di scambio tra le prestazioni future è stata impiegata in funzione della gestione di diversi rischi finanziari⁵, tanto che anche rispetto alla esperienza interna è corretta l'affermazione per cui «[w]hile the concept of the swap is disarmingly simple (you have an obligation which you do not like, so you swap it for one that you prefer) the legal analysis is not so straightforward»⁶.

Innanzitutto, occorre porre a mente gli elementi

fondamentali di un *interest rate swap* e che andranno definiti in sede di negoziazione del contratto. Secondo una recente e chiara pronuncia di merito, questi sono: 1) la data di stipulazione del contratto (*trade date*); 2) il capitale di riferimento, detto “nozionale” (*notional principal amount*), che non viene scambiato tra le parti, e serve unicamente per il calcolo degli interessi; 3) la data di inizio (*effective date*), dalla quale cominciano a maturare gli interessi (normalmente due giorni lavorativi dopo la *trade date*); 4) la data di scadenza (*maturity date* o *termination date*) del contratto; 5) le date di pagamento (*payment dates*), e cioè le date in cui vengono scambiati i flussi di interessi; 6) i diversi tassi di interesse (*interest rate*) da applicare al detto capitale⁷.

Ai fini della presente ricerca è indifferente stabilire se le parti si siano vincolate al reciproco pagamento delle somme dei prodotti o se, invece, si siano accordate per la liquidazione della differenza tra la somma prodotta dall'applicazione dei diversi interessi rispetto ad un medesimo capitale⁸. Ciò che conta è che le parti si siano accordate rispetto ad uno scambio di obbligazioni pecuniarie future determinate sulla base di un diverso tasso di interesse.

3. Svilupperò, quindi, argomentazioni già avviate altrove: D. Imbruglia, *Primi appunti sull'interest rate swap non adeguato*, in *Persona e Mercato*, 2015, 2, p. 23.

4. Di ciò è chiara testimonianza la notevole pluralità e diversità delle ricostruzioni dello *swap* che si rinviene nella nostra letteratura giuridica e nel cui ambito vanno segnalati, oltre alle diverse sezioni contenute nei volumi dedicati al (*genus* del) contratto derivato (E. Girino, *I contratti derivati*, Giuffrè, Milano, 2010 II, p. 62 e F. Caputo Nasseti, *I contratti derivati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2011^{II}, p. 23), i contributi di R. Agostinelli, *Struttura e funzione dei contratti di swap*, in *Banca borsa*, 1991, 4, II, p. 437; G. Alpa, *Nuovi strumenti finanziari: problemi di qualificazione*, in *Econ. dir. terziario*, 1992, 2, p. 321; E. Ferrero, *Profili civilistici dei nuovi strumenti finanziari*, in *ivi*, p. 399; F. Giuliani, *I titoli sintetici tra operazioni differenziali e realtà del rapporto*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 79 e p. 291; D. Preite, *Recenti sviluppi in tema di contratti differenziali semplici (in particolare caps, floors, swaps, index futures)*, in *Dir. comm. int.*, 1992, 1, p. 171; F. Rossi, *Profili giuridici del mercato degli swaps di interessi e di divise in Italia*, in *Banca borsa*, 1993, 5, I, p. 602; B. Inzitari, *Il contratto di swap*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, *Tratt. dir. Galgano*, III, Torino, 1995, p. 2441; N. Squillace, *La legge 2 gennaio 1991, n. 1, e i contratti di swap*, in *Giur. comm.*, 1996, 1, II, p. 85; A. Perrone, *Contratti di swap con finalità speculative ed eccezioni di gioco*, in *Banca borsa*, 1995, 1, II, p. 82; G. Capaldo, *Contratto di swap e gioco*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 3, p. 587; R. Agostinelli, *Le operazioni di swap e la struttura contrattuale sottostante*, in *Banca borsa*, 1997, I, p. 112; M. Irrera, *Swaps* (voce), in *Dig. comm.*, XV, Milano, 1998, p. 314; G. Capaldo, *Profili civilistici del rischio finanziario e contratto di «swap»*, Giuffrè, Milano, 1999; G. Gioia, *Il contratto di «swap»*, in *Giur. it.*, 1999, 11, II, p. 2209; A.M. Carozzi, *Swap*, in P. Cendon (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, Utet, Torino, 2004, p. 468; S. Gilotta, *In tema di interest rate swap*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 134; V. Sangiovanni, *I contratti di swap*, in *Contratti*, 2009, 12, p. 1133; G. Racugno, *Lo swap*, in *Banca borsa*, 2010, 1, I, p. 39; E. Pagnoni, *Contratti di swap*, in *I contratti del mercato finanziario*, II, in *Trattato dei contratti*, dir. da E. Gabrielli e R. Lener, Utet, Torino, 2011, p. 1405; S. Pagliantini - L. Vigoriti, *I contratti «swap»*, in G. Gitti - M.R. Maugeri - M. Notari, *I contratti per l'impresa*, cit., p. 184; D. Maffei (a cura di), *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, Giuffrè, Milano, 2014.

5. Per l'identificazione della funzione dello *swap* con la gestione del rischio finanziario si veda il contributo di G. Capaldo, *Profili civilistici del rischio finanziario*, cit., p. 46. Sui differenti rischi finanziari si rinvia a M. Onado, *Economia e regolamentazione del sistema finanziario*, Il Mulino, Bologna, 2008^{II}, p. 65. Sulle prime applicazioni e l'evoluzione degli *swaps* come *modern financial derivatives*, si veda la ricostruzione di F. Caputo Nasseti, *I contratti derivati finanziari*, cit., pp. 36-49.

6. A. Hudson, *The Law on Financial Derivatives*, London, 2002^{III}, p. 48.

7. Trib. Roma, 08 gennaio 2016 n°212, in *www.ilcaso.it*.

8. In tal senso, milita quella giurisprudenza che definisce lo *swap* come il contratto con cui «due parti convengono di scambiarsi, in una o più date prefissate, somme di danaro calcolate applicando due diversi parametri (in termini di tassi di interesse o di cambio) ad un identico ammontare di riferimento, con il pagamento alla scadenza concordata di un importo di base netto, in forza di compensazione» (Corte Cass., 06 aprile 2001, n° 5114, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2186).

L'*interest rate swap* è tipicamente un derivato c.d. *over the counter*⁹. Esso è quindi i) un contratto in cui gli aspetti fondamentali sono definiti dalle parti e il contenuto non è etero regolamentato (come, invece, accade per gli altri derivati, cd. standardizzati o uniformi); ii) uno strumento finanziario rispetto al quale «l'intermediario è sempre controparte diretta del proprio cliente»¹⁰. Il descritto schema negoziale – noto appunto come *interest rate swap* – è conosciuto dal nostro legislatore, che definisce il relativo contratto nei termini di uno strumento finanziario derivato complesso (art. 1, Tuf). Oltre a una tale indicazione, che ha l'effetto di inserire lo *swap* tra quegli strumenti finanziari il cui scopo primario non è la circolazione (appunto, i derivati), il legislatore non dice altro. Pertanto, in assenza di una disciplina specifica, l'*interest rate swap* è da considerarsi come un contratto (nominato ma) atipico¹¹. Questa caratteristica, come noto, di per sé non ne inficia la validità: «[u]

na volta individuata l'intenzione comune delle parti del contratto, il passaggio successivo è la sussunzione del negozio in un paradigma disciplinatorio, si da apprezzarne l'aderenza (magari anche solo parziale e/o secondo schemi combinatori) con una fattispecie astratta, tra quelle preventivamente delineate dal legislatore oppure conformate dagli usi e dalle prassi commerciali, sebbene il contratto possa anche non coincidere affatto con il "tipo" e mantenere, come tale, la sua vocazione ad essere "legge tra le parti", ove sia diretto a realizzare un interesse meritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, cod. civ. In siffatta prospettiva, la qualificazione del contratto ha la funzione di stabilire quale sia la disciplina in concreto ad esso applicabile, con le relative conseguenze effettuali»¹².

Ancora. Di tale accordo è riconosciuta la natura aleatoria¹³, non senza eccezioni¹⁴. La giurisprudenza, in particolare, muove in tal senso sulla base di due

9. Sulla figura e sul mercato di prodotti OTC (*over the counter*) si vedano, in particolare, D. Maffeis, *Con-tratti derivati*, in *Banca borsa*, 2011, 4-5, I, p. 604 (a cui adde Id. *Intermediario contro investitore*, cit., p. 779 e A. Perrone, *I contratti derivati «over the counter»*, in G. Gitti - M. R. Maugeri - M. Notari (a cura di), *I contratti per l'impresa. Banca, impresa e società*, Bologna, 2012, II, p. 287); L. Sasso, *L'impatto sul mercato dei derivati OTC*, in *Giur. comm.*, 2012, 6, I, p. 899. Sui 'contratti derivati' si confrontino le ricostruzioni operate in G. Ferrarini, *I derivati finanziari tra vendita a termine e contratto differenziale*, in F. Riolo (a cura di), *I derivati finanziari*, Milano, 1993, p. 27; F. Capriglione, *I prodotti derivati: strumenti per la copertura dei rischi o per nuove forme di speculazione finanziaria?*, in *Banca borsa*, 1995, 3, I, p. 359; F. Boichicchio, *I contratti in strumenti derivati e la disciplina del mercato mobiliare tra regolamentazione dell'attività di impresa e valutazione dell'intento soggettivo*, in *Giur. comm.*, 1996, 4, I, p. 593; G. Galasso, *Options e contratti derivati*, in *Contr. impr.*, 1999, 3, p. 1269; E. Barcellona, *Note sui derivati creditizi: market failure o regulation failure?*, in *Banca borsa*, 2009, 6, I, p. 652; G. De Nova, *I contratti derivati come contratti alieni*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 3, p. 26 (ora in ora in Id., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Milano, 2011, p. 59); G. Gabrielli, *Operazioni su derivati: contratti o scommesse?*, in *Contr. impr.*, 2009, 6, p. 1133; E. Girino, *I contratti derivati*, cit., passim.; M. Cossu - P. Spada, *Dalla ricchezza assente alla ricchezza inesistente - divagazioni del giurista sul mercato finanziario*, in *Banca borsa*, 2010, 4, I, p. 401; D. Maffeis, *Intermediario contro investitore: i derivati over the counter*, in *Banca borsa*, 2010, 6, I, p. 779; Id. *Contratti derivati*, in *Banca borsa*, 2011, 5, I, p. 604; F. Caputo Nasseti, *I contratti derivati finanziari*, cit., passim.; E. Barcellona, *Strumenti finanziari derivati: significato normativo di una definizione*, in *Banca borsa*, 2012, 5, I, p. 541; A. Tucci, *La negoziazione degli strumenti finanziari derivati e il problema della causa del contratto*, in *Banca borsa*, 2013, 1, I, p. 68; E. Girino, *Alea e trasparenza nella contrattualistica derivata: nuovi progressi giurisprudenziali*, in *ivi*, p. 92; E. Barcellona, *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, in D. Maffeis (a cura di), *Swap tra banche e clienti*, cit., p. 91; M. Barcellona, *I derivati e la causa negoziale - I - L' 'azzardo' oltre la scommessa: i derivati speculativi, l'eccezione di gioco e il vaglio del giudizio di meritevolezza*, in *Contr. impr.*, 2014, 3, p. 571; Id., *I derivati e la causa negoziale - II - Il controllo di meritevolezza e i derivati (anche) di protezione conclusi dalle banche*, in *Contr. impr.*, 2014, 4/5, p. 881; P. Corrias, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, in D. Maffeis (a cura di), *Swap tra banche e clienti*, cit., p. 173; F. Delfini, *Contratti derivati OTC: problemi di validità e di qualificazione (a margine di un recente libro in tema di Swap)*, in *Contr. impr.*, 2014, 4/5, p. 910; S. Pagliantini, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid noctis?*, in *Pers. merc.*, 2015, 1, p. 24 (www.personaemercato.it).

10. Tale aspetto è sottolineato in dottrina da D. Maffeis, *Intermediario contro investitore*, cit., p. 779.

11. Nel senso dell'atipicità degli *swaps* è la giurisprudenza (*ex multis*, Trib. Torino, 24.04.2014 n° 2976 in www.ilcaso.it), nonché la maggioranza degli Autori (tra i tanti, si vedano M. Irrera, *Domestic currency swap: un nuovo contratto atipico?*, in *Foro pad.*, 1987, II, p. 122; R. Agostinelli, *Struttura e funzione dei contratti di swap*, cit., p. 441; F. Rossi, *Profili giuridici del mercato degli swaps*, cit., p. 613; D. Maffeis, *Intermediario contro investitore*, cit., p. 784 nt. 19; S. Pagliantini - L. Vigoriti, *I contratti «swap»*, cit., p. 184; M. Barcellona, *I derivati e la causa negoziale - I*, cit., p. 602 nt 90).

12. Cass., 15 luglio 2016, n. 14432 (in www.italgiure.giustizia.it).

13. Nel senso dell'aleatorietà dell'Irs militano la maggioranza degli Autori, *ex multis*, M. Irrera, *Swaps*, cit., p. 318 S. Gilotta, *In tema di interest rate swap*, cit., p. 145; S. Pagliantini - L. Vigoriti, *I contratti «swap»*, cit., p. 196.

14. Tra la posizione minoritaria che definisce l'*interest rate swap* come un contratto commutativo, si vedano E. Pagnoni, *Contratti di «swap»*, cit., p. 1412 e F. Caputo Nasseti, *I contratti derivati*, cit., p. 74.

considerazioni¹⁵. Innanzitutto, essa richiama le autorevoli definizioni costruite dalla Cassazione in tema di *domestic currency swap*¹⁶ e della Consulta in punto di contratti aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati¹⁷. Inoltre, la giurisprudenza in parola desume il carattere dell'aleatorietà dal dato normativo (l'art. 23 comma 5 del Tuf statuisce che «nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'articolo 18, comma 5, lettera a), non si applica l'articolo 1933 del codice civile»). L'esclusione dell'applicabilità dell'art. 1933 cc ha, infatti, senso nei limiti in cui il legislatore ritenga che la natura giuridica del derivato come scommessa autorizzata possa comportare l'applicazione della cd. eccezione di gioco. Peraltro, come reso evidente da questo passaggio normativo, l'aleatorietà dello *swap* nulla ha da dire in punto di validità dell'accordo di scambio concluso con un intermediario professionista¹⁸, così che, attesa la sua natura aleatoria, un contratto di *interest rate swap* non possa essere risolto per eccessiva onerosità sopravvenuta.

3. Indirizzi giurisprudenziali in merito alla non validità dell'irs

Dunque, né l'atipicità né l'aleatorietà escludono la validità del contratto di *interest rate swap*. Ciò non di meno, almeno sinora, proprio a partire da queste caratteristiche la giurisprudenza ha ricostruito le coordinate in cui muove la efficacia del contratto di *interest rate swap* sottoscritto dal cliente con l'intermediario.

3.1. L'interest rate swap e la non meritevolezza

In particolare, verificando la meritevolezza dell'interesse (art. 1322 cc) sotteso allo specifico contratto atipico di *interest rate swap*, una parte della giurisprudenza di merito ha escluso che l'Irs che sia «insuscettibile di recare un apprezzabile pregiudizio a un contraente, esponendo viceversa – solamente – l'altro contraente al rischio di oscillazione dei mercati in misura notevole» possa superare il vaglio di meritevolezza che il diritto contrattuale generale richiede a condizione di validità dell'accordo atipico¹⁹. Tale indirizzo della giurisprudenza di merito è stato pienamente condiviso dalla Corte di cassazione che, dapprima, ne ha fatto applicazione rispetto ai cd. *My way*²⁰ e *For you*²¹, ossia di quei piani finanziari i quali addossavano alla banca vantaggi certi e garantiti ed al risparmiatore non garantivano alcuna certa prospettiva di lucro, e, di poi, lo ha ricondotto a sistema, affermando come tra i significati della non meritevolezza dell'interesse (ex art. 1322 cc) vi sia appunto quello di «attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra»²².

3.2. L'interest rate swap di copertura

Oltre a questa prima consolidata indicazione, in giurisprudenza si rinvengono indirizzi ancora più restrittivi che declinano il controllo di liceità del contratto aleatorio atipico al fine di meglio proteggere l'investitore. Centrale in questi orientamenti è la dicotomia tra derivati di copertura e derivati speculativi. Con riferimento agli *interest rate swap* la qualifica di «copertura» consegue alla circostanza per cui il derivato

15. *Ex multis*, Trib. Roma, 212/2016, *cit.*

16. Corte Cass., 19 maggio 2005, n. 10598 (in *Mass. foro it.*, 2005, 629), dove la definizione di *domestic currency swap* è data in questi termini: «contratto aleatorio, con il quale due parti si obbligano, l'una all'altra, a corrispondere alla scadenza di un termine, convenzionalmente stabilito, una somma di denaro (in valuta nazionale) quale differenza tra il valore (espresso in valuta nazionale) di una somma di valuta estera al tempo della conclusione del contratto e il valore della medesima valuta estera al momento della scadenza del termine stabilito».

17. Corte Cost., 18 febbraio 2010, n. 52, §12.1. Su questa sentenza si veda il commento di E. Girino, *Natura e funzione della disciplina dei servizi di investimento e qualificazione degli strumenti derivati nella giurisprudenza costituzionale*, in *Banca borsa*, 2011, II, p. 35.

18. Trib. Lanciano, 06 dicembre 2005, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 131.

19. Tra la giurisprudenza che milita in tal senso, si vedano, *ex multis*, Trib. Modena, ord. 23 dicembre 2011 (in *Contratti*, 2012, 3, p. 130), Trib. Alba, 22 marzo 2011 (in *Nuovo notiziario giur.*, 2011, p. 410), Trib. Milano, 19 aprile 2011 (in *Banca borsa*, 2011, II, p. 748) e Trib. Roma, 212/2016, *cit.* In dottrina, tra gli altri, riconoscono la necessaria bilateralità dell'alea E. Girino, *Alea e trasparenza nella contrattualistica derivata: nuovi progressi giurisprudenziali*, *Borsa banca*, 2013, 1, I, p. 97, P. Corrias, *I contratti derivati finanziari*, *cit.*, p. 206 e D. Maffei, *Homo oeconomicus, homo ludens: l'incontrastabile ascesa della variante aliena di un tipo marginale, la scommessa legalmente autorizzata (art. 1935 c.c.)*, in *Contr. impr.*, 2014, 4-5, p. 855.

20. Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, in *Società*, 2016, 725, con nota di M. Costanza, *For you for nothing o immeritevolezza*.

21. Cass. [ord.], 30 settembre 2015, n. 19559, in *Banca borsa*, 2016, II, 137, con nota di A. Tucci, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*.

22. Cass., 28 aprile 2017, n. 10509 (in *www.italgiure.giustizia.it*).

presenti «una stretta correlazione tra: 1) il nozionale del contratto derivato e il complessivo debito oggetto di copertura, assunti nell'importo originario e via via in quello residuo nel tempo; 2) il tasso applicato sul debito e quello utilizzato nell'IRS; 3) le scadenze dei pagamenti del debito e quelle delle cedole previste dall'Irs; 4) la durata del debito e quella dell'Irs»²³.

Sebbene sia ignorata dal legislatore²⁴, tale distinzione è estremamente diffusa nella nostra letteratura ed è condivisa da copiosa giurisprudenza di merito, per la quale essa non avrebbe solo valore descrittivo e rilevarebbe nell'individuazione della causa in concreto del contratto stipulato tra intermediario e cliente. Per un certo orientamento, qualora lo *swap*, sebbene fosse stato stipulato dal cliente per ridurre un pre-esistente rischio, sia stato poi strutturato in modo tale da prescindere interamente da una funzione di copertura (e porsi, dunque, alla stregua di un derivato speculativo), il contratto di *interest rate swap* sarebbe da intendersi come nullo per mancanza di causa²⁵.

Invero, la tesi che afferma la nullità del contratto di *swap* per mancanza di causa concreta quando il derivato è strutturato in modo diverso rispetto agli interessi concretamente perseguiti dalle parti è esattamente criticata da chi osserva come la circostanza per cui «le parti si rappresentavano di fare, e inten-

devano fare, un contratto diverso da quello realmente sottoscritto (un derivato di "copertura", e non un derivato "speculativo")» rilevi «indiscutibilmente come un errore, e altrettanto indiscutibilmente un errore essenziale, in quanto caduto su "natura" o "oggetto" del contratto ex art. 1429, n. 1, c.c.», pertanto, si conclude che «[o]ve ne risultasse anche la riconoscibilità, esso darebbe luogo ad annullamento del contratto»²⁶.

3.3. L'interest rate swap speculativo

Sempre a partire dalla distinzione tra strumenti derivati di copertura e strumenti derivati speculativi, per un certo orientamento, invece, sarebbero meritevoli di tutela solo i primi (ossia quegli accordi di scambio delle future prestazione pecuniarie che assolvono «una funzione di sicurezza e garanzia economica, perché collegati con effettivi rapporti obbligatori (di prestito o di import/export) sottostanti»)²⁷.

Questa posizione che esclude la meritevolezza dell'Irs speculativo è disattesa da parte della giurisprudenza di merito²⁸ e, in dottrina, è respinta sia da quanti affermano che i derivati speculativi sono leciti²⁹ sia da coloro i quali ritengono che la finalità speculativa o conservativa attenga al piano dei motivi³⁰ e al più rilevi in ordine ai giudizi di adeguatezza o appropriatezza dell'investimento³¹.

23. Trib. Roma, 212\2016, cit.

24. Oltre a Consob, *I principali prodotti finanziari derivati, Elementi informativi di base*, Ottobre 2012, si veda anche Consob direttiva, 26.02.1999, n. 9901391 dove si afferma che per essere il derivato definito come avente funzione di copertura è necessario che «le operazioni su derivati siano esplicitamente poste in essere per ridurre la rischiosità delle altre posizioni detenute dal cliente (cd. posizioni base); b) sia elevata la correlazione tra le caratteristiche tecnico finanziarie (scadenza, tasso di interesse, tipologia etc.) dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tal fine; c) le condizioni di cui ai punti precedenti risultino documentate da evidenze interne degli intermediari, e siano approvate anche in via generale con riguardo a caratteristiche ricorrenti, dalla funzione di controllo interno» (entrambi i documenti sono in www.consob.it).

25. In tal senso si veda, per tutti, A. Tucci, *La negoziazione degli strumenti finanziari*, cit., p. 87 e, in giurisprudenza, Trib. Bari, ord. 15.07.2010, in *Contratti*, 2011, 3, p. 244 e App. Trento, 03-06-2013, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 62.

26. Si veda V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, p. 985 e S. Pagliantini, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela*, cit., p. 26.

27. Trib. Milano, ord. 26.05.1994, in *Banca, borsa*, 1995, 1, II, p. 80. Questo indirizzo è ripreso da parte della giurisprudenza successiva (Trib. Linciano, 06.12.2005, in *Giur. Comm.*, 2007, 1, II, p. 131; Trib. Lucera, 26.04.2012, in www.ilcaso.it) ed è condiviso da diversi Autori (*ex multis*, A. Perrone, *Contratti di swap con finalità speculative*, cit., p. 8; E. Barcellona, *Contratti derivati puramente speculativi*, cit., p. 139; M. Barcellona, *I derivati e la causa negoziale - I*, cit., p. 600; S. Pagliantini, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela*, cit., p. 33).

28. Trib. Milano, 11.05.1995, in *Banca, borsa*, 1996, II, p. 442, e da Trib. Milano, 09.02.2012, in www.ilcaso.it.

29. E. Girino, *I contratti derivati*, cit., p. 244; F. Caputo Nasseti, *I contratti derivati finanziari*, cit., p. 74; D. Maffeis, *Homo oeconomicus, homo ludens*, cit., p. 851.

30. G. Capaldo, *Profili civilistici del rischio finanziario*, cit., p. 130; M. Cossu, *Domestic currency swap*, cit., p. 174.

31. D. Maffeis, *L'ufficio di diritto privato e il contratto derivato over the counter come scommessa razionale*, in Id. (a cura di), *Swap tra banche e clienti*, cit., p. 29

3.4. L'interest rate swap irrazionale

Non ogni orientamento restrittivo sulla validità del contratto di *interest rate swap* passa per la distinzione tra derivato di copertura e derivato speculativo. Infatti, un terzo indirizzo – inaugurato da una più recente sentenza della Corte di appello di Milano³² – ha individuato nella razionalità dello scambio di alee l'elemento dirimente per la qualifica di liceità dello *swap* concluso con l'intermediario, così da consentire di rilevare la nullità di quel contratto concluso tra un intermediario e un cliente a cui era stata preclusa la conoscibilità e la misurabilità del rischio assunto³³. Più in particolare, per quella Corte la circostanza per cui il soggetto abilitato non aveva comunicato alla controparte il cd. *mark-to-market* comporterebbe «la radicale nullità dei contratti di *interest rate swap*, perché esclude, in radice, che, nel caso di specie, gli appellati abbiano potuto concludere la “scommessa” conoscendo il grado di rischio assunto, laddove, per contro, la Banca, del proprio rischio, nutrivava perfetta conoscenza – addirittura nella sua precisa misurazione scientifica – avendo predisposto lo strumento»³⁴.

La tesi che afferma la razionalità dell'alea creata artificialmente con la stipula dell'*Irs* quale requisito di validità del contratto derivato non è stata seguita da altra giurisprudenza³⁵ e, in dottrina, è contestata, tra gli altri, da quanti sostengono che «la soggettiva ignoranza che un contraente nutre circa l'alea che si

assume rende irragionevole solo la sua condotta negoziale e, quindi, può, in linea di principio, rilevare esclusivamente sul piano dei vizi della sua volontà e delle relative discipline»³⁶.

4. Possibili approdi futuri

Come si vede, a eccezione dell'orientamento che ritiene necessaria la bilateralità dell'alea e non meritevole di tutela l'*interest rate swap* che addossa alla banca vantaggi certi e garantiti ed al risparmiatore non garantisce alcuna certa prospettiva di lucro, tutti i sopra-richiamati indirizzi sono stati criticati e il loro consolidamento è, ad oggi, alquanto incerto.

4.1. Il contratto atipico e le norme materiali imperative

Invero, le interpretazioni ora richiamate hanno avuto il merito di respingere la tesi che propende per consentire l'elusione del controllo sul singolo *swap*, in ragione delle esigenze della finanza internazionale³⁷.

Questa tendenza va condivisa³⁸ e ciò in quanto «è la prassi commerciale a doversi adeguare alla legge per come interpretata dall'organo giurisdizionale di vertice, e non il contrario»³⁹.

Infatti, se è vero che l'atipicità non ne determina la nullità, è altresì vero che il nostro ordinamento

32. Il riferimento è ad App. Milano, 18 settembre 2013 n. 3459, in *www.ilcaso.it* (sulla pronuncia si vedano F. Caputo Nasseti, *Un salto indietro di trent'anni: "swap uguale scommessa"!*, in *Giur. comm.*, 2014, 2, II, p. 287; M. Indolfi, *Recenti evoluzioni dell'aleatorietà convenzionale: i contratti derivati OTC come scommesse razionali*, in *Contratti*, 2014, 3, p. 218; G. Gigliotti, *Obblighi informativi e misurabilità dell'alea tra comportamento di buona fede, oggetto e causa del contratto di Interest Rate Swap*, in *Giur. it.*, 2014, 8/9, p. 1876; e, volendo, D. Imbruglia, *La creazione razionale dell'alea nei derivati otc e la nullità dello swap per vizio di causa*, in *Pers. merc.*, 2013, 3, p. 332, in *www.personaemercato.it*). Nella giurisprudenza di merito successiva, tale impostazione è stata seguita da App. Bologna, 11 marzo 2014 n° 734 (in *www.dirittobancario.it*) e Trib. Roma, 212/2016, *cit.*

33. In dottrina, la tesi della razionalità dell'alea scambiata quale “supporto esterno” che giustifica l'autorizzazione della scommessa e che rileva come elemento essenziale per la vincolatività del contratto è sostenuta in particolare dal prof. Maffeis (*Costi impliciti nell'interest rate swap*, in *Giur. comm.*, 2013, 3, I, p. 662; *Homo oeconomicus, homo ludens, cit.*, p. 846; *L'ufficio di diritto privato e il contratto, cit.*, p. 20), nonché, almeno inizialmente, anche da E. Barcellona, *Note su derivati creditizi, cit.*, p. 652.

34. App. Milano, 3459/2013, *cit.*

35. Trib. Torino, 24 aprile 2014 (in *www.ilcaso.it*).

36. M. Barcellona, *I derivati e la causa negoziale - II -*, *cit.*, p. 897.

37. In tal senso è la posizione (isolata) di F. Caputo Nasseti, *I contratti derivati finanziari, cit.*, p. 101 (per un'esatta critica di questa tesi si veda E. Barcellona, *Contratti derivati puramente speculativi, cit.*, p. 140).

38. Peraltro, in dottrina, un giudizio positivo su questa giurisprudenza è espresso (con toni e argomentazioni diverse) anche quanto agli effetti dell'impiego della causa descritto in precedenza in punto di tutela dell'investitore: a tal proposito si vedano, in particolare, i contributi di G. Vettori, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contr. impr.*, 2012, 4-5, p. 1190, A.A. Dolmetta, *Introduzione. Speculazione e prudenza*, in D. Maffeis (a cura di), *Swap tra banche e clienti, cit.*, p. XVII-XVIII) e S. Pagliantini, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela, cit.*, p. 36.

39. Cass. 3 aprile 2014, n. 7776 in *Foro it.*, 2014, I, c. 3229.

non «sia il far west» e il giudice deve controllare i contratti atipici «alla luce delle norme imperative *tout court* del diritto italiano». Come insegna la dottrina più attenta, difatti, la circostanza per cui gli *swaps* siano contratti atipici «elaborati sulla base del diritto americano e inglese, ma a cui si applica il diritto italiano» (cd. contratti alieni) non impedisce all'interprete di verificare la compatibilità «di tali contratti con le norme imperative del diritto italiano», peraltro ricomprendendo tra queste sia la «norma imperativa a fattispecie e analitica» sia quella materiale, cioè la norma imperativa «che non si preoccupa dello strumento giuridico ma del risultato»⁴⁰.

4.2. Lo swap, il contratto e la normativa speciale

Orbene, nell'individuazione di quali siano le norme imperative che interessano il contratto atipico in esame occorre prendere le mosse da un dato: lo *swap* è uno strumento finanziario che non si affranca dal contratto che lo ha generato⁴¹.

Tale ultimo aspetto è di fondamentale importanza, giacché, a ben vedere, esso determina l'applicazione di specifiche norme al contratto di *interest rate swap*. Quando è sottoscritto da un intermediario, difatti, quel contratto rileva ad un tempo come servizio di intermediazione e quale strumento finanziario, così da comportare «l'applicabilità al derivato medesimo – in quanto anche “contratto di investimento” – della cospicua disciplina sui servizi di investimento, con la conseguenza che allo stesso trovano applicazione contemporaneamente, regole del Tuf relative agli strumenti finanziari e, appunto, quelle proprie dei servizi e delle attività di investimento»⁴². Ad esempio, la coincidenza tra strumento finanziario e servizio d'investimento, propria del derivato *over the counter* concluso tra intermediario e cliente, determina la nullità virtuale (*ex art. 1418 cc*) dello *swap* sottoscrit-

to con un soggetto che esercita l'attività d'intermediazione senza l'autorizzazione richiesta dalla legge (art. 18, Tuf)⁴³.

4.3. Lo swap e la regola di adeguatezza

Non solo. La normativa imperativa in tema di prestazione al pubblico di servizi di investimento contiene ulteriori regole che vietano in modo assoluto determinati risultati e che costituiscono norme materiali idonee a disciplinare il contratto atipico di *swap* concluso con l'intermediario. Tra queste disposizioni speciali, di assoluta importanza è la c.d. *suitability doctrine*, ossia quell'istituto con cui, sin dalla prima esperienza di disciplina speciale dell'attività d'intermediazione, si è appunto attribuito rilievo al legame tra il rischio assunto con lo strumento scambiato e il profilo del cliente⁴⁴.

Nel sistema attuale, rispetto a uno strumento finanziario non adeguato (definibile come quel prodotto *i*) scambiato in seno ad un'attività di risparmio gestito; *ii*) non in linea con le competenze patrimoniali, finanziarie e conoscitive del cliente), non c'è spazio «per superare la deficienza sostanziale ricorrendo alla procedura formale che consentiva all'intermediario di procedere all'operazione da lui reputata inadeguata»⁴⁵. Più esattamente, oggi qualora non sia possibile valutare l'adeguatezza dello strumento finanziario da consigliare o da scambiare nell'ambito di una gestione di portafoglio altrui vi è il dovere di astensione; e non è prevista alcuna forma di *permissive consent* o altro meccanismo di dialogo tra intermediario e cliente che possa consentire di concludere l'operazione ove il prodotto *i*) non corrisponda agli obiettivi di investimento del cliente; *ii*) non sia sopportabile per il cliente; *iii*) e non abbia natura tale per cui il cliente ne possa comprendere i rischi. In altri termini, la valutazione dell'adeguatezza è «estromessa dal mondo dell'informazione»⁴⁶ e opera come

40. G. De Nova, *I contratti derivati come contratti alieni*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 3, p. 26 (ora in Id., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Cedam, Milano, 2011, p. 59 (le citazioni sono a p. 60 e 66).

41. P. Corrias, *I contratti derivati finanziari*, cit., p. 194. In giurisprudenza, si veda Trib. Milano, 19 aprile 2011 n. 5443 (in *www.ilcaso.it*), dove l'affermazione per cui «la stipulazione di un contratto derivato, a differenza del mero scambio di azioni o titoli, costituisce ad un tempo atto negoziale e mezzo di generazione dello strumento, cioè di un'autonoma entità finanziaria».

42. P. Corrias, *I contratti derivati finanziari*, cit., p. 196.

43. Cass., 7 marzo 2001 n° 3272, in *Giust. civ.*, 2001, p. 2109.

44. Su questa disposizione si vedano, *ex multis*, M. Maggiolo, *Servizi ed attività di investimento. Prestatori e prestazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, 2012, p. 389; R. Natoli, *Il contratto “adeguato”. La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 87 e, volendo, D. Imbruglia, *Regola di adeguatezza e validità del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 2, p. 335, dove più ampi riferimenti bibliografici.

45. M. Maggiolo, *Servizi ed attività di investimento*, cit., p. 391.

46. F. Sartori, *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa: tecniche normative, tutele e prospettive*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 1, p. 40.

“preclusione insuperabile”⁴⁷ così che, ex art. 39, Reg. Consob 16190/2007, lo strumento finanziario scambiato all’interno di un’attività di risparmio gestito o è adeguato oppure non è.

4.4. La nullità del contratto *irs* non adeguato

Orbene, la descritta coincidenza tra il servizio di investimento e lo strumento finanziario (l’*interest rate swap*) «che ne dovrebbe costituire l’oggetto»⁴⁸ consente di ripetere la disciplina del servizio in seno allo strumento finanziario (contratto), sì da consentire la qualificazione stessa del contratto *Irs* come adeguato o non adeguato.

Nel primo caso esso sarà pienamente vincolante; nel secondo caso, esso sarà nullo.

La “preclusione insuperabile” determinata dalla normativa in materia di risparmio gestito rispetto alla valutazione dell’adeguatezza comporta, difatti, che, quando quello strumento finanziario ha la funzione di scambiare un rischio non adeguato, lo *swap* rileva come contratto nullo per illiceità della causa (ex art. 1418, co. II, cc), determinata dalla sua contrarietà alla norma imperativa (art. 1343 cc) che materialmente impone la raccomandazione di strumenti finanziari adeguati (art. 39, Reg. Consob 16190/2007). Invece, quando l’*Irs* è stato concluso con l’intermediario in assenza di una rilevante valutazione, il derivato è nullo per illegalità del contratto (ex art. 1418, co. I, cc), determinata dalla violazione

del dovere di astensione (ex art. 39, co, VI, Reg. Consob 16190/2007).

In conclusione, l’unico contratto di *swap* che l’intermediario può stipulare con il cliente è quello che genera uno strumento finanziario adeguato alle caratteristiche conoscitive, patrimoniali e finanziari del soggetto nei cui confronti è reso il servizio di risparmio gestito. A titolo di esempio, si può affermare che lo *swap* c.d. speculativo concluso con un cliente il cui obiettivo di investimento era quello di proteggersi dall’andamento di una pre-esistente e indicata esposizione debitoria sia uno derivato inadeguato e, quindi, un contratto nullo per contrarietà alla norma imperativa che impone di raccomandare strumenti finanziari in linea con gli obiettivi di investimento (art. 39, Reg. Consob 16190/2007).

La raggiunta nullità del contratto (nominato, atipico, alieno, derivato *over the counter*) di *interest rate swap* per violazione della normativa (imperativa, materiale) sull’adeguatezza del servizio di risparmio gestito attesta come oggi non sia più corretto affermare che dalla tutela del mercato mobiliare «nulla se ne può dedurre in ordine alla pretesa nullità dei singoli contratti sul piano del diritto civile»⁴⁹.

Al contrario, quell’obiettivo si sostanzia oggi anche nella sottrazione all’autonomia privata di schemi contrattuali che si pongano, quanto alla loro stessa esistenza o alla loro funzione, in contrasto con le varie esigenze di sistema riconosciute dal legislatore (in questo caso, la stabilità del mercato finanziario)⁵⁰.

47. A. Di Amato, *I servizi e i contratti di investimento*, in S. Amorosino (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, Giuffrè, Milano, 2014^{III}, p. 103.

48. P. Corrias, *I contratti derivati finanziari*, cit., p. 196.

49. Cass., 19 dicembre 2007 n°26724, in *Foro it.*, 2008, I, c. 784, § 1.8.

50. Per dei cenni in tal senso, si vedano S. Mazzamuto, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 3, p. 640; F. Denozza, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2012, 1, p. 30; O. Cherednychenko, *Freedom of Contract in the Post-Crisis Era: Quo Vadis?*, in *Europ. Rev. Contr. Law*, 2014, 3, p. 390 e M. Andenas - I. H-Y Chiu, *The Foundations and Future of Financial Regulations. Governance for Responsibility*, London - New York, 2014, p. 234.

Il sistema bancario e le procedure esecutive individuali

di Francesco Vigorito

Le recenti riforme in maniera esecutiva hanno operato una trasformazione rilevante del sistema delle espropriazioni forzate. Si impone, a questo punto, una riflessione generale sul senso che le procedure di espropriazione forzata sono andate assumendo, sul ruolo dei protagonisti di queste procedure, sulla funzione svolta dal sistema bancario nel “suggerire” alcune scelte legislative, sull’incidenza che queste scelte hanno avuto sulla posizione degli altri soggetti coinvolti nelle procedure esecutive (debitori, creditori), sulla residua funzione del giudice dell’esecuzione.

1. Le procedure esecutive individuali: un indicatore delle modificazioni intervenute nella società, nell’economia, nei consumi

Lo sviluppo della legislazione in materia di esecuzione forzata, a partire dalla originaria formulazione del codice di procedura civile, offre un quadro di grande interesse dei cambiamenti che si sono realizzati, in questi ultimi decenni, non solo nella capacità del sistema giurisdizionale di tutelare i diritti ma anche nella organizzazione sociale, nella articolazione dell’economia, nella dislocazione dei poteri economici e finanche nelle scelte di consumo dei cittadini.

Il processo esecutivo è lo strumento per la realizzazione della effettività della tutela giurisdizionale del

diritto di credito, in diretta attuazione dell’articolo 24 della Costituzione ed ha lo scopo di conseguire, su domanda della parte e con l’intervento di un giudice terzo ed imparziale, l’attuazione pratica in via coattiva, della regola di diritto attraverso l’impiego, effettivo o potenziale, della forza¹.

Ma il diritto da attuare si assume già accertato o riconosciuto e, quindi, la posizione di parità delle parti, tipica del processo di cognizione è affievolita, tanto che sono da tempo controversi caratteri e limiti del principio del contraddittorio nel processo esecutivo², ed il giudice dell’esecuzione è l’organo che, istituzionalmente, persegue la realizzazione del diritto di uno dei soggetti del processo esecutivo, quello che agisce in forza di un titolo esecutivo.

1. Sul rapporto tra processo esecutivo e principi costituzionali cfr. L. P. Comoglio, *Principi costituzionali e processo di esecuzione* in *Riv. dir. proc. civ.*, 1994, pp. 450 ss.

La materia dell’esecuzione forzata è stata oggetto di innumerevoli trattazioni.

Limitandosi ai testi “classici”, si rinvia a S. Satta, *L’esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto civile* a cura di Vassalli, Utet, Torino, 1952, pp. 100 ss.; C. Mandrioli, *L’azione esecutiva. Contributo alla teoria unitaria dell’azione e del processo*, Giuffrè, Milano, 1955, pp. 372 ss.; Tarzia, *L’oggetto del processo di espropriazione*, Giuffrè, Milano, 1961; R. Vaccarella *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, Utet, Torino, 1983; A. Saletti, *Processo esecutivo e prescrizione*, Giuffrè, Milano, 1992; C.A. Nicoletti, *Profili istituzionali del processo esecutivo*, Giuffrè, Milano, 2001; R. Vaccarella, *Esecuzione forzata* in *Riv. esec. forz.*, 2007, 1; F. Cordopatri, *La tutela del debitore nei processi esecutivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, pp. 1239 ss.

Tra le trattazioni più recenti di carattere generale cfr. G. Arieta - F. De Santis, *L’esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto processuale civile* a cura di Montesano e Arieta, Cedam, Padova, 2007; B. Capponi, *Manuale di diritto dell’esecuzione civile*, Giappichelli, Torino, 2016; A. Soldi, *Manuale dell’esecuzione forzata*, Cedam, Padova, 2017.

2. Ritengono che nel processo esecutivo vi sia un contraddittorio, pur parziale e attenuato Tarzia, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, *Riv. dir. proc.*, 1978, Comoglio, *op. cit.*, p. 462, Capponi, *op. cit.*, pp. 36 ss. Anche la Corte Cost., sentenza 31 luglio 2000, n. 407, in

Poiché l'attuazione del diritto di credito, "consacrato" nel titolo esecutivo, si realizza con l'espropriazione forzata dei beni del debitore questo tipo di processo risente più di ogni altro delle caratteristiche che assume l'economia.

Basti pensare che per molti decenni la forma più diffusa di espropriazione forzata è stata quella mobiliare, regolamentata in modo minuzioso dal codice di rito e riferita, in modo evidente, alla struttura economica che l'Italia aveva nella prima metà del novecento (è indicativo ed è stato osservato molte volte, che esiste nel codice di procedura una disposizione, l'art. 516 comma 2 cpc, che disciplina ancora oggi il pignoramento dei banchi da seta).

Il numero di procedure esecutive mobiliari è stato a lungo molto rilevante e, nell'immaginario collettivo, il pignoramento del divano di casa o, poi, del televisore o dell'autovettura era considerato come il momento peggiore, il passaggio più umiliante per il debitore incapace di adempiere alle proprie obbligazioni, una sorta di moderna "gogna".

Per altro verso, in una società nella quale la rendita immobiliare, da un lato, e la proprietà della casa, d'altro lato, sono stati – e sono tuttora – al centro della economia, l'inefficienza della espropriazione immobiliare ha svolto, a lungo, la funzione di ammortizzatore di fenomeni di crisi sociale, finendo, alla lunga, per incidere negativamente sull'intero sistema economico.

I cambiamenti degli ultimi decenni hanno portato, però ad una vera e propria rivoluzione nel sistema: l'espropriazione mobiliare ha progressivamente acquisito una funzione residuale ed ha un vero rilievo economico quasi solo nel caso di espropriazione non di beni mobili ma di beni immateriali quali le quote di società³ mentre sono divenute centrali le procedure espropriative presso terzi che hanno ad oggetto conti correnti, stipendi e pensioni, fondi pubblici, canoni di locazione.

Lo Stato, gli enti locali e gli enti pubblici hanno iniziato a non pagare i propri debiti o a non farlo tempestivamente, provocando la moltiplicazione delle

procedure espropriative nei loro confronti⁴ ed una crescita incontrollabile dei costi, per spese legali, a carico dei debitori "pubblici".

A partire dalla fine degli anni novanta del secolo scorso, è iniziata una inversione di tendenza sia nelle prassi operative che nella disciplina normativa per provare a rendere funzionale il sistema delle espropriazioni immobiliari.

L'insieme di questi fenomeni ha comportato un progressivo mutamento delle caratteristiche del sistema.

2. Gli interessi rilevanti nel procedimento esecutivo

Questo mutamento ha riguardato, in parte, anche l'ambito degli interessi in gioco che sono andati articolandosi ed, in qualche modo, diversificandosi rispetto al passato.

La finalità tipica del processo esecutivo è ovviamente quella di realizzare il diritto di credito e si realizza in misura direttamente proporzionale al ricavato della procedura che dovrebbe essere sufficiente almeno al rimborso delle spese di procedura ed al pagamento dei creditori. Incidono negativamente rispetto a questa finalità la vendita dei beni pignorati a prezzo molto ridotto o la lunga durata delle procedure, che moltiplica l'ammontare degli interessi passivi e rende l'attivo incapiante.

Ma oltre all'interesse del creditore occorre tener conto anche del rispetto del patrimonio del debitore (al quale fa riferimento l'art. 1 del Protocollo addizionale alla Cedu⁵): una vendita a prezzo vicino a quello di mercato consente al debitore di subire conseguenze patrimoniali ordinarie dallo svolgimento della procedura esecutiva mentre una vendita a prezzo ridotto comporta un ingiustificato depauperamento del patrimonio del debitore. Per altro verso la durata del processo esecutivo aggrava la posizione del debitore,

Giur. cost., 2000, pp. 2848 ss. ha affermato che il processo esecutivo, pur differenziandosi dal processo ordinario di cognizione, conosce il principio del contraddittorio, come si desume da una serie di norme (artt. 485, 512, 530 cpc). La giurisprudenza di legittimità ha mantenuto invece un orientamento diverso (cfr. Cass. 28 giugno 2002, n. 9488; Cass. 26 gennaio 2005, n. 1618; Cass. 28 giugno 2005, n. 13914; Cass. 25 agosto 2006, n. 18153; Cass. 17 luglio 2009, n. 16731).

3. Si pensi che nel 2016 la percentuale delle procedure esecutive mobiliari iscritte a ruolo al tribunale di Roma era pari a circa il 4% di tutte le procedure esecutive iscritte a ruolo in quel tribunale (circa 35.000) ed il numero delle distribuzioni conseguenti a procedure esecutive mobiliari è stato di qualche decina.

4. Sempre per restare ai dati relativi al tribunale di Roma nel 2016 oltre 1/3 di tutte le procedure esecutive presso terzi iscritte a ruolo avevano come debitori lo Stato, nelle sue varie articolazioni, enti o aziende pubbliche, enti locali.

5. Cfr. art. 1 comma 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmato a Parigi il 20 marzo 1952 («*Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale*»).

attraverso il meccanismo degli alti tassi di interessi passivi e per il crescere delle spese di procedura.

Progressivamente è emersa la consapevolezza che, a fianco all'interesse alla realizzazione del diritto del creditore ed alla salvaguardia della posizione del debitore, rilevano nella materia esecutiva interessi di carattere più generale dei quali occorre tener conto.

Si tratta, in primo luogo, degli interessi finanziari dello Stato: l'inefficienza del sistema delle procedure esecutive comporta sovente la violazione dei parametri fissati dalla cd. "Legge Pinto" (Legge n. 89 del 2001) e dalla Cedu (art. 6) con conseguente responsabilità dello Stato per l'irragionevole prolungamento della procedura mentre le stesse entrate dello Stato subiscono effetti positivi o negativi dal funzionamento delle procedure esecutive considerando che è prevista la tassazione dei decreti di trasferimento (per imposta di registro o Iva, imposte ipotecarie e catastali), tendenzialmente proporzionale al prezzo di aggiudicazione⁶.

Ci sono interessi dell'economia in generale rispetto alla possibilità di attrarre investimenti esteri: il rapporto *Doing Business - Enforcing Contracts 2015*⁷ ha collocato l'Italia al 111° posto di una graduatoria di 189 paesi, e molto lontano dai paesi dell'Unione europea, che si collocano nelle prime cinquanta posizioni, in una graduatoria che tiene conto della durata globale dei procedimenti strumentali a dare soddisfazione al creditore in caso di inadempimento contrattuale, della reale incidenza dei costi sostenuti dal creditore rispetto all'ammontare del credito vantato e della qualità della funzionalità del sistema giudiziario in questo settore. Questa collocazione e la situazione che ne è alla base concorrono a scoraggiare investimenti esteri.

C'è, infine, l'interesse ad un regolare andamento del sistema dei finanziamenti. Le previsioni di concreta soddisfazione dei diritti del creditore in caso di inadempimento incidono in maniera determinante sull'erogazione dei finanziamenti e sui costi dei medesimi mentre la previsione di recuperare il credito in misura insufficiente o in tempi eccessivamente lunghi

comporta un accesso al credito più problematico e più oneroso.

Ciò significa che il funzionamento del processo esecutivo ha una diretta incidenza sul sistema bancario e ciò è ancora più evidente in una fase di crisi che ha moltiplicato i crediti deteriorati (calcolati in circa centosettantatre miliardi di euro) e quelli in sofferenza (calcolati in circa ottantacinque miliardi di euro)⁸ ed in un sistema bancario che presenta evidenti segni di difficoltà proprio nel settore del recupero dei crediti e dei finanziamenti concessi ai privati.

3. L'incidenza del recupero giudiziale dei crediti sull'economia

Con riferimento a questi ultimi profili è significativo che da oltre venti anni l'analisi dei fattori di debolezza del sistema economico italiano identifica nei tempi del funzionamento della giustizia civile e delle procedure esecutive, in particolare, un elemento importante del quale è indispensabile tenere conto⁹.

Dapprima si era rilevato come i tempi del recupero dei crediti incidessero sulla maggiore o minore capacità di alcune categorie di imprese di ottenere finanziamenti poi si è giunti a stabilire uno stretto collegamento tra l'attitudine del sistema economico di attrarre capitali ed investimenti esteri ed i tempi di durata delle procedure giudiziarie e di "recupero del credito" soprattutto nei casi di crediti garantiti.

Si è arrivati, probabilmente con una rilevante dose di approssimazione, a quantificare l'incidenza di questi fattori in una misura variabile da uno¹⁰ a due punti¹¹ percentuali di prodotto interno lordo.

Ma a parte queste elaborazioni è indubbio che il fenomeno esiste e che si è rivelato particolarmente grave nella fase della crisi economica che, forse è il caso di ricordarlo, è iniziata nel 2008, proprio a seguito della difficoltà del sistema finanziario statunitense di recuperare i crediti garantiti da beni che avevano perso la gran parte del loro valore iniziale.

6. Solo a titolo di esempio, si può ricordare che le vendite operate dal Tribunale di Roma nel quinquennio 2003-2008 comportarono entrate per lo Stato conseguenti alla tassazione dei decreti di trasferimento per varie decine di milioni di euro.

7. Reperibile sul sito www.doingbusiness.org/data/exploretopics/enforcing-contracts.

8. I dati sono desunti dalle *Considerazioni finali del governatore della Banca d'Italia per il 2016* in occasione della diffusione della relazione annuale 2016 in www.bancaditalia.it.

9. Il tema era indicato già in A. Generale, G. Gobbi, *Il recupero dei crediti: costi, tempi e comportamenti delle banche*, in *Banca d'Italia, Temi di discussione*, n. 265, marzo 1996 nel quale si iniziava a prospettare l'influenza della efficienza delle procedure giudiziarie nella capacità di "accesso al mercato dei capitali" e "al ricorso al debito" quantomeno per alcune categorie di imprese.

10. Rilevazione dell'Istituto Guglielmo Magliacarne in occasione del Focus Pmi 2017 sul valore della giustizia tra piccole e medie imprese.

11. Rilevazione del Centro studi confindustriale del 2011.

L'economia italiana ha visto dapprima una grave caduta della capacità produttiva, pari ad oltre nove punti percentuali di prodotto interno lordo, con una incidenza, per molti versi drammatica, sulla occupazione e sui livelli di reddito, poi una crescita molto contenuta, inferiore all'1% e molto più bassa di quella registrata negli altri Paesi europei.

Tra gli elementi che hanno influenzato questa debolezza nella ripresa c'è sicuramente la dinamica insoddisfacente dei fattori esterni che incidono sulla capacità produttiva e che sono costituiti da progresso tecnico, innovazione, variabili di contesto (burocrazia, legislazione, trasporti, infrastrutture), capacità di investire e di attrarre capitali. In questo ambito rileva anche la difficoltà di rendere efficiente il sistema della giustizia civile ed in particolare il sistema del recupero dei crediti e della "escussione" delle garanzie.

Il funzionamento del settore delle espropriazioni forzate incide, quindi, insieme ad altri parametri, sulla capacità di attrarre investimenti, anche esteri, e sull'aumento dell'offerta di credito, sulla capacità di riprese delle attività economiche entrate in crisi ed ha una incidenza specifica sulla crisi del sistema bancario che si trova di fronte a "sofferenze" per una cifra stimata intorno agli 85 miliardi di euro che incidono sulla percezione degli investitori, sulla redditività bancaria, sul costo del credito, in sintesi, sulla competitività del sistema bancario.

4. Le riforme ed il ruolo del sistema bancario

La varietà degli interessi in gioco ha fatto sì che l'esigenza di far crescere l'efficienza del sistema delle procedure esecutive è divenuta centrale negli ultimi decenni e nel tentativo di rendere più efficiente il sistema delle procedure esecutive sono stati operati innumerevoli interventi legislativi nell'ultimo ventennio: il percorso è stato aperto dalla legge 3 agosto 1998, n. 302, che ha introdotto la delegabilità della

vendita immobiliare ai notai, ed è stato chiuso dal decreto legge 3 maggio 2016, n. 59 convertito con legge 30 giugno 2016, n. 119 che ha apportato ulteriori modifiche al procedimento di vendita delegata ed ha introdotto gli istituti della assegnazione a favore di terzo, del pegno non possessorio e del finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato con la sua incidenza sulle procedure esecutive¹².

Nelle procedure esecutive immobiliari il procedimento che porta alla vendita del bene immobile pignorato per la realizzazione forzata del diritto del creditore procedente e dell'eventuale creditore intervenuto è stato completamente trasformato dalle riforme di questi anni; le modifiche hanno riguardato i tempi del processo, gli atti, le attività dei soggetti che partecipano alla procedura (il cui numero si è ampliato), le modalità di pubblicità della vendita, le modalità di vendita, la distribuzione del ricavato¹³.

Le procedure esecutive mobiliari hanno subito limitate modifiche relative essenzialmente al procedimento di vendita e alla chiusura anticipata mentre le espropriazioni presso terzi hanno visto una rilevante cambiamento in ordine alle modalità della dichiarazione del terzo ed una vera e propria rivoluzione in relazione agli effetti della mancata dichiarazione che, in presenza di una identificazione del credito da parte dello stesso creditore, comporta il riconoscimento tacito; è stato poi completamente trasformato il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo che da autonomo giudizio di cognizione è divenuto una fase interna alla procedura esecutiva.

Si è, poi, prevista la possibilità di richiedere al presidente del tribunale l'autorizzazione alla ricerca dei beni, e sono stati introdotti l'istituto dell'espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito, previsto dall'art. 2929 *bis* cc, il pegno non possessorio ed il finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato, istituti che incidono sullo svolgimento delle procedure esecutive.

12. Dal 1998 ad oggi, per limitarsi a quelli che hanno inciso direttamente sul codice di rito, vi sono stati questi interventi legislativi:

- legge 3 agosto 1998, n. 302;
- decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80;
- legge 28 dicembre 2005, n. 263;
- legge 24 febbraio 2006 n. 52;
- legge 18 giugno 2009 n. 69;
- decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179 convertito dalla legge 24 dicembre 2012, n. 228;
- decreto legge 24 giugno 2014 n. 90 convertito dalla legge 11 agosto 2014, n. 114;
- decreto legge 12 settembre 2014, n. 132 convertito dalla legge 10 novembre 2014, n. 162;
- decreto legge 27 giugno 2015 n. 83 convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2015, n. 132;
- decreto legge 3 maggio 2016, n. 59 convertito con legge 30 giugno 2016, n. 119.

13. Per la descrizione del processo esecutivo immobiliare dopo le riforme, oltre ai testi richiamati alla nota 1, cfr. anche F. Vigorito, *Le procedure esecutive dopo le riforme: analisi e prospettive*, in questa *Rivista* trimestrale, n. 4/2015. www.questionegiustizia.it/rivista/2015/4/le-procedure-esecutive-dopo-le-riforme_analisi-e-prospettive_291.php e A. Saletti, S. Vincere, M.C. Vanz (a cura di) *Le nuove riforme dell'esecuzione forzata*, Giappichelli, Torino, 2016.

Il sistema bancario, a partire dalla Banca d'Italia e dall'Abi, ha svolto un ruolo di stimolo in questo processo e, nell'ultimi anni, anche le autorità internazionali¹⁴ hanno partecipato al confronto tecnico che ha portato alle ultime riforme.

All'esito di questo processo riformatore ed "al netto" della valutazione tecnica delle novità normative, è opportuno provare ad affrontare con spirito critico il "nuovo processo esecutivo" per comprendere se, ed in quale misura, le modifiche operate sono idonee a perseguire gli obiettivi dichiarati.

Si impone quindi una riflessione generale sul senso che le procedure di espropriazione forzata sono andate assumendo, sul ruolo dei protagonisti di queste procedure (giudici, parti, creditori seriali, debitori seriali), sul senso e l'efficacia delle scelte legislative e sulle scelte interpretative da operare.

Ed in questo percorso critico si può cercare di comprendere come le riforme abbiano inciso sulla posizione degli istituti bancari, la categoria più importante di creditori.

In via di prima approssimazione si può rilevare che con l'obiettivo, enunciato di tutte le scelte legislative (e interpretative) di questi anni, di rendere più rapide ed efficienti le procedure, si sono, in realtà, sviluppati almeno due percorsi paralleli che presentano caratteristiche e finalità in parte confliggenti: il primo è quello che ha, effettivamente, perseguito l'efficienza delle procedure e la riduzione dei tempi senza operare scelte di campo a favore di questa o quella categoria di creditori; il secondo ha comportato la scelta di liquidare i beni pignorati ad un prezzo notevolmente inferiore al loro reale valore di mercato o, nel caso in cui ciò sia impossibile, a chiudere le procedure senza attivo.

Si vedrà che questi percorsi rispondono non solo ad esigenze proprie delle procedure esecutive ma anche ad esigenze esterne in alcuni casi proprie del sistema bancario e della sua organizzazione.

5. La riduzione dei tempi e l'aumento dell'efficienza delle procedure esecutive

Una parte importante delle modifiche normative che riguardano le procedure esecutive operate dalle

riforme hanno avuto ad oggetto la riduzione dei tempi delle procedure e l'aumento della efficienza.

Sotto il profilo dei tempi si è assistita ad una progressiva riduzione dei termini concessi alle parti per lo svolgimento delle varie attività: si sono ridotti i tempi per il deposito della documentazione cd. ipo-catastale (art.567 cpc), per il deposito della relazione di stima, nonostante una definizione normativa molto più precisa del suo contenuto (art. 569, comma 1, cpc), per la fissazione della prima udienza (art. 569, comma 1, cpc), per la fase distributiva (art. 596, comma 1, cpc). In qualche caso i tempi appaiono troppo limitati, come per il deposito della relazione di stima, con il rischio dell'impossibilità di ottenere nei tempi previsti dalla legge un prodotto valido, ma complessivamente si è trattato di una operazione meritoria finalizzata a modificare l'approccio di tutti i suoi protagonisti (giudici, parti, ausiliari), alla procedura esecutiva soprattutto immobiliare.

Il pignoramento immobiliare per decennio era stata una sorta di strumento di garanzia, magari aggiuntivo, per il creditore ed una forma di pressione verso il debitore; non vi era una reale volontà di realizzare, in tempi brevi, la soddisfazione del diritto di credito attraverso la liquidazione del compendio pignorato.

Questa lettura abnorme della funzione dell'espropriazione forzata è stata superata, in parte ed a "macchia di leopardo" negli uffici giudiziari italiani, e la previsione di termini più brevi ha ruolo importante in questo cambiamento che riguarda la cultura degli operatori e le scelte organizzative dei giudici.

Parallelamente, sulla scorta delle prassi sviluppatesi negli ultimi venti anni in vari uffici giudiziari, sono entrate a far parte del codice di rito una serie di disposizioni che, imponendo ai giudici dell'esecuzione scelte di efficienza già testate sul campo e, contestualmente, ampliando il novero di coloro che collaborano con l'ufficio giudiziario hanno comportato una indiscutibile salto di qualità in termini di efficienza. Si è stabilito che la relazione del consulente tecnico – definita in modo specifico nel suo contenuto¹⁵ – costituisca il documento-base sul quale il giudice, il delegato e le parti possono basarsi per tutte le operazioni di vendita, si è attribuito al custode un ruolo centrale di collaborazione con il giudice, con le parti e gli stessi interessati all'acquisto (art. 560 cpc),

14. Un esempio della attenzione generale sul tema è dato dalla organizzazione da parte del dipartimento legale del Fondo monetario internazionale di una Tavola rotonda sull'effettività dell'esecuzione in materia civile e commerciale svoltasi a Vienna il 12 e 13 marzo 2015 a cui hanno preso parte esperti della materia di Grecia, Cipro, Portogallo, Ucraina, Polonia, Spagna, Germania, Austria e Italia, con rappresentanti della Banca centrale europea, della Commissione europea e della Banca mondiale (cfr. F. De Stefano, *L'effettività dell'esecuzione in materia civile e commerciale all'attenzione del Fondo monetario internazionale: il punto di vista italiano* in *Questione giustizia on line*, www.questionegiustizia.it/articolo/1-effettivita-dell-esecuzione-in-materia-civile-e-06-05-2015.php).

15. Art. 568, comma 2, cpc.

si è perfezionato e reso efficiente il sistema di pubblicità della vendita (art. 569 cpc), si è privilegiato il sistema della vendita senza incanto rispetto alla vendita con incanto (art. 503 cpc), ritenuta giustamente una inutile reminiscenza del passato, si sono resi più efficienti e moderni i sistemi di versamento delle cauzioni e dei saldi prezzi, si è operato per allargare la platea dei possibili partecipanti alle gare, si è, infine, previsto che tutte le operazioni di vendita e l'intera fase distributiva non si svolgano più davanti al giudice ma siano delegate ad un professionista scelto dal giudice all'interno di appositi albi (art. 591 bis cpc).

Si è, infine, previsto che non appena sarà operativo il portale delle vendite telematiche tutte le vendite esecutive si svolgeranno in via telematica.

Si è trattato, quindi, di un intervento volto a rendere più efficiente il sistema a partire dalla presa di coscienza dell'inidoneità della vecchia procedura esecutiva a rispondere alle esigenze di una liquidazione rapida dei beni pignorati.

Analogamente si è proceduto nelle procedure esecutive mobiliari mutuando in parte le scelte operate per le procedure esecutive immobiliari ed attribuendo un ruolo centrale agli Istituti vendite giudiziarie, scegliendo come modello base quello della vendita telematica affidata ad un commissionario costituito, di regola, proprio dall'Istituto vendite giudiziarie, con l'auspicio che tali istituti diano buona prova a differenza di ciò che, in alcune situazioni, è accaduto in passato.

Anche nelle procedure esecutive presso terzi il legislatore ha operato delle scelte volte a rendere più efficiente il sistema, facilitando le modalità della dichiarazione del terzo (art. 547, comma 1, cpc) ed eliminando il blocco costituito dal "vecchio" giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo che era un intermezzo cognitivo che portava alla sospensione delle procedure esecutive per tempi, a volte, molto lunghi e che è stato sostituito da un accertamento da svolgersi in sede esecutiva (art. 549, comma 1, cpc).

L'insieme di questi interventi, accompagnati da alcune scelte a tutela del debitore come l'introduzione di limiti più efficaci nella pignorabilità di stipendi e pensioni, versate sui conti correnti (artt. 545 e 546 cpc), la definizione dei limiti di impignorabilità delle pensioni (art. 545 cpc), la previsione della rateizzazione fino a trentasei mesi in caso di conversione del pignoramento (art. 495 cpc), meritano certamente una valutazione positiva¹⁶ perché operano modifiche

alle procedure che rispondono a generali principi di efficienza senza rispondere alle esigenze specifiche di questa o quella parte del processo esecutivo.

6. Una critica alla scelta in favore della liquidazione dei beni a prezzo ridotto ed al nuovo ruolo della assegnazione dei beni al creditore

Molto meno condivisibili sono le scelte che il legislatore ha operato con le riforme del 2015 e del 2016 (decreto legge 27 giugno 2015 n. 83 convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2015, n. 132; decreto legge 3 maggio 2016, n. 59 convertito con legge 30 giugno 2016, n. 119) sulle modalità della vendita, sulla determinazione delle offerte valide in relazione al prezzo di vendita del bene pignorato e, quindi, sul ricavato della procedura.

Si è previsto in particolare la possibilità di aggiudicare il bene pignorato fin dal primo esperimento di vendita non al suo reale valore ma ad un prezzo pari al valore del bene stimato ridotto di un quarto.

Infatti l'art. 572 cpc consente l'aggiudicazione del bene pignorato ad un prezzo base inferiore di un quarto al prezzo base di vendita, fissato sulla base della stima, salvo che sia stata proposta una o più istanze di assegnazione del bene a cura di uno dei creditori, pignoranti o intervenuti, purché titolati, ovvero che lo stesso giudice ritenga possibile, con una nuova vendita, conseguire un prezzo superiore.

In sostanza gli offerenti sono messi nella condizione di ottenere l'aggiudicazione già alla prima gara ad un prezzo inferiore del 25% del reale valore dell'immobile; il meccanismo può ripetersi in caso di esito negativo dell'esperimento di vendita, cosicché, al secondo esperimento di vendita il prezzo base può essere ridotto di un quarto ed il bene può, quindi, essere aggiudicato al un valore del 56,25% del prezzo di stima, al terzo al 42,19%, al quarto al 31,64%. In base al disposto dell'art. 592, comma 2, cpc al quinto esperimento di vendita il prezzo base può essere ridotto della metà e l'aggiudicazione può, quindi, avvenire al 15,82% del valore di stima.

Si prevede, quindi, una drastica svalutazione del valore dell'immobile per consentirne, in ogni caso, la vendita.

16. Non altrettanto può dirsi per la limitazione temporale della possibilità di formulare opposizioni all'esecuzione prevista dalla nuova formulazione dell'art. 615, comma 2, seconda parte cpc («Nell'esecuzione per espropriazione l'opposizione è inammissibile se è proposta dopo che è stata disposta la vendita o l'assegnazione a norma degli articoli 530, 552, 569, salvo che sia fondata su fatti sopravvenuti ovvero l'opponente dimostri di non aver potuto proporla tempestivamente per causa a lui non imputabile») introdotta dall'art. 4, comma 1, lett. l) del decreto legge 3 maggio 2016, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 giugno 2016, n. 119. La disposizione riprende una vecchia proposta della commissione Tarzia ma opera una limitazione dei diritti del debitore, che, peraltro, appare di dubbia utilità anche dal punto di vista della efficienza delle procedure.

Questa è una assoluta innovazione nel nostro sistema perché consente l'aggiudicazione ad un prezzo che non raggiunge quello corrispondente al suo valore di mercato nonostante il processo di espropriazione abbia la finalità di garantire la migliore collocazione del bene pignorato. Vi è stata, quindi, una totale inversione di tendenza ascrivibile ad una specifica scelta del legislatore che, per la prima volta, ha stabilito come, tra i diversi valori in gioco, debba prevalere quello della riduzione dei tempi del processo anche quando l'accelerazione si accompagni ad una sensibile riduzione di quanto ricavato dalla vendita forzata¹⁷.

In passato l'aggiudicazione rispondeva a logiche di mercato rigide, il bene veniva messo in vendita al valore di stima, le offerte valide erano solo quelle che corrispondevano nel minimo al prezzo base, in caso di esito negativo, si procedeva ad ulteriori vendite fino a giungere alla aggiudicazione.

Questo sistema aveva dimostrato di non essere idoneo ad una rapida liquidazione dei beni, soprattutto per il tempo che trascorrevano tra una sperimentazione di vendita e l'altro, ma gli aggiustamenti che sono stati operati nell'ultimo decennio (eliminazione di fatto di un procedimento ormai obsoleto come quello di vendita all'incanto, eliminazione di fatto dell'aumento di un quinto, previsione di modalità di svolgimento ravvicinate degli incanti) hanno consentito di mettere a punto un modello più efficiente, nel quale si può pensare di espletare almeno tre esperimenti di vendita l'anno realizzando attraverso un sistema di ribassi ragionevole ed in tempi rapidi l'aggiudicazione ad un corretto prezzo di mercato; in questo quadro l'ulteriore intervento volto a consentire l'aggiudicazione a prezzo ridotto con una drastica ed ingiustificata riduzione appare ingiustificata.

La scelta legislativa comporta un trattamento peggiore per i creditori che non abbiano una ipoteca di primo grado e per il debitore, considerato che la vendita ad un prezzo molto basso comporta l'elevata possibilità che, liquidate le spese di procedura e soddisfatto il creditore ipotecario di primo grado, non vi sia alcun residuo per gli altri creditori e per il debitore.

Peraltro la nuova disciplina ha avuto immediatamente una incidenza negativa sul sistema dei finanziamenti.

Vi è stata, infatti, una tendenza immediata ad operare valutazioni molto restrittive dei beni immobili offerti in garanzia poiché il rischio della escussione della garanzia a prezzo ridotto è stato scaricato sui clienti con una conseguente riduzione della parte mutabile del prezzo di acquisto degli immobili sul mercato libero; l'effetto è stato quello di rendere ancora più limitato l'accesso al finanziamento per l'acquisto della casa da parte di coloro che non hanno una disponibilità liquida pari ad una somma di circa il 40-50% del prezzo.

Un ulteriore segnale della tendenza ad utilizzare le procedure esecutive con finalità che non sono quelle della mera liquidazione dei beni pignorati è costituito dall'attribuzione di una rinnovata rilevanza ad un istituto che, finora, si era mostrato marginale come quello della assegnazione dei beni al creditore; si è stabilito che l'istanza di assegnazione sia l'unico strumento offerto al creditore per bloccare le vendite a prezzo ridotto (art. 572, art. 573, art. 591 cpc¹⁸) e si è introdotta l'assegnazione a favore di terzi (art. 590 *bis* cpc¹⁹) mentre, contestualmente, è entrato a pieno titolo nel nostro sistema l'istituto del finanziamento alle imprese garantito dal trasferimento di beni immobili sospensivamente condizionato (art. 48 *bis* Testo unico bancario²⁰).

Si tratta di una serie di interventi legislativi che hanno la finalità specifica di consentire agli istituti di credito di risolvere il problema delle "sofferenze" attraverso una forma di escussione delle garanzie consistente nella acquisizione, diretto o a favore di terzi, del bene offerto in garanzia con conseguente eliminazione della sofferenza dal bilancio e trasferimento del rischio, legato alla liquidazione del bene, a terzi.

L'idea complessiva è quella di eliminare le "sofferenze" bancarie attraverso la chiusura delle procedure esecutive, con una vendita a prezzi molto ridotti dei beni immobili pignorati o attraverso l'acquisizione diretta degli stessi da parte di soggetti terzi collegati agli istituti e chiamati a collocare sul mercato i beni.

17. Cfr. sul punto A. Soldi, *op. cit.*, A. Saletti, S. Vincre, M.C. Vanz *op. cit.*

18. Nelle ultime formulazioni successive alle modifiche introdotte con il decreto legge 27 giugno 2015 n. 83 convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2015, n. 132 e con il decreto legge 3 maggio 2016, n. 59 convertito con legge 30 giugno 2016, n. 119.

19. Introdotto con il decreto legge 3 maggio 2016, n. 59 convertito con legge 30 giugno 2016, n. 119.

20. Introdotto con l'art. 2 del decreto legge 3 maggio 2016, n. 59 convertito con legge 30 giugno 2016, n. 119. Peraltro il cd. "patto marciano" era stato già introdotto nel sistema giuridico italiano, in attuazione della direttiva Ce n. 17 del 2014 dal decreto legislativo 21 aprile 2016 n. 72 all'art. 120 *quinquiesdecies* che l'aveva previsto limitatamente ai soli contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali.

Il legislatore ha offerto un consistente sostegno a questo progetto, soprattutto con le riforme del 2015-2016.

7. Qualche considerazione finale

Non rientra tra i compiti di questo commento valutare l'efficacia finanziaria della scelta di esternalizzare le "sofferenze" bancarie attraverso l'acquisizione dei beni offerti in garanzia dai debitori spostandole dal bilancio degli istituti di credito a soggetti terzi (con modalità non tanto diverse da ciò che avvenne con le "cartolarizzazioni" degli inizi degli anni 2000) o della scelta di chiudere le procedure esecutive con un ricavato esiguo²¹.

Quello che, però, è importante riaffermare è come non sia corretto far gravare questo progetto sul debitore, attraverso una vera e propria svendita dei suoi beni, e sugli altri creditori di rango minore, che vedono svanire la garanzia generica costituita dal patrimonio del debitore.

Mentre sono, quindi, da condividere le scelte finalizzate a rendere più rapide ed efficienti le procedure esecutive devono essere oggetto di critica tutte le scelte che comportano un abbattimento "drogato" del ricavato delle procedure esecutive in funzione esclusiva della chiusura rapida delle stesse e per la realizzazione dell'interesse alla eliminazione formale delle "sofferenze" bancarie; senza contare la discutibile scelta di ridisegnare il processo esecutivo in base alle esigenze di una sola categoria di creditori.

Se questo è il quadro appare opportuno che il giudice dell'esecuzione in sede di emissione dell'ordinanza con la quale delega, in maniera praticamente

obbligata (art. 591 *bis* cpc) il procedimento di vendita ad un professionista, precisi in modo specifico i casi nei quali si può procedere ad una aggiudicazione a prezzo ridotto (prevedendo, ad esempio, che in occasione del primo esperimento di vendita, tale aggiudicazione avvenga solo con riferimento ad immobili che, per le loro caratteristiche appaiano di difficile collocazione) e preveda riduzioni del prezzo di vendita più limitate rispetto a quelle massime consentite dalla legge.

In sostanza il giudice dell'esecuzione dovrà considerare la possibilità di aggiudicazione a prezzo ridotto e la riduzione del prezzo nella misura massima prevista non come l'ipotesi tipica ma come uno strumento da utilizzare per gli immobili di minore rilievo o per le situazioni nelle quali la liquidazione appaia difficile; in questo modo si potranno contemperare l'interesse pubblico alla rapida definizione delle procedure esecutive e l'interesse del sistema bancario a liberarsi dalle "sofferenze" con l'interesse alla liquidazione dei beni pignorati al miglior valore ricavabili che risponde al diritto del debitore e dei creditori "minori" e, soprattutto, al valore generale della tutela del principio della responsabilità patrimoniale che comporta che il debitore risponda dei suoi debiti verso tutti i creditori con il proprio patrimonio reale e non con ciò che si ottiene attraverso una procedura che ha, di fatto, lo scopo di liquidare il patrimonio al ribasso, purché in tempi rapidi.

In questo modo si potrà pervenire ad una interpretazione ragionevole e conforme ai principi costituzionali, letti anche in combinazione con quanto affermato dalla Cedu²², ed ai principi generali del sistema giuridico italiano, della nuova disciplina dell'esecuzione forzata dopo le riforme degli ultimi anni.

21. Di recente qualche perplessità sulla opportunità di questa scelta è emersa anche dalle posizioni assunte dai rappresentanti dell'Abi che hanno evidenziato come al fine di evitare ribassi esagerati del prezzo di vendita dell'immobile, a nocimento dell'intera procedura, potrebbe essere opportuno che il giudice fissi un prezzo base inferiore al precedente solo fino al limite di un quarto.

22. Cfr. il citato art. 1 del Protocollo addizionale al Protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmato a Parigi il 20 marzo 1952.

Il ruolo delle banche nell'aggravamento e nella soluzione della crisi d'impresa

di Mauro Vitiello

Le recenti riforme delle procedure concorsuali hanno profondamente modificato istituti e funzioni ponendo al centro l'obiettivo del risanamento dell'impresa, riducendo i plurimi rischi che nelle operazioni di salvataggio le banche tradizionalmente erano restie a correre.

Si rende necessaria un'attenta disamina del ruolo dell'impresa bancaria, degli strumenti di incentivazione alla soluzione concordata delle crisi con riferimento anche alla capacità di tenuta del principio di eguaglianza piegato dal legislatore alla esigenza primaria di salvataggio dell'azienda.

1. Premessa: i nuovi strumenti per la soluzione concordata della crisi d'impresa

La complessiva riforma della legge fallimentare realizzata nel triennio 2005-2007, non più procrastinabile per la palese inadeguatezza di una normativa risalente al 1942, che integrava il portato di una realtà socio-economica molto distante da quella attuale, ha introdotto nel sistema del diritto concorsuale il principio della centralità dell'azienda, donde un radicale cambiamento delle finalità del controllo giurisdizionale sulla crisi dell'impresa.

Oltre al tradizionale obiettivo di liquidare e realizzare l'attivo nella prospettiva del più ampio soddisfacimento possibile del ceto creditorio si è imposto, in tutti i casi in cui sia ipotizzabile il mantenimento sul mercato dell'azienda gestita dall'imprenditore in difficoltà economico-finanziaria o irrimediabilmente insolvente, lo scopo della conservazione dell'impresa, con le conseguenti ricadute positive della conservazione, che ineriscono al mantenimento dei livelli occupazionali, oltre che dei livelli del prelievo tributario riconducibile all'esercizio dell'impresa.

La disciplina dell'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito, del contratto di affitto e di cessione dell'azienda facente parte dell'asse fallimentare, del concordato fallimentare (che significativamente è stato aperto ai creditori e ai terzi, legittimati a proporre il concordato anche nell'anno in cui la presentazione

della proposta è interdetta al fallito), risente intensamente di tale mutamento di prospettiva, il cui emblema normativo può essere trovato nel secondo comma dell'art. 104-bis l. fall., che a proposito dell'affitto di azienda prevede che «*La scelta dell'affittuario deve tenere conto, oltre che dell'ammontare del canone offerto, delle garanzie prestate e dell'attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali*».

È tuttavia indubbio che il principio della centralità dell'azienda sia immanente e condizionante in misura ancor più netta tutti gli istituti che si propongono di consentire il superamento della crisi, o la gestione dell'insolvenza, secondo modalità alternative a quelle derivanti dalla dichiarazione di fallimento dell'imprenditore.

La procedura concorsuale del concordato preventivo ed il procedimento degli accordi di ristrutturazione previsto dall'art. 182-bis l. fall., ma nella realtà dei fatti anche l'istituto del piano di risanamento ex art. 67 lett. d) l. fall. (che assai raramente prescinde da un accordo del debitore con tutti i suoi creditori), integrano strumenti di ristrutturazione del debito che muovono dalla premessa della composizione negoziale della crisi da parte del debitore e dei suoi creditori.

La soluzione concordata della crisi dell'impresa ha quindi assunto, nel nostro ordinamento giuridico, un rilievo sino a qualche anno fa impensabile, coerentemente con la diffusa, ed ormai consolida-

ta, spinta legislativa alla riduzione dell'intensità del controllo giurisdizionale sulle situazioni di crisi ed al corrispondente potenziamento del profilo negoziale e privatistico.

È così oggi possibile parlare di un nuovo ramo del diritto, quello della crisi d'impresa, comprensivo sia della disciplina più tipicamente concorsuale, sia della normativa dedicata alle forme di composizione negoziale e privatistica della crisi.

Queste ultime si sono viepiù arricchite dopo l'introduzione dei nuovi procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento, riservati agli imprenditori per dimensioni non assoggettabili a fallimento, alle *start-up* innovative, agli imprenditori agricoli, ai professionisti ed ai meri consumatori, con la conseguente estensione dell'area della crisi soggetta al controllo del giudice.

Resta che è soprattutto la crisi dell'impresa di dimensioni idonee a renderla assoggettabile a fallimento a trovare quale mezzo elettivo di soluzione le forme negoziali previste e disciplinate dalla legge fallimentare.

Quest'ultima ha subito una penetrante modifica proprio nella parte dedicata agli strumenti di composizione della crisi imperniati sull'accordo debitore-creditori, con un generale spostamento dell'asse della tutela normativa verso l'interesse del debitore, talvolta anche a detrimento delle aspettative di soddisfacimento del ceto creditorio.

L'introduzione dell'*automatic stay* conseguibile con la presentazione di una domanda di concordato sprovvista di piano, proposta e relazione attestatrice, la divaricazione delle discipline del concordato liquidatorio e di quello che, in vario modo, assicura la conservazione dell'azienda, l'anticipazione degli effetti interinali del concordato preventivo dal momento dell'ammissione al momento della pubblicazione della domanda al registro delle imprese, la moltiplicazione delle possibilità operative dell'imprenditore che abbia presentato la domanda di concordato o di omologazione degli accordi di ristrutturazione (dal pagamento integrale e anticipato dei crediti strategici, alla sospensione e allo scioglimento dai contratti pendenti, alla contrazione di finanziamenti prededucibili) non sono che le esplicitazioni maggiormente evidenti della rinnovata intensità delle forme di tutela riconosciute all'imprenditore in crisi, specie qualora egli persegua una soluzione di continuità aziendale.

In tale contesto il rapporto dell'imprenditore in crisi con gli istituti bancari assume un duplice, determinante rilievo.

In primo luogo le banche rappresentano non di rado, se non sempre, la parte preponderante del ceto creditorio da soddisfare nel fallimento del debitore o con cui è necessario trovare un accordo dilatorio o remissorio negli accordi di ristrutturazione previ-

sti dall'art. 182 *bis* l. fall. o nel piano di risanamento attestato di cui all'art. 67 lett. d) l. fall. o, ancora, pensando al concordato preventivo, cui destinare la proposta concordataria, nella prospettiva dell'accettazione della massa dei creditori.

Sotto tale aspetto, ai temi tradizionali della revocatoria delle garanzie reali che la banca può ottenere facendo leva sulla sua posizione di forza contrattuale e della disciplina che postone il pagamento della prededuzione al soddisfacimento del creditore finanziario ipotecario o pignoratorio, e ancora della possibilità giuridica dell'autonomo realizzo della garanzia reale nelle procedure concorsuali, si sono di recente aggiunti temi nuovi, quali quelli inerenti agli istituti dell'accordo di ristrutturazione con gli intermediari finanziari e della convenzione di moratoria (art. 182 *septies* l. fall., introdotto dalla cd. mini-riforma del 2015).

L'accordo di ristrutturazione con gli intermediari finanziari è un istituto interno al procedimento di cui all'art. 182 *bis* l. fall., utilizzabile dall'imprenditore in crisi nelle ipotesi in cui almeno la metà del suo indebitamento complessivo sia maturata nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari.

In tali casi per il debitore in crisi è possibile "segregare" i creditori finanziari in *categorie*, con un criterio di aggregazione che evoca quello del più conosciuto istituto delle classi (l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici), e costringere la banca che non volesse accettare un accordo remissorio o dilatorio a subire gli effetti di tale accordo, nell'ipotesi in cui quest'ultimo fosse stato raggiunto con intermediari finanziari che, all'interno della *categoria*, siano titolari di crediti pari o superiori alla soglia del settantacinque per cento.

Non si tratta, quindi, di un procedimento autonomo rispetto a quello di cui all'art. 182 *bis* l. fall., ma di un istituto che, in presenza dei medesimi presupposti sostanziali e formali dell'accordo di ristrutturazione (la crisi, la qualifica di imprenditore assoggettabile a fallimento e a concordato preventivo, l'esistenza di un piano di risanamento o liquidatorio sottostante agli accordi del debitore con i creditori, l'attestazione di veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano e degli accordi) consente di estendere coattivamente a determinati creditori gli effetti di accordi raggiunti dal debitore con altri creditori inclusi in una stessa *categoria*, con una lampante deroga al principio generale di cui all'art. 1372 cc, secondo il quale il contratto produce effetti esclusivamente nella sfera giuridica dei contraenti, fatti salvi i casi espressamente previsti dalla legge, casi tra i quali ora, pertanto, va certamente ricompreso anche quello in discorso.

Le perplessità di qualche commentatore, che ha ritenuto di poter individuare nel nuovo istituto una fattispecie di espropriazione del credito non inden-

nizzata, con conseguenti possibili conseguenze di illegittimità costituzionale, sono state fugate in considerazione della previsione che impone che il creditore finanziario “segregato” e oggetto dell’estensione dell’accordo raggiunto con il settantacinque per cento dei creditori della medesima categoria abbia prospettive di *soddisfacimento in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili* (art. 182 *septies*, comma settimo, lett. c, l. fall.).

L’introduzione della disciplina di cui all’art. 182 *septies* l. fall. segna quindi un ulteriore passo nella direzione del sostegno normativo all’imprenditore in crisi, avendo quale evidente obiettivo la neutralizzazione di quelle condotte ostruzionistiche, rispetto al possibile raggiungimento di accordi di ristrutturazione, che alcune banche hanno in questi ultimi anni posto in essere, con il malcelato intento di assicurarsi l’integrale rientro dalle proprie posizioni creditorie a scapito di altri creditori più malleabili e quindi maggiormente disponibili a subire una parziale falcidia dei propri crediti.

Analoga *ratio* va riconosciuta all’istituto della convenzione di moratoria previsto dall’art. 182 *septies*, ottavo comma, l. fall.

Esso consente l’estensione della temporanea moratoria già concordata dal debitore con parte degli intermediari finanziari suoi creditori a quelli di essi non aderenti, a condizione che questi ultimi abbiano omogeneità di posizione giuridica e di interessi economici rispetto ai creditori aderenti alla moratoria e a condizione, ancora, che i non aderenti siano titolari di crediti inferiori al venticinque per cento del totale dei crediti finanziari omogenei.

Anche in tale caso, quindi, è stata introdotta un’eccezione al principio generale di cui all’art. 1372 cc ma, a differenza di quanto appena visto con riguardo all’accordo di ristrutturazione con gli intermediari finanziari l’istituto, che recepisce gli accordi di *stand still* già in uso nella prassi, è autonomo rispetto al procedimento di cui all’art. 182 *bis* l. fall.

Può pertanto essere prodromico e funzionale a qualsiasi procedimento inteso a risolvere la crisi dell’impresa, sia esso un accordo di ristrutturazione, un piano di risanamento attestato, un concordato preventivo o un accordo stragiudiziale, o alternatively lo strumento per risolvere una crisi temporanea gestibile con una semplice moratoria nel rimborso del credito bancario, proteggendo l’imprenditore che sta trattando con i suoi creditori da iniziative di disturbo quali la presentazione di un ricorso di fallimento o l’iscrizione di un’ipoteca giudiziale.

L’ulteriore profilo che connota il ruolo delle banche nella crisi dell’impresa è quello collegato all’erogazione di nuovi finanziamenti all’imprenditore in crisi, o quantomeno al mantenimento delle linee autoliquidanti già in essere.

Esso costituisce l’indispensabile condizione di qualsiasi piano che, nella prospettiva del risanamento, intenda assicurare la sopravvivenza dell’azienda.

E non v’è dubbio che tale condizione rappresenti l’aspetto più sensibile e cruciale del rapporto tra banca e impresa in crisi.

2. Il finanziamento bancario dell’imprenditore in crisi

Come appena detto, l’esigenza di preservare l’impresa e di risanarla, assicurandone la continuità, passa obbligatoriamente per un virtuoso rapporto dell’imprenditore con le banche, i cui finanziamenti assumono un ruolo determinante nella definizione delle effettive possibilità di conservazione dell’azienda.

L’indispensabilità del finanziamento bancario per la soluzione delle crisi d’impresa è quindi la premessa, quasi banale, da cui muovere.

Tuttavia, poiché la leva finanziaria interviene necessariamente in una situazione di difficoltà più o meno grave dell’imprenditore, è necessario distinguere le ipotesi in cui il prestito, perché operato in una situazione non suscettibile di soluzione positiva, aggrava il dissesto, ritardandone l’emersione ed il suo inevitabile sbocco in una procedura concorsuale, da quelle nelle quali il prestito della banca è concretamente funzionale al risanamento, perché erogato con tempestività e quale elemento portante di un piano che abbia delle oggettive ed effettive possibilità di avere successo.

La necessità di scongiurare la prima delle due ipotesi e di incentivare invece le forme di finanziamento effettivamente funzionali alla attuazione di un piano di rilancio dell’impresa hanno indotto il legislatore a mutare radicalmente il quadro normativo, con l’introduzione di una serie di istituti e di principi che integrano, da un lato una forte incentivazione all’erogazione di prestiti da parte degli intermediari finanziari, dall’altro un quadro ben definito delle fattispecie che legittimano le banche alla erogazione di nuovi prestiti, o al mantenimento di quelli già in essere, nell’interesse dell’imprenditore che cerchi davvero di risolvere la sua situazione di crisi, e non semplicemente di procrastinarla senza prospettiva alcuna.

Ben può dirsi, pertanto, che oggi il quadro giuridico complessivo registri un’obiettivo e forte diminuzione del rischio da sempre connesso alla erogazione dei finanziamenti bancari all’imprenditore.

Si tratta di un rischio, in termini astratti, di varia natura.

V’è anzitutto il pericolo che la banca non rientri dal prestito erogato (cd. rischio restitutorio), a causa dell’inadempimento da parte del mutuatario all’ob-

bligio di restituzione derivante dalla contrazione del finanziamento e della possibile incapienza del patrimonio del debitore.

A ciò si sommano il rischio della revocatoria dei pagamenti solutori operati dal debitore in favore della banca nella prossimità dell'apertura del concorso dei creditori ed il rischio penale connesso all'esistenza della fattispecie della bancarotta preferenziale.

Infine non va dimenticato il rischio risarcitorio conseguente all'accertamento di un'eventuale ipotesi di concessione abusiva del credito.

Si vedrà nei dettagli in quali forme si sia realizzato l'intervento del legislatore inteso ad assicurare il rango prededucibile al credito vantato dalla banca che abbia erogato finanza nuova all'imprenditore in crisi, e a moltiplicare gli strumenti di garanzia della realizzazione del credito prededucibile, sì da scongiurare il cd. rischio restitutorio.

Il rischio revocatorio, a sua volta, è significativamente diminuito a seguito della riforma degli artt. 67 e 70 l. fall. intervenuta negli anni 2005 e 2006.

Essa ha determinato la riduzione del periodo *sospetto* (cioè del periodo che, per la sua prossimità alla dichiarazione di fallimento, rende suscettibili di accertamento di inefficacia i pagamenti di natura solutoria).

Ha inoltre introdotto l'esonero dalla revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario che non abbiano ridotto l'esposizione debitoria in maniera consistente e durevole e dei pagamenti eseguiti in esecuzione di un piano di risanamento *ex art. 67 lett. d) l. fall.* o di un piano concordatario o sottostante agli accordi di ristrutturazione *ex art. 182 bis l. fall.*

Ha infine limitato l'obbligo di restituzione derivante dall'acclarata inefficacia dei pagamenti alla banca alla somma pari alla differenza tra l'esposizione debitoria massima maturata dal *solvens* nel periodo *sospetto* e l'ammontare residuo della stessa, alla data in cui risulta essere stato aperto il concorso dei creditori.

Anche il rischio della responsabilità penale per concorso della banca nei reati di bancarotta semplice e preferenziale è venuto meno, essendo stata introdotta, nel 2010, la causa di esonero di cui all'art. 217 *bis l. fall.*, che attiene ai pagamenti ed alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione omologato o di un piano di risanamento attestato *ex art. 67 lett. d) l. fall.*, o infine di un accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento.

La stessa causa di esonero è riconosciuta ai pagamenti ed alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice ai sensi dell'art. 182 *quinquies l. fall.* ed alle operazioni di finanziamento effettuate ai sensi dell'art. 22 quater, comma 1, del dl. 24 giugno 2014, n. 91, convertito dalla legge 11 agosto 2014, n. 116,

nonché alle operazioni ed ai pagamenti compiuti, per le finalità di cui alla medesima disposizione, con l'impiego delle somme provenienti da tali finanziamenti.

Per l'intermediario finanziario che abbia erogato un prestito all'imprenditore in crisi resta quindi soltanto l'eventuale responsabilità da abusiva concessione del credito, per le ipotesi in cui sia accertato, con una prognosi da compiersi rigorosamente *ex ante*, che la nuova finanza erogata all'imprenditore non avrebbe potuto avere altro effetto che quello di aggravare una situazione di insolvenza che già al momento del finanziamento si palesava come irrisolvibile e irreversibile.

3. Il finanziamento come causa di aggravamento del dissesto: la fattispecie dell'abusiva concessione del credito

La fattispecie dell'abusiva concessione del credito viene inizialmente elaborata negli ordinamenti giuridici di Francia e Belgio e di essa la giurisprudenza e la dottrina italiana cominciano ad occuparsi, nella sostanza, soltanto a partire dagli anni novanta.

Una prima pronuncia della Corte di cassazione, risalente al 13 gennaio 1993, va segnalata per avere essa affermato il principio per cui la banca ha il dovere di osservare, nell'erogazione del prestito, cautele intese ad evitare che il credito riguardi soggetti decotti che non abbiano più alcuna prospettiva di recuperare l'equilibrio economico-finanziario.

Le successive, invero poco numerose sentenze di merito affermano la natura extracontrattuale della responsabilità da finanziamento abusivo e, soprattutto, ineriscono quasi tutte al noto problema della legittimazione ad agire del curatore fallimentare in rappresentanza degli interessi della massa dei creditori, laddove sia riscontrabile un danno da ritardato fallimento causato o concausato dalla indebita erogazione di un finanziamento nella fase che abbia preceduto l'apertura del concorso dei creditori.

Il concretarsi della fattispecie della banca che eroga credito ad un soggetto che non è in grado di rientrare con tutti i suoi creditori per l'irreversibilità dell'insolvenza prescinde dall'avvenuto adempimento del contratto di finanziamento ed integra una condotta illecita riconducibile ad una violazione di legge che si concreta in profili plurimi.

Tale condotta disattende anzitutto le norme che regolano il funzionamento del circuito creditizio.

Inoltre viola sia il principio generale di correttezza e buona fede che disciplina i rapporti tra i soggetti economici (art.1175, 1374 e 1375 cc) sia il principio di solidarietà sociale ed economica di cui all'art. 2 della Carta costituzionale.

L'erogazione del prestito ad un'impresa che non ha alcuna prospettiva di soddisfare tutti i suoi creditori, tanto più grave ove accompagnata da garanzie collaterali intese ad assicurare il rientro alla banca, denota il perseguimento da parte di quest'ultima dell'esclusivo interesse proprio, in completo spregio dell'interesse degli altri operatori.

Il danno prodotto dal finanziamento abusivo è duplice.

C'è la lesione all'integrità patrimoniale dell'imprenditore e quindi alla garanzia prevista dall'art. 2740 cc, con conseguente *vulnus* dell'interesse dei creditori muniti di un titolo giuridico anteriore al momento della contrazione del finanziamento, ma c'è altresì la lesione della libertà contrattuale dei creditori il cui titolo sia sorto in epoca successiva alla conclusione del contratto di finanziamento.

Questi ultimi, verosimilmente, risulteranno essere stati indotti dalla presenza delle linee di credito bancarie a negoziare con un imprenditore che era invece, ormai, definitivamente insolvente.

Sotto il profilo processuale, va ricordato che la Corte di cassazione, con la nota sentenza n. 7029 resa a Sezioni Unite nel 2006, ha escluso la legittimazione ad agire del curatore fallimentare.

La domanda di risarcimento danni da abusiva concessione di credito, infatti, analogamente a quella prevista dall'art. 2395 cc, non integra un'azione di massa, ma un'azione nella disponibilità giuridica del singolo creditore, in quanto strumento di reintegrazione del suo patrimonio.

Il singolo creditore ha quindi l'onere di dimostrare l'esistenza dei presupposti della responsabilità ex art. 2043 cc: la condotta, il danno, il nesso causale tra condotta e danno, l'entità di quest'ultimo, l'elemento soggettivo del dolo o della colpa, tenendo conto che il danno subito potrà variare, nella sua entità, in dipendenza di una serie di fattori, quali l'antiorità o posteriorità del credito rispetto all'epoca di contrazione del finanziamento e la natura privilegiata o chirografaria della ragione creditoria.

Perché il curatore fallimentare abbia la titolarità di un'azione da svolgere non nell'interesse del fallito - secondo quanto previsto dall'art. 43 l. fall. («*nelle controversie relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore*»), che rappresenta un corollario, forse il più rilevante, del principio dello spossessamento di cui all'art., 42 l. fall. - bensì nell'interesse della massa dei creditori concorsuali, è necessaria una norma che esplicitamente detta titolarità preveda.

Tali norme nel nostro ordinamento giuridico esistono, ma costituiscono un numero chiuso.

Si allude all'art. 146 l. fall., che legittima il curatore a svolgere anche nell'interesse della massa, oltre che della società fallita, l'azione di responsabilità

nei confronti dei componenti degli organi gestori e di controllo delle società fallite; all'art. 66 l. fall., che conferisce al curatore la legittimazione ad iniziare o proseguire le azioni di revocatoria ex art. 2901 cc; all'art. 2497, ultimo comma cc, che autorizza il curatore del fallimento di una società eterodiretta ad agire nei confronti della capogruppo, o degli organi di quest'ultima, per il risarcimento dei danni da cattiva direzione e controllo.

Una norma che attribuisca al curatore la legittimazione ad agire, nell'interesse della massa dei creditori, nei confronti della banca per il risarcimento del danno da abusiva concessione del credito non esiste, di qui la frustrazione delle aspettative di recupero di risorse da destinare alla massa dei creditori concorsuali che i curatori fallimentari riponevano nell'acclarata esistenza di una fattispecie di indebita e abusiva concessione di credito.

È stata tuttavia la stessa Suprema corte, con una sentenza della sezione prima civile, a fornire un'importante chiave di lettura e inquadramento della fattispecie dell'abusivo finanziamento, precisando come esso possa integrare un atto di cattiva amministrazione posto in essere dalla banca in concorso con il *management* della società poi dichiarata fallita (Cass., sez. I civile, 1.6.2010, n. 13413).

Come atto esplicativo della gestione amministrativa il finanziamento ben può portarsi con sé un effetto dannoso, ove i suoi costi, l'obbligo di pagamento degli interessi, l'obbligo di crearsi la provvista necessaria per la restituzione nei termini concordati, non si concilino con una situazione compatibile con la concreta possibilità del risanamento.

Al di fuori delle ipotesi in cui il finanziamento sia effettivamente funzionale al rilancio dell'impresa (o al mantenimento dell'azienda in esercizio nella prospettiva della sua cessione o conferimento ad altro soggetto), l'erogazione da parte dell'intermediario finanziario di ulteriori risorse all'imprenditore in crisi ha quindi, quale esclusivo effetto, l'aumento del volume del debito e la ingiustificata prosecuzione della presenza sul mercato di un soggetto irrimediabilmente insolvente.

Ne discende che la legittimazione del curatore ad esperire un'azione giudiziale nei confronti della banca responsabile di un finanziamento abusivo è condizionata alla costruzione di una fattispecie in cui la contrazione del prestito sia considerata un atto di cattiva gestione amministrativa posta in essere dal *management* della società insolvente in concorso con la banca, donde la piena legittimità di una domanda risarcitoria del curatore fallimentare per i danni cagionati alla società fallita dalle concorrenti condotte degli amministratori richiedenti il credito e delle banche concedenti (cfr. da ultimo, su tale falsariga, Cass., sez. I, 20 aprile 2017, n. 9983/17).

Solo in tal modo, infatti, è possibile ricondurre la fattispecie in discorso alla previsione di cui all'art. 146 l. fall., con l'ulteriore conseguenza favorevole che, dovendosi escludere che il concorso tra amministratore e banca configuri un'ipotesi di liticonsorzio necessario, per la curatela sarà possibile citare in giudizio soltanto la banca, soggetto per definizione solvibile, in tutti i casi, peraltro assai frequenti, in cui i componenti dell'organo amministrativo della società poi dichiarata fallita dovessero risultare privi di un patrimonio aggredibile.

4. Il finanziamento operato nell'ambito degli strumenti di soluzione concordata della crisi

Gli interventi progressivamente realizzati dal legislatore a partire dall'anno 2010 rappresentano la più emblematica presa di coscienza dell'indissolubile nesso esistente tra erogazione del credito e risanamento.

Gli istituti del finanziamento funzionale alla soluzione della crisi con lo strumento del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione, del finanziamento esecutivo di un piano concordatario o di un piano sottostante agli accordi *ex art. 182 bis*, l. fall., del finanziamento interinale e del finanziamento urgente non attestato determinano però un altro importante effetto, che è quello di proteggere la banca finanziatrice dal rischio risarcitorio in astratto imminente all'erogazione del credito all'imprenditore in crisi, rischio che si concretizza in presenza delle situazioni individuate nel paragrafo precedente.

Non c'è chi non veda, infatti, che ove il contratto di finanziamento venga concluso *a latere* di un piano di risanamento attestato, nella sua fattibilità, da un professionista avente le caratteristiche di cui all'art. 67, lett. d), l. fall., o addirittura, come nel caso del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, omologato dall'autorità giurisdizionale, la possibilità di ravvisare in tale negozio giuridico un atto di cattiva gestione posto in essere dall'imprenditore in concorso con la banca sono sostanzialmente inesistenti, fatto salvo il caso (certamente residuale) in cui sia riscontrabile un'artificiosa e dolosa operazione, di natura fraudolenta, intesa ad assicurare un beneficio illecito ad imprenditore e banca con l'utilizzo abusivo di strumenti giuridici pensati ed introdotti nell'ordinamento giuridico per assolvere a tutt'altre funzioni.

Nella fisiologia di tali casi, invece, la soluzione della crisi entra nella causa del contratto di finanziamento, la cui finalità economica non è più soltanto quella di assicurare la disponibilità di risorse finanziarie contro un corrispettivo (gli interessi), ma anche

quella di assicurare il risanamento dell'imprenditore cui viene assicurata la nuova leva finanziaria.

Il contratto di finanziamento assume pertanto in tali casi le vesti di un negozio con causa atipica, certamente meritevole di tutela, e in quanto tale non autorizza, salvo i casi limite di cui s'è detto, a ravvisare alcuna ipotesi di abusiva concessione del credito.

Se quindi il finanziamento erogato quale condizione di fattibilità del piano di risanamento ha come effetto immanente l'impossibilità di configurare l'abuso, ben può concludersi che il legislatore abbia offerto alle banche un grosso ausilio, con lo scopo di incentivarle ad assicurare alle società in difficoltà finanziaria quell'irrinunciabile supporto di cui esse hanno bisogno, nella prospettiva dell'auspicato risanamento o dell'altrettanto auspicata conservazione dell'azienda in esercizio.

5. I progressivi interventi del legislatore di incentivazione alla erogazione di nuova finanza: finanziamenti-ponte ed esecutivi; finanziamenti interinali attestati

Dopo la riforma organica del diritto della crisi d'impresa del 2005-2006, che ha segnato l'introduzione dei nuovi istituti di composizione negoziale della crisi d'impresa (accordi di ristrutturazione e piano di risanamento attestato, condivisibilmente definito dai più «un accordo di ristrutturazione senza l'intervento del giudice») e la radicale modifica della disciplina del concordato preventivo, il legislatore ha preso contezza dell'assoluta indispensabilità della cd. finanza nuova per il risanamento dell'impresa o della conservazione dell'azienda.

È quindi cominciata, a partire dall'anno 2010, una progressiva integrazione delle norme della legge fallimentare, intesa ad assicurare alle banche la certezza del rientro dal prestito erogato all'imprenditore in difficoltà, in tutte le ipotesi in cui il finanziamento abbia avuto quella funzione di ausilio alla soluzione della crisi che, secondo quanto poc'anzi detto, è divenuta ad ogni effetto parte integrante della causa del contratto finanziario.

Il primo intervento, in ordine cronologico, si è realizzato con il dl. 31 maggio 2010 n. 78, convertito dalla legge 30 luglio 2010 n. 122.

Ne è scaturito l'art. 182 *quater* l. fall., che nei sui primi due commi ha riconosciuto la prededuzione, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111 l. fall., ai crediti derivanti da finanziamenti erogati da banche e intermediari finanziari, in qualsiasi forma effettuati, in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, o in funzione della presentazione della domanda di ammis-

sione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei crediti, a condizione che i finanziamenti siano previsti dal piano concordatario o dall'accordo e purché la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento di ammissione al concordato e l'accordo sia omologato dal tribunale.

Si è trattato della prima volta che il legislatore ha affermato espressamente il riconoscimento del rango prededucibile a crediti da finanziamento contratto per risolvere la crisi con un intento, oltre che incentivante l'erogazione del finanziamento, anche in qualche misura mirato a "confortare e incoraggiare" il sistema creditizio, da sempre timoroso e scettico nel fornire un reale supporto all'imprenditore in crisi.

Peraltro non può essere taciuto che la prededuzione del finanziamento funzionale all'apertura della procedura di concordato preventivo rientri comunque, a pieno titolo, nella prededuzione da funzionalità di cui all'art. 111, ultimo comma, l. fall. e che la prededuzione del finanziamento esecutivo del piano o degli accordi omologati consegua *ex lege*, sulla base dei principi generali, donde la conclusione che certamente il debito dell'imprenditore che sorge dopo l'omologazione del concordato (o, a maggior ragione, degli accordi di ristrutturazione) debba essere di natura prededucibile e non concorsuale.

Sotto tali aspetti, quindi, la prima riforma intesa ad incentivare l'erogazione del credito nella prospettiva della soluzione della crisi dell'impresa ha avuto per lo più, come detto, lo scopo di aggiungere un esplicito riconoscimento della prededuzione a crediti che di quest'ultima avrebbero comunque fruito.

A ben vedere, quindi, l'unica novità scaturita dalla legge n. 122/10, in termini di disciplina giuridica del rango da riconoscersi al credito della banca finanziatrice, ha riguardato il riconoscimento della prededuzione al credito da finanziamento erogato funzionalmente alla conclusione degli accordi di ristrutturazione.

Questi ultimi, infatti, non sono una procedura concorsuale, ma un procedimento che, inerendo agli accordi negoziali raggiunti dall'imprenditore in crisi con i suoi creditori, riconosce a tali negozi effetti giuridici che senza il controllo giurisdizionale non si produrrebbero.

Alcuni di tali effetti sono interinali: la protezione del patrimonio del debitore rispetto ad azioni esecutive e cautelari che si verifica con l'iscrizione degli accordi al registro delle imprese; altri sono di natura finale, conseguendo soltanto all'eventuale omologazione: l'esonero da revocatoria e dalla responsabilità per il reato di bancarotta semplice e preferenziale, in relazione ai pagamenti e ai negozi eseguiti e conclusi in esecuzione degli accordi.

Il finanziamento erogato in funzione dell'apertura del procedimento degli accordi *ex art. 182 bis l. fall.*, quindi, deve essere restituito quale fisiologico adempimento del contratto da parte dell'imprenditore mutuatario, nel contesto negoziale nel quale le parti si trovano, e in tale caso parlare di prededuzione ha un senso giuridico nella sole ipotesi in cui alla mancata omologazione dell'accordo consegua il fallimento, o quest'ultimo intervenga immediatamente dopo l'omologazione, a causa dell'inadempimento, da parte del debitore, degli accordi di ristrutturazione omologati.

Il legislatore ha tuttavia ben presto capito che l'intervento in parola non sarebbe stato sufficiente ad incentivare l'erogazione del credito bancario all'impresa in crisi che avesse delle ragionevoli prospettive di risanamento.

La casistica giudiziaria ha registrato, come forse facilmente prevedibile, un'applicazione limitatissima delle norme di cui all'art. 182 *quater l. fall.*, rivelatesi inidonee a dare certezza del rientro alle banche, sostanzialmente a causa del condizionamento del riconoscimento della prededuzione all'emissione di un provvedimento giurisdizionale: il decreto di ammissione al concordato comprensivo di un espresso riferimento alla prededuzione e il decreto di omologazione degli accordi.

Il legislatore è stato quindi indotto ad un nuovo intervento, concretizzatosi nella riformulazione dell'art. 182-*quater* e nell'introduzione dell'art. 182 *quinquies l. fall.*

Con il dl. 22 giugno 2012 n. 83, convertito nella legge 7 agosto 2012 n. 134 (cd. decreto sviluppo), l'art. 182-*quater* è stato modificato con l'eliminazione delle limitazioni di carattere soggettivo precedentemente previste per l'erogazione dei *finanziamenti-ponte* e dei *finanziamenti esecutivi*.

La prededuzione è stata quindi riconosciuta anche ai finanziamenti erogati da soggetti diversi da banche e intermediari finanziari, con il chiaro intento di ampliare le possibilità operative dell'imprenditore in crisi.

Come facilmente prevedibile, la novella non ha sortito effetti di sorta, stante l'assoluta preminenza delle ipotesi in cui ad erogare un prestito funzionale alla soluzione della crisi sia un soggetto rientrante nel novero degli intermediari finanziari, come individuati e definiti dall'art. 116 Tub.

Certamente molto più incisiva è risultata l'introduzione dell'art. 182-*quinquies*, la cui rubrica recita «*Disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*».

Invero, soltanto una parte delle norme contenute dall'art. 182-*quinquies* (e precisamente i commi 4 e 5) sono riservate alle ipotesi di continuità azienda-

le (secondo il concetto di continuità recepito dall'art. 186-bis l. fall.), riguardando le altre tutti i casi in cui il debitore intenda azionare la procedura di concordato preventivo o il procedimento di cui all'art. 182-bis l. fall. e quindi anche i procedimenti con finalità meramente liquidatoria.

Quest'ultima non è infatti incompatibile, in termini di principio, con la prosecuzione provvisoria dell'impresa, nella fase che precede il deposito del piano concordatario o degli accordi, laddove l'esercizio provvisorio possa avere quale obiettivo la valorizzazione dei beni oggetto di liquidazione, o la conservazione dell'azienda nella prospettiva della sua successiva cessione.

Comunque sia, le norme di cui al primo, secondo e terzo comma hanno introdotto la possibilità, per il debitore in crisi che presenti una domanda di concordato (anche nella forma del concordato "con riserva") o di omologazione di un accordo di ristrutturazione (o una proposta di accordo ex art. 182-bis, comma 6, l. fall.), di richiedere al tribunale l'autorizzazione a contrarre un finanziamento prededucibile.

I finanziamenti possono essere individuati soltanto per entità e tipologia e non è necessario che siano già oggetto di trattative nel momento in cui venga presentata l'istanza di autorizzazione.

Anche in tali casi, come in quelli previsti dall'art. 182 *quater* l. fall., non vi sono limitazioni alla qualità soggettiva del finanziatore che, in termini teorici, può essere anche diverso dagli intermediari finanziari.

L'eventuale concessione da parte del debitore di pegno o ipoteca a garanzia del finanziamento deve essere autorizzata dal tribunale.

Così prescrivendo, il legislatore aggiunge alle già viste due categorie di finanziamenti cui è riconosciuta, o meglio può essere riconosciuta, la prededuzione, un terzo genere di finanziamento prededucibile, caratterizzato dal fatto che viene contratto dopo la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione e prima dell'omologazione.

È quindi corretto identificare tale *genus* di finanziamento con l'aggettivo "interinale" (ad un procedimento già iniziato), per distinguerlo dalle altre tipologie di finanziamenti che potenzialmente possono fruire della prededuzione, quelli di cui all'art. 182 *quater* l. fall., che rispettivamente precedono l'apertura del procedimento o seguono la chiusura dello stesso.

Dei finanziamenti interinali vanno rimarcate le peculiarità, che sono tali da assicurare all'erogatore della somma mutuata un'elevata probabilità del rientro, e ciò non soltanto in conseguenza della certezza del rango prededucibile del relativo credito.

Infatti, a differenza delle ipotesi regolate dall'art. 182 *quater* l. fall., la banca non vede condizionato il riconoscimento della prededuzione all'emissione di

un provvedimento del tribunale successivo all'erogazione del prestito, negoziando e contraendo il finanziamento sulla base di un'autorizzazione giurisdizionale già intervenuta, su richiesta del debitore in crisi.

La richiesta di autorizzazione di tali finanziamenti "interinali" deve essere accompagnata dall'attestazione di un professionista designato dal debitore ed in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall. in merito alla funzionalità del finanziamento alla miglior soddisfazione dei creditori.

L'attestazione deve essere preceduta dalla verifica del complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione.

Come detto, il finanziamento interinale ha il pregio di poter essere contratto dall'imprenditore in crisi che abbia eventualmente soltanto depositato domanda di concordato in bianco (o la proposta di accordo ex art. 182-bis, comma 6 e segg.), così fruendo dell'*automatic stay*, sulla base di un'autorizzazione già emessa da parte del tribunale, e quindi con la possibilità di offrire al finanziatore con lui contraente la certezza in merito al riconoscimento del rango prededucibile.

Ma v'è di più.

L'imprenditore in crisi e la banca erogatrice del finanziamento possono concordare la costituzione di una garanzia reale dell'adempimento dell'obbligazione della restituzione del finanziamento da parte del debitore.

La previsione, intesa ancora una volta ad accrescere le tutele dell'intermediario finanziario, è perfettamente compatibile con l'ambito negoziale e privatistico in cui i soggetti economici si muovono, quando lo strumento di soluzione della crisi prescelto è l'accordo di ristrutturazione.

Non lo è con l'ambito concorsuale in cui i medesimi soggetti si muovono quando lo strumento di soluzione della crisi prescelto è il concordato preventivo che è, appunto, una procedura concorsuale.

In questo caso i principi generali, secondo cui con l'apertura del concorso dei creditori il patrimonio del debitore si cristallizza, dovendo da quel momento avere quale unica funzione il soddisfacimento dei creditori secondo le regole del concorso (artt. 2741 cc), subiscono una deroga significativa.

Al debitore è infatti consentito sottrarre alla massa dei creditori concorsuali uno o più beni, per costituire sui medesimi un pegno o un'ipoteca che garantiscano la banca finanziatrice della restituzione del prestito erogato.

La deroga trova peraltro una compensazione nella necessità che la domanda del debitore, intesa ad ottenere l'autorizzazione alla contrazione del finanziamento ed eventualmente anche alla costituzione della garanzia reale, sia accompagnata da un'attestazione, resa dal professionista previsto dall'art. 67, lett. d) l. fall., inerente alla funzionalità all'interesse della mas-

sa dei creditori al miglior soddisfacimento sia della dilatazione dell'esposizione debitoria riconducibile alla contrazione del finanziamento, sia dell'eventuale costituzione del pegno o dell'ipoteca, che come visto integrano una sottrazione alla massa dei creditori di una parte della loro garanzia patrimoniale.

La previsione di tale attestazione "mirata" e focalizzata sui detti aspetti integra quindi un importante presidio del principio della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 cc, tale da compensare il *vulnus* al principio della cristallizzazione del patrimonio del debitore al momento dell'apertura del concorso che dalle norme in discorso deriva.

6. I finanziamenti interinali urgenti non attestati: l'accettazione del rischio di lesione dell'interesse dei creditori al miglior soddisfacimento possibile

Il presidio del principio dell'integrità della garanzia patrimoniale integrato dalla attestazione di funzionalità alla miglior soddisfazione dei creditori del professionista "cade" nella nuova fattispecie di finanziamento all'impresa in difficoltà introdotta con il dl. 27 giugno 2015 n. 83, convertito dalla legge 6 agosto 2015, n. 132.

La spinta del legislatore ad una virtuosa erogazione di finanziamenti all'imprenditore in crisi determina l'introduzione del vigente terzo comma dell'art. 182 *quinquies* l. fall., che prevede un'ulteriore ipotesi di finanziamento interinale, con la possibilità di chiedere al tribunale l'autorizzazione alla contrazione di finanziamenti prededucibili, ma senza che tale richiesta debba essere accompagnata dall'attestazione del professionista inerente alla funzionalità del prestito al miglior soddisfacimento dei creditori.

È inoltre prevista un'ulteriore garanzia dell'obbligazione da restituzione, dal momento che il debitore ha la possibilità, non più soltanto di costituire un pegno o un'ipoteca sui suoi beni, ma di negoziare la cessione dei suoi crediti alla banca finanziatrice.

C'è un presupposto di carattere procedimentale, integrato dalla circostanza che il debitore si trovi nella fase preconcordataria (che, come noto, può precedere anche la conclusione degli accordi di ristrutturazione) e ve ne sono altri di natura sostanziale.

I presupposti sostanziali sono anzitutto la necessaria esistenza un'urgenza intensa e pressante collegata all'esercizio dell'impresa.

È poi previsto che il debitore debba precisare la destinazione del finanziamento, che vi sia l'impossibilità di reperire altrimenti il finanziamento stesso e che vi sia, soprattutto, la necessità di evitare un pregiudizio imminente e irreparabile all'azienda.

Il rischio che si vuole evitare, nella sostanza, è che si verifichi la cessazione dell'impresa riconducibile alla mancanza di leva finanziaria, con conseguente svilimento del valore dell'avviamento, dei beni immateriali e materiali di cui ogni azienda si compone in una fase, quella successiva alla presentazione della domanda di concordato "senza piano", in cui l'imprenditore in crisi sta valutando quale strumento, tra il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione, sia maggiormente funzionale agli interessi dei creditori e dei dipendenti.

Ora, s'è detto che con la pubblicazione al Registro delle imprese della domanda di concordato "senza piano" si apre il concorso dei creditori e che, secondo i principi generali, l'apertura del concorso dovrebbe cristallizzare il patrimonio del debitore, da quel momento finalizzato esclusivamente al soddisfacimento della massa dei creditori secondo le regole del concorso.

Nella fase decorrente dalla pubblicazione al registro delle imprese della domanda formulata ai sensi dell'art. 161, comma sesto l. fall., e sino alla scadenza del termine assegnato dal tribunale all'imprenditore perché questi decida quale strumento utilizzare per la gestione della crisi, tuttavia, è sempre possibile, per l'imprenditore, proseguire la sua gestione caratteristica, sia che si muova nella prospettiva della presentazione di un piano che contempli la continuità aziendale, sia che egli lavori per una soluzione concordataria di carattere liquidatorio; di qui la possibilità, tutt'altro che remota, che la garanzia patrimoniale della massa dei creditori risulti ulteriormente erosa da perdite riconducibili alla prosecuzione dell'attività d'impresa.

Quando la domanda di concordato è accompagnata da piano, proposta, relazione attestatrice e da tutti i documenti previsti dall'art. 161, comma due l. fall. o, comunque, dal momento in cui detti documenti vengono presentati, il presidio del principio generale della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 cc è integrato dagli ulteriori contenuti obbligatori del piano (che deve contenere indicazione analitica di costi e ricavi, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura), dalla relazione di attestazione sulla funzionalità della prosecuzione dell'impresa al miglior soddisfacimento dei creditori, infine dalla norma di cui all'ultimo comma dell'art. 186 *bis* l. fall., che ricollega l'arresto della procedura *ex art.* 173 l. fall. all'accertata manifesta dannosità, per i creditori, della prosecuzione dell'impresa.

Viceversa, nella fase preconcordataria mancano per definizione il piano, l'attestazione di fattibilità del piano e di funzionalità della continuità al miglior soddisfacimento dei creditori.

Ma soprattutto, non c'è la possibilità di applicare la norma di cui all'art. 186 *bis* ultimo comma l. fall.,

che prevede la necessità di instaurare il procedimento incidentale di cui all'art. 173 l. fall., finalizzato all'arresto della procedura, in tutti i casi in cui la prosecuzione dell'impresa si riveli manifestamente dannosa per la massa dei creditori.

In questo contesto, l'introduzione della possibilità che l'imprenditore negozi un finanziamento predecidibile urgente senza che sia prevista la necessità di attestare che l'erogazione del prestito sia compatibile con l'interesse della massa dei creditori al miglior soddisfacimento possibile, significa che il legislatore accetta il rischio di una contrazione della garanzia patrimoniale dei creditori, a fronte del superiore interesse ad assicurare ogni possibile forma di sostegno finanziario all'imprenditore in crisi.

A ciò si aggiunga che i presupposti sostanziali alla cui esistenza viene subordinata la possibilità di contrarre il finanziamento urgente non costituiscono, verosimilmente, oggetto di onere probatorio da parte dell'imprenditore, bensì di un mero onere di allegazione, come desumibile dal fatto che, per decidere entro il termine, da considerarsi di natura acceleratoria, di dieci giorni, il tribunale abbia poteri di sommaria istruttoria (assunzione di sommarie informazioni sul piano e sulla proposta in via di elaborazione, acquisizione obbligatoria del parere del Commissario giudiziale, eventuale audizione dei principali creditori).

Certamente bisognerà che tale dovere di allegazione sia rispettato in modo stringente, così da dare al tribunale elementi di valutazione concreti che gli consentano di esercitare al meglio il suo potere discrezionale.

L'ultima parte del 182 *quinquies*, terzo comma, l. fall. prevede inoltre che la richiesta possa avere ad oggetto anche il mantenimento delle linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda.

Non v'è dubbio che l'effettiva possibilità di proseguire l'impresa passi per il mantenimento delle linee autoliquidanti.

Pressoché tutte le imprese operano e vivono perché hanno anticipazioni bancarie sulle fatture emesse ai propri clienti.

Senza il cosiddetto autoliquidante non c'è continuità e non c'è impresa.

Prima della riforma del 2015, peraltro, la giurisprudenza più accorta aveva percepito l'importanza del mantenimento delle linee autoliquidanti e si era regolata di conseguenza, o ritenendo che la prosecuzione delle linee autoliquidanti rientrasse nell'ordinaria amministrazione e in quanto tale non risentisse affatto della necessità di interpellare il tribunale per avere autorizzazioni di sorta, o valorizzando il fatto che il meccanismo dell'autoliquidante scaturisse da un complesso di negozi giuridici qualificabili come pendenti, in quanto non ancora integralmente ese-

guiti da entrambe le parti, e quindi soggetti al principio generale della loro prosecuzione, salvo presentazione da parte del debitore in concordato di istanza di sospensione e scioglimento, secondo quanto previsto dall'art. 169 *bis* l. fall.

Tenuto conto di ciò, non v'è dubbio che l'introduzione della norma in discorso, con la conseguente necessità che il mantenimento delle linee autoliquidanti sia soggetto a richiesta di autorizzazione giudiziale, si porti con sé il concreto rischio di avere quale effetto l'immediata interruzione delle anticipazioni e delle erogazioni bancarie in essere al momento della presentazione della domanda di concordato e quindi possa produrre un effetto distonico, se non opposto, rispetto a quanto fosse nelle intenzioni del legislatore.

D'altro canto, a fronte di ciò, il provvedimento giurisdizionale di autorizzazione alla contrazione del finanziamento interinale e urgente pare rispondere ad una precisa esigenza del mondo creditizio: quella di ridurre al minimo le ipotesi in cui all'erogazione del prestito non faccia seguito la restituzione del capitale e degli interessi da parte dell'imprenditore.

È infatti indubbio che il decreto autorizzativo operi una sorta di rafforzamento della prededuzione riconosciuta al finanziatore, non soltanto mettendo al riparo la banca da eventuali determinazioni sfavorevoli del giudice delegato dell'eventuale successivo fallimento dichiarato "in consecuzione" (sarebbe difficile immaginare che un giudice delegato non tenesse conto di una qualificazione giuridica del credito come prededucibile riconducibile, oltre che alla legge, anche ad un espresso provvedimento giurisdizionale intervenuto sulla fattispecie concreta), ma altresì, secondo una tesi che pare possa essere sostenuta, sottraendo la banca stessa al rischio di una degradazione del suo credito a concorsuale, nell'ipotesi di arresto del preconcordato, o del successivo concordato e ritorno in *bonis* seguito (dopo un tempo significativo) dalla dichiarazione di fallimento, senza che sia quindi ravvisabile il fenomeno della consecuzione delle procedure, che come noto stabilizza il rango prededucibile del credito sorto come tale, escludendo che si possa ravvisare un nuovo e diverso momento di apertura del concorso dei creditori, rispetto a quello iniziale di apertura della procedura di concordato preventivo.

7. Conclusioni e prospettive *de iure condendo*

Il sistema bancario è chiamato a svolgere un ruolo di insostituibile ausilio nella soluzione della crisi dell'impresa.

In nome della continuità dell'impresa, e quindi del mantenimento dei livelli occupazionali e del livello della riscossione tributaria, il legislatore accetta

l'eventualità che la prosecuzione della gestione caratteristica nella fase successiva all'*automatic stay* in cui si concreta la pubblicazione della domanda ex art. 161, sesto comma, l. fall. produca delle ulteriori perdite e quindi riduca la garanzia patrimoniale dei creditori.

La stessa norma di cui all'art. 182 *sexies* ultimo comma l. fall., che limita la responsabilità ex art. 2486 cc degli amministratori della società in crisi agli atti gestori rivelatisi di natura non conservativa del patrimonio che siano stati posti in essere prima della pubblicazione della domanda di concordato o di omologazione degli accordi di ristrutturazione, esclude possibili profili di responsabilità civile per la gestione risalente alla fase che segue la presentazione della domanda di concordato o di omologazione degli accordi.

Integra quindi una chiara esplicitazione del-

la volontà legislativa di incentivare la prosecuzione dell'impresa in crisi nella prospettiva della possibile ed auspicata conservazione dell'azienda o del ramo d'azienda.

Non solo, sempre in nome della continuità il legislatore, come visto, accetta il rischio che la contrazione di un finanziamento possa pregiudicare l'interesse dei creditori concorsuali al miglior soddisfacimento possibile, con una significativa riduzione del rischio restitutorio che da sempre, in varia misura, si accompagna all'erogazione del prestito bancario.

Continuità, conservazione delle linee di credito in essere e contrazione di nuovi finanziamenti sono istituti che non possono che esigere ciò che da anni gli analisti più attenti invocano, un complesso di previsioni normative che assicurino la pronta e tempestiva emersione della crisi.

Il nuovo ordinamento della banca secondo la *Bank recovery and resolution directive*

di Bruno Inzitari

L'articolo evidenzia come in passato alle crisi o ai dissesti delle banche si sia fatto fronte prevalentemente attraverso processi di acquisizione e assorbimento dell'istituto in crisi da parte di altre banche. Oggi questo tipo di soluzione si rivela però poco praticabile, ed al tempo stesso i vincoli europei limitano fortemente l'alternativa del ricorso ad aiuti di Stato. D'altro canto la funzione che le banche svolgono sul mercato comporta, in caso di loro dissesto, un forte rischio sistemico. Perciò, in attuazione della *Bank recovery and resolution directive*, è stato introdotto anche in Italia il principio della condivisione degli oneri (*burden sharing*) da parte degli azionisti e dei creditori subordinati. Le tecniche di risoluzione del dissesto bancario risultano oggi diverse rispetto a quelle previste dal diritto comune, ritenute non compatibili con la natura della banca e con le esigenze della stabilità del mercato. Viene descritto il modo in cui le procedure di risoluzione del dissesto bancario intervengono sulle passività e ne determinano la riduzione nella misura necessaria per assicurare la continuazione della attività bancaria, distribuendo le perdite sugli azionisti ed i creditori della banca, a condizione che questi ultimi, con la liquidazione concorsuale del patrimonio, avrebbero subito analogo o maggiore pregiudizio.

Premessa

La disciplina delle imprese bancarie ha segnato la più recente e significativa evoluzione nella messa a regime della *Banca Union* nei suoi tre pilastri: il *Single supervisory mechanism (Ssm)*, il *Single resolution mechanism (Srm)* ed il *Dgs (deposit guarantee scheme)*.

Il meccanismo unico di supervisione viene realizzato attraverso l'attività di vigilanza della Banca centrale europea (Bce) nelle cosiddette banche *significant* e delle autorità nazionali sulle cosiddette banche *less significant*, nell'ambito di linee guida uniformi stabilite dalla BCE, che all'occorrenza può avocare la supervisione.

Attraverso la Bce, le autorità nazionali ed il *Single resolution mechanism (Srm)* viene pertanto attuata una gestione unitaria della Vigilanza e della crisi dell'impresa bancaria al fine di evitare distorsioni competitive.

La nuova disciplina conferma la rilevante diversità dei principi che regolano la crisi della banca rispetto alla crisi dell'impresa di diritto comune. L'attività dell'impresa bancaria, già con la disciplina del Testo unico bancario del 1993 ed ora con la disciplina di cui alla *Bank recovery and resolution directive*, Direttiva 2014/59/UE (successivamente Brrd) attuata in Italia dal d.lgs 16 novembre 2015 n. 180 e dal d.lgs della stessa data n. 181, si può dire che è non tanto rivolta a regolare il rapporto con i creditori quanto piuttosto il corretto esercizio del rapporto fiduciario, che contraddistingue l'attività bancaria sia nell'attività di raccolta, sia nell'attività di erogazione del credito¹.

L'incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni ed addirittura la conclamata insolvenza, mentre per l'impresa di diritto comune possono costituire la prima parte di una fase volta alla ristrutturazione del debito e alla ricerca di una soluzione concordata con i creditori, per la banca costituiscono lo stadio finale della crisi stessa.

1. Cfr. R. Costi, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 799 ss.; A. Antonucci, *Diritto delle banche*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 387 ss.

È infatti nella irregolarità del comportamento della banca che si manifesta la crisi. Pertanto è già in questa fase che l'autorità di vigilanza² deve intervenire per controllare e rimuovere ogni situazione anomala e di pericolo, che può avere i suoi effetti sulla stabilità dell'intero sistema.

La specialità della impresa bancaria giustifica la prevalenza della volontà pubblica dell'autorità di settore in ogni aspetto relativo al governo, alla gestione e anche alla regolazione della crisi bancaria³.

Si tratta di una discrezionalità che si giustifica con la peculiarità dell'impresa bancaria. Infatti, per più che comprensibili motivi di riservatezza e al fine di favorire soluzioni che evitino di suscitare nei depositanti e nel mercato allarme, è possibile per l'autorità competente individuare e proporre delle soluzioni meno traumatiche, quali ad esempio la sostituzione volontaria ed il rinnovamento degli organi aziendali, attraverso le dimissioni degli esponenti aziendali, cui appare imputabile la responsabilità per le irregolarità riscontrate⁴.

1. L'irregolarità nell'amministrazione comporta l'applicazione della disciplina della crisi bancaria. L'insolvenza quale possibile risultato dell'irregolarità

Secondo la disciplina contenuta nel Testo unico bancario precedente alla più recente Brrd (direttiva

2014/59/UE d.lgs n. 180/2015), i due strumenti attraverso i quali l'autorità di vigilanza interviene nella crisi bancaria (che come vedremo è caratterizzata dall'emergere di una situazione di irregolarità comunque distinta da profili di insolvenza che potrebbero del tutto mancare) sono l'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa.

Il presupposto per entrambe le procedure di intervento sono le gravi irregolarità nella amministrazione, gravi violazioni di disposizioni legislative amministrative statutarie, come pure gravi perdite del patrimonio. Gli stessi presupposti, con una accentuazione del carattere di gravità, valgono per la liquidazione coatta amministrativa, che, all'art. 80 del testo unico, prevede che tali elementi di irregolarità della gestione o delle perdite del patrimonio presentino carattere di eccezionale gravità.

A differenza che nel fallimento, non è dunque l'insolvenza l'elemento che muove le procedure di amministrazione straordinaria e di liquidazione coatta amministrativa. L'intervento dell'autorità di vigilanza attraverso le suddette procedure avviene, infatti, indipendentemente dall'insolvenza e dall'accertamento dell'insolvenza⁵.

Già da questi elementi si comprende la peculiarità della disciplina della crisi della banca.

La situazione di crisi, è caratterizzata appunto principalmente da irregolarità che compromettono l'ordinato esercizio dell'attività bancaria. Il manifestarsi di perdite gravi, quali quelle previste per l'amministrazione straordinaria, o estremamente gravi,

2. L'art. 1, primo comma, lett. *h bis* n. 6) Testo unico bancario, definisce le Autorità di vigilanza degli Stati membri: le autorità competenti o di vigilanza degli Stati membri specificate negli atti dell'Unione di cui all'art. 1, par. 2 del reg. (Ue) n. 1093/2010, del regolamento (Ue) n. 1094/2010 e del reg. (Ue) n. 1095/2010.

3. Va ricordato che il Tub ponendo fine ad una articolata *querelle*, ha definitivamente stabilito che le banche sono sottratte alla disciplina del controllo giudiziario di diritto comune che l'art. 2409 cc al 7° comma offre e consente ai soci e allo stesso pubblico ministero nelle ipotesi previste. Il Tub stabilisce, infatti, all'art. 70, ult. comma, la competenza esclusiva ed assorbente della Banca d'Italia nel valutare ed eventualmente decidere con provvedimento motivato, in ordine alle denunce che possono provenire dai soci o dagli stessi organi di controllo della banca con espressa esclusione dell'applicazione dell'art. 2409 cc. In questo caso, all'esclusività della competenza della Banca d'Italia, si accompagna la discrezionalità del potere di quest'ultima, la quale, anche secondo le prassi di vigilanza, non risulta tenuta a dare seguito alla denuncia ricevuta, con l'adozione di un determinato provvedimento di accoglimento o di rigetto.

4. Tale discrezionalità comporta, peraltro, rilevanti deroghe alla generale disciplina dei procedimenti amministrativi, come pure alla disciplina di diritto comune sugli interventi dell'autorità giudiziaria. Già nella disciplina del Testo unico bancario antecedente alla direttiva della Brrd era previsto che i provvedimenti di amministrazione straordinaria o di liquidazione coatta amministrativa seguono un procedimento che, a differenza di quanto previsto dal principio generale di comunicazione al destinatario dell'avvio del procedimento (invito a prendere visione degli atti del procedimento, a presentare eventuali difese che l'amministrazione è obbligata a valutare), si realizza attraverso la diretta comunicazione all'interessato del provvedimento stesso, con una informazione che avviene nel momento in cui i commissari si presentano nella sede della banca, eventualmente anche con l'aiuto della forza pubblica (art. 73, 2° comma, Tub). Si tratta di deroghe importanti ma che, come chiarito anche dalla Corte costituzionale nella sentenza del 18.1.2005, n. 363, non possono ritenersi incostituzionali in quanto «dette norme antepongono alla pretesa all'immediata informazione del destinatario del futuro provvedimento, la tutela dell'interesse pubblico alla stabilità del mercato e alla salvaguardia del risparmio, interessi protetti dall'articolo 47 della Costituzione».

5. Non è l'autorità di vigilanza che accerta l'insolvenza, ma il Tribunale competente. Esso, ai sensi dell'art. 82 Tub, su istanza dei soggetti istituzionalmente legittimati (vale a dire i creditori della banca, il pubblico ministero), può procedere secondo il diritto comune fallimen-

quali quelle previste per la liquidazione coatta amministrativa, non possono che risultare conseguenza di irregolarità consistenti nella mancata osservanza di principi giuridici legislativi o amministrativi, che hanno portato alle perdite patrimoniali in questione.

Riscontriamo qui una rilevante diversità sistematica tra la disciplina della crisi bancaria e la disciplina di diritto fallimentare relativa alla impresa commerciale. Mentre, infatti, il diritto fallimentare muove dalla insolvenza e dalla manifestazione di insolvenza, quale presupposto di ogni procedura concorsuale, la disciplina della crisi bancaria muove principalmente da una situazione di irregolarità nella gestione. Questa può consistere nella non conformità del comportamento della banca o dei suoi amministratori alle prassi o alle regole tecniche della buona gestione bancaria (considerate anche nell'ottica dell'osservanza delle indicazioni che provengono direttamente o indirettamente dalla stessa Banca d'Italia), oppure può consistere in vere e proprie violazioni di legge (legislative, amministrative, statutarie), ma anche in irregolarità e violazioni che possono coinvolgere i soci allorché il comportamento di questi possa comportare instabilità nella gestione della banca, cioè situazioni rispetto alle quali l'insolvenza è un evento possibile, ma non necessariamente contestuale e non necessariamente immediato e conseguente al manifestarsi delle irregolarità. Inoltre, allorché si verifica l'insolvenza, gli elementi di allarme che giustificano l'intervento dell'autorità di vigilanza si trovano a monte dell'evento costitutivo dell'insolvenza della banca. Rispetto al manifestarsi della crisi della banca, l'azione

della vigilanza bancaria avviene, sia sul piano causale che temporale, per tutelare la stabilità bancaria, per la protezione dei depositanti, dei terzi, del mercato e del sistema nel suo complesso.

In altre parole, sembra di poter dire che l'insolvenza non è l'elemento che muove l'azione amministrativa.

Il *vulnus* nella gestione e nella correttezza dell'attività bancaria che già nella disciplina anteriore alla Brrd giustifica l'intervento dell'amministrazione straordinaria e della liquidazione coatta amministrativa risiede, infatti, in eventi precedenti, potremmo dire anche propedeutici alla insolvenza stessa, la quale, quando si manifesta, costituisce soltanto la conferma ormai definitiva e ineluttabile della gravità o eccezionale gravità delle perdite, che si sono manifestate nell'attività bancaria⁶.

Nel passato in Italia la soluzione alla crisi o al dissesto della banca è stata prevalentemente trovata attraverso processi di acquisizione e assorbimento dell'istituto in crisi da parte di altre banche. Le politiche di aggregazione attraverso fusioni societarie, cessioni di attività e passività, acquisto di aziende o rami di aziende, nella cornice dell'azione di supervisione istituzionale della Banca d'Italia (che talora è stata definita quale *moral suasion*), hanno consentito di scongiurare il precipitare della crisi ed hanno permesso di salvare la continuità dei rapporti attivi e passivi nelle mani di altri operatori bancari in grado, o messi in grado attraverso aiuti pubblici o del sistema di garanzia, di assorbire il dissesto con l'integrazione e la riorganizzazione⁷.

tare alla dichiarazione dello stato di insolvenza. Nel caso in cui la Banca sia stata sottoposta ad amministrazione straordinaria, il Tribunale pronuncia la dichiarazione di insolvenza su ricorso dei commissari straordinari oppure, se sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, su ricorso dei commissari liquidatori, ed in ogni caso sentita l'autorità di vigilanza, oltreché i cessati amministratori rappresentanti legali della banca.

6. I provvedimenti di amministrazione straordinaria, gestione provvisoria e liquidazione coatta amministrativa sono gli strumenti attraverso i quali la Banca d'Italia interviene per porre rimedio alle irregolarità manifestatesi nell'amministrazione con violazione di disposizioni legislative, amministrative e statutarie, al fine di tutelare la liquidità e la stabilità del sistema bancario nell'interesse dei depositanti e dell'intero sistema economico nel suo complesso. I compiti dei commissari (stabiliti nell'art.72, 1° comma) consistono principalmente nella ricognizione della reale situazione della banca (la quale evidentemente deve essere analizzata a fronte delle irregolarità che sono constatate dall'organo di vigilanza) e soprattutto nel compito di realizzare il recupero della normalità aziendale, attraverso la promozione di soluzioni utili nell'interesse dei depositanti. Questi compiti vengono svolti sotto la supervisione e direzione da parte della Banca d'Italia, la quale esercita rilevanti poteri di revoca, di sostituzione, di autorizzazione degli atti. Allorché si manifesti una sopravvenuta difficoltà patrimoniale i commissari, sia nell'amministrazione straordinaria, che nella gestione provvisoria, possono ricorrere all'eccezionale misura della sospensione dei pagamenti. È rilevante considerare il particolare significato della sospensione dei pagamenti prevista dall'art. 74 Tub. Nel comune sentire del diritto fallimentare una tale misura costituisce lo strumento sostanzialmente finalizzato ad evitare la dispersione del patrimonio del debitore in vista dell'esecuzione collettiva. Questo profilo, pur presente nel provvedimento di sospensione dei pagamenti previsto dal Tub, non esaurisce la funzione e la portata di tale eccezionale misura, considerato che lo stesso art. 74, 3° comma, Tub stabilisce espressamente che «la sospensione non costituisce stato di insolvenza». La sospensione dei pagamenti potrebbe risultare, infatti, strumento idoneo per individuare e percorrere soluzioni utili nell'interesse dei depositanti, indipendentemente da quello che può essere lo stato di effettiva solvibilità della banca. Si conferma quindi anche qui che la crisi della banca è essenzialmente una crisi nella regolarità e correttezza della sua gestione e della sua stabilità, rispetto alla quale il commissario straordinario è chiamato ad intervenire con tutti i mezzi possibili e pur sempre attraverso la direzione e il controllo da parte della Banca d'Italia.

7. v. B. Inzitari, *La disciplina della crisi nel testo unico bancario* in *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, Quaderni di ricerca giuridica, n. 75, Banca d'Italia, Roma, 2014, pp. 121 e ss..

Il cambiamento nel ciclo economico, le modificazioni della stessa struttura della azienda bancaria, rendono sicuramente più difficili e più incerte tali soluzioni negoziali.

Nello stesso tempo la disciplina europea non consente l'erogazione di aiuti pubblici in quanto incompatibile con le regole della concorrenza.

La crisi o il dissesto e financo l'insolvenza devono trovare necessariamente una soluzione diversa che consenta il raggiungimento di concorrenti obiettivi: la conservazione in continuità dell'azienda bancaria o almeno di parte di essa, l'assenza al ricorso a fondi pubblici. Di qui la necessità di addossare l'onere delle perdite sugli investitori (azionisti, creditori e depositanti) per consentire la tutela dei contribuenti.

La risposta a tali esigenze è stata fornita dalla direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, relativa alla risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento *Bank recovery and resolution directive* (in seguito *Brrd*)⁸.

In Italia il d.lgs 16 novembre, n. 180 e del d.lgs della stessa data n. 181, che nel recepire la *Brrd* hanno modificato il testo unico bancario, il testo unico della finanza ed anche alcuni articoli della legge fallimentare.

2. Gli aiuti di Stato

Le ragioni che hanno condotto alla introduzione della *Brrd* del 2014 e i successivi decreti n. 180 e 181 del 2015, risiedono nella generale e consolidata esperienza comune a tutti i Paesi dell'Unione europea per la quale quando la crisi della banca volge al dissesto o al rischio di dissesto⁹, in mancanza di una soluzione di mercato¹⁰, quale l'acquisto o la fusione con altri soggetti bancari disponibili alla aggregazione, l'unica alternativa alla liquidazione consiste nella erogazione in varie forme di aiuti pubblici.

Tale soluzione è ormai impraticabile per diversi concorrenti motivi. Si ritiene non più sostenibile e

fonte di dannose distorsioni, far cadere l'onere dei salvataggi bancari sui contribuenti attraverso l'utilizzazione delle risorse pubbliche. Gli elevati oneri assunti dagli Stati ricadono infatti non solo sui contribuenti ma compromettono l'equilibrio dei bilanci pubblici. Si è detto così che, nel caso in cui sono destinati al risanamento della banca fondi pubblici, «*citizens have (...) paid twice, with costs of a taxpayer bailout followed by the pain of recession (...) and spending cuts*».

Inoltre tali interventi non risultano compatibili con le regole della concorrenza stabilite nella disciplina dell'Unione europea (art. 101 Tfeue ss). L'intervento pubblico o *bail out*, inevitabilmente falsa le regole della concorrenza e finisce addirittura per premiare quegli operatori bancari che non hanno fatto buon uso delle risorse che provenivano dalla raccolta ovvero che hanno avuto un comportamento qualificabile quale *moral hazard*. L'intervento pubblico comporta una distorsione nel mercato e finisce per dare un sostegno e premiare quelle banche la cui *governance* ha agito in violazione dei principi della *sana e prudente gestione* sino a provocarne il dissesto, consentendone una artificiosa permanenza sul mercato in condizioni di ingiustificato vantaggio, con pregiudizio per le posizioni degli altri competitori che affrontano rischi e oneri senza aiuti esterni.

La Commissione europea con la Comunicazione 30 luglio 2013, relativa *alla applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, ha sancito tale impostazione (che ha poi costituito il principio di fondo della direttiva *Brrd*) affermando il principio secondo cui per limitare le distorsioni della concorrenza tra le banche e ovviare al cosiddetto rischio morale, gli aiuti di stato dovrebbero essere limitati al minimo necessario e il beneficiario dovrebbe sopportare una adeguata partecipazione ai costi di ristrutturazione. La banca e i detentori del suo capitale dovrebbero pertanto contribuire il più possibile alla ristrutturazione mediante proprie risorse¹¹. La Com-

8. v. G. Boccuzzi, *L'Unione bancaria europea, nuove istituzioni e regole di vigilanza e gestione delle crisi bancarie*, Bancaria Editrice, Roma, n. 128, pp. 189 ss.; L. Stanghellini, *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea*, in *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, Quaderni di ricerca giuridica, n. 75, Banca d'Italia, Roma, 2014, pp. 147 ss.; A. Gardella, *Il bail in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico*, in *Banca, borsa*, 2015, I, pp. 587 ss.; G. Presti, *Il bail in*, in *Banca, Impresa, Società*, 2015, pp. 39 e ss.

9. Questa situazione, secondo quanto previsto dall'art. 17 del d.lgs n. 180 del 2015, è contrassegnata dal fatto che risultano gravi irregolarità, *dissesto regolamentare*, o risultino perdite di eccezionale gravità oppure le attività siano inferiori alle passività, *dissesto patrimoniale*, oppure la banca non risulti in grado di pagare i propri debiti alla scadenza *dissesto finanziario*.

10. Soluzione peraltro non sempre realizzabile e che, in contesti caratterizzati dalla recessione, risulta sempre più ardua.

11. v. Comunicazione Commissione europea «Comunicazione sul settore bancario» (2013/C 216/01), che ai punti 15-20 dispone i principi sulla «*condizione degli oneri*» secondo i quali «il sostegno statale dovrebbe essere concesso a condizioni che rappresentano un'adeguata condivisione degli oneri da parte di coloro che hanno investito nella banca» (punto 15): «prima di concedere ad una banca qualsiasi tipo

missione ha quindi stabilito il principio della condivisione degli oneri (*burden sharing*) da parte degli azionisti e dei creditori subordinati secondo modalità che consistono nell'assorbimento delle perdite con il capitale ordinario, il capitale ibrido e il debito subordinato.

La Comunicazione del 30 luglio 2013 costituisce un precedente fondamentale per la valutazione della compatibilità degli interventi di sostegno e dell'ammissibilità degli aiuti di Stato. Essa per la sua importanza è gravida di indicazioni che presentano un carattere di sostanziale vincolatività¹². Se si considera che, successivamente alla Comunicazione entrava in vigore il d.lgs n. 180 del 2015, che dava attuazione alla *Brrd* e che dal 1° gennaio 2016 la disciplina del *bail in* è applicabile in tutti i paesi dell'Unione, deve ritenersi che le soluzioni di sostegno fatte valere in passato non risultano più praticabili se non in casi eccezionali.

3. Il dissesto o il rischio di dissesto

La direttiva *Brrd*, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e i d.lgs nn. 180 e 181 del 2015, sulla base dei principi da ultimo ribaditi con la citata comunicazione della Commissione europea del 2013, regolano la crisi della banca attraverso una serie di strumenti che in caso di dissesto sono articolati nella risoluzione e nel *bail in*.

Le previsioni del d.lgs n. 180 del 2015, pongono mano al risanamento ed alla risoluzione (*recovery and resolution*) attraverso procedure di intervento dell'autorità di risoluzione (la Banca d'Italia) che si articolano secondo una progressione di provvedimenti e rimedi variamente dimensionati rispetto agli obiettivi concretamente perseguibili.

Il *dissesto* o il *rischio di dissesto* della banca costituiscono il primo presupposto. Si tratta di una nuova

categoria che si differenzia da quella più generica di crisi, né coincide con quella della insolvenza che si manifesta in una banca solo in presenza di un dissesto particolarmente grave.

L'art. 17, comma 2, del d.lgs n. 180 del 2015, identifica il dissesto nella ricorrenza, anche in via alternativa di: *a*) irregolarità nell'amministrazione o violazione di disposizioni legislative, regolamentari oppure statutarie di gravità tale che giustificherebbero la revoca dell'autorizzazione all'esercizio della attività bancaria; *b*) perdite patrimoniali di eccezionale gravità e tali da privare la banca dell'intero patrimonio o di parte significativa di esso; *c*) attività inferiori alle passività; *d*) incapacità di pagare i creditori alla scadenza.

Il grave deterioramento del patrimonio oppure le gravi irregolarità della amministrazione (elementi questi che nella comune esperienza difficilmente si manifestano separatamente) sono quindi i presupposti che caratterizzano il dissesto. Quando invece si prevede che tali situazioni si possano verificare in un prossimo futuro la banca è considerata a *rischio di dissesto*.

La banca viene considerata inoltre in *dissesto* o a *rischio di dissesto* allorché, sebbene la situazione di crisi non sia tale da comportare la necessità di porre rimedio ad una grave perturbazione dell'economia e di preservare la stabilità finanziaria, venga comunque prevista l'erogazione di un sostegno finanziario pubblico straordinario a suo favore¹³.

Nel caso in cui non sia ragionevolmente possibile prospettare misure effettivamente idonee a superare e risolvere la crisi in tempi adeguati, attraverso l'intervento di uno o più soggetti privati o di un sistema di tutela istituzionale o per mezzo di un'attività di vigilanza¹⁴, la Banca d'Italia, in qualità di autorità di risoluzione, procede alla individuazione della procedura che risulta più idonea a contrastare e risolvere il dissesto.

di aiuto alla ristrutturazione – che si tratti di misure di ricapitalizzazione o di sostegno a fronte di attività deteriorate – dovrebbero essere esaurite tutte le misure che generano capitale, tra cui la conversione del debito di rango inferiore, a condizione che siano rispettati i diritti fondamentali e non sia messa a rischio la stabilità finanziaria. Poiché qualsiasi aiuto alla ristrutturazione è necessario per impedire l'eventuale fallimento disordinato di una banca, per ridurre gli aiuti al minimo necessario le misure di ripartizione degli oneri devono essere rispettate a prescindere dalla solvibilità iniziale della banca. Prima di concedere aiuti per la ristrutturazione a favore di una banca, gli Stati membri dovranno pertanto garantire che gli azionisti e i detentori di capitale subordinato di detta banca provvedano a fornire il necessario contributo oppure costituire il quadro giuridico necessario per ottenere tali contributi» (punto 19).

12. La Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi su una domanda di rinvio pregiudiziale proposta dalla Corte costituzionale slovena in ordine al carattere vincolante della Comunicazione in parola. Sono significative le conclusioni dell'avvocato generale Nils Wahl presentate il 18 febbraio 2016 nella Causa C-526/2016 che ha ritenuto che la predetta Comunicazione non è un atto strettamente vincolante per gli Stati membri che potrebbero essere autorizzati a derogare al principio del *bail in*, il quale peraltro è compatibile con il sistema del legittimo affidamento e con il diritto di proprietà.

13. Tale previsione è esclusa quando ricorrano le condizioni di straordinarietà che consentono in certe circostanze il sostegno pubblico straordinario previsto dall'art. 18, d.lgs 180 del 2015.

14. Ci si riferisce alle misure di intervento precoce o all'amministrazione straordinaria, art. 17, comma 1, lett. b), d.lgs n. 180 del 2015.

L'assorbimento delle passività rappresenta in ogni caso lo strumento necessario di intervento. A seconda delle dimensioni e della gravità del dissesto, la procedura può essere articolata solo attraverso la riduzione e conversione delle passività, art. 20, comma 1, lett. a), oppure attraverso interventi più ampi e pervasivi secondo quanto previsto dall'art. 20, comma 1, lett. b), d.lgs n. 180 del 2015.

4. Il *burden sharing*: partecipazione dei creditori all'assorbimento delle passività

Dal complesso della disciplina introdotta con il decreto n. 180 del 2015 e dalla natura delle misure di risoluzione emerge che le modalità attraverso le quali vengono affrontate, regolate e risolte le situazioni di crisi, quali quelle di incapienza patrimoniale e di insolvenza, risultano diverse e possono apparire addirittura opposte rispetto a quelle con le quali nella tradizione di diritto civile e fallimentare viene regolata la responsabilità del debitore.

Le procedure esecutive individuali e concorsuali sono gli strumenti con cui viene realizzata la soddisfazione del credito, la quale in caso di insolvenza avviene parzialmente e nella misura della percentuale che deriva dal concorso dei creditori, salvo incrementi dell'attivo conseguenti all'utile esercizio di revocatorie e azioni di responsabilità oppure ad esiti particolarmente positivi della liquidazione.

La perdita e la determinazione dell'ammontare della perdita che derivano dalla crisi del debitore e dalla sua insolvenza si determinano nel diritto comune con il riparto di quanto ricavato dalla liquidazione del patrimonio. La regola della responsabilità patrimoniale, secondo cui il debitore risponde delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri (art. 2740 cc) viene attuata attraverso la conversione in moneta corrente di tutti gli elementi che compongono il patrimonio. La *Versielberung* del patrimonio consente infatti di trasformare beni materiali o immateriali nell'equivalente costituito dalla liquidità monetaria destinata a risarcire i creditori per l'inadempimento da essi subito, in misura proporzionale ai rispettivi crediti, attraverso l'assegnazione delle somme effettuate nel rispetto ed in attuazione del principio del concorso.

Secondo il sistema di tradizione romanistica, che tuttora informa la generalità degli ordinamenti giuridici, la garanzia patrimoniale viene realizzata con lo scioglimento totale del patrimonio nel suo valore complessivo e funzionale alla ripartizione tra i credi-

tori concorrenti. Conseguentemente, in caso di insufficienza del patrimonio del debitore, la perdita per i creditori è costituita da quella complessiva parte dei crediti, che la conversione del patrimonio in moneta corrente non è stata in grado di coprire o, se si vuole usare una espressione del nuovo sistema della risoluzione, di assorbire.

In conclusione, la perdita subita dai creditori per incapienza del patrimonio sotto un profilo strettamente funzionale, non può che recare con sé il venir meno del patrimonio, il quale, attraverso la trasformazione in valori monetari distribuiti ai creditori, cessa definitivamente la sua esistenza.

Questo sistema di principi e di regole, secondo la nuova disciplina europea, viene ritenuto oggi non più compatibile con la natura della banca e le esigenze della stabilità del mercato. La distruzione di valore che può discendere dalla liquidazione è superiore all'utilità che può derivare ai creditori dal riparto del ricavato dalla liquidazione del patrimonio, il cui ammontare potrebbe risultare del tutto esiguo o addirittura essere pressoché assente e comunque essere distribuito con le modalità e con i tempi non brevi della liquidazione concorsuale.

L'attività bancaria consiste in una articolatissima serie di rapporti attivi e passivi che possono essere realizzati e gestiti solo in presenza di continuità. In mancanza, gli effetti pregiudizievoli ricadono non solo sui creditori (depositanti, obbligazionisti, rapporti interbancari, ecc.), ma anche sui debitori della banca destinatari dei diversi impieghi (affidamenti, impegni in servizi di riscossione, di presentazione, di operazioni autoliquidanti, ecc.). Le conseguenze della liquidazione comportano un effetto domino sul territorio, vengono a contagiare altri operatori bancari ed altri operatori economici, determinano una caduta dell'affidabilità del sistema non facilmente recuperabile, possono condurre a pericolose crisi sistemiche nazionali o addirittura nell'area dell'Unione.

In tale contesto la risoluzione prevista dal decreto n. 180 del 2016 è una operazione di ingegneria giuridica e contabile che deve essere attuata con adeguata perizia. Debbono essere utilizzati all'occorrenza tutti gli strumenti previsti, secondo criteri di contestualità e coordinamento, affinché dalla contemporanea e complessiva applicazione delle diverse misure possa essere raggiunto il risultato del superamento o comunque la soluzione al dissesto¹⁵.

Posto che il *deficit* patrimoniale misura le dimensioni dell'intervento di ricapitalizzazione e di patrimonializzazione e che le passività che gravano sul patrimonio segnano l'entità del dissesto, la procedura di risoluzione interviene sulle passività e ne determina

15. Vedi nota n. 25.

la riduzione nella misura necessaria per assicurare la continuazione della attività bancaria.

Con la procedura di risoluzione vengono così distribuite le perdite sugli azionisti ed i creditori della banca. La condizione essenziale è che questi ultimi con la liquidazione concorsuale del patrimonio avrebbero in realtà subito analogo o maggiore pregiudizio. Se la banca fosse stata liquidata, essi avrebbero cioè sopportato almeno la stessa perdita, in quanto le azioni sarebbero state integralmente svalutate e, per l'incapienza dell'attivo, i crediti azzerati non sarebbero stati soddisfatti.

L'anticipazione degli effetti dell'incapienza dell'attivo, sulla base di una valutazione prospettica di quelli che sarebbero gli esiti per i creditori e per gli azionisti di una liquidazione del patrimonio attraverso le classiche procedure concorsuali, comporta l'anticipazione del concorso dei creditori alle perdite al momento della apertura della procedura di risoluzione.

Quella *Verlustgemeinschaft* – comunità della perdita – cui partecipano tutti i creditori dell'insolvente, piuttosto che essere determinata dagli esiti della liquidazione, viene costruita *ex ante* dalla procedura di risoluzione attraverso l'immediata cancellazione dei diritti degli azionisti e dei creditori, nella misura necessaria al superamento del dissesto e comunque in misura non superiore alla perdita che questi avrebbero subito per effetto della liquidazione.

Come è stato osservato «il principio di fondo della risoluzione è che il trattamento degli azionisti e creditori “simula” il trattamento che ad essi spetterebbe ove al momento dell'avvio della risoluzione si applicasse la procedura concorsuale della liquidazione coatta amministrativa o analoga»¹⁶. È questa una similitudine che riassume e fa emergere l'aspetto più innovativo della nuova procedura di crisi, che distribuisce la perdita in una fase temporale anticipata rispetto a quella in cui il patrimonio sarebbe stato liquidato.

L'immediata e tempestiva distribuzione delle perdite tra i creditori costituisce il principio ordinante sulla base del quale la procedura di risoluzione realizza il superamento della situazione di dissesto, in quanto l'attribuzione dell'onere delle perdite, *burden sharing*, agli azionisti e ai creditori costituisce la leva con la quale vengano adottate e possano avere efficacia le diverse misure di risoluzione.

Attraverso tali norme si consente di emancipare la procedura di crisi dalla necessità di onerosi interventi esterni e di affrancare il dissesto dall'obbligo di porre in essere la liquidazione della banca, aprendo

piuttosto alla possibilità di realizzare nello stesso tempo, il governo, la limitazione ed il contenimento delle stesse perdite.

5. No Creditor Worse off, Ncwo

Come già anticipato la correttezza del procedimento di assorbimento delle passività e di distribuzione delle perdite sui creditori è garantita dalla previsione del principio cardine definito nel *jargon* quale *No creditor worse off* (Ncwo), affermato diffusamente nel decreto n. 180 del 2015.

Il principio è stabilito dall'art. 52, comma 2, lett. b), d.lgs n. 180 del 2015, il quale in materia di procedura di *bail in* delinea le regole per il trattamento degli azionisti e dei creditori. Lo stesso è confermato nel titolo VI, *Salvaguardie e tutela giurisdizionale*, all'art. 87, comma 1, d.lgs n. 180 del 2015, ove si afferma che in caso di applicazione del *bail in*, gli azionisti e i creditori, i cui crediti siano stati ridotti o convertiti, non possono subire perdite maggiori di quelle che avrebbero subito se l'*ente sottoposto a risoluzione* fosse stato liquidato nel momento in cui è stata accertata la sussistenza dei presupposti per l'avvio della risoluzione.

Lo stesso art. 87, comma 2, d.lgs n. 180 del 2015, prevede l'estensione dello stesso principio all'ipotesi in cui sia stata effettuata la cessione parziale dei diritti, attività o passività dell'*ente sottoposto a risoluzione*, stabilendo in questo caso che gli azionisti ed i creditori che non sono stati ceduti non debbano subire un trattamento peggiore di quello che avrebbero ottenuto se l'ente fosse stato liquidato.

La *valutazione*¹⁷ che, come già descritto, deve precedere e che costituisce il presupposto per l'avvio della risoluzione o la riduzione o conversione di azioni di altre partecipazioni o strumenti di capitale (art. 23, d.lgs n. 180 del 2015), fornisce all'autorità di risoluzione diversi elementi idonei a giustificare i predetti interventi.

Gli stessi sono ricavabili dalle disposizioni contenute all'art. 24, comma 1, d.lgs n. 180 del 2015 ed, in coerenza con la natura e finalità della procedura, consistono: 1) nella determinazione quantitativa dell'entità della riduzione e conversione necessaria a coprire le perdite per assicurare il rispetto dei requisiti prudenziali e conseguentemente; 2) nella identificazione delle diverse categorie di azionisti e creditori sui quali, in conformità con il rispettivo ordine di priori-

16. Così S. Fortunato nella relazione *Misure di risoluzione e liquidazione*, del Seminario FIDT tenuto a Roma il 22 gennaio 2016, *La gestione delle crisi bancarie e l'assicurazione dei depositi nel quadro dell'Unione bancaria europea*.

17. Di cui si riferito diffusamente al par. 4.

tà applicabili in sede concorsuale, ricade il peso delle perdite; 3) nella stima del trattamento che ciascuna categoria di azionisti e creditori riceverebbe se l'ente, piuttosto che essere sottoposto a risoluzione fosse sottoposto a liquidazione coatta amministrativa.

Quindi la Banca d'Italia quale autorità di risoluzione in sede di *valutazione* deve effettuare un preliminare apprezzamento del principio di *No Creditor Worse Off* (Ncwo). A tal fine debbono essere prese in considerazione alcune ipotesi, tra le quali: la durata della procedura di liquidazione coatta amministrativa che viene stimata in dieci anni, con una realizzazione degli attivi con operazioni di cessioni in blocco nei primi due anni; la stima dello scenario liquidatorio delle immobilizzazioni immateriali, delle attività fiscali, delle partecipazioni, delle immobilizzazioni materiali, dei crediti opportunamente svalutati a seconda che si tratti di crediti *in bonis*, in sofferenza o deteriorati, apportando quindi le dovute svalutazioni. Devono essere inoltre stimati i costi della procedura di liquidazione tra i quali quelli derivanti dall'interruzione anticipata dei rapporti di lavoro in relazione alle risorse impiegate, nonché dei costi per spese legali connesse al possibile contenzioso anche riferito alla formazione dello stato passivo.

I valori del presumibile realizzo degli attivi al netto dei costi della procedura di liquidazione devono essere quindi rapportati al fabbisogno espresso dalla complessiva esposizione debitoria della banca, con una stima articolata in relazione alle differenti categorie di creditori sociali, nel rispetto dell'ordine di soddisfazione stabilito dalla legge in sede concorsuale, in modo tale da valutare l'avvenuto rispetto del criterio del Ncwo.

Poiché come si è analizzato il processo di distribuzione della perdita avviene, sulla base di stime previsionali, la disciplina del d.lgs n. 180 del 2015 prevede opportunamente un importante momento di verifica dei presupposti delle azioni di risoluzione e dei suoi effetti sui soggetti coinvolti attraverso una ulteriore stima effettuata da un esperto indipendente, appositamente incaricato dalla Banca d'Italia (art. 88, d.lgs n. 180 del 2015). La *valutazione della differenza di trattamento* deve determinare il trattamento che azionisti e creditori, e se del caso anche il sistema di garanzia dei depositanti, avrebbero ricevuto se l'ente

fosse stato sottoposto a liquidazione coatta amministrativa e quindi accertare l'eventuale differenza di trattamento che essi hanno ricevuto per effetto delle azioni di risoluzione.

Di conseguenza l'art. 89, d.lgs n. 180 del 2015, stabilisce un principio volto a mitigare *ex post* le conseguenze subite dagli azionisti e dai creditori per effetto dell'azione di riduzione e riconosce loro, laddove avessero subito perdite maggiori di quelle che essi avrebbero sopportato in caso di liquidazione coatta amministrativa, il diritto di ricevere a titolo di indennizzo una somma equivalente alla differenza determinata sulla base della *valutazione della differenza di trattamento*.

Tale diritto è correttamente definito con riferimento alla figura dell'indennizzo e non del risarcimento del danno, in quanto non ha la funzione di reintegrare un danno contrattuale o extracontrattuale, né di porre rimedio alla violazione di un diritto assoluto o relativo, né tantomeno di rimediare ad un fattispecie di indebito bensì piuttosto ha la funzione di riconoscere una somma a titolo di rettifica dei conteggi di stima precedentemente applicati e successivamente aggiornati.

Il principio di diritto dal quale si muove la previsione dell'indennizzo previsto dall'art. 89, d.lgs n. 180 del 2015, è nella sostanza il medesimo che regola la rettifica del contratto di cui all'art. 1430 cc. Va osservato che mentre in quest'ultima fattispecie le obbligazioni che discendono dalla rettifica del contratto ricadono sui contraenti che si sono avvantaggiati dell'errore di calcolo, secondo una logica che ripercorre la *ratio* dell'indebito, nel caso dell'indennizzo previsto dall'art. 89, l'onere della corresponsione dell'indennizzo stesso non può certamente ricadere sull'*ente-ponte* cessionario dell'azienda bancaria o comunque sul patrimonio oggetto della cessione. I patrimoni di questi ultimi sono infatti estranei tanto ai procedimenti di conversione e riduzione a suo tempo realizzati dall'autorità di risoluzione, quanto all'atto di cessione a suo tempo attuato dalla stessa. Conseguentemente il comma 2 dell'art. 89, pone tale indennizzo a carico del fondo di risoluzione. Quest'ultimo sulla base dei nuovi dati potrebbe a sua volta ridimensionare l'entità del suo intervento, compensando quindi l'onere dell'erogazione di tali indennizzi.

Crisi delle banche venete ed “aiuti di Stato”

di Guido Federico

La recente messa in liquidazione delle banche venete, alla luce della disciplina della crisi delle banche, quale risulta dalla pluralità di fonti normative che si intersecano e sovrappongono, in modo non sempre lineare, tra normativa europea di settore, disciplina degli aiuti di Stato prevista dal Tfue, disposizioni di “soft law” e normativa nazionale.

Premessa

Sin dall’inizio della recente crisi economica (fine 2007)¹ la Commissione europea ha svolto un ruolo centrale nel coordinamento delle azioni intraprese dai singoli Stati membri per far fronte alle crescenti e diffuse difficoltà del settore bancario².

La principale leva utilizzata dalla Commissione è stata una applicazione flessibile della disciplina degli aiuti di Stato³.

L’articolo 107 Tfue⁴, com’è noto, vieta in via gene-

rale gli aiuti di Stato che, «favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza».

Tale disposizione consente tuttavia alla Commissione europea di dichiarare “compatibili” con il mercato interno gli aiuti di Stato in quanto siano concessi «per porre rimedio ad un grave turbamento dell’economia di uno Stato membro»⁵.

Nella prima fase della crisi, la vigilanza europea ha quindi consentito il ricorso da parte degli Stati membri ad un notevole sostegno pubblico,

1. La crisi finanziaria ed economica, che ha investito tutti gli Stati membri dell’Unione europea, ha comportato un vero e proprio cambio di strategia da parte della Commissione, la quale ha dovuto fronteggiare il continuo susseguirsi di interventi statali in favore delle banche; vedi al riguardo, per una ricostruzione diacronica, F. Croci, *L’Impatto della crisi finanziaria sugli aiuti di Stato al settore bancario*, *Il Diritto dell’Unione europea*, II, fac.4, 2014, pp. 733 e ss.

2. Si afferma, ben presto, l’esigenza di disciplinare con un corpo normativo *ad hoc*, costituito dalle cd. “*crisis communications*” (su cui più diffusamente, *infra*, alla nt. 7), il tema degli aiuti di Stato alle banche, che la situazione di crisi economica e finanziaria, rapidamente diffusasi, non consentiva di mantenere nell’alveo dell’impostazione tradizionale.

3. Per una esposizione dei costi dell’intervento pubblico nell’eurozona, vedi F. Vella, *Banche italiane e crediti deteriorati. Alla ricerca di soluzioni efficienti e orientate alla crescita*, in *Bancaria*, n. 5, 2017, p.3, il quale mette in evidenza come nel periodo anteriore all’introduzione del *bail-in*, tra il 2008 ed il 2014, in ambito comunitario sono state deliberate risorse pubbliche in favore delle banche per quasi 5.000 miliardi di euro, dei quali effettivamente utilizzati poco più di 1.900 miliardi, parte dei quali, peraltro, successivamente rientrati nelle casse statali.

4. Per un commento approfondito sulla disciplina degli aiuti di Stato e un’analisi delle diverse ipotesi di aiuti “compatibili”, si veda M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell’unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014; A. Biondi, P. Eeckhout, J. Flynn, *The law of State Aid in the European Union*, Oxford, 2004; J.J.P. Lopez, *The Concept of State Aid Under EU Law*, Oxford, 2015.

5. art. 107.3(b). Si osserva che sino all’ottobre 2008 le applicazioni della deroga prevista dalla norma su menzionata erano state pochissime e nessuna aveva riguardato operatori del settore bancario. In tutte le ipotesi di difficoltà di singole banche la Commissione aveva applicato la diversa deroga prevista dall’art. 107.3 lett c), vale a dire «*gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse*».

in modo da evitare il verificarsi di conseguenze “sistemiche” causate dal fallimento delle imprese bancarie⁶.

In tale contesto, l’obiettivo principale perseguito dalla Commissione⁷ è stato quello di garantire la “stabilità finanziaria”⁸, limitando peraltro le distorsioni della concorrenza causate dal massiccio intervento pubblico nell’economia⁹.

1. La Banking Recovery and Resolution Directive

La disciplina europea in materia di regolamentazione della crisi bancaria trova un punto di svolta con

l’introduzione della Direttiva 2014/59/UE *Banking recovery and resolution directive* (Brrd)¹⁰, che costituisce il secondo essenziale pilastro, dopo il Sistema unico di vigilanza (Mvu) del Progetto di costruzione dell’Unione bancaria¹¹.

La Brrd introduce un regime giuridico unitario per il risanamento degli istituti finanziari con l’obiettivo di realizzare una efficiente risoluzione del dissesto delle banche, mediante una serie di strumenti, variamente dimensionati rispetto alle esigenze del caso concreto, che consentano di ridurre al minimo i costi per i contribuenti e l’economia reale.

Uno degli strumenti introdotti dalla Direttiva per la gestione della risoluzione è quello del *bail-*

6. Le banche, com’è noto, svolgono un ruolo essenziale per l’economia nel suo complesso, posto che l’accesso al credito e la funzione sociale del risparmio sono espressione di interessi di assoluto rilievo. Il fallimento di una banca ha inoltre costi sociali elevati sia per i piccoli risparmiatori che per tutti gli operatori economici, compromettendo il più comune strumento di accesso al credito. L’insolvenza di una banca inoltre può influenzare negativamente i mercati ed è molto forte il cd. “effetto domino” per gli altri istituti bancari. Assume pertanto importanza fondamentale l’obiettivo di preservare la fiducia dei risparmiatori e del mercato. Per un’analisi degli interventi della Commissione in relazione alla tutela di tali interessi cfr. C. Buzzacchi, *Aiuti di Stato, tra misure anti-crisi ed esigenze di modernizzazione: la politica europea cambia passo?*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, pp. 77 ss. e F. Vella, cit., pp. 2 ss.

7. Le diverse comunicazioni anticrisi, aventi carattere temporaneo, hanno fornito la “cornice normativa” dell’intervento della Commissione fino all’entrata in vigore della Comunicazione del 10 luglio 2013, su cui alla nota successiva. Le comunicazioni sono atti di *soft law*, vale a dire strumenti utilizzati dalle istituzioni comunitarie che, pur non essendo esplicitamente o implicitamente previsti dai Trattati come atti normativi, producono comunque effetti giuridici nell’ordinamento comunitario, tra Stati e Stati, tra Stati e Unione e nei confronti dei cittadini comunitari. L’area del “*soft law*” si è, negli ultimi anni, significativamente ampliata. In essa vengono oggi ricompresi una serie eterogenea di strumenti: pareri e raccomandazioni, le comunicazioni della Commissione, i libri bianchi e i libri verdi, action programmes o action plans, i codici di condotta. Dal punto di vista degli effetti, il tratto generale del “*soft law*” è la sua informale obbligatorietà. La non-vincolatività delle regole in esso poste, ovvero la mancata previsione degli atti nell’ambito delle fonti di produzione del sistema (di qui la natura “*soft*”), non interdice, infatti, la produzione di effetti giuridici, o comunque non impedisce che ad essi vengano ricollegati determinati effetti giuridici (perciò è “*law*”). La loro peculiare funzione è quella di limitare la discrezionalità dell’ente che li emette, onde un eventuale scostamento da essi va adeguatamente giustificato. Sugli atti delle Autorità amministrative indipendenti, vedi R. Bin e G. Pitruzzelli, in *Le Fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 248 e ss. Sulle comunicazioni della Commissione quale forma di “*soft law*” hanno particolarmente insistito G. Borchardt and K. Wellens, *Soft Law in European Community Law*, in *European Law Review*, 1989, vol. 14, pp. 267-321 e F. Snyder, *Effectiveness of European Community Law*, in *Law Rev.*, LVI, 1993, pp. 19 ss. Da ultimo, cfr. F. Terpan, *Soft Law in the European Union: The Changing Nature of EU Law*, in *European Law Journal*, 2014; in *Italia ex multis*, B. Pastore “*Soft Law*”, *Gradi di normatività e teoria delle fonti*, in *Lavoro e Diritto*, 2003, I, pp. 5 ss.

8. “Considerando” n.2. Comunicazione della Commissione relativa all’applicazione, dal 1° agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria («La comunicazione sul settore bancario») [30.7.2013] OJ C 216/01.

9. La necessità di assicurare la stabilità finanziaria è stata affermata in tutte le “*crisis communications*”, evidenziandosi, peraltro, la necessità di scongiurare le distorsioni concorrenziali derivanti dagli interventi statali. Le “*crisis communications*” riprendono la distinzione tra “aiuti per il salvataggio” e “aiuti per la ristrutturazione”: i primi sono interventi finalizzati a predisporre un piano di ristrutturazione e liquidazione; una volta elaborato un piano volto a ripristinare la redditività, gli altri aiuti vengono considerati “aiuti per la ristrutturazione”.

10. La direttiva è stata recepita nel nostro ordinamento con i d.lgs n. 180/2015 e 181/2015. Il primo reca la disciplina in materia di predisposizione dei piani di risoluzione, avvio e chiusura delle procedure di risoluzione, poteri e funzione dell’autorità di risoluzione; il secondo ha modificato il Tu bancario, il Tu della finanza ed alcuni articoli della legge fallimentare, introducendo le disposizioni relative ai piani di risanamento, alle forme di sostegno all’interno dei gruppi bancari, alle misure di intervento precoce. È in questa sede impossibile esaminare, pur sommariamente, le complesse misure ed i meccanismi di regolazione previsti dalla citata Direttiva e dai su menzionati d.lgs 180 e 181 del 2015. Per un’approfondita trattazione delle tematiche derivanti dalla introduzione della Brrd, si rinvia a B. Inzitari, *BRRD, bail in, risoluzione delle banche in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite* (d.lgs 180/2015), in *Rivista diritto bancario*, 2016, p. 26.

11. L’unione bancaria è un sistema di vigilanza e di risoluzione nel settore bancario a livello dell’Ue che opera in base a norme di diritto comunitario. È intesa a garantire che il settore bancario nella zona euro e nell’Ue nel suo insieme sia sicuro e affidabile e che le banche economicamente

*in*¹² che segna il riconoscimento legislativo del principio del “*burden sharing*”, vale a dire di condivisione degli oneri.

Tale principio, gradualmente affermatosi, dapprima nelle cd. “*Communication crisis*”, emanate tra il 2008 ed il 2012, e nelle *decisioni* della Commissione europea¹³ e formalizzato nella Comunicazione della Commissione sul settore bancario¹⁴, segna l’evoluzione da un sistema essenzialmente fondato sulla risoluzione della crisi delle banche mediante l’utilizzo di risorse pubbliche (*bail-out*), all’opposto principio secondo cui prima di ottenere aiuti dallo Stato è necessario internalizzare le perdite (*bail-in*)¹⁵.

Con il successivo Regolamento n. 806 del 2014 (Regolamento Srm) sono state definite disposizioni e procedure uniformi per la definizione della crisi degli enti creditizi e di talune imprese di investimento, nel quadro di un meccanismo di risoluzione unitario e dell’istituzione del Fondo di risoluzione unico¹⁶.

Ciò è in linea con l’obiettivo già indicato dalla Direttiva n.59/2014, di un’armonizzazione delle norme nazionali in materia di definizione della crisi bancaria e di tecniche di cooperazione tra le autorità in caso di dissesto di banche¹⁷.

In tale quadro normativo, il criterio di fondo è quello di limitare l’impatto sui bilanci pubblici degli interventi di salvataggio sulle banche, affermandosi il principio che la ricapitalizzazione degli istituti di credito è affidata essenzialmente ad azionisti, obbligazionisti e creditori della banche stesse (*bail-in*), come accade del resto per le imprese operanti negli altri settori dell’economia.

Il fondamento “etico” del principio è intuitivo, in quanto diretto ad impedire che il costo del risanamento delle imprese bancarie ricada indiscriminatamente sui contribuenti¹⁸.

Si afferma, dunque, anche nel settore bancario, la necessità di una naturale corrispondenza tra rischio

non sostenibili siano soggette a risoluzione senza ricorrere al denaro dei contribuenti e con il minimo impatto sull’economia reale. L’Unione bancaria si prefigge di: garantire la solidità delle banche e la loro capacità di superare in futuro eventuali crisi finanziarie; evitare situazioni in cui il denaro dei contribuenti è utilizzato per salvare banche in dissesto; ridurre la frammentazione del mercato armonizzando le norme che regolano il settore finanziario; rafforzare la stabilità finanziaria nella zona euro e nell’insieme dell’Ue.

12. La Direttiva definisce il *bail-in* come un meccanismo di svalutazione e di conversione di passività (artt. 43 e 59.2 ed art. 63.1). Il legislatore italiano ha significativamente mantenuto la denominazione dell’istituto, che non ha precedenti nel nostro ordinamento, contenuta nella Direttiva. L’art. 1 comma 1, lett g) del d.lgs 180/2015 definisce il *bail-in* come «la riduzione o conversione in capitale dei diritti degli azionisti o dei creditori» e può essere inteso come misura di salvataggio interno, realizzato dall’ente con mezzi propri.

13. Nel periodo dal 2008 al 2013 le decisioni della Commissione sono state più di 400 e di fatto sono state approvate tutte o quasi tutte le misure predisposte dagli Stati a vantaggio degli istituti di credito. Per un’analisi di natura ed effetti degli aiuti di Stato nel periodo dal 2008 al 2014 vedi F. Croci, *L’impatto della crisi finanziaria sugli aiuti di Stato nel settore bancario*, cit.; F. Vella, *Banche italiane e crediti deteriorati...*, cit., pp. 3 ss.;

14. Comunicazione OJ C216/1. Per un’approfondita analisi della Comunicazione sul settore bancario 30.7.2013 vedi, *I Crediti deteriorati (NPL) , Aiuti di Stato nella Brrd e nella Comunicazione sul settore bancario del 30.7.2013 della Commissione europea*, B.Inzitari, in *Bbtc.*, 2016, p. 641.

15. Il “*bail-in*”, come sopra evidenziato, è uno degli strumenti a disposizione dell’Autorità per la gestione e risoluzione della crisi di una banca della quale si propone di ripristinare l’equilibrio di bilancio attraverso la svalutazione e/o conversione in capitale delle passività. In tale sistema le perdite della banca sono destinate a gravare *anzitutto* su chi ha investito nel capitale di rischio (azionisti) ed, in seconda battuta, su chi la banca ha finanziato (creditori, gravati secondo un ordine particolare previsto dalle norme comunitarie). Per un inquadramento del *bail-in* e la sua affermazione in ambito comunitario, cfr. A. Gardella, *Il Bail-in e il finanziamento delle Risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di Risoluzione unico*, in *Bbtc.*, 2015, pp. 587 ss. Per un’analisi dell’istituto: B. Inzitari, cit., pp. 26 ss.; R. Lener, *Bail in bancario e depositi bancari tra procedure concorsuali e regole di collocamento degli strumenti finanziari*, in *Bbtc.*, 2016, p. 287.

16. La Direttiva Brrd è stata completata dall’istituzione del Meccanismo di risoluzione unico (Srm) con il menzionato regolamento Ue 806/201 del 2014, che costituisce l’omologo nella materia della risoluzione, del Meccanismo di vigilanza unico (Mvu), caratterizzato dal trasferimento alla Bce della competenza per la vigilanza delle banche più significative dell’area euro; al riguardo vedi A. Gardella, cit., p. 588.

17. Per un inquadramento sistematico, S. Cassese, *La nuova architettura finanziaria europea, dal testo unico bancario all’Unione bancaria : teniche normative e allocazione di poteri*, in *Quaderni di ricerca della consulenza legale Banca d’Italia*, n. 75, marzo 2014, pp. 20 ss.; M. Macchia, *Modelli di coordinamento della vigilanza bancaria*, in *Riv. Trim. dir. Pubblico*, p. 368, il quale evidenzia come l’integrazione bancaria europea, inizialmente perseguita attraverso l’armonizzazione minima e la soft regulation, ha gradualmente lasciato il posto ad un modello organizzativo unitario, basato su un sistema comune: l’uniformazione della vigilanza bancaria serve sia per assicurare il mercato unico dei servizi bancari, sia per evitare differenze di valutazione dei rischi bancari (e di conseguenza di quelli della finanze pubbliche).

18. vedi A. Gardella, *Il Bail-in ...*, cit. in *Bbtc.*, p. 588, la quale evidenzia come determinare l’adeguato *burden sharing* sia decisivo al fine di indurre *ex ante* gli enti creditizi ad osservare la disciplina di mercato e scoraggiare l’azzardo morale degli istituti di credito, che fino ad oggi è stato agevolato dall’implicita garanzia di Stato al loro salvataggio.

d'impresa e responsabilità: coloro i quali hanno investito in titoli bancari, in caso di difficoltà finanziarie dell'istituto di credito, possono, ed anzi sono tenuti, a divenire compartecipi delle perdite¹⁹.

Nella disciplina della definizione della crisi bancaria, si intersecano dunque profili derivanti dalla normativa europea di settore, essenzialmente dettata dalla Comunicazione sulla crisi bancaria del 30.7.2013, tuttora in vigore, dalla Direttiva 59/2014 (*Brrd*) e dal regolamento n.806/2014 (*Srm*), dal regime degli aiuti di Stato di cui agli artt.107 e 108 Tfeue, e dalla disciplina nazionale che mantiene, come vedremo, uno spazio residuo²⁰.

La regolazione concreta della crisi delle banche, a causa della pluralità delle disposizioni e delle autorità coinvolte, del necessario temperamento di rilevanti interessi, anche confliggenti, nonché della notevole discrezionalità e vaghezza di presupposti, presenta, come sarà chiarito in seguito, ampi margini di incertezza applicativa²¹.

2. La ricapitalizzazione precauzionale

Una prima distinzione, posta in modo netto dalla normativa comunitaria, è quella tra “crisi di liquidità” e “stato di dissesto”.

Con riferimento alla ricapitalizzazione dell'ente che si trovi in situazione di difficoltà finanziaria²², la finalità perseguita dalla disciplina comunitaria è quella di porre limiti e regole procedurali, al fine di evitare che il “salvataggio” o comunque la “ricapitalizzazione” della banca si attui mediante un intervento più o meno diretto dello Stato²³, al di fuori del controllo della Commissione europea, alterando i meccanismi concorrenziali²⁴.

La Direttiva 59/2014, d'ora in avanti *Brrd*, introduce un istituto tipico, la “ricapitalizzazione precauzionale” (*precautionary recapitalisation*), che ammette l'uso di fondi pubblici a strette condizioni ed in conformità alle regole degli aiuti di Stato²⁵.

Nel caso in cui la banca non abbia trovato i necessari finanziamenti direttamente sul mercato²⁶ ovvero

19. La critica più comunemente rivolta alla disciplina in esame è la mancanza di gradualità della sua attuazione, considerato il legittimo affidamento dei creditori che avevano investito in titoli bancari anteriormente all'approvazione della *Brrd*: «*I rischi di una crisi bancaria dovrebbero ricadere su creditori che hanno assunto consapevolmente il rischio, mentre il modo i tempi con cui la Direttiva Brrd è stata implementata hanno de facto impedito che ciò accadesse*» Banca D'Italia, «*La crisi di Veneto Banca s.p.a. e Banca popolare di Vicenza s.p.a.: Domande e risposte*», 12 luglio 2017, www.bancaditalia.it/media/notizia/domande-e-risposte-sulla-soluzione-della-crisi-di-veneto-banca-e-banca-popolare-di-vicenza.

È stato altresì evidenziato che la risoluzione bancaria, osservata dall'angolo visuale della tutela del risparmio, pone questioni di “educazione finanziaria”, oltre che di correttezza delle pratiche commerciali bancarie e di informazione della clientela, ampliandosi lo stesso concetto di investimento fino a ricomprendervi categorie, quali i depositi, che nel comune sentire del risparmiatore erano del tutto privi di rischio, R.Lener, *Bail in bancario e depositi bancari tra procedure concorsuali e regole di collocamento degli strumenti finanziari*, in *Bbte*, 2016, p. 291.

20. Per un'ampia rassegna ed analisi dei principali istituti del diritto comunitario, vedi B.Inzitari, *Brrd*, bail in, *risoluzione della banca in dissesto...*, cit., 2016, p. 26.

21. Per una sintetica, seppure efficace, indicazione delle criticità applicative del nuovo sistema introdotto con la *Brrd* vedi F. Vella, cit., 2. Per riferimenti più approfonditi vedi R.Lener, U.Morera, F. Vella (a cura di) *Banche in crisi. Chi salverà i depositanti?*, in *Age-Analisi giuridica dell'economia*, n.2, 2016, pp. 267 ss.

22. Anche alla luce dei più stringenti requisiti di capitalizzazione imposti alle banche a partire dall'accordo *Basilea III* ed ai parametri degli *stress test* condotti dall'anno 2010 dall'Autorità bancaria europea (Eba).

23. Secondo le decisioni della Commissione il fattore rilevante non è costituito dalla diretta origine delle risorse, ma dal grado di intervento della pubblica Autorità nell'ambito della definizione della misura e del metodo di finanziamento; cfr. Caso T-139/09 Francia V Commissione Eu:T2012: 496, par. 63 s.

24. Emblematica, al riguardo la decisione della Commissione europea (SA.39451(2015/C) Italia per Banca Tercas, che ha qualificato come aiuto di Stato il finanziamento e la garanzia concessi alla Banca popolare di Bari dal Fondo interbancario di tutela dei depositi (Fitd) per il salvataggio della banca Tercas.

25. La Commissione europea ha raggiunto nel giugno di quest'anno un accordo di massima con le autorità italiane per la ricapitalizzazione della Banca Monte dei Paschi di Siena, definitivamente approvato a luglio. L'ammontare di capitale “precauzionale” che una banca può chiedere allo Stato è quello necessario a coprire il fabbisogno patrimoniale che deriva dallo scenario avverso di una prova di *stress*. Nel caso della Banca Monte dei Paschi di Siena tale fabbisogno è stato valutato dalla Bce in 8,8 miliardi ed è riferito alla prova di *stress* resa pubblica dall'Eba (Autorità bancaria europea).

26. Nel febbraio 2017 gli azionisti Unicredit hanno approvato un aumento di capitale dell'Istituto di circa 13 miliardi di euro.

con l'intervento statale, ma in *linea con le condizioni di mercato*²⁷, la Brrd prevede la possibilità di concedere un "aiuto di Stato", sottoposto però a specifiche condizioni:

- a) la Banca centrale europea (Bce) deve dichiarare che la banca è "solvente";
- b) il supporto dello Stato non deve essere usato per coprire perdite già subite o in cui l'ente potrebbe incorrere in futuro, ma solo, in via cautelare, per il rafforzamento dello solidità (patrimoniale) della banca;
- c) l'aiuto dev'essere temporaneo;
- d) deve intervenire l'approvazione finale della Commissione Europea che valuti gli aiuti "compatibili".

La valutazione di "compatibilità" degli aiuti di Stato, a sua volta, richiede tre condizioni:

- adeguata condivisione degli oneri, il che impone una partecipazione degli azionisti ed obbligazionisti "subordinati"²⁸;
- presentazione di un "piano credibile", che assicuri la permanenza della banca nel lungo periodo;
- limitazione al minimo delle distorsioni della concorrenza.

3. Il Dissesto o rischio di dissesto

L'art. 32.4 della Bddr definisce le situazioni in cui la Banca centrale europea (Bce) accerta lo stato di "dissesto" o "rischio di dissesto"²⁹ di un ente:

- l'insussistenza attuale, o nel prossimo futuro, dei requisiti di regolazione bancaria tali da impedire l'autorizzazione allo svolgimento delle attività bancarie;
- gli attivi sono, o saranno nel prossimo futuro, inferiori ai passivi;
- la banca non è, o non sarà in grado, nel prossimo futuro, di pagare i propri debiti.

A differenza dell'ipotesi di mera crisi di liquidità, ancora reversibile mediante un'adeguata ricapitalizzazione, la situazione di dissesto o rischio di dissesto ha carattere strutturale.

Accertato da parte della Bce lo stato di dissesto, il Comitato di Risoluzione unico decide in merito alla sussistenza dell'"interesse pubblico", *discrimen* tra procedura di Risoluzione³⁰ regolata dalla Brrd (e dal Regolamento Srm)³¹ e liquidazione della banca, da attuarsi secondo la disciplina nazionale (in Italia procedura di liquidazione coatta amministrativa, come regolata dal Tub (d.lgs 385/1993 - artt. 80 e ss.).

Laddove non si ravvisi un interesse pubblico a che la procedura si svolga secondo le regole europee di risoluzione, e dunque in linea di massima per tutte le banche di dimensioni più limitate, la liquidazione si attuerà sulla base dell'ordinamento nazionale.

D'altro canto, l'espulsione dal mercato di tali banche, sebbene non interessi direttamente il sistema finanziario europeo, può avere effetti, anche rilevanti, nelle aree territoriali in cui tali banche operano.

Pertanto, anche al di fuori della disciplina della Risoluzione, è attribuita agli stati membri la facoltà di concedere aiuti di Stato per evitare un impatto

27. In tal senso la ricapitalizzazione della portoghese Caixa general de depositos, interamente posseduta dallo Stato, nel marzo 2017.

28. Non si richiede invece la partecipazione di altri creditori, a differenza di quanto prevede il *bail-in* nella procedura di risoluzione, nel caso di dissesto.

29. L'art. 17 comma 2 d.lgs 180/2015 che, come già evidenziato, ha recepito la direttiva Brrd, identifica il dissesto nella sussistenza, anche in via alternativa, delle seguenti condizioni: a) irregolarità nell'amministrazione o violazione di disposizioni legislative, regolamentari oppure statutarie di gravità tale da giustificare la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria; b) perdite patrimoniali tali da privare la banca dell'intero patrimonio o di parte significativa di esso; c) attività inferiori alle passività; incapacità di pagare i creditori alla scadenza.

30. In Italia la procedura di Risoluzione è stata applicata dalla Banca d'Italia in data 22 novembre 2015 alle quattro banche: Banca delle Marche, Cassa di Risparmio di Ferrara spa, Banca dell'Etruria e del Lazio spa, Cassa di risparmio di Chieti spa. L'applicazione della risoluzione alle quattro banche ha comportato la chiusura dell'amministrazione straordinaria, l'integrale riduzione delle azioni e delle obbligazioni subordinate, la costituzione di quattro enti-ponte destinatari delle aziende, a seguito di provvedimenti di cessione effettuati da parte della Banca d'Italia quale autorità di risoluzione.

31. La risoluzione disposta dalla Banca d'Italia è una procedura del tutto nuova che, come già evidenziato, è stata introdotta nel nostro ordinamento con i d.lgs 180 e 181/2015. Essa è diretta alla realizzazione, nel più breve tempo possibile, della ristrutturazione del patrimonio della banca secondo il programma di risoluzione predisposto dalla Banca d'Italia e finalizzato ad assicurare la continuità aziendale, previo assorbimento delle passività e con applicazione del "*bail-in*" a carico, in primo luogo degli azionisti, dei titolari di altri strumenti di partecipazione al capitale, degli obbligazionisti subordinati, ed in secondo luogo dei creditori chirografari, correntisti con depositi superiori a 100.000,00 euro e fondo di garanzia dei depositi, che interviene in luogo dei depositanti protetti (depositanti con meno di 100.000 euro). Per una dettagliata analisi della complessa procedura di risoluzione, caratterizzata dall'applicazione del *bail-in* e della distribuzione delle perdite tra tutti gli azionisti e creditori dell'ente, secondo un criterio strettamente concorsuale e con applicazione del principio *no worse creditor off*, si rinvia a B. Inzitari, Brrd, *bail-in, risoluzione della banca ...*, in Riv. Dir. Bancario, cit.

negativo sull'economia di Regioni o distretti produttivi.

In tal caso, peraltro, in assenza di una disciplina dettata dalla Direttiva e dal Regolamento europeo, la fattispecie trova una sua regolamentazione nella già citata Comunicazione sul settore bancario del 30.7.2013 della Commissione europea.

Viene anzitutto richiamato il fondamentale principio della necessaria “*condivisione degli oneri*”³², sebbene con caratteri meno incisivi rispetto a quanto previsto rispetto alla procedura di risoluzione, poiché, a differenza del bail-in, non vengono coinvolte le cd. obbligazioni *senior*, né i depositi eccedenti 100.000 euro.

Nella liquidazione secondo la disciplina “nazionale”, dunque, azionisti e creditori subordinati devono contribuire pienamente all'operazione, ma non si richiede la partecipazione di creditori di primo rango (*senior*) e depositari.

È inoltre necessaria la presentazione di un “piano” e la dimostrazione che i costi e le alterazioni della concorrenza sono limitate al minimo indispensabile³³.

4. L'affaire Banche venete

In tale cornice normativa va esaminato il caso della Banca Popolare di Vicenza spa e Veneto Banca spa.

A seguito dell'insuccesso delle operazioni di raccolta di capitale sul mercato lanciate da Bpvi e Veneto Banca, nella prima metà dell'anno 2016 il Fondo Atlante³⁴ ha rilevato la proprietà delle due banche, sottoscrivendo aumenti di capitale per complessivi 3,4 miliardi di euro³⁵ ed ha proceduto alla sostituzione della *governance*.

Nel marzo 2017 Bpvi e Veneto Banca, peraltro, considerata la insostenibilità della situazione patrimoniale nonostante la ricapitalizzazione effettuata dal fondo Atlante, hanno avviato la procedura per ac-

cedere agli aiuti di Stato e presentato istanza di *ricapitalizzazione precauzionale*.

A distanza di soli tre mesi, la Bce ha invece accertato, in data 23 giugno 2017, lo stato di dissesto (o rischio di dissesto) di Bpvi e Veneto Banca ed il Comitato di risoluzione unico (Srb) ha affermato che in nessuno dei due casi l'interesse pubblico giustificasse l'avvio di una procedura di Risoluzione regolata dalla Brrd.

Da ciò l'applicazione della normativa sulla liquidazione coatta amministrativa e l'attribuzione della liquidazione alle competenti autorità nazionali, come da nota della Banca d'Italia n.3810 del 24 giugno 2017.

Al di fuori, dunque, della rigorosa disciplina europea della risoluzione, l'Italia si è avvalsa della facoltà di chiedere alla Commissione il via libera all'impiego di fondi pubblici, sulla base della già menzionata Comunicazione sul settore bancario del 30.7.2013, effettuando la liquidazione delle banche secondo la normativa nazionale.

Il 24 giugno l'Italia ha pertanto notificato alla Commissione l'intenzione di concedere aiuti di Stato per la liquidazione di Bpvi e Veneto banca, ai sensi degli artt. 107, par 3 (b) e 108 Tfeu nei seguenti termini:

- intervento per cassa dello Stato per 4,785 miliardi di euro, di cui 3.5 miliardi a copertura del fabbisogno di capitale in capo a Intesa a seguito dell'acquisizione delle due banche; 1.3 miliardi per ristrutturazione aziendale tra cui gestione degli esuberanti di personale;
- garanzie dello Stato per un massimo di 12 miliardi di euro, costituite essenzialmente da garanzie per il finanziamento della massa fallimentare da parte di Intesa;
- cessione di parti delle attività delle due banche ad Intesa SanPaolo, comprensivo del trasferimento dei dipendenti, ad un corrispettivo pressochè simbolico (1 euro);
- esclusione dalla cessione dei cd. crediti deteriorati (Npl) che vengono trasferiti alla SGA

32. Considerando 77 Comunicazione settore bancario.

33. Considerando nn. 69, 72 e 73 della Comunicazione sul settore bancario.

34. Il Fondo di Investimento Alternativo (Fia) denominato Fondo Atlante è una società, di natura privatistica, di gestione del risparmio indipendente che raccoglie capitali di istituzioni finanziarie (banche, assicurazioni e fondazioni) che partecipano su base volontaria ed ha come finalità principale quella di assicurare il successo di aumenti di capitale richiesti dall'Autorità di Vigilanza a banche che si trovano a fronteggiare oggettive difficoltà di mercato, agendo da *back stop facility*. Di esso fa anche parte la Cassa Depositi e Prestiti. Nonostante i dubbi avanzati sulle modalità operative del fondo Atlante, la Commissione europea ha ritenuto che l'intervento di ricapitalizzazione di detto fondo, a differenza del Fitd, non configuri “aiuto di Stato” e non è dunque necessaria la preventiva notifica ex art. 108 Tfeu alla Commissione. F. Vella, cit., p. 11, evidenzia le ambiguità del ruolo e delle funzioni del Fondo Atlante. Tale Fondo è costituito essenzialmente da azionisti privati (ad eccezione della Cassa depositi e prestiti), ma in una logica non orientata alla redditività di mercato degli investimenti realizzati. Si è pertanto parlato di «simulacro di intervento pubblico»; così F. Fioravanti, *Fondo Atlante bancario. Tra salvataggio pubblico e intervento dei privati*, in *Amministrazione in cammino*, 18 ottobre 2016.

35. A seguito dell'aumento di capitale il Fondo Atlante è divenuto socio al 99,3 % della BPVI ed al 98% di Veneto Banca.

spa³⁶, la quale amministrerà i crediti (ed altri rapporti giuridici acquistati) al fine di massimizzarne il valore e realizzarli al meglio.

La Commissione europea ha accertato la conformità dei provvedimenti in questione con le norme Ue sugli aiuti di Stato ed in particolare con la Comunicazione sul settore bancario del 2013.

Secondo la valutazione della Commissione, gli attuali azionisti e detentori di obbligazioni subordinate hanno dato il loro pieno contributo ai costi, alleviando l'onere dello Stato italiano e le banche destinatarie dell'aiuto «*saranno liquidate in modo ordinato ed usciranno dal mercato e le attività cedute saranno ridimensionate da Intesa*».

La Commissione ha altresì ritenuto che non si configura un aiuto di Stato in favore di Intesa, in quanto essa è stata scelta all'esito di una procedura di cessione aperta, equa e trasparente, che ha garantito che le attività fossero cedute alla migliore offerta disponibile.

È stato pertanto emanato il Dl n.99 del 25 giugno 2017 che ha stabilito le concrete modalità dell'operazione.

Conclusioni

Indubbiamente la liquidazione coatta delle due banche, grazie all'aiuto di Stato autorizzato dalla Commissione europea, è stata realizzata evitando gli effetti disgregativi e gravemente pregiudizievoli di

una liquidazione atomistica, salvaguardando il valore degli istituti e consentendo la continuità dei rapporti e la tutela dei depositanti e dei creditori³⁷.

Secondo la valutazione della Banca d'Italia³⁸, inoltre, la percentuale dei crediti deteriorati che può essere recuperata mediante un "approccio paziente" da parte della SGA, dovrebbe consentire il ristoro pressochè integrale, seppure con tempi medio-lunghi, del finanziamento statale concesso.

La vicenda in esame, tuttavia, suscita non poche perplessità.

Desti stupore il lungo periodo trascorso dall'emersione delle irregolarità (2013/2014)³⁹ senza l'adozione di misure efficaci da parte delle autorità di vigilanza⁴⁰, con l'onerosa e vana, in quanto attuata tardivamente, ricapitalizzazione degli istituti di credito da parte del fondo Atlante⁴¹.

Una volta intrapresa la strada (ormai necessitata) dell'aiuto di Stato, nel giro di pochi mesi le banche sono state ritenute dalle autorità europee prima solventi e poi insolventi, prima "sistemiche" ai fini della "stabilità finanziaria" e poi "locali"⁴².

È stata infine evitata la più rigorosa procedura di risoluzione, ottenendo il ricorso alla liquidazione coatta amministrativa, ma innestando in tale procedura un robusto aiuto di Stato, autorizzato dalla Commissione sul presupposto che esso fosse giustificato da un'adeguata condivisione degli oneri, seppure limitata agli azionisti (e tra essi, principalmente, il fondo Atlante, che ha ricapitalizzato le due banche) ed ai soli detentori di obbligazioni subordinate.

36. La SGA spa è una società interamente controllata dal Ministero dell'Economia e delle finanze, costituita in occasione del salvataggio del Banco di Napoli, specializzata nel recupero dei crediti deteriorati.

37. Come rilevato nella Memoria per la VI Commissione Finanze della Camera dei Deputati della Banca d'Italia, in caso di "liquidazione atomistica" delle banche venete circa 100.000 piccole e medie imprese e circa 200.000 famiglie sarebbero state costrette a restituire per intero i crediti (circa 26 miliardi), con il conseguente rischio di diffuse insolvenze. I depositanti non protetti dalla garanzia insieme agli obbligazionisti senior avrebbero dovuto attendere i (verosimilmente non brevi) tempi della liquidazione, per ottenere il rimborso (circa 20 miliardi). Il Fitd avrebbe dovuto farsi carico delle somme necessarie al rimborso dei depositanti in tempi estremamente ristretti. Lo Stato, infine, sarebbe stato chiamato all'immediata escussione della garanzia sulle passività emesse dalle due banche, per un importo di circa 8,6 miliardi.

38. Banca d'Italia, *La crisi di Veneto Banca s.p.a. e Banca popolare di Vicenza s.p.a.: Domande e risposte*, cit.

39. Nel caso di Veneto banca i primi forti segnali di scadimento della situazione tecnica vennero da accertamenti ispettivi condotti da Banca d'Italia nel 2013 che fecero emergere il fenomeno delle cd. «azioni (auto) finanziate», per la Banca popolare di Vicenza aspetti problematici in ordine al medesimo fenomeno emersero nel corso dell'anno 2014. Nell'anno 2015, infine, tali irregolarità furono compiutamente accertate a seguito di ispezione di vigilanza condotta da personale della Banca d'Italia sotto l'egida del Meccanismo di vigilanza unico (Mvu).

40. Come ricordato dal Governatore della Banca d'Italia nell'intervento all'Assemblea annuale Abi 2017 «Le autorità di vigilanza non possono sostituirsi agli amministratori delle banche nella definizione delle decisioni d'impresa. È loro compito tuttavia richiamare i responsabili delle scelte strategiche a valutare le opportunità ed i rischi del nuovo contesto a valutare realisticamente i punti di forza e di vulnerabilità delle banche».

41. Tale apporto di capitale si è infatti rivelato del tutto inidoneo ad arrestare l'emorragia di depositanti, correntisti e clienti.

42. L. Reichlin, *La lezione della crisi bancaria*, *Corriere della sera*, 29 giugno 2017.

Desta infine perplessità la valutazione della Commissione che, in relazione alla posizione del cessionario ed al corrispettivo, meramente simbolico, offerto da Banca Intesa, si è limitata ad affermare, apoditticamente, che la scelta dell'acquirente è stata effettuata all'esito di una procedura "aperta, equa e trasparente"⁴³.

Giova al riguardo rilevare che, a parte il finanziamento da parte dello Stato per la ricapitalizzazione dei due istituti, la cessione delle attività delle banche è stata epurata dai cd. "crediti deteriorati" (Npl) ed è stata prestata, sempre da parte dello Stato italiano una rilevante garanzia a prima richiesta in favore del cessionario⁴⁴.

Non sembra inoltre che siano stati previsti, a carico del cessionario, precisi obblighi di salvaguardia di determinate soglie occupazionali⁴⁵.

Nel caso di specie, dunque, non solo il principio del cd. "bail-in", la cui piena applicazione è riservato alla procedura di Risoluzione per le crisi cd. sistemiche, ma lo stesso principio "di effettiva condivisione degli oneri" (*burden sharing*) risulta nei fatti disatteso.

La vicenda in esame sembra dimostrare che il principio secondo cui le ricapitalizzazioni delle banche ed il loro salvataggio non vadano quasi mai effettuate con fondi pubblici è irrealistico⁴⁶.

Nel settore bancario, anche in relazione ad istituti o gruppi bancari di dimensioni non particolarmente rilevanti, nessun risanamento radicale può avere effetto senza l'intervento, almeno temporaneo, dello Stato.

L'esigenza portante che costituisce il presupposto ideologico del *burden sharing* impone, peraltro, che vi sia un'effettiva partecipazione degli *shareholders* alle perdite della società: chi investe in un'azienda bancaria, come del resto in ogni altro settore produttivo, deve avere ben chiaro che ciò comporta assunzione di rischio⁴⁷.

L'Unione bancaria, peraltro, va completata creando, accanto al Meccanismo di vigilanza unico ed al Meccanismo di risoluzione unico, un sistema comune di garanzie sui depositi⁴⁸.

L'intervento statale e delle autorità di vigilanza europee, inoltre, deve avvenire il più tempestivamente possibile ed in modo coerente.

La gestione delle crisi bancarie è attualmente affidata ad una molteplicità di autorità ed istituzioni, senza un efficace azione di coordinamento che definisca le priorità e delimiti la discrezionalità che la normativa prevede, come riconosciuto dal Governatore della Banca d'Italia proprio in relazione alle "difficoltà emerse nell'individuare una soluzione per la crisi delle banche venete"⁴⁹.

Pur in presenza di criteri generali e non esattamente determinati, e ferma la difficoltà di una tempestiva analisi della effettiva situazione patrimoniale dell'istituto di credito, in un settore così delicato per gli assetti macroeconomici appare assai rischioso per la credibilità delle istituzioni coinvolte ricorrere con disinvoltura a nozioni da cui discendono relevantissime conseguenze giuridiche.

43. Si ha la sensazione che, a causa delle incertezze sulle modalità di intervento e del tempo perso nel confronto tra le diverse autorità nazionali ed europee, alla ricerca della migliore strategia per la risoluzione della crisi delle banche venete, in presenza di una situazione divenuta ormai di assoluta urgenza, in presenza dell'irreversibile dissesto delle banche e di diffusa percezione di rischiosità da parte del mercato, si sia dovuto accettare il "prendere o lasciare" dell'unico offerente, che sembra aver sostanzialmente dettato le condizioni ed il contenuto della cessione.

44. Come evidenziato da alcuni osservatori, in uno scenario in cui le due banche fossero state ripulite da buona parte delle perdite, probabilmente si sarebbero potuti affacciare altri potenziali acquirenti, vedi al riguardo, C. Milani, *L'abbraccio mortale tra banche e Stato (e cosa serviva per le venete)*, in *Il Sole 24 ore* del 27 giugno 2017.

45. Non stupisce, dunque, che dopo la notizia della cessione delle due banche venete la quotazione di borsa del titolo di Banca Intesa abbia avuto un rialzo del 5,3% in due sedute.

46. Nello stesso senso, F. Vella, cit., pp. 3 ss.

47. Vedi al riguardo F. Vella, cit., p. 2, il quale evidenzia come debbano valorizzarsi tutti gli strumenti per evitare disastrose socializzazioni di perdite e diffusi fenomeni di *moral hazard*, facendo capire agli *stakeholders* delle banche che è importante informarsi ed imparare a selezionare i propri investimenti.

48. Appare inoltre urgente l'istituzione di una società di gestione, a livello europeo, degli attivi deteriorati, con supporto pubblico, al fine di ridurre il peso di tali esposizioni nei bilanci bancari e sviluppare il mercato dei crediti deteriorati; tale proposta, avanzata da Andrea Enria, presidente dell'Eba nel gennaio 2017 viene ripresa nella citata Comunicazione all'assemblea annuale dell'Abi dal Governatore della Banca d'Italia, Ignazio Visco.

49. Così il Governatore della Banca d'Italia nell'intervento all'Assemblea annuale Abi: «La gestione delle crisi bancarie è oggi affidata ad una molteplicità di autorità ed istituzioni indipendenti; manca un'efficace azione di coordinamento che definisca le priorità e guidi l'utilizzo dei margini di discrezionalità che la normativa riconosce. Lo testimoniano anche le difficoltà emerse nell'individuare una soluzione per la crisi delle banche venete. Occorre inoltre stabilire precise modalità con cui dare conto delle decisioni prese».

La crisi della banca ha caretture “sistemico” o non ce l’ha⁵⁰, o si tratta di mera crisi di liquidità o è ravvisabile il dissesto⁵¹, e non sembra possibile passare in un brevissimo arco temporale dall’una all’altra situazione⁵².

Soprattutto, non è possibile ritardare le scelte operative⁵³.

La “ricapitalizzazione precauzionale” va praticata solo se non vi è imminente rischio di dissesto e dunque se la crisi della banca è in fase iniziale e reversibile e non vi sono carenze strutturali.

In caso contrario, la banca va senz’altro sottoposta alla procedura di risoluzione, con piena applicazione del “*bail-in*”, se sussiste un interesse generale, per il suo carattere “sistemico”.

Va invece messa in liquidazione, applicando la procedura di liquidazione cotta amministrativa, debitamente modulata, a seguito dell’intervento statale, in relazione alle esigenze del caso concreto, in caso di crisi con ripercussioni di carattere *regionale o distrettuale*.

Se da un punto dei presupposti la distinzione tra “risoluzione” e “liquidazione secondo le norme nazionali” appare piuttosto netta, in quanto la prima è diretta a perseguire il risanamento e la continuità delle funzioni dell’azienda, mentre la seconda ne implica la liquidazione, da un punto di vista sostanziale e nella

sua concreta applicazione la differenza tra i due istituti si è dimostrata piuttosto evanescente. Non può non rilevarsi come il procedimento di liquidazione coatta delineato per le due banche venete abbia perseguito l’obiettivo di garantire la continuità dei rapporti⁵⁴.

In generale, nel settore delle crisi bancarie, l’aiuto di Stato, quale che sia la procedura utilizzata, non può che essere diretto al mantenimento della “continuità” dell’azienda bancaria, unica misura idonea ad evitare l’effetto “domino” di una liquidazione “disgregatrice”.

Tale continuità, che sembra caratterizzare la sola procedura di risoluzione, in contrapposizione alla liquidazione da attuarsi secondo la disciplina nazionale, costituisce dunque, in realtà, un tratto comune a tutte le forme di intervento pubblico nella crisi bancaria.

In ogni caso, il pur necessario intervento statale postula coerenza e tempestività⁵⁵ e richiede una politica di “pulizia” aggressiva dei bilanci dell’istituto ed una incisiva azione di liquidazione degli *assets* e di attribuzione di responsabilità alla *governance* cui è imputabile la crisi o il dissesto.

La scelta del cessionario dell’azienda o di rami aziendali e le concrete modalità del trasferimento, inoltre, vanno effettuate sulla base di “procedure competitive” e trasparenti⁵⁶, idonee a realizzare al meglio il pubblico interesse che giustifica l’intervento statale.

50. Come evidenziato da A.Baglioni - E.Hamaui, in *Lavoce.info*, 7.7.2017 la distinzione è apparsa “fragile e mutevole nel tempo”; anche se le banche venete possedevano una quota di mercato di poco meno del 2% vi sono pochi dubbi sul fatto che il loro fallimento avrebbe messo in crisi l’intera sistema bancario, che ad esempio avrebbe dovuto garantire, attraverso il Fondo interbancario i depositi sotto i 100.000 euro, con un costo di oltre 12 miliardi di euro.

51. Da tempo la letteratura economica ha sottolineato la difficoltà di distinguere tra stati di insolvenza e di temporanea difficoltà o assenza di liquidità, eppure questa distinzione è sostanzialmente alla base della direttiva sulla risoluzione delle crisi bancarie. Il caso delle “banche venete” ha dimostrato come la distinzione sia aleatoria: nel giro di pochi giorni l’intervento di garanzia offerto dallo Stato italiano in relazione all’emissione di obbligazioni dirette a superare una crisi di liquidità sancita dalle autorità comunitarie si è trasformato in un uscita diretta per le casse dello Stato sotto forma di finanziamento (oltre che di garanzia).

52. La “ricapitalizzazione precauzionale” e la messa in liquidazione si fondano su presupposti alternativi e la mancanza di adeguata trasparenza nel loro utilizzo crea sconcerto e diffidenza.

53. Nel caso delle banche venete non può non rilevarsi che l’accertamento delle gravi irregolarità dei due istituti risale ad accertamenti ispettivi effettuati dalla Banca d’Italia già negli anni 2013 e 2014, cfr. Banca D’Italia, *La crisi di Veneto Banca s.p.a. e Banca popolare di Vicenza s.p.a.: Domande e risposte*, 12 luglio 2017, cit. Sulla necessità di liberare il prima possibile le banche in difficoltà delle esposizioni creditizie deteriorate e procedere ad un rafforzamento patrimoniale per ricondurre prima possibile gli intermediari su un piano di riequilibrio, vedi F. Vella, cit. 4.

54. Al riguardo vedi A.Baglioni e R.Hamaui, in *Lavoce.info* cit.

55. Sull’assoluta rilevanza del fattore “tempo” per salvaguardare il valore della banca e limitare l’impiego di risorse pubbliche – come mi sembra possa evincersi dal (farraginoso) intervento statale per il salvataggio delle banche venete – ed in generale per affrontare con incisività il problema dei crediti deteriorati (Npl), che costituisce il principale (anche se non l’unico) fattore causale delle crisi bancarie più recenti, vedi F.Vella, cit., p. 11.; al riguardo cfr. anche B.Inzitari, *Crediti deteriorati (Npl), aiuti di Stato nella BRRD e nella Comunicazione sul settore bancario del 30.7.2013 della Commissione europea*, in *Bbtc*, 2016, pp. 641 ss.

56. Per rilievi critici e dubbi interpretativi sul Dl 99/2017 recante «disposizioni urgenti per la liquidazione di Banca popolare di Vicenza spa e Veneto Banca spa» avuto riguardo, in particolare, all’esclusione dalla cessione a Banca Intesa dei debiti delle banche in liquidazione nei confronti dei propri azionisti o di propri obbligazionisti subordinati, ed in relazione alle controversie relative ad atti o fatti occorsi prima della cessione, ai sensi dell’art. 3 comma 1, lett. b) e c), avuto riguardo ai principi generali in materia di cessione di azienda di cui all’art. 2560 cc, vedi A. Dolmetta e U. Malvagna, *Banche venete e problemi civilistici di lettura costituzionale del decreto legge 99/2017*, in *Rivista di diritto bancario*, n. 7/2017, pp. 1 ss.

L'attività delle banche dal punto di vista del giudice delle misure di prevenzione

di *Francesco Menditto*

I sequestri e le confische, di prevenzione e penali, comportano non di rado rilevanti conseguenze per i terzi creditori che subiscono il depauperamento del patrimonio del debitore destinatario del provvedimento.

La necessità di trovare un punto di equilibrio tra la tutela dei diritti di terzi incolpevoli e l'esigenza di evitare modalità elusive del provvedimento.

L'esame dell'evoluzione giurisprudenziale e normativa dimostra, però, che i principali terzi che agiscono per la tutela dei propri diritti sono gli istituti di credito, spesso particolarmente propensi (in particolare nel passato) a concedere il credito a soggetti "opachi".

Sullo sfondo, ma non di secondaria importanza, il ruolo svolto dalle banche nei confronti delle aziende sequestrate e confiscate in cui, tra molteplici indici negativi, a partire dalla concreta interruzione del credito, si rinviene qualche azione positiva.

1. Criminalità da profitto, prevenzione e contrasto patrimoniale nella evoluzione normativa

Appare sempre più evidente il limite del diritto penale *classico* nei confronti di gravi forme di criminalità che si fondano sull'acquisizione di illeciti profitti e che pongono in pericolo beni tutelati dalla Costituzione, tanto da inquinare profondamente l'economia legale.

Tra le diverse forme di *criminalità da profitto* un ruolo *egemone* è rappresentato da tre settori, indicati da più parti come una delle principali cause, non solo d'illegalità, ma anche di mancata crescita del Paese

attraverso un'azione di *inquinamento* della società e dell'economia legale che mina i principi (e i valori) dello Stato democratico: mafie, corruzione ed evasione fiscale.

La penetrazione di queste "economie" illecite, che accumulano guadagni smisurati¹, comporta una perdita di risorse sottratte dalla criminalità e, soprattutto, la mancata crescita dell'economia legale².

Il *costo* sociale e culturale di queste forme di criminalità è percepibile con evidenza nel vivere quotidiano.

La relazione tra i tre fenomeni può essere così riassunta: «I tre versanti di criminalità non sono vertici di un triangolo, separati fra loro; sono frammenti di

1. I ricavi illegali complessivi delle mafie sono quantificati, in media, in 25,7 mld € annui, pari all'1,7% del Pil italiano. In tal senso il rapporto di Transcrime, *Gli investimenti delle mafie*, realizzato nel 2013 per il Ministero dell'Interno nell'ambito del Progetto Pon Sicurezza 2007-2013, reperibile sul sito www.transcrime.it.

Il costo della corruzione è stimato in 60 mld € annui nella *Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione* presentata il 3 febbraio 2014 della Commissione al Parlamento europeo: «*The Italian Court of Audit pointed out that the total direct costs of corruption amount to EUR 60 billion each year (equivalent to approximately 4% of GDP). In 2012 and 2013 the president of the Court of Audit reiterated concerns as to the impact of corruption on the national economy*». La relazione è reperibile sul sito <http://ec.europa.eu>.

2. Nel corso dell'audizione del 14 gennaio 2015, innanzi alla Commissione antimafia il governatore Ignazio Visco ha quantificato il peso dell'economia criminale, nel quadriennio 2005-2008 - in oltre 10 punti di Pil, cui vanno aggiunti i minori investimenti esteri di almeno il 15%.

un cerchio senza soluzione di continuità fra l'uno e l'altro; sono tre parti di un unico territorio, fra loro connesse... In tutti e tre i casi, si registra una lesione egualmente significativa ai valori costituzionali di eguaglianza, di competitività, di libertà e iniziativa economica, di legalità, di buon andamento, imparzialità ed efficienza della pubblica amministrazione³.».

Per prevenire e contrastare i reati della cosiddetta criminalità "da profitto", fin dal 1982 sono stati introdotti nel nostro ordinamento nuovi istituti diretti a sottrarre le accumulazioni illecite, affiancati alla confisca prevista dal codice penale del 1930, e poi restituiti alla collettività anche attraverso il loro riutilizzo a fini sociali. In questo modo, da un lato si dimostra che "il delitto non paga", dall'altro la presenza sul territorio di beni restituiti alla comunità riafferma, anche simbolicamente, il principio di legalità.

L'evoluzione della legislazione italiana e del contesto normativo internazionale – a partire da quello dell'Unione europea⁴ fino alle risoluzioni e convenzioni promosse dall'Organizzazione delle nazioni unite⁵ –, dimostrano che il contrasto (e la prevenzione) patrimoniale al crimine rappresenta l'attuale linea di tendenza degli ordinamenti in una prospettiva di graduale incremento e armonizzazione, pur nella diversità delle esperienze.

Il codice penale del 1930 si limita a prevedere all'art. 240 la confisca come *misura di sicurezza* patrimoniale dei beni direttamente collegati al commesso reato, quale conseguenza della commissione e dell'accertamento del reato nell'ambito del processo penale.

La svolta è rappresentata dalla l. n. 646/1982 (cd. legge Rognoni-La Torre).

Gli eccidi dell'on. Pio La Torre, promotore del contrasto patrimoniale alle mafie e della tipizzazione del delitto di associazione mafiosa, e del gen. Dalla Chiesa prefetto di Palermo impongono l'adozione di nuovi strumenti normativi. Vengono introdotti dalla l. n. 646 del 1982 il sequestro e la confisca dei patrimoni d'illecita provenienza – desunta anche

dalla mera sproporzione tra valore dei beni e redditi dichiarati – nella disponibilità diretta o indiretta (perciò formalmente intestati a *terzi*) delle persone indiziate (e non condannate) di partecipazione ad associazione di tipo mafioso; persone cui la l. n. 575 del 1965 (cd. legge antimafia) aveva esteso l'applicabilità delle misure di prevenzione personali previste originariamente dalla l. n. 1423 del 1956 nei confronti di persone dedite a traffici delittuosi o che vivevano con il profitto di delitti.

Il carattere innovativo della confisca di prevenzione, che si affianca alla confisca *tradizionale* (misura di sicurezza), consiste non solo nel recidere il tradizionale nesso tra commesso reato e ablazione del bene, ma anche dall'assenza di una condanna.

Dopo un decennio di positive applicazioni del nuovo istituto, gli eccidi dei magistrati Giovanni Falcone e Paolo Borsellino (e degli uomini e donne della scorta), avvenuti nel maggio e luglio 1992, determinano un'ulteriore estensione dell'intervento patrimoniale nel settore penale. L'art. 12-*sexies* d.l. n. 356 del 1992, conv. dalla l. n. 356 del 1992 prevede una nuova forma di confisca: nel caso di condanna per determinati delitti, progressivamente ampliati nel tempo, rivelatori di un'illecita accumulazione patrimoniale, si impone la confisca (obbligatoria) dell'intero patrimonio, nella disponibilità diretta o indiretta, sproporzionato rispetto ai redditi dichiarati di cui il condannato non è in grado di giustificare la legittima provenienza.

L'applicazione della confisca di prevenzione e della confisca allargata pone in risalto il carattere comune dell'amministrazione dei beni sequestrati. Non è sufficiente, come per la confisca tradizionale, una mera attività di custodia in attesa della decisione definitiva, ma viene spesso in rilievo la gestione di patrimoni e di aziende, perciò di carattere dinamico con continuità dell'attività imprenditoriale e ampio coinvolgimento di diritti di terzi.

Un ulteriore ampliamento del contrasto patrimoniale avviene con l'introduzione di numerose disposizioni nel codice penale o con leggi speciali che rendono

3. G.M. Flick, *Mafia e imprese vent'anni dopo Capaci, via D'Amelio, Mani pulite. Dai progressi nella lotta al crimine organizzato, ai passi indietro nel contrasto alla criminalità economica e alla corruzione*, 24 gennaio 2013 che nell'analisi fa riferimento alla criminalità mafiosa, da corruzione e da impresa, in genere, e da evasione fiscale in particolare. Reperibile online: www.unige.it/comunicazione/honoris_causa/flick/Lectio_Magistralis.pdf.

4. Da ultimo, la Direttiva 2014/42/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 *relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea*, adottata ai sensi degli artt. 82, par. 2, lett. b) e 83, par. 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Direttiva attuata col d.lgs 29 ottobre 2016, n. 202.

5. Si possono ricordare:

- la Convenzione delle Nazioni Unite *contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope* adottata a Vienna il 20 dicembre 1988;
- la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (Cedu), firmata a Roma il 4 novembre 1950;
- la Convenzione del Consiglio d'Europa *sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato* conclusa a Strasburgo l'8 novembre 1990.

no *obbligatoria* la confisca prevista come facoltativa dall'art. 240 cp.

La difficoltà di rinvenire il profitto diretto del reato da assoggettare a confisca obbligatoria è alla base di una nuova forma di confisca *per equivalente o di valore*, introdotta per determinati delitti (a partire dal 1996 con la modifica dell'art. 644 cp), anche questi progressivamente ampliati. Il mancato rinvenimento dei beni soggetti a confisca obbligatoria consente, anzi impone, l'ablazione di beni (di legittima provenienza) nella disponibilità, diretta o indiretta del condannato, di valore corrispondente.

Il d.lgs n. 231 del 2001 introduce, per alcune fattispecie di reato (anche mere contravvenzioni) e in presenza di determinati presupposti, la confisca (diretta, come sanzione, e per equivalente) ai danni dell'ente con l'obiettivo di evitare che dell'illecita accumulazione si possa giovare la persona giuridica o anche la mera associazione.

All'evoluzione delle forme di confisca, progressivamente ampliate, si è affiancata un progressivo interesse per un'utile amministrazione dei beni sequestrati in vista della destinazione dopo la confisca definitiva, in particolare nel caso di confisca di prevenzione e allargata che intervengono su interi patrimoni. La l. n. 109/1996 disciplina organicamente l'amministrazione dei beni sequestrati prevedendo anche il riutilizzo per fini sociali dei beni (immobili) confiscati con l'obiettivo, non solo di espropriarli alle organizzazioni criminali, ma anche di restituirli alla collettività. L'obiettivo è chiaro: ciò che è stato sottratto col delitto viene riacquisito dallo Stato nel rispetto delle regole e il bene nello stesso luogo in cui era posseduto dal criminale diviene un "presidio" del-

lo Stato perché utilizzato per fini sociali e, dunque, a favore della collettività.

In tale contesto si istituisce col Dl n. 4/2010, conv. dalla l. n. 50/2010 l'Agenzia nazionale per i beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata con l'obiettivo di affiancare al giudice (penale e di prevenzione) nella fase del sequestro un organo di ausilio che, poi, procederà alla destinazione del bene dopo la confisca definitiva, semmai già programmata nella fase del procedimento.

Al progressivo ampliamento delle confische personali si affianca il "potenziamento" della confisca di prevenzione, in particolare nel 2008 (Dl n. 92 del 2008, conv. in l. n. 125 del 2008) con l'estensione della sua applicabilità agli indiziati dei delitti di cui all'art. 51, co. 3-bis, cpp, e alle persone cd. *pericolose semplici*, che vivono anche in parte di traffici delittuosi e del provento di delitti (persone cui tradizionalmente si applicano le misure di prevenzione personali). Inoltre si introduce il principio di applicazione disgiunta in forza del quale, all'originario rapporto di accessorietà tra misura personale e patrimoniale, viene sostituita la possibilità di confiscare i beni anche quando la misura personale non può essere irrogata per diverse ragioni (ivi compresa la morte del proposto).

Le caratteristiche del *sistema italiano*, guardato con interesse da operatori di altri Paesi coinvolti da fenomeni criminali analoghi, può riassumersi nel tentativo di valorizzazione del contrasto (e della prevenzione) patrimoniale, nel rispetto delle garanzie⁶ e, perciò, nell'ambito del processo penale o del procedimento (di prevenzione) pienamente giurisdizionalizzato⁷.

6. Il tema delle garanzie nei procedimenti funzionali alle confische è oggetto di un intenso dibattito, in particolare per la confisca di prevenzione. Il dibattito ha assunto toni aspri nel corso dell'esame del disegno di legge di riforma del d.lgs n. 159/2011 (cd. Codice Antimafia) che prevedeva l'estensione delle misure personali e patrimoniali ai soggetti *indiziati* di commissione di alcuni gravi reati contro la pubblica amministrazione, con sulla base dei medesimi principi applicati agli *indiziati* di appartenenza alla mafia e della commissione di gravi delitti in materia di mafia. Si rinvia a F. Menditto, *Verso la riforma del d.lgs n. 159/2011 (cd. codice antimafia) e della confisca allargata*, in *Penalecontemporaneo*, 22 dicembre 2015; Id, *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto*, in AA.VV., *La Giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso*, Cagliari 29-30 ottobre 2015.

7. A solo titolo orientativo è sufficiente ricordare i dati dell'ultima relazione presentata al Parlamento sulla *Consistenza, destinazione ed utilizzo dei beni sequestrati o confiscati. Stato dei procedimenti di sequestro o confisca*, ai sensi dell'art. 49, comma 1, d.lgs n. 159/2011, pervenuta alla camera dei Deputati il 28 settembre 2016, e relativi ai soli sequestri e confische di prevenzione (sia nei confronti dei cd. Pericolosi qualificati, sia dei cd. Pericolosi semplici).

Sono presenti, alla data del 31 dicembre 2015, 153.397 beni così suddivisi:

- 17.044 beni sottoposti a sequestro (11,2%);
- 28.318 beni confiscati in primo o in secondo grado, in attesa della definitività del provvedimento (18,5%);
- 29.800 confiscati con provvedimento definitivo (19,4%): 1.606 aziende, 13.489 beni immobili, 2.985 beni mobili, 2.308 rapporti finanziari;
- 42.634 beni dissequestrati (27,7%)
- 35.601 beni proposti, su cui i Tribunali ancora non hanno adottato un provvedimento di accoglimento o di rigetto di sequestro (23,2%).

Sul Fondo Unico Giustizia risultano complessivamente depositati (in sequestro) euro 3.884.755.746 (1.693.016.533 liquidi, 2.191.739.213 in titoli).

2. Sequestri, confische e tutela dei terzi creditori

La disorganicità degli interventi diretti ad ampliare gli strumenti di *contrasto e di prevenzione* ai patrimoni illecitamente accumulati impone alla giurisprudenza (e alla dottrina) di affrontare plurimi problemi applicativi per la cui risoluzione occorre spesso ricorrere a interpretazioni che assicurino il rispetto dei principi costituzionali e della Cedu, a tutela non solo del destinatario del sequestro e della confisca (*proposto/prevenuto*, nel procedimento di prevenzione; *indagato/imputato/condannato* nel procedimento o nel processo penale), ma anche di soggetti *terzi* i cui diritti possono essere compromessi, in modo differenziato, da tali provvedimenti: sia nella fase che va dal sequestro alla confisca definitiva, in cui il bene è sottratto provvisoriamente ed è amministrato o custodito da un organo dello Stato che opera per conto di chi spetta (la parte nel caso di restituzione, lo Stato nel caso di confisca definitiva); sia dopo la confisca definitiva in cui il bene è acquisito al patrimonio dello Stato⁸.

In sintesi, possono definirsi *terzi* i soggetti, diversi dal proposto/prevenuto o dall'indagato/imputato/condannato, coinvolti in vario modo e titolo dal sequestro e/o dalla confisca dei beni e che possono o devono intervenire nel procedimento patrimoniale di prevenzione o penale.

Tra le plurime categorie di terzi individuabili, assumono particolare i *terzi creditori*, muniti o meno di diritti reali di garanzia che non hanno la pretesa di essere titolari del bene (come i terzi eredi o i terzi intestatari), ma vantano una garanzia patrimoniale all'adempimento di debiti contratti dal proposto o dal responsabile del reato.

Il terzo vanta un interesse indiretto sul bene sequestrato e/o confiscato per il rapporto intercorso col proposto o con l'indagato/imputato/condannato (o col terzo intestatario di costoro) da cui è sorto il proprio diritto di credito. Diritto maggiormente (e diversamente) tutelato sotto il profilo civilistico qualora sia garantito con la costituzione di un diritto reale di garanzia (pegno o ipoteca) o, anche ed eventualmente,

attraverso una causa legittima di prelazione (art. 2741 cc). In definitiva, il terzo si vede privato del bene grazie al quale avrebbe potuto soddisfare il proprio credito (che potrebbe anche essere l'unico aggredibile) a causa del depauperamento del patrimonio del debitore derivante dalla devoluzione del bene allo Stato.

Nel processo penale questi terzi sono anche definiti *persone estranee al reato*.

Si vedrà oltre il ruolo *preponderante* svolto dagli istituti di credito nell'evoluzione giurisprudenziale e normativa, trattandosi dei principali creditori dei soggetti coinvolti nei procedimenti penali e di prevenzione.

3. La non agevole regolamentazione dei diritti dei terzi creditori

Pur registrandosi un'ampia convergenza sull'opportunità di prevedere una forma di tutela in favore dei terzi, titolari di diritti (di credito) sorti prima del sequestro, è mancata per lungo tempo una qualche regolamentazione della materia anche per la difficoltà di conciliare le esigenze dei creditori con quelle derivanti dalla funzione e dalla natura del procedimento di confisca.

Rispetto agli ordinari conflitti tra creditori e debitori, in cui sono sufficienti gli istituti e i principi elaborati e tradotti in una esaustiva disciplina civilistica, nella materia della prevenzione (e, come si vedrà oltre, anche per la confisca penale) occorre tenere conto dei rischi derivanti da preconstituzione di posizioni creditorie di comodo dirette ad aggirare gli esiti dell'azione di prevenzione e, dunque, possibili elusioni della normativa.

La tutela di questi terzi coinvolge problematiche interpretative relative alla costituzione e alla tutela dei diritti previste dal codice civile, a partire dalla natura giuridica dell'acquisto del bene da parte dello Stato, a titolo originario o derivativo. Si tratta di una molteplicità estremamente ampia di diritti e interessi, difficilmente enucleabili in modo esaustivo, di cui occorre *tentare* la tutela, assicurando, per quanto possibile, il rispetto di principi generali dell'ordina-

8. Questi alcuni recenti contributi sul tema della tutela dei terzi: A. Aiello, *Le tutele civilistiche dei terzi nel sistema della prevenzione patrimoniale antimafia*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 128 ss.; Id, *Le questioni civilistiche: quadro di riferimento generale*, in *Le misure patrimoniali antimafia*, Milano, pp. 229 ss.; Id, *Spunti di riflessione in ordine alla tutela dei terzi nel cd. Codice Antimafia* in *Penalecontemporaneo.it*, 11 aprile 2014; T.E. Epidendio, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Cedam, Padova, 2011, pp. 135, ss.; S. Mazzamuto, *La tutela dei terzi di buona fede nella confisca antimafia: le ultime novità legislative e giurisprudenziali*, in *www.juscivile.it*, 2013; F. Menditto, *Le confische penali e di prevenzione. La tutela dei terzi*, Giuffrè, Milano, 2015 e *Misure di prevenzione personali e patrimoniali e la confisca ex art. 12 sexies l. n. 356/92*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 549 ss.; Id, *Confisca di prevenzione e tutela dei terzi creditori, un difficile bilanciamento di interessi. Approfondimento a margine dei recenti interventi della Corte costituzionale (sentenza n. 94 del 2015 e dell'ordinanza n. 101 del 2015)*, in *Penalecontemporaneo.it*, 7 luglio 2015; M. Petrini, *La prevenzione patrimoniale: la tutela dei diritti dei terzi*, in *La giustizia patrimoniale penale*, Utet, Torino, 2011, pp. 521 ss.; Id, *La tutela dei terzi*, in *Le misure di prevenzione*, a cura di S. Furfaro, Utet, Torino, 2013.

mento del diritto civile, quali quello della *par condicio creditorum* del proposto (ma anche del terzo intestatario con riferimento al bene da costui appreso perché nella disponibilità indiretta del proposto) oltre che dei procedimenti fallimentare ed esecutivo, dotati di autonoma ed esaustiva regolamentazione frutto di esperienze consolidate.

Queste ragioni hanno a lungo impedito la regolamentazione legislativa degli effetti della confisca sui diritti dei terzi, nonostante le numerose proposte elaborate e le richieste degli operatori del diritto che si sono confrontati in questi anni con plurime difficoltà quali: le lacune normative, gli sforzi interpretativi della giurisprudenza, con le *sostanziali* differenze di trattamento in situazioni spesso simili (o trattate diversamente solo perché esaminate in tempi diversi, dopo un mutamento di orientamento giurisprudenziale); i contrasti verificatisi tra i giudici civili e quelli penali, e le stesse sezioni civili e penali della Cassazione, con tutele diversificate o addirittura confliggenti a seconda della giurisdizione adita.

La regolamentazione ancora oggi manca per la confisca penale, pur se vi è la tendenza ad estendere ad essa i principi e la disciplina della confisca di prevenzione.

Si esamineranno oltre queste due forme di confisca, la tutela apprestata ai terzi, il ruolo rilevante svolto dagli istituti di credito, infine la specifica tutela attribuita alle banche e le modalità con cui hanno esercitato la concessione del credito.

4. Sequestro e confisca di prevenzione, tutela dei terzi e rilievo degli istituti di credito

4.1. Premessa

L'esame dell'evoluzione giurisprudenziale e normativa della tutela dei terzi creditori rende chiaro il rilievo degli istituti di credito in una materia in cui, come visto, sono coinvolti rilevanti interessi economici⁹.

In una evoluzione che, come si vedrà oltre, è ancora in corso, si possono individuare tre fasi (e discipline) che si intersecano tra loro sulla tutela dei terzi:

a) gli orientamenti giurisprudenziali previgenti al d.lgs n. 159/2011 adottati in assenza di un'apposita normativa.

La giurisprudenza in assenza di norme ha limitato, di regola, la tutela ai soli crediti assistiti da diritti reali di garanzia sui beni oggetto del provvedimento

ablativo purché costituiti in data certa anteriore al sequestro, e sempre che il loro titolare dimostrasse la sua buona fede e l'affidamento incolpevole;

b) la disciplina del d.lgs n. 159/2011, con cui si è tentato di regolamentare tendenzialmente l'intera materia, che si applica solo ai procedimenti disciplinati dal d.lgs cit., perciò iniziati dal 13 ottobre 2011 (ai sensi dell'art. 117, co 1, d.lgs cit.).

La tutela è stata estesa alla generalità dei creditori del proposto – siano essi chirografari, privilegiati o titolari di diritti di garanzia reale –, purché titolari di diritto sorto prima del sequestro, attraverso un procedimento incidentale di verifica dei crediti in contraddittorio (con dimostrazione della buona fede e dell'affidamento incolpevole) e la successiva formazione di un «piano di pagamento», secondo cadenze mutate in larga misura dai corrispondenti istituti previsti dalla legge fallimentare (art. 52 e ss.);

c) le disposizioni contenute nella l. n. 228/2012 (cd. legge di stabilità 2013), con cui il legislatore ha regolamentato la sorte dei procedimenti non sottoposti al regime del d.lgs n. 159/2011 (sorti prima del 13 ottobre 2011), con norme analoghe a quella dagli artt. 52 e ss. d.lgs cit., limitando però la tutela ai soli creditori: a) muniti di ipoteca iscritta anteriormente al sequestro di prevenzione; b) che, prima della trascrizione del sequestro, avessero trascritto un pignoramento sul bene; c) che, alla data di entrata in vigore della legge n. 228 del 2012, fossero intervenuti nell'esecuzione iniziata con il predetto pignoramento.

4.2. Gli orientamenti giurisprudenziali previgenti al d.lgs n. 159/2011, il ruolo "trainante" degli istituti di credito. L'onere di dimostrare la buona fede e le banche

Nella sua versione originaria la legge n. 575/1965 non fa alcun riferimento ai terzi titolari di crediti sorti prima del sequestro, pure suscettibili di essere pregiudicati dalla confisca, in quanto depauperativi della garanzia, generica o specifica, offerta dal patrimonio del proposto. Tale assenza di disciplina viene ritenuta non incompatibile con la Costituzione essendo rimessa al solo legislatore la scelta tra i diversi interventi possibili (sentenza n. 190 del 1994).

La giurisprudenza in assenza di regolamentazione non attribuisce alcun diritto ai *creditori chirografari* in quanto il sequestro e la confisca di prevenzione non hanno carattere di *universalità* ma hanno ad oggetto sempre singoli determinati beni, di origine illecita e nella disponibilità dell'indiziato di mafia, anche quando in concreto si interviene sull'intero pa-

9. Un'efficace sintesi dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale può trarsi dalla sentenza della Corte costituzionale 28 maggio 2015, n. 94 in cui la Corte si occupa dei limiti previsti dal d.lgs n. 159/2011 ai *titolari di crediti da lavoro* con riferimento alla garanzia costituzionale del diritto del lavoratore ad una retribuzione proporzionata e sufficiente (art. 36 Cost.).

trimonio. Non succedendo lo Stato a titolo universale in tutti i rapporti patrimoniali del prevenuto costui, per effetto della confisca di alcuni (o di tutti i) beni, non perde la capacità d'agire continuando a rispondere col suo patrimonio restante delle obbligazioni originariamente assunte con i terzi ai sensi dell'art. 2740 cc. Dunque, per i creditori chirografari, per i quali opera la generica garanzia di cui all'art. 2740 cc, la confisca rende la loro posizione analoga ai creditori che tentano inutilmente di aggredire i beni del debitore quando vi abbia già provveduto altri¹⁰.

La giurisprudenza si occupa frequentemente degli effetti derivanti sui beni sequestrati e confiscati gravati da diritti reali di garanzia, generalmente per le pressanti richieste degli istituti di credito titolari di ipoteche iscritte su immobili a garanzia di mutui concessi al proposto o al terzo intestatario (per l'acquisto degli stessi immobili ovvero per l'apertura di linee di credito).

Si registra un evidente contrasto tra le sezioni penali e civili della Cassazione, indifferentemente adite dai creditori, specificamente dagli istituti di credito, nel tentativo di ottenere tutela.

Oltre si opererà una sintesi al fine di comprendere quanto la giurisprudenza si sia dovuta impegnare, in assenza di regolamentazione, sollecitata principalmente dagli istituti di credito che hanno avviato plurime azioni nel tentativo: di proseguire le azioni esecutive intraprese sugli immobili sequestrati e/o confiscati, di fare dichiarare la nullità o l'inefficacia del provvedimento di sequestro/confisca nei loro confronti, di rivalersi dell'intero credito indipendentemente dall'atteggiamento soggettivo assunto all'atto della concessione dello stesso attraverso la vendita dell'immobile sequestrato/confiscato.

La giurisprudenza penale

Per le sezioni penali della Corte di cassazione è consentita la tutela dei terzi titolari di un diritto reale

di garanzia nel procedimento di prevenzione ai soli fini di ottenere un titolo da azionare in sede civile, escludendo la possibilità di procedere o proseguire l'espropriazione forzata sull'immobile attraverso non consentite declaratorie di nullità o non opponibilità della confisca. Tale orientamento si forma parallelamente a quello elaborato in sede penale per la tutela dei terzi, definiti dall'art. 240 cp persone *estranee al reato cui appartiene il bene*, venendo in rilievo i rapporti tra norme del diritto civile e i principi delle diverse forme di confisca, di prevenzione e penali¹¹.

L'articolato ragionamento di questa giurisprudenza, formatosi progressivamente, si può così sintetizzare:

- a) la tutela è assicurata solo innanzi al giudice della prevenzione che è in grado di garantire un esame penetrante dei fatti sottostanti al diritto preteso anche perché è in possesso di tutti gli atti del procedimento¹²;
- b) pur se il diritto reale di garanzia sopravvive alla confisca, la tutela è assicurata solo conciliando il diritto dello Stato a evitare condizioni elusive e la posizione «protetta dal principio della tutela dell'affidamento incolpevole che permea di sé ogni ambito dell'ordinamento giuridico»¹³.

I presupposti della tutela si desumono da un opportuno coordinamento tra le norme del codice civile che regolano l'ipoteca (e il pegno) – e il diritto potestativo ad esso inerente cd. *ius distrahendi* –, e la disciplina della misura di prevenzione patrimoniale, quale mezzo di repressione dell'illecita accumulazione di capitali. Il terzo per opporre il diritto di garanzia reale deve dimostrare:

- a) il requisito formale della costituzione dell'ipoteca, mediante iscrizione nei pubblici registri immobiliari, prima dell'annotazione del sequestro;

10. Nessuna tutela sui beni confiscati, era in genere riconosciuta ai rimanenti creditori, chirografari e privilegiati, salva l'ipotesi di *confisca di azienda* in cui, da un lato parte della giurisprudenza riteneva applicabile – a salvaguardia dei creditori non assistiti da garanzie reali – la disciplina civilistica relativa alla responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'azienda ceduta, di cui all'art. 2560, co. 2, cc, dall'altro si registravano prassi di pagamento in via transattiva di quote dei debiti aziendali pregressi nell'ottica di evitare l'immediata paralisi dell'attività imprenditoriale conseguente all'interruzione traumatica dei rapporti con i fornitori e con gli altri creditori.

11. I riferimenti sono, in particolare, a: Cass. pen. sez. Un., 28 aprile 1999, (dep. 8 giugno 1999), n. 9, Bacherotti e altri, in *Ced Cass.*, n. 213511; Cass. pen. sez. Un., 24 maggio 2004 (dep. 9 luglio 2004) n. 29951, Focarelli, *ivi*, n. 228163.

12. Il terzo (titolare del diritto reale di garanzia) trova tutela innanzi al Giudice dell'esecuzione in funzione di Tribunale delle misure di prevenzione. Il terzo, dunque, pur se non deve essere citato nel procedimento di prevenzione ha, comunque, tutela con incidente di esecuzione qualora non sia stato posto in condizione di partecipare al procedimento nel quale è stata disposta la misura di prevenzione patrimoniale. In termini: Cass. pen. sez. V, 19 novembre (dep. 16 dicembre 2003), n. 47877, in *Ced Cass.*, n. 231263; Cass. pen. sez. I, 9 marzo 2005 (dep. 12 aprile 2005), n. 13413, *ivi*, n. 231263.

13. Sulla *scia* di Cass. pen. sez. Un., 28 aprile 1999, (dep. 8 giugno 1999), n. 9, Bacherotti e altri, cit. (relativa a confisca penale): Cass. pen. sez. V, 19 novembre (dep. 16 dicembre 2003), n. 47877, cit.; Cass. pen. sez. I, 9 marzo 2005 (dep. 12 aprile 2005), n. 13413, cit.; Cass. pen. sez. I, 6 febbraio 2007 (dep. 26 febbraio 2007), n. 8015, Servizi Immobiliari Banche S.i.b. S.p.a., in *Ced Cass.*, n. 236364. In tal senso anche Cass. civ. sez. I., 3 luglio 1997, n. 5988, in *Ced Cass.*, n. 505701.

- b) la propria condizione di buona fede e di affidamento incolpevole. Tale requisito trova fondamento, come ricordato, nella necessità di contemperare due esigenze: da un lato, evitare il sacrificio dei diritti dei terzi incolpevoli; dall'altro, garantire l'effettività del sistema di misure di prevenzione antimafia, che risulterebbe vanificato ove non si riuscissero a colpire situazioni di intestazioni fittizie di beni di provenienza mafiosa¹⁴.

*Sul terzo incombe dunque l'onere di provare i fatti costitutivi della pretesa fatta valere sul bene confiscato, compresa la citata buona fede*¹⁵.

La buona fede che il terzo deve provare, non sovrapponibile all'omologa categoria civilistica, è descritta dalla giurisprudenza penale in modo da garantire le ragioni poste a fondamento della confisca di prevenzione e di evitare possibili elusioni, diversamente articolate sotto il profilo dell'apparenza formale. L'onere ha ad oggetto due diverse condizioni esattamente corrispondenti a quelle richieste per la dimostrazione della *estraneità dal reato* in sede penale.

Giova riassumere i presupposti della buona fede che, come si vedrà oltre, sono stati normati dal d.lgs n. 159/2011:

- a) l'affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di oggettiva apparenza che rende scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza della mancanza di qualsiasi collegamento del proprio diritto con l'attività illecita del proposto, derivante da condotte di agevolazione o, addirittura, di fiancheggiamento;
- b) la mancanza di vantaggio dall'altrui attività, ovvero, avendo di fatto tratto vantaggio dalla medesima, il terzo deve dimostrare di trovarsi in una condizione soggettiva di buona fede, nel senso della non conoscenza o non conoscibilità, con l'uso della diligenza richiesta dal caso concreto, del collegamento tra il proprio

diritto e l'altrui condotta¹⁶. Il terzo, in definitiva ha l'onere di dimostrare di avere positivamente adempiuto con diligenza gli obblighi di informazione e di accertamento e di aver perciò fatto affidamento 'incolpevole' sul soggetto nei cui confronti ha acquisito il diritto di garanzia¹⁷.

Con specifico riferimento all'*onere probatorio gravante sugli istituti di credito* la giurisprudenza (che come si vedrà oltre è ancorata ancora a questi principi), in particolare di merito, sottolinea che agli istituti di credito, trattandosi di operatori del settore, perciò professionalmente preparati e bene a conoscenza delle norme e degli usi bancari, oltre che delle normative in materia di reimpiego o riciclaggio di attività illecite, deve essere richiesta una particolare diligenza nella concessione del credito, tenuto conto anche della necessità di verificare l'affidabilità di coloro che richiedono il finanziamento attraverso la richiesta (e l'esame) di tutta la documentazione necessaria e opportuna per garantire opportunamente la banca. Tali oneri, da sempre incombenti sull'operatore bancario, hanno assunto specifico rilievo a partire dalla legge Rognoni-La Torre che dal 1982 ha introdotto le misure di prevenzione patrimoniali.

Tale impostazione è esplicitata in modo rigoroso dalla Corte di cassazione; ad esempio: «operatori bancari, particolarmente fiscali ed attentissimi nella elargizioni di prestiti, scoperture bancarie e mutui ipotecari, operando secondo abituali prassi creditizie, avrebbero dovuto accertare senza difficoltà le qualità sociali ed economiche di clienti tanto particolari, soprattutto presso agenzie poste nell'ambito di municipalità di assai ridotte dimensioni demografiche, tali dovendosi ritenere i comuni di 26.000 abitanti, regolandosi di conseguenza rispetto ai richiesti mutui»¹⁸.

Quanto agli effetti dell'accertamento, si ritiene che non spieghi alcun effetto sull'ormai definitiva acquisizione dell'immobile (su cui gravava l'ipoteca) al patrimonio dello Stato (da destinarsi secondo le for-

14. Oltre alle sentenze delle sezioni penali citate nella nota precedente: Cass. pen. sez. V, 18 marzo 2009 (dep. 9 aprile 2009), n. 15328, Banca Della Campania Spa., in *Ced Cass.*, n. 243610; Cass. pen. sez. I, 29 aprile 2011 (dep. 29 luglio 2011), n.30326, Mps Gestione Crediti Banca Spa e altri, *ivi*, n. 250910; sentenze citate nella nota precedente.

15. Oltre alla citata Cass. pen. sez. Un., Cass.,28 aprile 1999, (dep. 8 giugno 1999), n. 9, Bacherotti e altri; Cass. pen. sez. I, 11 febbraio 2005 (dep. 31 marzo 2005) n. 12317, Fuoco e altro, in *Ced Cass.*, n. 232245; Cass. pen. sez. I, 10 maggio 2005 (dep. 10 giugno 2005), n. 22157, n. 12317, P.M. in proc. Virga, *ivi*, n. 232102. Recentemente: Cass. pen. sez. I, 27 aprile 2012 (dep. 15 novembre 2012), n. 44515, Intesa San Paolo Spa e altri, in *Ced Cass.*, n. 253827.

16. Cass. pen. sez. I, 11 febbraio 2005 (dep. 31 marzo 2005) n. 12317, Fuoco e altro, *cit*; Cass. pen. sez. I, 14 gennaio 2009 (dep. 21 gennaio 2009) n. 2501, San Paolo Imi Spa, in *Ced Cass.*, n. 242817.

17. Cass. pen. sez. I, 29 aprile 2011 (dep. 29 luglio 2011), n. 30326, Mps Gestione Crediti Banca Spa e altri. in *Ced Cass.*, n. 250910.

18. Cass. pen. sez. I, Sez. 1, 8 luglio 2011, (dep. 12 settembre 2011), n. 33796, Simeoli, inedita.

me e i termini previsti). Il terzo potrà agire innanzi al giudice civile per fare valere il proprio diritto, pur se i contorni di tale tutela risarcitoria non sono meglio precisati¹⁹.

In ogni caso *il bene confiscato non può essere oggetto di espropriazione forzata immobiliare*, stante il delineato vincolo di inalienabilità, pur se l'eventuale procedimento esecutivo civile riguarda il medesimo immobile²⁰.

La giurisprudenza civile

Le conclusioni ora esposte (in particolare sulla competenza del Tribunale misure di prevenzione quale giudice dell'esecuzione), condivise inizialmente dalle sezioni civili della Corte di cassazione²¹, sono state disattese all'esito di plurimi ricorsi presentati dagli istituti di credito innanzi al giudice civile. Si è infatti affermato che il titolare del diritto di garanzia reale vanta un diritto che si estingue solo per le cause tassative indicate dall'art. 2878 cc e può, perciò, essere fatto valere con le forme ordinarie²².

La complessità delle questioni e gli interessi coinvolti hanno imposto l'intervento delle Sezioni Unite civili²³ che interverranno, però, solo dopo l'entrata in vigore della l. n. 228/2012, delineando i contorni della nuova disciplina (SS.UU. civili n. 10532/2013).

4.3. Il d.lgs n. 159/2011.

La "sostanziale" equiparazione degli istituti di credito agli altri creditori

Il d.lgs n. 159/2011 ha introdotto, per i soli procedimenti iniziati dal 13 ottobre 2011 (art. 117, co. 1, d.lgs cit.), un sistema organico di tutela esteso alla generalità dei creditori del proposto – siano essi chirografari, privilegiati o titolari di diritti di garanzia reale –, imperniato su un procedimento incidentale di

verifica dei crediti in contraddittorio e sulla successiva formazione di un «piano di pagamento», secondo scadenze mutate in larga misura dai corrispondenti istituti previsti dalla legge fallimentare (art. 52 e ss.).

È opportuno enucleare le caratteristiche del sistema delineato dal d.lgs cit. per inquadrare la tutela prevista per i terzi creditori.

La devoluzione allo Stato del bene confiscato, privo di oneri e pesi, comporta la risoluzione all'interno del procedimento di prevenzione di tutte le "vicende" che riguardano il bene acquisito dallo Stato al fine di depurarlo "di qualsiasi problematica" che potrebbe comportare oneri o spese (art. 45, co. 1, d.lgs cit.).

Pur se il legislatore non prende posizione, la terminologia adoperata delinea una disciplina che evoca l'acquisto in capo allo Stato a titolo originario, affrontando e risolvendo nell'ambito del procedimento di prevenzione funzionale alla confisca o del sub procedimento appositamente introdotto di tutela dei terzi al Titolo IV del Libro I, le problematiche relative a diritti di credito, diritti reali di garanzia, diritti reali o personali di godimento, diritti derivanti da azioni trascritte anteriormente su beni immobili (relative alla proprietà o a diritti reali o personali di godimento). Per soddisfare tali diritti, se necessario, il bene viene venduto (artt. 52 ss. d.lgs cit.)²⁴.

Con riferimento ai titolari di diritti reali di garanzia, dunque, si modifica radicalmente l'orientamento giurisprudenziale previgente rimettendo l'accertamento della buona fede al giudice delegato²⁵.

La sospensione delle azioni esecutive e la loro estinzione all'esito della confisca discende dalla tutela attribuita ai terzi nell'ambito del procedimento di prevenzione. Per la stessa ragione è introdotto il divieto di intraprendere azioni esecutive sui beni sequestrati (art. 55 d.lgs cit.).

19. Cass. pen. sez. I, 11 febbraio 2005 (dep. 31 marzo 2005), n. 12317, Fuoco e altro, cit.; Cass. pen. sez. I, 28 gennaio 2008 (dep. 27 febbraio 2008) n. 8775, Cosmai e altro, in *Ced Cass.*, n. 239245.

20. Cass. pen. sez. V, 19 novembre (dep. 16 dicembre 2003), n. 47877, cit.; Cass. pen. sez. I, 25 maggio 2006 (dep. 18 settembre 2006), n. 30783, Giannola, inedita; Cass. pen. sez. I, 18 aprile 2007 (dep. 22 maggio 2007), n. 19761, C.T.F. Finanziaria Spa, cit.

21. Cass. civ. sez. I, 12 novembre 1999, n. 12535, in *Ced Cass.*, n. 531048.

22. Cass. civ. sez. III, 29 ottobre 2003, n. 16227, in *Ced Cass.*, n. 567758, secondo cui «...il titolare del diritto di garanzia reale conseguito, anteriormente all'insorgere del procedimento di prevenzione vanta un diritto che si estingue solo per le cause indicate dall'art. 2878 cod. civ. ed è vano affermare che deve essere fatto valere davanti al giudice dell'esecuzione penale, attraverso un incidente di esecuzione. Questa forma di tutela, infatti, non è nella legge...»; Cass. civ. sez. III, 16 gennaio 2007, n. 845 in *Ced Cass.*, n. 594197.

23. Cass. civ. sez. III, 6 dicembre 2011, n. 2339 (ord.).

24. Cass. pen. sez. I, 9 ottobre 2014 (dep. 18 novembre 2014), n. 47598, Italfondario Spa, inedita e Cass. pen. sez. I, 20 giugno 2014 (dep. 18 dicembre 2014), n. 52537, Italfondario Spa, inedita. La tesi in esame, sostanzialmente, espressa anche dalle Sezioni Unite civili con la sentenza n. 10532/2013.

25. Le modifiche normative all'esame del Parlamento prevedono l'attribuzione dell'accertamento da parte del Tribunale nel procedimento di confisca.

Per i beni assoggettati a fallimento (dichiarato prima o dopo il sequestro) prevale il concomitante sequestro di prevenzione in quanto i creditori sono soddisfatti attraverso un coordinamento tra procedimento di prevenzione e fallimentare (artt. 63 ss. d.lgs cit.).

I diritti dei terzi e la loro buona fede sono accertati in alcuni casi nel procedimento funzionale alla confisca (art. 23, co. 4, d.lgs cit.), in altri casi e, specificamente per i titolari di diritti di credito (garantiti o meno da diritti reali), nell'apposito procedimento di verifica dei crediti (artt. 52 ss. d.lgs cit.).

I presupposti per ottenere la tutela del credito sono sostanzialmente ripresi dall'elaborazione giurisprudenziale previgente (art. 52).

- a) l'antiorità del diritto rispetto al sequestro, da accertare secondo gli ordinari criteri civili. Nel caso di diritto reale di garanzia soccorrono le disposizioni di questi istituti (art. 2852 e 2787 cc);
- b) la previa escussione del restante patrimonio del proposto, esclusa, in adesione ai principi generali codicistici, per i crediti assistiti da cause di legittima prelazione: privilegi – previsti dal codice civile (artt. 2745 e ss.) e da leggi speciali – e garanzie reali (pegno e ipoteca);
- c) la non strumentalità del credito all'attività illecita. In linea generale, si può affermare che se il creditore sa o è in condizione di sapere che ha concesso un credito a una persona che si "fa scudo" di altre persone (fisiche o giuridiche), deve prestare attenzione, proprio perché l'agire in modo "mascherato" può celare, e spesso cela, il rapporto di strumentalità del credito concesso.

Nel tentativo di descrivere l'onere in capo al terzo l'art. 52, co. 3, d.lgs cit. precisa che nella valutazione della buona fede il Tribunale tiene conto: delle condizioni delle parti; dei rapporti personali e patrimoniali tra le stesse; del tipo di attività svolta dal creditore, anche con riferimento: al ramo di attività; alla sussistenza di particolari obblighi di diligenza nella fase precontrattuale; nonché, in caso di enti, alle dimensioni degli stessi.

Sono utilizzabili le categorie elaborate dalla giurisprudenza per l'identificazione della buona fede

e l'inconsapevole affidamento in tema di creditore garantito da diritto reale, individuate in assenza di regolamentazione (come ricordato) nella mancanza di qualsiasi collegamento del proprio diritto con l'attività illecita del proposto, derivante da condotte di agevolazione o, addirittura di fiancheggiamento. In tal senso si sono espresse, in linea generale, la dottrina e la giurisprudenza di legittimità, sia civile²⁶ che penale²⁷.

L'onere probatorio di provare la buona fede grava sul terzo, diversamente dal principio civilistico per cui la buona fede si presume (ad esempio art. 1147 cc)²⁸. L'art. 52 in esame consacra la condizione di soggettiva buona fede che il terzo deve provare per far prevalere sul pubblico interesse il proprio diritto di credito, di fatto inquinato dal (remunerato) vantaggio che esso arreca all'attività illecita del debitore²⁹.

Il pagamento delle somme dovute ai terzi, con tutela riconosciuta nel limite del 60% (art. 53), avviene al termine di un apposito procedimento nel corso del quale trovano tutela i crediti sorti prima del sequestro purchè sia offerta la prova della buona fede e dell'incolpevole affidamento (oltre che della previa escussione del patrimonio del proposto). Si possono anche vendere i beni confiscati per soddisfare i creditori (artt. 57 ss. d.lgs cit.), garantiti, però, nell'ambito di un limite massimo rispetto al valore dei beni confiscati (60% ai sensi dell'art. 53 d.lgs cit.) secondo un ordine simile a quello previsto dalla legge fallimentare (art. 61, co. 2, d.lgs cit.).

In sintesi, la *ratio* della nuova disciplina di tutela può così descriversi: «i requisiti di legittimazione stabiliti dall'art. 52 del d.lgs n. 159 del 2011 rivelano come il legislatore abbia inteso, per un verso, escludere dalla tutela i crediti scaturiti da prestazioni connesse all'attività illecita o a quella di reimpiego dei suoi proventi (requisito della non strumentalità del credito rispetto a quest'ultima, salva la dimostrazione dell'incolpevole ignoranza di tale nesso da parte del creditore); per altro verso, evitare che il proposto possa eludere gli effetti della confisca precostituendo delle posizioni creditorie di comodo o simulandone a posteriori l'esistenza (requisiti della "non astrattezza" del credito e della sua sicura anteriorità rispetto al sequestro); per altro verso ancora, impedire che la persona sottoposta al procedimento di prevenzione

26. Cass. civ. sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, cit.

27. Giurisprudenza costante, recentemente Cass. pen. sez. V, 16 gennaio 2015 (dep. 13 febbraio 2015), n. 6449, Banca Monte Paschi Siena S.p.a., in Ced Cass. n. 262735; Cass. pen. sez. VI, 5 giugno 2015 (1 luglio 2015), n. 27805, Sagrantino Italy S.r.l., inedita.

28. Giurisprudenza costante, recentemente Cass. civ. sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, cit.; Cass. pen. sez. I, 4 novembre 2014 (dep. 12 febbraio 2015), n. 6291, Bancaintesa San Paolo Spa, inedita; cfr. anche giurisprudenza citata alla nota precedenti.

29. Cass. pen. sez. I, 13 giugno 2012 (dep. 26 settembre 2012), n. 36990, Hofmann e altro, inedita.

possa comunque giovare dei proventi delle attività illecite per “liberare” dai debiti il restante patrimonio personale (requisito della preventiva infruttuosa escussione degli altri beni del proposto)»³⁰.

4.4. La l. n. 228/2012.

La “sostanziale” equiparazione con la disciplina del d.lgs n. 159/2011

Già nel corso dei lavori preparatori dello schema di decreto legislativo predisposto in attuazione della legge delega n. 136/2010 (che disciplinava i soli procedimenti sorti successivamente alla sua emanazione, vale a dire dal 13 ottobre 2011) si suggeriva l'introduzione di una specifica disposizione transitoria per la disciplina dei titolari di diritti di credito e, in particolare di quelli garantiti da diritti reali di garanzia, per evitare gli effetti negativi derivanti dalla mancata destinazione dei beni immobili gravati da ipoteche iscritte anteriormente al sequestro³¹.

Si era riscontrato, infatti, che una delle problematicità che impedivano la destinazione dei beni immobili confiscati al doveroso utilizzo per fini sociali era rappresentato dall'annotazione ancora presente dei registri immobiliari dell'ipoteca e dal rischio dell'avvio di azioni esecutive da parte degli istituti di credito ovvero di azioni per il riconoscimento della buona fede anche a distanza di anni dalla confisca definitiva.

Si è ricordato che i contrasti interpretativi venivano “riassunti” dall'ordinanza del 17 febbraio 2012 della III sezione civile che rimetteva alle Sezioni Unite il tema dei rapporti tra ipoteca e confisca penale o di prevenzione.

Tra la fissazione del ricorso e l'udienza di trattazione veniva approvata la legge 24 dicembre 2012, n. 228 (cd. legge di stabilità 2013) che disciplinava (almeno in parte) la tutela dei terzi con riferimento ai

beni confiscati all'esito dei procedimenti di prevenzione per i quali non si applica il d.lgs n. 159/2011 (sorti prima del 13 ottobre 2011)³².

Le Sezioni Unite civili³³, ritenuta l'immediata applicabilità della nuova disciplina, procedono, pochi mesi dopo l'entrata in vigore della legge, a delineare un'autorevole interpretazione che costituirà il fondamento dei successivi interventi giurisprudenziali.

Soggetti legittimati

Se alla data dell'1 gennaio 2013 i beni oggetto della procedura di prevenzione sono già stati confiscati, ma non ancora aggiudicati è offerta tutela (art. 1, co. 198, l. cit.): 1) ai creditori ipotecari; 2) ai creditori pignoranti; 3) ai creditori intervenuti nell'esecuzione; 4) indipendentemente dallo stato dell'azione esecutiva eventualmente in atto alla data dell'1 gennaio 2013 ai titolari di crediti da lavoro subordinato (Corte cost. sent. 28 maggio 2015, n. 94)

La nuova disciplina amplia l'ambito dei soggetti tutelati estendendola anche ai creditori (chirografari) pignoranti o intervenuti nell'esecuzione, laddove la giurisprudenza riconosceva tutela solo ai creditori titolari di diritto reale di garanzia³⁴.

Presupposti della tutela (dei soggetti legittimati)

I presupposti per il riconoscimento del credito dei terzi legittimati sono quelli previsti dall'art. 52 d.lgs n. 159/2011.

L'ammissione è subordinata, perciò, anche all'accertamento della sussistenza e dell'ammontare del credito e alla ricorrenza della condizione di cui all'art. 52, co. 1, lett. b), d.lgs cit., vale a dire che il credito non sia strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, a meno che il creditore dimostri di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità.

30. Corte cost. 28 maggio 2015, m. 94, cit.

31. Cfr. F. Menditto, *Proposte essenziali di modifica ai Libri I, II, IV e V dello schema di decreto legislativo del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione presentato dal Governo il 15 giugno 2011*, in *Penalecontemporaneo*, 3 agosto 2011, 20 e 32.

32. Cfr. F. Menditto, *Le prime modifiche al cd. Codice Antimafia: d.lgs n. 218/12 e l. n. 228/2012*, in *Penalecontemporaneo.it*, 31 dicembre 2012; Id, nonché *Addenda a Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca ex l. n. 356/92*, cit.

33. Cass. civ. sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, cit. Cfr. F. Menditto, *Le Sezioni Unite civili sulla tutela dei terzi nella confisca di prevenzione dopo la legge n. 228/12: l'ambito di applicabilità della nuova disciplina*, in *Penalecontemporaneo.it*, 27 maggio 2013.

34. Il legislatore ha, però, cura di prevedere un pre-requisito che limita (o meglio disciplina) in modo rigoroso la tutela di questi creditori per evitare possibili elusioni alla finalità della confisca di prevenzione; requisito che riprende l'orientamento delle sezioni penali della Cassazione. Occorre, infatti:

- a) che il creditore ipotecario abbia trascritto il diritto reale prima della trascrizione del decreto di sequestro;
- b) che il creditore munito di diverso titolo abbia trascritto il pignoramento sul bene prima della trascrizione del decreto di sequestro;
- c) che il creditore interveniente sia intervenuto in un'esecuzione iniziata da creditore che abbia trascritto il pignoramento prima del sequestro.

*L'acquisto del bene da parte dello Stato è a titolo originario*³⁵.

La competenza è attribuita al «giudice dell'esecuzione presso il Tribunale che ha disposto la confisca».

I termini per agire sono fissati a pena di decadenza³⁶ proprio per garantire l'avvio in tempi certi del procedimento.

Si disciplina *il procedimento di liquidazione del credito* garantendo una soddisfazione nei limiti del 70%

Si prevede che il decreto con cui sia stata rigettata definitivamente la richiesta è comunicato, ai sensi dell'art. 9 d.lgs n. 231/2007, alla Banca d'Italia che potrà attivare i propri poteri di controllo qualora il decreto di rigetto riguardi un istituto di credito in quanto il mancato accertamento della buona fede comporta la violazione di norme e prassi bancarie.

La norma è quanto mai opportuna essendo stata accertata dai Tribunali più volte l'assenza della buona fede degli istituti di credito, oltre che talvolta una concessione del credito "non pienamente trasparente".

5. Sequestro e confisca penale

5.1. Sequestri e confische penali, in generale

È necessario un riferimento anche alla tutela dei terzi nel sequestro e nelle confische penali.

Il tema, privo di regolamentazioni uniformi, non è agevole, per la diversità delle confische che possono venire in rilievo (misura di sicurezza, sanzione, ai danni dell'Ente, ecc.). Si farà, perciò, riferimento a principi generali, per poi affrontare successivamente la materia con riferimento alla confisca allargata

Il primo presupposto per ottenere tutela in sede penale è *l'appartenenza del bene*, occorre perciò accertare se il riferimento all'appartenenza riguardi il diritto di «proprietà» o comprenda anche i diritti reali di garanzia.

La giurisprudenza da lungo tempo afferma che il concetto di "appartenenza" non può essere circoscritto al diritto di proprietà, essendo la sua portata

estesa ai diritti reali di godimento e di garanzia, che sopravvivono, perciò, alla misura di sicurezza patrimoniale³⁷. In tal senso sono orientate anche le Sezioni Unite civili³⁸.

La Corte di cassazione, nel tentativo di delimitare l'area dei diritti oggetto della confisca, afferma il principio di diritto, valido per la confisca misura di sicurezza, per cui la presunzione di pericolosità che giustifica la confisca riguarda non la cosa in sé, ma la relazione col reo, sicché, qualora il diritto di quest'ultimo sia ridotto o compresso dai diritti (reali) che terzi possono vantare sulla cosa, per realizzare il fine specifico della misura di sicurezza è sufficiente privarlo dei residui diritti che egli ha sul bene confiscato. Non occorre «sacrificare anche i diritti che sulla cosa hanno i terzi, la cui tutela, oltre che in un generale precetto dell'ordinamento giuridico, trova, dunque, una particolare giustificazione nella inutilità del sacrificio dei loro diritti per il perseguimento dei fini propri della confisca»³⁹.

Accertata l'appartenenza del bene al terzo occorre verificare, per consentire la tutela, se è *persona "estranea al reato"*.

Anche in questo caso vanno individuati principi generali applicabili a ogni forma di confisca perché relativi al nucleo essenziale dell'ablazione nei confronti dei terzi. I principi relativi alle confische-misure di sicurezza sono agevolmente estesi alle confisca-sanzione che assicurano maggiore tutela al terzo estraneo al reato operando il principio della responsabilità penale personale ai sensi dell'art. 27, co. 1, della Cost. e dell'art. 7 della Cedu.

Dottrina e giurisprudenza tendono a elaborare un concetto di *estraneità* ampio, riferito alla mancanza di qualsiasi collegamento, diretto o indiretto, con la consumazione del fatto-reato, ossia nell'assenza di ogni contributo di partecipazione o di concorso, *ancorché non punibile*. Se vi è stato un contributo di qualunque natura al fatto reato, indipendentemente dalla presenza nel procedimento e dalla concreta assunzione della qualità di imputato viene meno il presupposto della estraneità, concetto più ampio dell'essere responsabi-

35. Cass. pen. sez. V, Sez. 5, 5 luglio 2013 (dep. 31 ottobre 2013), n. 44392, Cft finanziaria s.p.a., cit; Cass. pen. sez. I, 20 giugno 2014 (dep. 18 dicembre 2014), n. 52537, Italfondario S.p.a., cit.

36. In tal senso Cass. civ. sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, cit.; Cfr. anche Cass. pen. sez. II, 10 giugno 2015 (dep. 18 luglio 2015), n. 30937, Italfondario S.p.A.; Cass. pen. sez. V, 27 novembre 2015 (dep. 31 maggio 2016), n. 23056, Istituto finanziario per l'industria edilizia-finanze sud, inedita.

37. Cass. pen. sez. Un, 18 maggio 1994 (dep. 3 dicembre 1994), Comit Leasing Spa in proc. Longarini, in *Ced Cass.* n. 199174; Cass. pen. sez. Un., 28 aprile 1999, (dep.8 giugno 1999), n. 9, Bacherotti e altri, cit. In senso conforme la giurisprudenza successiva; cfr. ad esempio in motivazione a Cass. pen. sez. Un., 25 settembre 2014 (17 marzo 2015), n. 11170, Uniland Spa, cit.

38. Cass. civ. sez. Un., 30 maggio 1989, n. 2635, in *Ced Cass.*, n. 462935 in materia di confisca amministrativa.

39. Cass. pen. sez. Un., 28 aprile 1999, (dep.8 giugno 1999), n. 9, Bacherotti e altri, cit. e giurisprudenza precedente ivi richiamata.

le del reato ovvero di concorrervi: è persona estranea solo chi, indipendentemente dall'essere stato o meno sottoposto a procedimento penale, risulti di fatto non aver avuto alcun collegamento, diretto o indiretto, con la consumazione del reato stesso⁴⁰.

La giurisprudenza applica i principi enucleati dalla Corte costituzionale. Si può richiamare, ancora una volta, la sentenza n. 2 del 1999 delle Sezioni Unite⁴¹ in cui lucidamente sono esposti i due principi cardine che devono guidare l'opera del giudice:

- *il concetto di estraneità al reato* «è individuabile anche in presenza dell'elemento di carattere oggettivo integrato dalla derivazione di un vantaggio dall'altrui attività criminosa, purché sussista la connotazione soggettiva identificabile nella buona fede del terzo, ossia nella non conoscibilità – con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta – del predetto rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dal reato commesso dal condannato»;
- *l'onere grava sui terzi* che devono «provare i fatti costitutivi della pretesa fatta valere sulla cosa confiscata, essendo evidente che essi sono tenuti a fornire la dimostrazione di tutti gli elementi che concorrono ad integrare le condizioni di “appartenenza” e di “estraneità al reato”, dalle quali dipende l'operatività della situazione impeditiva o limitativa del potere di confisca esercitato dallo Stato. Ai terzi fa carico, pertanto, l'onere della prova sia relativamente alla titolarità dello ius in re aliena, il cui titolo deve essere costituito da un atto di data certa anteriore alla confisca e – nel caso in cui questa sia stata preceduta dalla misura cautelare reale ex art. 321, comma 2, cpp – anteriore al sequestro preventivo, sia relativamente alla mancanza di collegamento del proprio diritto con l'altrui condotta delittuosa o, nell'ipotesi in cui un simile nesso sia invece configurabile, all'affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di apparenza che rendeva scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza»⁴².

In conclusione, per le diverse forme di confisca non è consentita la sottrazione del bene ai danni della persona estranea al reato cui appartiene la cosa (proprietario o titolare di diritto reale) qualora questi dimostri che non ne ha tratto vantaggio ovvero che non era a conoscenza dell'uso illecito del bene da parte del reo o, infine, che tale uso non è collegabile ad un proprio comportamento negligente⁴³. Qualora il terzo dimostri tali presupposti ha diritto alla restituzione della cosa se proprietario ovvero ad esercitare il diritto reale di cui è titolare.

Non sfugge che i principi di carattere generale individuati corrispondono a quelli in materia di tutela assicurata per la confisca di prevenzione.

5.2. La confisca allargata

Per la confisca allargata, prevista dall'art. 12-sexies Dl n. 306/1992, conv. dalla l. n. 356/1992, che consente il sequestro e l'ablazione dell'intero patrimonio del reo, sproporzionato rispetto ai redditi dichiarati, si pongono problematiche analoghi a quelle della confisca di prevenzione rispetto ai terzi creditori, pur se muniti di diritti reali di garanzia sui beni sequestrati ed eventualmente poi confiscati.

Sulla difficoltà di regolamentazione della tutela di questi terzi si può rinviare a quanto esposto per la confisca di prevenzione. Anche in questo caso vi è la difficoltà di conciliare le esigenze dei creditori con quelle derivanti dalla funzione e dalla natura del procedimento di confisca evitando la precostituzione di posizioni creditorie di comodo dirette ad aggirare gli esiti dell'azione reale ed elusioni della normativa.

Come per la confisca di prevenzione l'evoluzione normativa e giurisprudenziale inducono a esporre la regolamentazione sulla base delle diverse fasi (e discipline) intervenute nel tempo:

- gli orientamenti previgenti al d.lgs n. 159/2011;
- gli orientamenti sorti dopo l'emanazione del d.lgs n. 159/2011;
- gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinari maturati dopo l'entrata in vigore.

40. Cfr. Cass. pen. sez. II, 14 ottobre 1992 (dep. 18 novembre 1992), n. 11173, Tassinari, in *Ced Cass.*, n. 193422.

41. Cass., Sez. Un., 28 aprile 1999 (dep. 8 giugno 1999), n. 9, Bacherotti, cit.

42. Per una attenta ricostruzione della distinzione tra *elementi costitutivi* ed *elementi impeditivi* e conseguenze in materia di onere della prova o onere di allegazione cfr. E. Epidendio, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Cedam, Padova, 2011, pp. 166 ss.

43. Cas. pen., sez. Un., 28 aprile 1999 (dep. 8 giugno 1999), n. 9, Bacherotti, cit.; Cass. Pen. Sez. I, 02/05/2000 Cc. (dep. 09/06/2000), n. 3281, Xhaxho Xemal, in *Ced Cass.*, n. 216425; Cass. Pen. Sez. I, 17 ottobre 2013 (dep. 2 gennaio 2014), n. 68, Falcone, in *Ced Cass.*, n. 258394; Cass. pen. sez. III, 17 gennaio 2013 (dep. 28 febbraio 2013), n. 9579, Longo, in *Ced Cass.* n. 254749; Cass. Pen. Sez. III, 11 luglio 2007 (dep. 14 novembre 2007), n. 41876, Doyran, in *Ced Cass.*, n. 238053.

L'approdo giurisprudenziale previgente il d.lgs n. 159/2011

In assenza di regolamentazione sono applicati i principi esposti sulle confische penali in generale

Accertata l'appartenenza del bene (nel senso ora indicato, in cui rientra il titolare del diritto reale di garanzia) la tutela è assicurata solo a persona «estranea» al reato che, per la *ratio* della confisca, richiede la mancanza di qualsiasi collegamento, diretto o indiretto, con la consumazione del fatto-reato, ossia nell'assenza di ogni contributo di partecipazione o di concorso ovvero assenza di vantaggi o utilità dal reato.

Tali principi ben si riflettono alla confisca allargata in cui frequentemente vi è richiesta di tutela da parte dei terzi titolari di diritti reali di garanzia, specificamente di ipoteca iscritta in favore delle banche con concessione di mutui a persone poi sottoposte a processo penale⁴⁴.

Dunque, nessuna tutela è riconosciuta ai titolari di meri diritti di credito (chirografari); la tutela è assicurata ai titolari di diritti reali di garanzia (e di godimenti) previa dimostrazione della antecedente iscrizione rispetto al sequestro e della buona fede ed inconsapevole affidamento.

Per il resto può richiamarsi quanto esposto per la confisca di prevenzione.

L'entrata in vigore del d.lgs n. 159/2011

Per l'orientamento prevalente nulla muta con l'entrata in vigore del d.lgs n. 159/2011.

Pur se il nuovo testo prevede un'esaustiva regolamentazione della tutela dei terzi creditori, la mancata modifica dell'art. 12-*sexies* (che continua a richiamare solo alcune norme in materia di gestione e destinazio-

ne dei beni previste dalla previgente l. n. 575/1965) induce a concludere per l'inapplicabilità della nuova disciplina in materia di tutela dei terzi alla confisca allargata⁴⁵.

La l. n. 228/2012

Il quadro normativo muta con la l. n. 228/2012 (cd. legge di stabilità 2013), entrata in vigore l'1 dicembre 2013.

Pur se la legge regola, come visto, solo la tutela dei terzi creditori per i procedimenti di prevenzione non disciplinati dal d.lgs n. 159/2011, l'attenzione degli interpreti si sofferma sulla "riscrittura" dell'art. 12-*sexies*, c. 4-*bis*, che, espungendo il richiamo alla l. n. 575/1965, prevede il rinvio alle «disposizioni in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati» del d.lgs n. 159/2011.

Per alcuni l'assenza di esplicito rinvio alla tutela dei terzi prevista dal d.lgs n. 159/2011 comporta che si debba fare ancora riferimento, in assenza di regolazione, agli orientamenti giurisprudenziali descritti formati prima dell'emanazione del d.lgs n. 159/2011 e della l. n. 228/2012. In tal senso le Sezioni Unite civili⁴⁶ ed alcune sentenze delle sezioni penali della Cassazione⁴⁷.

Altri valorizzano la nuova disposizione contenuta nell'art. 12-*sexies* comma 4-*bis* da cui desumono l'*applicabilità della disciplina del d.lgs n. 159/2011*.

La tesi è stata proposta inizialmente dalla Cassazione civile, in motivato contrasto con le Sezioni Unite civili⁴⁸. Analogo il ragionamento delle sezioni penali, esplicitato con particolare riferimento ai principi della confisca penale ed allargata⁴⁹, per cui le norme del d.lgs cit. relative alla tutela dei diritti dei terzi creditori sono applicabili anche alla confisca di cui all'art.

44. Cass. pen. sez. I, 21 novembre 2007 (dep. 5 dicembre 2007), n. 45572, Upgrade S.r.l. Brescia, in *Ced Cass.*, n. 238144; Cass. pen. sez. I, 23 settembre 2008 (dep. 25 settembre 2008), n. 36763, Capitalia Service, inedita; Cass. pen. sez. I, 21 febbraio 2008. (dep. 9 aprile 2008), n. 14928, Corradini, in *Ced Cass.*, n. 240164.

45. Per ragioni di sintesi si rinvia a F. Menditto, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali e la confisca ex art. 12 sexies l. n. 356/1992*, Milano, 2012, pp. 713 ss.

46. Cass. civ. sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, in *Ced Cass.*, n. 626570. In tal senso Cass. civ. sez. III, 18 agosto 2013, n. 18909, in *Ced Cass.* n. 627800.

47. Cass. pen. sez. II, 12 febbraio 2014 (dep. 5 marzo 2014), n. 10471, Italfondario Spa, in *Ced Cass.*, n. 259348; Cass. pen. sez. I, 19 marzo 2015 (dep. 23 aprile 2015), n. 17043, Deutsche bank mutui Spa, inedita. Cass. pen. sez. III, 25 febbraio 2014 (dep. 9 aprile 2014), n. 15829, Podestà e altro, cit.

48. Cass. civ. sez. III, 7 ottobre 2013, n. 22814, in *Ced Cass.*, n. 628730.

49. Cass. pen. sez. I, 20 maggio 2014 (19 giugno 2014), n. 26527, Italfondario Spa, cit. Tale conclusione è raggiunta ponendo in risalto, pur nella nota differenza tra confisca di prevenzione ed allargata, la coincidenza delle finalità delle due misure che ha indotto il legislatore a "parificare" la disciplina dell'amministrazione e destinazione dei beni con la l. n. 228/2012 prendendo atto «di una profonda comunanza strutturale, ontologica e funzionale, ferma restando la diversa collocazione sistematica e la segnalata diversità di uno dei presupposti applicativi dei due istituti». Da ciò discende che la l. n. 228/2012 vuole rendere applicabili le norme del sub procedimento di tutela dei terzi del d.lgs n. 159/2011 anche alle ipotesi di confisca allargata richiamando l'art. 1, comma 190 l. cit. le disposizioni in tema di amministrazione e destinazione dei beni del d.lgs cit., ricomprendenti tanto la fase del sequestro che quella della confisca e tra queste vi sono le norme relative alla tutela dei terzi (art. 52 e ss.).

12-*sexies* cit., «quantomeno a far data dalla entrata in vigore della l. n. 228 del 2012, art. 1, co. 190, da ritenersi norma regolatrice della fattispecie». La competenza è attribuita al Giudice dell'esecuzione dopo la confisca definitiva, competente ordinariamente per la verifica della buona fede del terzo dopo la conclusione del procedimento di cognizione, che verifica la ricorrenza dei presupposti previsti dal d.lgs cit., con trasmissione degli esiti di tale verifica all'Agenzia nazionale, cui spettano le successive determinazioni sul piano amministrativo anche in presenza di una singola istanza di parte. In presenza di ulteriori terzi creditori da tutelare l'Agenzia nazionale potrà proporre apposita istanza⁵⁰.

Per alcuni occorre fare riferimento al d.lgs n. 159/2011 e alla l. n. 228/2012, a seconda dell'epoca della confisca. Dunque, si applica la nuova regolamentazione sulla tutela dei terzi introdotta dal d.lgs n. 159/2011 (per le proposte avanzate dal 13 ottobre 2011) e dalla l. n. 228/2012 (per le proposte precedenti), prospettando per la confisca allargata il medesimo coordinamento temporale tra le due discipline sulla base della data di iscrizione nel Registro notizie di reato di cui all'art. 335 cpp. Pertanto i terzi trovano tutela nelle disposizioni della l. n. 228/2012 se il procedimento è stato iscritto prima del 13 ottobre 2011, nelle norme del d.lgs n. 159/2011 per i procedimenti iscritti successivamente⁵¹.

Alcune conclusioni

Alla luce delle diverse tesi sostenute si ritiene che la soluzione vada individuata perseguendo un'interpretazione che eviti disparità di trattamento e il conseguente rischio di incostituzionalità, di conseguenza la "riscrittura" dell'art. 12-*sexies*, co. 4-*bis*, cit. induce a ritenere applicabili le disposizioni del d.lgs n. 159/2011 e della l. n. 228/2012.

La conclusione discende dalle plurime differenze che altrimenti si verificherebbero tra terzi creditori a seconda della sede in cui trovano tutela; effetto amplificato nel caso di concomitanti sequestri penali e

di prevenzione in cui prevale la normativa della prevenzione (art. 30 d.lgs cit.), sicché il creditore sarebbe più o meno tutelato a seconda della scelta del pubblico ministero di avviare l'uno o l'altro sequestro o entrambi. A solo titolo esemplificativo l'art. 1, co. 203, l. n. 228/2012 dispone che il piano di pagamento dei creditori predisposto dall'Agenzia nazionale non possa «prevedere pagamenti complessivi superiori al minor importo tra il settanta per cento del valore del bene ed il ricavato dall'eventuale liquidazione dello stesso», laddove l'art. 53 d.lgs cit., che originariamente prevedeva lo stesso limite, a seguito della modifica apportata dalla l. n. 147/2013 riduce tale limite al 60%. Anche (e soprattutto) è diversa l'individuazione dei creditori tutelabili: tutti per il d.lgs n. 159/2011; solo quelli titolari di diritti reali di garanzia o che hanno iniziato un pignoramento o sono intervenuti in questo prima dell'1 gennaio 2013 per la l. n. 228/2012.

Occorre, poi, verificare come opera il regime intertemporale previsto dal d.lgs n. 159/2011 e dalla l. n. 228/2012, determinato per la confisca di prevenzione dalla data di inizio del procedimento (prima o dal 13 ottobre 2011) che coincide con la presentazione della proposta. La soluzione preferibile suggerisce di fare riferimento alla medesima data di inizio del procedimento che, per la confisca allargata, va individuata in quella dell'iscrizione del procedimento nel Registro notizie di reato⁵².

Il contrasto giurisprudenziale rende urgente un intervento normativo chiarificatore per evitare incertezze in una materia, come quella della tutela dei terzi creditori, molto delicata⁵³.

6. La costituzionalità e la compatibilità con la Cedu della tutela dei terzi creditori (e degli istituti di credito)

Benché la nuova regolamentazione assicuri una più ampia tutela ai terzi creditori rispetto alla disci-

50. In tal senso, anche Cass. pen. sez. I, 15 febbraio 2016 (dep. 23/03/2016), n. 12632, Edil Merici, in *Ced. Cass.*, n. 266045.

51. Cass. pen. sez. I, 19 febbraio 2015 (dep. 30 aprile 2015), n. 18241, Italfondario Spa, in *Ced. Cass.*, n. 263205, che esaminava un procedimento iscritto prima del 13 ottobre 2011 con declaratoria di applicabilità della l. n. 228/2012, pur se dichiara di aderire a Cass. pen. sez. I, 20 maggio 2014 (19 giugno 2014), n. 26527, Italfondario Spa che esprime il diverso indirizzo ricordato; Cass. pen. sez. I, 7 febbraio 2017 (dep. 27 febbraio 2017), n. 9677, Ag. Naz. per l'Amministr. e Destinaz. beni sequestrati e confiscati, in *Ced. Cass.*, n. 269761.

52. In tal senso F. Menditto, *Le sezioni unite civili sulla tutela dei terzi nella confisca di prevenzione dopo la l. 228/12: l'ambito di applicabilità della nuova disciplina*, in Penalecontemporaneo.it, 27 maggio 2013, pp. 30 ss. In tal senso anche G. Minutoli - G. Campagna, *La tutela dei terzi tra sequestro e confisca penali alla luce delle sezioni unite civili*, in *Fallimento*, 2014, p. 66.

53. In tal senso il disegno di legge all'esame della Camera in seconda lettura ove si modifica espressamente l'art. 12-*sexies*, comma 4-*bis*, richiamando la tutela dei terzi prevista dal d.lgs n. 159/2001, e si introduce un'interpretazione autentica dell'articolo 1, commi da 194 a 206, della legge 24 dicembre 2012, n. 228 " nel senso che si applicano anche con riferimento ai beni confiscati, ai sensi dell'articolo 12-*sexies* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, e successive modificazioni, all'esito di procedimenti iscritti nel registro di cui all'articolo 335 del codice di procedura penale prima del 13 ottobre 2011.

plina precedente, che pure – come si è detto – era stata ritenuta conforme a Costituzione, sono stati prospettati dubbi di compatibilità anche con la Cedu.

Si delinea, in sostanza, l'introduzione di misure sostanzialmente espropriative del credito verificandosi un'illegitima «compressione del diritto di proprietà nella lata accezione europea del termine (comprensiva dunque anche dei diritti di credito)»⁵⁴. Si aggiunge che la nozione di proprietà prevista dall'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 Cedu, va interpretata estensivamente, nel senso di ricomprendervi sia i «beni esistenti» che i «valori patrimoniali», tra i quali rientrano, ricorrendo certi presupposti, anche i crediti.

In più sedi si è richiesta una maggior tutela, in particolare in favore degli istituti di credito penalizzati dalle disposizioni (e interpretazioni) vigenti.

Il tema è stato affrontato dalle Sezioni Unite civili che, nell'esaminare l'analoga disciplina contenuta nella l. n. 228/2012 (di cui si dirà oltre), ne affermano la rispondenza al «quadro normativo internazionale» anche nell'addossare al terzo l'onere di dimostrare la propria buona fede⁵⁵.

La sentenza richiama alcune delle principali Convenzioni internazionali sulla confisca penale e sulla tutela dei terzi: a) la Convenzione di Strasburgo dell'8 novembre 1990 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, ratificata con la l. 9 agosto 1993, n. 328; b) la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, conclusa a Palermo il 12-15 dicembre 2000 (art. 12).

La ricostruzione del quadro normativo internazionale consente alle Sezioni Unite civili di concludere «che il diritto comunitario ed i principi della Cedu (ricompresi nel diritto comunitario ai sensi dell'art. 6 del Trattato di Lisbona): a) impongono agli Stati membri l'adozione delle misure di prevenzione patrimoniali; b) impediscono che l'adozione di misure di prevenzione patrimoniali possa ledere i diritti dei terzi di buona fede; c) consentono, in materia di misure di prevenzione patrimoniali, di addossare al terzo l'onere della prova della buona fede».

Sulla stessa linea le sezioni penali della Corte di cassazione che escludono dubbi di costituzionalità⁵⁶.

Se per i terzi creditori chirografari appare perfino arduo prospettare dubbi di violazione di norme costituzionali o della Cedu, proprio perché si è proceduto a un riconoscimento prima escluso dal quadro normativo previgente, per i titolari di crediti garantiti da diritti reali di garanzia si potrebbe prospettare l'irrazionalità (sotto il profilo della violazione dell'art. 3 Cost.) con riferimento al riconoscimento del credito nel limite previsto dall'art. 53 (60%) prima esaminato rispetto ai principi giurisprudenziali precedenti che non indicavano un limite di tale natura.

Peraltro, da un lato la disciplina introdotta dalla l. n. 228/2012 pone, anche per i procedimenti non assoggettati al d.lgs n. 159/2011 (sorti prima del 13 ottobre 2011) un analogo limite, seppur del 70%, dall'altro la nuova regolamentazione (così come la l. n. 228/2012) delinea un bilanciamento degli interessi in rilievo (diritto di credito e diritto dello Stato all'ablazione dei patrimoni illecitamente acquisiti) attraverso un'articolata disciplina con cui il legislatore, nell'ambito della discrezionalità riconosciuta dalla Carta costituzionale, raggiunge un apprezzabile punto di equilibrio.

Il Giudice delle leggi ha, infatti, ritenuto conforme alla Costituzione la nuova disciplina limitandosi a dichiarare l'incostituzionalità della sola limitazione per i crediti vantati da lavoratori sorti prima del sequestro di azienda. Per la Corte la disciplina delineata dal d.lgs n. 159/2011 «rappresenta il frutto del bilanciamento legislativo tra i due interessi che in materia si contrappongono: da un lato, l'interesse dei creditori del proposto a non veder improvvisamente svanire la garanzia patrimoniale sulla cui base avevano concesso credito o effettuato prestazioni; dall'altro, l'interesse pubblico ad assicurare l'effettività della misura di prevenzione patrimoniale e il raggiungimento delle sue finalità, consistenti nel privare il destinatario dei risultati economici dell'attività illecita»⁵⁷. Le nuove disposizioni costituiscono un congruo bilanciamento «volto ad impedire che la tutela si estenda a soggetti

54. S. Mazzamuto, *la tutela dei terzi di buona fede nella confisca antimafia: le ultime novità legislative e giurisprudenziali*, in *Juscivile*, it, 7, 2013, pp. 434 ss.

55. Cass. civ. sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, cit.. Secondo le Sezioni Unite civili «il diritto comunitario positivo, in materia di confisca penale, va integrato con i principi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (Cedu) e con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Infatti, nonostante che la Cedu non costituisca un organo dell'Unione, secondo il Trattato di Amsterdam (ratificato e reso esecutivo con l. 16.6.1998 n. 209, ed entrato in vigore l'1.5.1999, oggi sostituito dal Trattato di Lisbona), «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali (così l'attuale art. 6, co. 3, del Trattato di Lisbona)». Sono poi sintetizzati i principi affermati dalla Corte europea in materia di confisca di prevenzione, ritenuta compatibile con l'art. 1 del Protocollo n. 1 alla convenzione Europea dei diritti dell'uomo: non confligge con le norme della Cedu, ma anzi è una misura indispensabile per contrastare il crimine, anche laddove è previsto che il prevenuto deve dimostrare l'origine lecita dei beni di cui dispone.

56. Cass. pen. sez. I, 12 dicembre 2014 (dep. 23 aprile 2015), n. 17015, Banca delle Marche SpA, in *Ced Cass.*, n. 263315.

57. Corte cost., 28 maggio 2015, n. 94, cit. In altra occasione la Corte ha ritenuto manifestamente inammissibile altra questione relativa alla tutela dei terzi venendo proposte «critiche di opportunità alle scelte di politica legislativa sottese al nuovo regime introdotto dal d.lgs

lato sensu “conniventi” con l’attività illecita del proposto o di reimpiego dei suoi proventi, o a crediti simulati o artificiosamente creati, ovvero ancora a casi nei quali è possibile aggredire utilmente il residuo patrimonio del debitore».

Ad analoghe conclusioni deve pervenirsi con riferimento alla Cedu, non rinvenendosi sentenze della Corte europea che autorizzino una diversa conclusione.

La Corte Edu assicura la tutela prevista dall’art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 ai *beni attuali* nei quali rientrano i *valori patrimoniali*, «ivi compresi i crediti, in virtù dei quali un ricorrente può sostenere di avere almeno una “speranza legittima” di ottenere il godimento effettivo di un diritto di proprietà»⁵⁸; sicché «in ogni causa è importante quindi esaminare se le circostanze, considerate nel loro insieme, hanno reso la parte ricorrente titolare di un interesse sostanziale protetto dall’articolo 1 del Protocollo n. 1»⁵⁹.

Anche recentemente la Corte europea ha ribadito che, «secondo la propria giurisprudenza, un ricorrente può addurre la violazione dell’articolo 1 del Protocollo n. 1 solo nella misura in cui le decisioni che contesta siano relative ai suoi “beni” ai sensi di tale disposizione. I “beni” possono essere “beni esistenti” o valori patrimoniali, ivi compresi, in determinati casi ben definiti, i crediti. Affinché un credito possa essere considerato un “valore patrimoniale” ricadente nel campo di applicazione dell’articolo 1 del Protocollo n. 1, è necessario che il titolare del credito dimostri che esso ha un sufficiente fondamento nel diritto interno, per esempio, che esso sia confermato da una consolidata giurisprudenza dei tribunali nazionali. Una volta che ciò sia dimostrato, può entrare in gioco il concetto di “aspettativa legittima”»⁶⁰.

In definitiva, indipendentemente dall’ampliamento del concetto di beni tutelabili ai sensi della Convenzione⁶¹, è escluso che nel caso in esame possano rien-

trarvi crediti diversi da quelli per i quali la giurisprudenza italiana riconosce tutela nel procedimento di prevenzione; difetta, in definitiva, il requisito richiesto dalla Corte di Strasburgo del “sufficiente fondamento nel diritto interno”, mancando una consolidata giurisprudenza dei tribunali nazionali che consenta di riconoscere il concetto di “aspettativa legittima”.

7. Sequestro e confisca di prevenzione e penale, in particolare la tutela degli istituti di credito creditori

7.1. L’esame della giurisprudenza

È possibile, ora, procedere a un esame più puntuale di come gli istituti di credito esercitano l’attività di concessione del credito nei confronti di persone proposte nell’ambito dei procedimenti di prevenzione.

Ai sensi dell’art. 52, co. 3, d.lgs n. 159/11 nella valutazione della buona fede, come ricordato, il Tribunale tiene conto delle condizioni delle parti, dei rapporti personali e patrimoniali tra le stesse e del tipo di attività svolta dal creditore, anche con riferimento al ramo di attività, alla sussistenza di particolari obblighi di diligenza nella fase precontrattuale nonché, in caso di enti, alle dimensioni degli stessi.

Le Sezioni Unite civili hanno operato una stringente interpretazione del comma 3 citato: «i parametri sono obbligatori, ma non sono né esclusivi, né vincolanti», sicché «il giudice deve obbligatoriamente tener conto di tali parametri, ma può considerare altri parametri non menzionati dal legislatore, e può anche motivatamente disattendere i parametri indicati dal legislatore»⁶². In tal senso si sono espresse anche le Sezioni penali⁶³.

n. 159 del 2011, riguardo ai meccanismi di tutela dei diritti dei terzi: e ciò nella prospettiva di far “rivivere” la situazione anteriore, per *communis opinio* ampiamente lacunosa sul piano della regolamentazione normativa del profilo che interessa, ma nella quale – ad avviso del giudice *a quo* – si sarebbe instaurata una “prassi” operativa (concernente, peraltro, la sola confisca di azienda) in assunto maggiormente consentanea alla protezione degli interessi in gioco ... invoca(ndo), in questo modo, un intervento “di sistema” esorbitante, per sua natura, dai limiti del giudizio di legittimità costituzionale».

58. Corte europea dir. uomo, 21 febbraio 2008, Maurice c. Francia; Corte europea dir. uomo, 18 maggio 2010, Plalam Spa c. Italia; Corte europea dir. uomo, 31 maggio 2011, Maggio e altro c. Italia; Corte europea dir. uomo, 7 giugno 2011, Agrati e altri c. Italia.

59. Cfr. sentenze citate alla nota precedente.

60. Corte europea dir. uomo, 15 aprile 2014, Stefanetti e altri c. Italia.

61. Per quanto interessa in questa sede: diritto del proprietario alla soddisfazione di un reddito, maturato sotto la vigenza di una legge abrogata prima del passaggio in giudicato della sentenza con la quale il credito era stato riconosciuto, credito di natura risarcitoria, relativo ad un danno accertato con sentenza, nonostante la successiva entrata in vigore di una nuova legge sul regime di responsabilità,

62. Cass. civ. sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, cit.

63. Cass. pen. sez. I, 16 ottobre 2014 (dep. 30 gennaio 2015), n. 4448, Sicilcassa Spa, cit.; Cass. pen. sez. VI, 18 marzo 2015 (dep. 24 luglio 2015), n. 32682, Banco di Napoli S.p.A., inedita.

Il ragionamento è condivisibile in quanto la norma indica al giudice di “tenere conto” dei diversi parametri indicati che, del resto, costituiscono un’elencazione degli indici elaborati dai giudici di merito, particolarmente rigorosi sul punto.

Per gli istituti di credito, costituenti la categoria più frequente di terzo deve valutarsi il rispetto delle norme e prassi bancarie oltre che del disposto del d.lgs n. 231/2007 e, prima, della l. n. 197/1991 (in materia di antiriciclaggio). È opportuno, in applicazione dell’art. 9 d.lgs n. 231/07, comunicare alla Banca d’Italia il decreto di rigetto della domanda di riconoscimento della buona fede per consentire le opportune valutazioni, in analogia a quanto previsto dalla l. n. 228/2012 (art.1, co. 200, ult. per.)⁶⁴.

La giurisprudenza ha elaborato numerosi criteri orientativi per accertare il requisito della buona fede allegata dagli istituti di credito⁶⁵. Questo esame *svela* le modalità di concessione del credito da parte delle banche.

Procedimento di concessione del mutuo, profili generali:

- ai fini della prova della buona fede e dell’affidamento incolpevole, incumbente sull’Istituto finanziario titolare di un diritto di garanzia reale sul bene confiscato che intenda ottenere l’accertamento e l’ammissione al pagamento del proprio credito, non è sufficiente la dimostrazione dell’avvenuto rispetto delle procedure operative interne per l’erogazione del finanziamento, occorrendo che sia provata

l’approfondita ed autonoma valutazione delle caratteristiche soggettive e patrimoniali dei soggetti coinvolti, con particolare riferimento alla capacità finanziaria e reddituale ed alle condizioni patrimoniali del debitore e dei suoi familiari, nonché alle finalità, alla regolarità amministrativa ed alla sostenibilità finanziaria dell’operazione negoziale sottostante, anche in relazione all’eventuale altro contraente, allo scopo di adempiere ai doveri propri dell’intermediario finanziario con riguardo, fra l’altro, alla normativa anti-riciclaggio⁶⁶.

- la correttezza del procedimento di concessione del mutuo costituisce requisito indispensabile per dimostrare la buona fede; un indice negativo è costituito dalla mancata produzione in giudizio della perizia di stima del bene sul quale è stata iscritta l’ipoteca⁶⁷;
- l’insufficiente valutazione sul “merito creditizio” del destinatario del finanziamento esclude la buona fede se adeguatamente motivata non su un canone generico di una buona gestione bancaria, ma su quello specifico della buona fede richiesta per il finanziamento del destinatario⁶⁸. Costituisce insufficiente valutazione del merito creditizio la concessione di un mutuo ad una persona giovanissima priva di redditi leciti⁶⁹;
- la reale situazione reddituale del richiedente e la disponibilità effettiva degli immobili oggetto del finanziamento devono essere conosciute

64. In tal senso anche la modifica normativa oggi all’esame della Camera in seconda lettura.

65. Si riporta la giurisprudenza di legittimità relativa all’onere gravante sul terzo, valutato in modo uniforme sulla base:

a) della disciplina in materia di confisca di prevenzione:

- previgente al d.lgs n. 159/2011 e alla l. n. 228/2012;
- relativa al d.lgs n. 159/2011;
- relativa alla l. n. 228/2012;

b) della disciplina in materia di confisca ex art. 12 *sexies* d.l n. 306/92, conv. dalla l. n. 356/92, per la quale sono stati ritenuti applicabili i medesimi principi nei vari segmenti temporali corrispondenti.

66. Cass. pen. sez. I, 7 febbraio 2017 (dep. 27 febbraio 2017), n. 9677, Ag. Naz. per l’Amministr. e Destinaz. beni sequestrati e confiscati, in *Ced Cass.*, n. 269761

67. Cass. Pen., sez. II, 16 gennaio 2015 (22 gennaio 2015), n. 2894, Banca Monte dei Paschi di Siena, in *Ced Cass.*, n. 262289. Nel caso, però, di concessione di un mutuo agrario a garanzia del cui rimborso viene iscritta ipoteca su di un bene immobile non può desumersi l’assenza di buona fede in mancanza di perizia di stima sull’immobile, trattandosi di prassi relativi ai mutui immobiliari (Cass. pen. sez. V, 16 gennaio 2015 (dep. 13 febbraio 2015), n. 6449, Banca Monte Paschi Siena S.p.a., cit. in motivazione).

68. Cass. pen. sez. V, 16 gennaio 2015 (dep. 13 febbraio 2015), n. 6449, Banca Monte Paschi Siena Spa, cit.

69. Cass. pen. sez. V, 19 dicembre 2012 (dep. 21 marzo 2013), n. 13330, Unicredit Menagment Spa, inedita, relativa a mutuo concesso a diciannovenne con due garanti titolari di un reddito molto limitato, cosicché difficilmente avrebbero potuto fare fronte al pagamento delle rate di mutuo. Per la Corte «appare circostanza singolare ed in verità inusuale perché gli istituti di credito in siffatte situazioni non concedono mutui per mancanza di idonee garanzie. In motivazione si rileva che le due garanti avevano un reddito molto limitato, cosicché difficilmente avrebbero potuto fare fronte al pagamento delle rate di mutuo».

dall'istituto erogatore del finanziamento sulla base dell'ordinaria diligenza⁷⁰;

- la gestione del credito deve essere coerente con i principi che regolano le transazioni bancarie e tale da dimostrare un livello di ordinaria diligenza nell'analisi della posizione della correntista, beneficiario di apertura di credito su conto corrente e debitore del credito erogato. Manca l'ordinaria diligenza in assenza di attività istruttoria, anche sommaria, volta a verificare la presenza di segnali di situazioni di rischio incidenti sull'affidabilità del contraente⁷¹;
- il difetto di «adeguatezza dell'istruttoria» tale da escludere la buona fede può desumersi dall'evidente sproporzione tra il tenore di vita del beneficiario e la totale assenza di redditività lecita negli anni antecedenti alla richiesta di mutuo; ciò, a maggior ragione, se destinataria del mutuo sia una società «schermo» della persona fisica priva di reali strutture aziendali⁷²;
- il mancato accertamento sulla solvibilità del debitore e dei fideiussori non consentono di riconoscere la buona fede⁷³;
- le plurime vicende giudiziarie, di natura penale e di prevenzione personale e patrimoniale

le vissute dal prevenuto, anche se conclusesi con un esito favorevole, perché significative di «zone d'ombra», escludono la buona fede essendo imposta all'istituto di credito una particolare cautela e prudenza nell'erogazione di rilevanti finanziamenti⁷⁴;

- la notoria pericolosità malavitosa deve allertare gli istituti di credito. «Operatori bancari, particolarmente fiscali ed attentissimi nella elargizioni di prestiti, scoperture bancarie e mutui ipotecari, operando secondo abituali prassi creditizie, dovrebbero accertare senza difficoltà le qualità sociali ed economiche di clienti tanto particolari, soprattutto presso agenzie poste nell'ambito di municipalità di assai ridotte dimensioni demografiche, tali dovendosi ritenere i comuni di 26.000 abitanti, regolandosi di conseguenza rispetto ai richiesti mutui»⁷⁵;
- la consapevolezza che attraverso il ricorso al credito l'imprenditore mafioso rafforza la presenza sul mercato della propria impresa non consente di ritenere la buona fede così come la conoscenza, reale o possibile con l'ordinaria diligenza, che l'impresa beneficiaria del credito era gestita con modalità mafiose⁷⁶;

70. Cass. pen. sez. I, 31 marzo 2011 (dep. 31 agosto 2011), n. 39237, Italfondiaro Spa, inedito secondo cui la banca poteva conoscere la reale proprietà degli immobili in capo al prevenuto, padre della proprietaria priva di un reddito congruo, e nella posizione dello stesso, arrestato e condannato in via definitiva per fatti di mafia in data antecedente all'acquisto degli immobili, e, dall'altro lato, dal contenuto dell'istruttoria svolta dall'istituto prima della concessione del mutuo.

71. Cass. pen. sez. I, 9 ottobre 2013 (12 settembre 2014), n. 37597, Banca Popolare di Bergamo Spa, cit. in tema di pegno: «l'omesso rilievo da parte dell'istituto istante della non possibilità di fare affidamento sulla solvibilità personale del correntista, *«persona anziana e priva di leciti, regolari e cospicui introiti ... e soggetto condannato per emissione di assegni a vuoto e quindi debitore a rischio»*; l'apprezzamento della bontà dell'operato investimento finanziario, avendo solo riguardo al *«considerevole portafoglio offerto in garanzia»*; l'assunzione del rischio della eventuale origine illecita del medesimo portafoglio e delle somme confluite nell'aperto conto corrente; l'assenza di ogni prudente valutazione dei sussistenti segnali della dubbia provenienza lecita delle indicate somme e della dubbia liceità dell'origine del portafoglio».

72. Cass. pen. sez. I, 12 dicembre 2014 (dep. 23 aprile 2015), n. 17015, Banca delle Marche Spa, cit. secondo cui nel caso in esame gli indici indicati «sono pienamente confermativi di un macroscopico abbandono del minimo di diligenza richiesta all'ente operante nel settore creditizio, ai confini con la piena consapevolezza della strumentalità della operazione a forme di reinvestimento».

73. Cass. pen. sez. VI, 12 maggio 2015 (dep. 29 maggio 2015), n. 23299, Banca popolare di Ancona Spa, ove si evidenzia che la verifica avrebbe consentito di accertare che la società garante era un soggetto del tutto insolvente (oltretutto riconducibile al proposto) e che lo stesso proposto (presente all'operazione) era soggetto ben poco solvibile.

Cass. pen. sez. I, 28 novembre 2014 (dep. 13 marzo 2015), n. 10999, Banca Popolare dell'Emilia Romagna, inedita, secondo cui la verifica circa la «complessiva personalità» del fideiussore (a fronte della scarsissima capacità economica dell'obbligata principale) era da ritenersi del tutto doverosa e avrebbe dato luogo a valutazione di piena inaffidabilità del soggetto già coinvolto in inchieste per favoreggiamento mafioso nell'anno 1997; «Tale dato va, ovviamente, valutato in modo congiunto con gli esiti della ricostruzione patrimoniale, anch'essi non certo rassicuranti - come evidenziato nel provvedimento impugnato - posto che l'importo della pensioni di invalidità dei figli disabili va effettivamente ritenute assorbito (date le pressanti necessità di cura ed assistenza) dalla destinazione primaria e la redditività del fideiussore (anch'essa non particolarmente elevata) risulta considerata per la sola annualità in cui ricade la conclusione del contratto».

74. Cass. pen. sez. I, 2 luglio 2014 (dep. 23 ottobre 2014), n. 44234, Sicilcassa, inedita.

75. Cass. pen. sez. I, 8 luglio 2011, (dep. 12 settembre 2011), n. 33796, Simeoli, inedita. La Corte conferma il decreto Trib. Napoli, 13 agosto 2010, in *Penalecontemporaneo.it*, 13 agosto 2010.

76. Cass. pen. sez. I, 16 ottobre 2014 (dep. 30 gennaio 2015), n. 4448, Sicilcassa Spa, cit.

- la consapevolezza dell'evidente opacità del contraente e, in definitiva, dell'alto rischio di collisione dell'interesse della banca con il prevalente interesse pubblico alla prevenzione criminale, esclude la buona fede pur se l'operazione è certamente vantaggiosa e garantita per la banca sotto il profilo economico (oltre che resa in esito alle procedure a tal fine previste). Indici di tale situazione sono, ad esempio, la manifesta eccessività dell'importo finanziato rispetto all'entità della base reddituale del beneficiario, ovvero la definizione dell'operazione entro contesti locali o territoriali di non rilevanti dimensioni, o, infine, il profilo di soggetti da tempo in rapporti con l'istituto bancario⁷⁷;

Procedimento di concessione del mutuo e società

- va esclusa la buona fede della banca creditore ipotecario di società di persone e di capitali facenti capo al prevenuto, che abbiano conseguito aperture di credito per somme rilevanti, a garanzia delle quali è stata iscritta ipoteca su diversi immobili confiscati, risultando anomalie delle vicende patrimoniali delle società risultanti dalla mera lettura di bilanci e movimentazioni bancarie, attestanti flussi di denaro in entrata e in uscita in palese contrasto con i modesti volumi di affari dichiarati. Escludono la buona fede anche i consistenti aumenti di capitale da parte del prevenuto e dei soci sproporzionati all'esiguità dei redditi dichiarati oltre che la "non illibatezza" dell'imprenditore e delle società del suo gruppo in considerazione dei procedimenti giudiziari e di prevenzione subiti, dei quali la banca ha contezza, disponendo comunque di tutti gli strumenti utili alla formulazione di un corretto giudizio di affidabilità dei soggetti individuali e sociali finanziati⁷⁸;
- va esclusa la condizione di buona fede in conseguenza del mancato adempimento dell'ob-

bligo di diligenza gravante su un istituto di credito creditore ipotecario di una società che abbia conseguito un'apertura di credito di svariati miliardi, concedendo ipoteca su diversi immobili divenuti oggetto di provvedimento definitivo di confisca quando già sulla base dei risultati della istruttoria funzionale alla valutazione del "merito creditizio" emerge la scarsa entità del capitale sociale rispetto alle fonti di finanziamento e la percezione dell'influenza di vicende "extracaratteristiche" non sufficientemente specificate. In tale caso il terzo creditore dispone di tutti gli strumenti utili alla formulazione di un giudizio di inaffidabilità e di "non illibatezza" dell'operatore commerciale⁷⁹.

Frazionamento, surroga e accollo:

- secondo un indirizzo meno restrittivo si è affermato che, accertata la buona fede al momento della concessione del mutuo, la successiva compravendita dell'immobile con accollo del mutuo, in particolare se cumulativo, in assenza di ulteriori elementi non consente di rigettare la richiesta di riconoscimento della buona fede, non essendo in potestà del creditore accollatario opporsi all'accollo⁸⁰. Si è, però, precisato che non può escludersi che l'accertamento vada operato al momento dell'erogazione del mutuo, del frazionamento e dell'accollo, se avvenuti a distanza di brevi periodi temporali⁸¹;
- secondo un più convincente orientamento, va comunque operato un penetrante accertamento anche all'atto del frazionamento (e/ o dell'accollo), pur se cumulativo. Non è dimostrata la buona fede nei seguenti casi:
- per il soggetto originariamente erogatore del mutuo ipotecario l'onere di buona fede si estende alla «valutazione da operare in sede di frazionamento dell'originario mutuo in capo ai successivi acquirenti degli immobili,

77. Cass. pen. sez. VI, 16 giugno 2014 (dep. 23 luglio 2015), n. 32524, cit.

78. Cass. pen. sez. I, 29 maggio 2012 (dep. 28 settembre 2012), n. 37462, Intesa San Paolo Spa, inedita.

79. Cass. pen. sez. V, 18 marzo 2009 (dep. 9 aprile 2009), n. 15328, Banca della Campania spa, in *Ced Cass.*, n. 243610; Cass. pen. sez. I, 29 aprile 2010 (dep. 27 luglio 2010), n. 29378, Agenzia Demanio e altro, *ivi*, n. 247859.

80. Cass. pen. sez. I, 1 dicembre 2009 (dep. 8 gennaio 2010) n. 301, P.G. in proc. Capitalia Service J.v. Srl e altro, in *Ced Cass.*, n. 246035; Cass. pen. sez. VI, 15 ottobre 2014 (dep. 19 gennaio 2015), n. 2334, Italfondiaro Spa, cit.; Cass. pen. sez. I, 19 settembre 2014 (dep. 9 ottobre 2014), n. 42084, Sicilcassa S.p.A., Cass. pen. sez. I, 22 aprile 2016 (dep. 26 maggio 2016), n. 22143, Italfondario Spa, inedita.

81. Cass. pen. sez. V, 14 aprile 2015 (dep. 2 luglio 2015), n. 28198, Banco di Napoli Spa, inedita, in cui si richiede l'accertamento della buona fede e dell'inconsapevole affidamento «sia al momento dell'erogazione del mutuo, ossia nel 1991, sia al momento del frazionamento (nel 1993), sia ancora nel momento in cui (nel 1994) si era verificato l'accollo....della residua quota di mutuo, di elementi idonei a rivelare siffatta strumentalità».

nell'ipotesi di condizioni soggettive non rassicuranti in punto di solvibilità, chiedendo un supplemento di garanzie attraverso il mantenimento della originaria pretesa nei confronti della società costruttrice»⁸²;

- creditore che, in relazione ad un mutuo ipotecario, si limiti a prendere atto della comunicazione del subingresso nel contratto di un nuovo debitore senza svolgere alcun accertamento su solvibilità, affidabilità e personalità di quest'ultimo⁸³;
- assenza di istruttoria all'atto del frazionamento (e dell'accollo), pur nell'accollo cumulativo per colpevole mancanza della ordinaria diligenza, coerente con la buona gestione del credito e con il principio che regola le transazioni e che impone di non considerare soddisfacente della garanzia del credito concesso il solo valore del bene offerto in garanzia. Anche se il contratto di accolto prescinde dal consenso dell'accollatario creditore, tuttavia, esso ha un'efficacia esterna nei confronti del medesimo accollatario, nel senso che quest'ultimo, non essendo parte del contratto acquista nondimeno il diritto a pretendere direttamente l'adempimento dell'obbligo assunto dall'accollante, che diviene suo nuovo debitore e ne risponde, pertanto, anche nei suoi confronti, oltreché verso l'accollato, sua controparte nel contratto⁸⁴;

Cessione del mutuo pro soluto

Nel caso di cessione *pro soluto* del credito «in blocco», qualora sia accertata la buona fede del cedente, va accertato l'assolvimento dell'onere probatorio gravante sul cessionario. Si è affermato:

- che va rigettata l'istanza di riconoscimento della buona fede quando «senza aver provato la propria buona fede il terzo creditore ipotecario, la banca mutuante aveva ceduto "pro soluto" il credito in via onerosa ed in tal modo aveva ceduto un credito non più garantito da ipoteca dal giorno dell'iscrizione del sequestro di prevenzione; di conseguenza, il cessionario

non poteva addurre la propria buona fede nel procedimento di prevenzione, sia perché non aveva preteso dal creditore originario la dimostrazione della buona fede di questi, sia perché era a conoscenza del sequestro di prevenzione e della confisca, giusta trascrizione di tali provvedimenti, ed aveva accettato una cessione "pro soluto", proprio in quanto consapevole dell'esistenza del vincolo dello Stato sul bene offerto in garanzia»⁸⁵;

- che non può ravvisarsi l'affidamento incolpevole se la cessione avviene «a distanza di oltre 14 anni dalla data in cui i beni in questione avevano formato oggetto di sequestro ai fini di confisca di prevenzione ed a distanza di quasi 7 anni dal momento in cui il provvedimento di confisca era divenuto irrevocabile – e, dunque, in epoca in cui detta società e, prima ancora, i suoi danti causa avrebbero potuto agevolmente accertare che gli immobili sui quali era costituita l'ipoteca erano stati sottoposti al provvedimento ablatorio in favore dello Stato»⁸⁶.
- non è provata la buona fede qualora non si sia svolto alcun accertamento, nel momento della comunicazione del sub ingresso nel contratto di mutuo del nuovo debitore, ne' successivamente, volto a verificare la solvibilità e affidabilità del medesimo e la sua "personalità". Tale condotta si traduce in mancanza della ordinaria diligenza della banca «coerente con la buona gestione del credito e con il principio che regola le transazioni e che impone di non considerare soddisfacente della garanzia del credito concesso il solo valore del bene offerto in garanzia – della posizione del cessionario, beneficiario del mutuo erogato e debitore dei relativi ratei» che risulti protagonista di specifiche vicende giudiziarie⁸⁷.

7.2. Una (prima) conclusione

L'esame dei casi affrontati dalla giurisprudenza e il loro esito evidenzia un fenomeno allarmante in ordine alle modalità di concessione del credito da parte

82. Cass. Pen, Sez. I, 1, 27 settembre 2013 (dep. 8 novembre 2013), n. 45260, Italfondiaro Spa, cit., in motivazione.

83. Cass. pen. sez. I, 27 aprile 2012 (dep. 15 novembre 2012), n. 44515, Intesa San Paolo Spa e altri, in *Ced Cass.*, n. 253827.

84. Cass. pen. sez. VI, 18 marzo 2015 (dep. 24 luglio 2015), n. 32682, Banco di Napoli Spa, cit..

85. Cass. pen. sez. I, 6 febbraio 2007 (dep. 26 febbraio 2007), n. 8015, Servizi Immobiliari Banche S.i.b. Spa, cit.

86. Cass. pen. sez. VI, 5 giugno 2015 (dep. 1 luglio 2015), n. 27805, Sagrantino Italy Srl, cit.

87. Cass. pen. sez. I, 27 aprile 2012 (dep. 15 novembre 2012), n. 44515, San Paolo Spa e altri, cit., relativa a soggetto per il quale era conoscibile, con l'ordinaria diligenza, il fallimento, il procedimento di bancarotta e lo stato di latitanza per due ordini di cattura).

delle banche in presenza di persone poi sottoposte a procedimenti patrimoniali di prevenzione o penali.

Traspare una inadeguata diligenza in presenza di persone cui il credito viene comunque concesso, pur in assenza di un accertamento puntuale, richiesto normalmente al debitore.

Pur dovendo evitarsi generalizzazioni, venendo in rilievo situazioni spesso patologiche, deve porsi in risalto che l'imposizione di un termine entro il quale avviare il procedimento per l'accertamento della buona fede, e il chiarimento legislativo sui presupposti e sulla competenza del giudice penale/prevenzione, ha consentito di fare emergere situazioni che erano in attesa da tempo non valutando positivamente la banca l'avvio del procedimento.

D'altra parte sembra che alcuni casi esaminati siano relativi a crediti concessi in tempi passati, quando minori erano gli strumenti di controllo e le direttive della Banca d'Italia e, forse, vi era una minore consapevolezza verso percorsi di legalità che ora non di rado gli istituti di credito intendono intraprendere.

8. Istituti di credito e rapporti con le aziende sequestrate e confiscate (cenni)

8.1. La problematica

I non agevoli rapporti tra istituti di credito e aziende sequestrate o confiscate in sede di prevenzione o penale richiedono almeno un cenno.

Da anni sono state evidenziate le criticità emerse nell'amministrazione delle aziende sequestrate e nella loro destinazione, tanto da richiedere misure di sostegno oggi previste dalla legge di stabilità⁸⁸.

Il dato è di intuitiva evidenza in quanto dopo la confisca definitiva è operativa solo una azienda sequestrata su 10.

Il sequestro fa subito emergere difficoltà sul piano dei rapporti con gli istituti di credito, con i fornitori, con i clienti, con i dipendenti.

Si è evidenziato che l'amministrazione dell'azienda, sia essa gestita sotto forma di impresa individuale o di impresa collettiva, presenta caratteristiche proprie derivante dalla naturale "dinamicità" che richie-

de competenze specifiche di carattere imprenditoriale.

Alle ordinarie difficoltà di un'attività aziendale si aggiungono quelle derivanti da un provvedimento cautelare che comporta indubbi riflessi nella gestione e nei rapporti con gli istituti di credito, i fornitori, i clienti, i dipendenti e tutti coloro che intrattenevano rapporti di varia natura con l'azienda. Questi devono relazionarsi non più con l'imprenditore, estromesso dalla gestione, ma con un organo dello Stato che deve assicurare, direttamente o tramite il legale rappresentante della società, la prosecuzione dell'attività economica e ricondurla nell'ambito della legalità.

Devono, ancora, essere risolte molteplici problematiche derivanti dalla necessaria legalizzazione dell'azienda: l'assenza, spesso, di scritture contabili affidabili, l'evasione contributiva e fiscale, i nuovi costi derivanti dalla regolarizzazione dei rapporti di lavoro (applicazione dei contratti collettivi, pagamento del lavoro straordinario ai dipendenti), l'adeguamento dell'azienda alle prescrizioni antinfortunistiche e di altra natura.

Le difficoltà diventano ancora più rilevanti in presenza di imprese *tipicamente mafiose*, che vivono e si alimentano nell'illegalità (per l'immissione di capitali illeciti, per i rapporti con fornitori e clienti, per il clima di intimidazione sui lavoratori, etc.).

Le criticità sono "amplificate" dal tempo che intercorre tra il provvedimento di sequestro e la confisca definitiva.

Nella fase che va dal sequestro alla confisca gli istituti bancari possono svolgere un ruolo importante, sia non facendo venire meno il credito, sia, quando possibile, concedendolo.

Le difficoltà sono tante e alcune derivano dalla stessa normativa.

Assume particolare importanza *la gestione dei rapporti in corso*, proprio per il carattere dinamico dell'attività imprenditoriale che, nel regime previgente proseguiva previa autorizzazione del Giudice delegato, consentendo una rapida ripresa dell'attività dopo le prime fasi esecutive del sequestro.

Il legislatore ha previsto un'automatica sospensione dei contratti in corso riservando a una fase successiva la scelta tra la prosecuzione o lo sciogli-

88. La legge di stabilità 2016 (art. 1, comma 195, legge 28 dicembre 2015, n. 208) ha stanziato 30 milioni di euro per il triennio 2016-2018 per la concessione di agevolazioni alle imprese oggetto di sequestro o confisca alla criminalità organizzata, alle imprese che acquistano o affittano imprese sequestrate o confiscate, alle cooperative sociali assegnatarie di beni immobili confiscati e alle cooperative di lavoratori dipendenti locatarie di beni aziendali confiscati.

Dei 10 milioni di euro annui, 3 milioni sono destinati alla concessione di garanzie e sono pertanto allocati in un'apposita sezione del Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese; i restanti 7 milioni sono utilizzati per l'erogazione di finanziamenti agevolati e sono allocati in un'apposita sezione del Fondo per la crescita sostenibile.

La legge di bilancio 2017 (art. 1, comma 612, legge dell'11 dicembre 2016, n. 232) ha previsto un ulteriore stanziamento di 10 milioni di euro, ripartiti secondo le condizioni previste dalla legge di stabilità 2016 (7 milioni sono utilizzati per l'erogazione di finanziamenti agevolati e 3 milioni sono destinati alla concessione di garanzie).

mento del contratto. Per tentare di limitare le difficoltà che possono sorgere per l'azienda ha previsto che se dalla sospensione del contratto può derivare un danno grave all'azienda, il Giudice delegato autorizza, entro trenta giorni dall'esecuzione del sequestro, la provvisoria esecuzione dei rapporti pendenti; l'autorizzazione perde efficacia a seguito della dichiarazione con cui si delibera lo scioglimento o la prosecuzione del rapporto contrattuale (art. 56, co. 3, d.lgs cit.).

La norma non tiene conto della natura delle attività imprenditoriali che non consentono, spesso, alcuna interruzione, pena gravi effetti negativi di carattere economico.

Anche i crediti sorti prima del sequestro sono soggetti alla disciplina generale prevista dagli artt. 52 ss. d.lgs cit., secondo cui nessun debito assunto nel corso dell'attività imprenditoriale (individuale) prima del sequestro possa essere onorato, anche in presenza di contratti in corso (di fornitura di beni o servizi), con evidenti riflessi sui rapporti con i fornitori e con gli istituti bancari. Questi, infatti, saranno indotti a sospendere l'esecuzione dei contratti in corso con grave pregiudizio sul prosieguo dell'attività imprenditoriale. Si pensi, ad esempio, ai fidi concessi alle aziende in cui gli istituti di credito bloccheranno ogni ulteriore erogazione in assenza di garanzia (non solo dei futuri adempimenti) del pagamento almeno di parte del debito esistente.

La rigida applicazione di tale principio sarebbe in contrasto con le prassi precedenti al d.lgs n. 159/2011 in cui veniva riconosciuto in via transattiva il pagamento di una quota dei debiti, previo accertamento

della buona fede dei creditori e dell'estraneità di questi ai contesti criminali di riferimento del proposto.

In attesa di auspiccate modifiche normative⁸⁹ si propongono interpretazioni e applicazioni dirette a consentire, nel caso di prosecuzione di questi, di dare corso anche alle obbligazioni contratte e non onorate nel corso del rapporto, di pagare i debiti assunti.

Vanno guardati con favore appositi protocolli firmati dai Tribunali misure di prevenzione con i più attenti istituti di credito o con le organizzazioni di questi⁹⁰.

Non sempre dai protocolli sono seguite concrete applicazioni.

La Banca d'Italia è stata costretta a intervenire per evitare che il mancato pagamento dei crediti sorti prima del sequestro costituisse occasione per l'inserimento dell'azienda nella centrale rischi, con tutti gli effetti negativi che ne derivano per la ricerca del credito⁹¹.

Va messo in risalto, a dimostrazione della scarsa propensione alla collaborazione delle banche la condotta spesso tenuta con riferimento al mutuo garantito da ipoteca su immobile sequestrato, in cui il mutuante va considerato un mero creditore, sicché può agire ai sensi degli artt. 52 e ss. d.lgs n. 159/2011, senza alcun diritto al pagamento delle rate scadute successivamente al sequestro che, se corrisposte erroneamente, vanno restituite⁹².

Il mancato pagamento da parte dell'amministrazione giudiziaria non comporta *protesto* né segnalazione alla centrale rischi della Banca d'Italia, non potendo ritenersi il credito "in sofferenza". Tale classificazione riguarda i pagamenti ingiustificati protratti nel tempo e l'eventuale segnalazione, essendo

89. Contenute nel disegno di legge all'esame della Camera.

90. L'Abi ha sottoscritto con alcuni Tribunali Protocolli d'intesa per la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. La finalità dei Protocolli – come precisato nelle relative premesse – è quella di consentire la continuità delle attività delle imprese sottoposte a sequestro ai sensi della normativa sul cd. Codice Antimafia.

Si legge nel sito dell'Abi che «la sottoscrizione del Protocollo del Tribunale di Roma conferma la volontà dell'Associazione e delle banche di assumere una posizione proattiva nei confronti della finanziabilità delle imprese sequestrate/confiscate, fermo restando il principio della meritevolezza».

91. Circolare del 24.2.16: «Con riferimento alle segnalazioni di Centrale dei rischi si riporta, di seguito, quanto rappresentato al sistema con comunicazione n. 312657 del 21 marzo 2014. In tale occasione si è precisato che gli intermediari devono considerare che, al provvedimento di sequestro o confisca, consegue l'inesigibilità dei crediti dagli stessi vantati nei confronti dei soggetti sottoposti a tali misure di prevenzione. I crediti in discorso si considerano inesigibili quando oggetto di provvedimento di sequestro e/o confisca è l'intero patrimonio del debitore. Pertanto, dalla rilevazione riferita alla data del provvedimento di sequestro/confisca dei beni e fino all'accertamento giudiziale delle condizioni di cui all'art. 52 del Decreto, gli intermediari devono tener conto della momentanea inesigibilità dei crediti (quota capitale e interessi), ai fini della quantificazione degli importi da segnalare. ... Resta ferma, pertanto, la valutazione del cliente effettuata dall'intermediario e presente al momento dell'adozione del provvedimento di sequestro/confisca».

2.2 Finanziamenti concessi dalle banche in occasione o in funzione del procedimento di prevenzione (ad esempio erogati dopo che il Tribunale ha autorizzato la prosecuzione dell'attività).

2.2.1 Centrale dei Rischi

Con riferimento alle segnalazioni di Centrale dei Rischi, i finanziamenti concessi alle aziende in occasione o in funzione del procedimento di prevenzione devono essere segnalati nella pertinente categoria di censimento dei crediti per cassa, secondo i criteri generali previsti dalla normativa.

92. Decreto Giudice delegato Trapani 26 maggio 2015 in www.tribunale.trapani.it.

contraria ai principi di buona fede⁹³, può comportare responsabilità della banca che ha concesso il mutuo⁹⁴ e, in ogni caso, può essere adito il Giudice civile per ottenere gli idonei provvedimenti urgenti che “bocchino” gli effetti negativi della segnalazione consistenti nella ridotta possibilità di ottenere linee di credito ed affidamenti bancari che spesso portano all’interruzione dell’attività imprenditoriale⁹⁵. Anche in questo caso è dovuta intervenire la Banca d’Italia, con circolare del 31 marzo 2014.

8.2. Una (seconda) conclusione

Ancora una volta emerge il difficile rapporto tra istituti di credito e sequestri/confische penali e di prevenzione.

Se non può ignorarsi che la banca è un imprenditore che presta denaro, va sottolineato che non di rado emergono comportamenti in cui l’istituto di credito “si contrappone” all’amministrazione giudiziaria creando non pochi problemi per la prosecuzione dell’attività aziendale.

La normativa non agevola ed è auspicabile una rapida modifica. Intanto a fronte dei plurimi sequestri di aziende, col rischio della chiusura, con perdita di valore e di posti di lavoro, è necessario coltivare tutte quelle prassi che consentono un confronto franco e di svelare se e quali istituti di credito affrontano in modo propositivo il tema.

In questo contesto un ruolo fondamentale dovrebbe svolgere l’Agenzia nazionale per i beni sequestrati che, però, si dibatte in grandi problematiche che ne limitano l’azione.

Ancora una volta è rimesso dunque, alla giurisdizione, nelle sue varie articolazioni e funzioni, diffondere le buone prassi, anche con l’ausilio delle associazioni impegnate nel recupero dei beni sequestrati e confiscati.

I numeri consistenti delle aziende sequestrate e confiscate, i rischi evidenziati, l’assenza di continuità di azioni positive da parte degli istituti di credito, rischiano nei prossimi anni di fare diventare questa una vera e propria emergenza.

93. Sull’obbligo di buona fede nell’esecuzione del contratto cfr. Cass. civ. sez. III, 7 giugno 2006, n. 13345, in *Ced Cass.*, n. 591115.

94. Cass. civ. sez. I, 2 marzo 2010, n. 12626, inedita.

95. Trib. Trapani, 24 aprile 2014, inedito, con cui si ordina, con provvedimento urgente, la cancellazione della segnalazione.

L'estremismo violento e le contraddizioni delle “nostre” libertà

di Luigi Marini *

La crescita esponenziale delle vittime di estremismo e terrorismo in Africa costituisce un fenomeno terribile in sé e una realtà preoccupante anche sul piano degli equilibri internazionali. Questo non può far passare sotto silenzio l'aumento dei crimini violenti e di odio all'interno del mondo occidentale e, in particolare, degli Stati Uniti. Le politiche della nuova Amministrazione statunitense sono oggi messe sotto *stress* da episodi ripetuti di intolleranza e dalle loro conseguenze in termini di vite umane e di deriva culturale. Il tema della violenza estremista ha assunto da tempo una rilevanza universale e chiama la comunità internazionale a cercare risposte nuove. A sua volta, il dibattito apertosi dopo i fatti di Charlottesville chiama in causa valori fondanti della civiltà americana e della sua Costituzione e fa emergere l'esigenza di un loro “aggiornamento”.

1. Nell'anno 2000 gli atti di violenza connessi a estremismo o riconducibili a ragioni di lotta politica in tutto il continente africano erano limitati nel numero e concentrati in particolare nell'area algerina. Negli anni che hanno preceduto le “rivoluzioni” del 2011 e i fatti di Libia essi sono cresciuti progressivamente, pur rimanendo un fenomeno ancora limitato geograficamente. Nel complesso gli “attacchi” commessi nel periodo dal 2000 al 2010 sono stati 1.699 e hanno provocato 8.900 decessi e 6.605 ferimenti. Assai più preoccupante quanto avvenuto negli anni 2011-2016 (i dati si fermano al mese di febbraio), coinvolgendo la Libia, altre aree mediterranee nonché ampi settori dell'Africa centrale, del Sahel, del Corno d'Africa: 5.745 attacchi, con 33.300 morti e 10.790 feriti. L'anno terribile è stato il 2015, quando con oltre 8.000 morti la regione dell'Africa sub-sahariana è divenuta quella più colpita nel mondo dopo la regione Mena (Medio Oriente e Nord Africa)¹.

Questi dati, raccolti nell'ambito di una complessa ricerca condotta dal bureau regionale africano di *United Nations development program* (Undp)², devono far riflettere per la loro rilevanza obiettiva in un continente la cui popolazione è in crescita esponenziale e rappresenta a livello globale la quota di gran lunga maggiore delle persone sotto i 30 anni di età. Ma devono far riflettere anche per l'inevitabile confronto con i dati e con le analisi che abbiamo letto riguardo alla realtà europea e in senso lato occidentale, aree in cui il numero di attentati e di vittime per atti di terrorismo si presenta enormemente inferiore e in cui i contesti sociali e istituzionali manifestano una ben diversa solidità.

2. La ricerca Undp ha richiesto oltre due anni di lavoro e ha cercato di andare alle radici di questa impressionante esplosione di violenza, che per

(*) Esperto legale alla Rappresentanza permanente d'Italia presso le Nazioni Unite, New York. Le opinioni contenute in questo intervento sono espresse a titolo personale e non impegnano l'Amministrazione.

1. Poco meno di 14.000 le morti in tale Regione e circa 7.000 quelle nel Sud Est Asiatico, altra area critica e con un numero crescente di episodi e un forte incremento nella presenza di terroristi.

2. Il rapporto, *Journey to extremism in Africa*, è stato presentato alle Nazioni Unite da Undp nel mese di settembre 2017 ed è disponibile sul suo sito web.

oltre il 70% dei casi va ricondotta a gruppi che vantano riferimenti a una matrice religiosa. Una parte consistente del lavoro si è concentrata sull'esame delle testimonianze di oltre 700 persone che erano state protagoniste di atti di violenza o avevano partecipato alla vita dei gruppi estremisti. Un campione significativo, se paragonato ad altre ricerche simili in grado di intervistare poche decine di persone. Interessante notare che, nonostante una così rilevante differenza numerica del campione, non si ravvisano grandi contrasti fra le diverse analisi e le differenze registrate sembrano in gran parte attribuibili alle diversità strutturali esistenti fra le regioni africane, da un lato, e le aree mediorientali e europee, dall'altro.

I risultati dell'indagine circa le caratteristiche e le motivazioni delle persone che hanno aderito nell'Africa sub sahariana a gruppi estremisti e violenti meritano una lettura puntuale e non consentono semplificazioni. Ma voglio qui provare a evidenziare alcuni dati essenziali.

Quanto alle caratteristiche personali, circa il 70% dei 718 *ex* aderenti a gruppi estremisti che sono stati intervistati hanno un'età compresa fra 17 e 26 anni; per la gran parte provengono da aree di confine o zone periferiche; molti appartengono a minoranze etniche; in genere hanno basso o bassissimo livello di educazione e un altrettanto basso livello di cultura religiosa; l'assoluta maggioranza al momento dell'adesione al gruppo estremista era priva di lavoro o sotto occupata.

Quanto alle fonti del contatto con l'estremismo, una percentuale minima riferisce della rilevanza di internet e dei mass-media, mentre ben il 50% parla dell'importanza dell'ambiente circostante (amici) e dei *leader* religiosi (17%). Il reclutamento è quasi sempre veloce: addirittura meno di un mese per il 48% degli intervistati e meno di un anno per un altro 32%. Infine, il 78% degli intervistati ha espresso una profonda sfiducia nelle istituzioni locali e nazionali e ben il 71% ha indicato come spinta finale verso l'ade-

sione al gruppo estremista proprio le (cattive) azioni delle autorità.

3. Come accennavo, le diverse ricerche compiute su persone reduci da azioni violente o dalla semplice adesione ai gruppi terroristici attivi in Medio Oriente (in particolare Isil) hanno potuto avvalersi di un campione più ridotto, ma non per questo risultano meno significative³. Esse hanno riguardato *ex* combattenti o *ex* aderenti ai gruppi terroristici, persone che provenivano dall'Europa e dal Nord Africa. Ne emerge un quadro che evidenzia l'esistenza di alcuni punti comuni con la ricerca di Undp ora ricordata e un importante elemento di distinzione. Quanto ai punti di convergenza, ne segnalo tre: giovane età, bassa scolarità (seppure il livello medio d'istruzione dei giovani provenienti dall'Europa sia più alto rispetto ai giovani africani), modesta cultura religiosa⁴. C'è un altro punto in comune: la provenienza da aree di marginalità. Tuttavia, mentre questo in Africa significa provenienza dalle estreme periferie del Paese oppure appartenenza a etnie assolutamente minoritarie, in Europa la marginalità assume il carattere dell'emarginazione sociale in un tessuto integrato e, dunque, quello della provenienza dalle periferie urbane e dalle relative aree di disoccupazione-sotto occupazione.

L'elemento di distinzione cui accennavo è rappresentato dal ruolo dei mass media e di internet, che nei paesi occidentali e nord africani hanno dimostrato ben altra rilevanza. Sappiamo tutti quanto in tali contesti la propaganda estremista e quella terrorista abbiano tratto vantaggio dalle potenzialità dei nuovi strumenti di comunicazione.

4. Abbiamo ricordato in apertura il numero impressionante di atti di violenza che nel continente africano trovano ragione in una cultura di estremismo e di vero e proprio terrorismo. Le conseguenze negative di tale violenza sullo sviluppo di vaste aree del

3. Una collocazione particolare merita la ricerca compiuta da David Thomson su un numero di sole 12 persone di nazionalità francese che si sono unite ad Isil in Siria. La ricerca si caratterizza per essersi concentrata su persone legate alla realtà sociale e agli ambienti che Thomson ha seguito per anni (si veda il suo volume *Les Français jihadistes*, ed. Les Arenes, 2014) e con le quali ha potuto restare in qualche modo in contatto anche durante il periodo di adesione al gruppo terrorista e successivamente al rientro in Francia di alcuni di loro. La ricerca ha dato origine al volume *Les Revenants*, ed. Seuil, Les Jours, 2016. Al numero ristretto del campione fa da contraltare l'approfondimento delle analisi individuali e il lungo periodo di frequentazione, di persona e a distanza. Questo ha consentito un approfondimento sulle vite personali, le ragioni profonde e l'evoluzione delle scelte ed offre informazioni particolarmente importanti sui presupposti e le motivazioni reali delle condotte violente di giovani nati in Europa e finiti sui campi di battaglia in Medio Oriente.

4. Molte delle ricerche effettuate concludono per la necessità di valutare con molta prudenza la matrice religiosa dell'estremismo e del terrorismo. Fuori dubbio che esista in molti gruppi e organizzazioni una base religiosa e che questa sia molto forte in un numero ristretto di persone. Per la maggioranza delle persone intervistate, invece, l'elemento religioso assume una rilevanza marginale e risulta più una vernice che funge da giustificazione che un fattore motivazionale effettivo. Anche quel 17% di giovani che hanno riferito di un ruolo importante dei *leader* religiosi sono risultati assai poco padroni dei testi e dei fondamenti della religione e per la maggioranza degli stessi le motivazioni della scelta di aderire ai movimenti violenti appaiono radicarsi essenzialmente in altri fattori.

continente sono riconosciute da tutti. A rendere tali conseguenze particolarmente gravi e perfino drammatiche concorrono molti fattori. Anche prescindendo dalla debolezza delle istituzioni di una fetta consistente della nazioni africane, possiamo qui ricordare le caratteristiche geografiche e sociali del continente, la porosità dei confini nazionali, che in molti casi può essere qualificata come vera e propria inesistenza, la divisione in gruppi tribali e la scarsità di reti connettive e di comunicazioni, le grandi distanze fra i centri abitati. Tutto questo comporta fenomeni non conosciuti per modalità e dimensioni in altre aree geografiche.

5. Ma sarebbe errato guardare ad Africa e Medio Oriente come realtà lontane e non raffrontabili con le nostre. Proviamo, infatti, a prendere in esame le statistiche degli atti di violenza che riguardano gli Stati Uniti, cominciando da quelle concernenti le persone morte o ferite per violenze commesse con arma da fuoco. Negli anni dal 2001 al 2014 le vittime sono state 440.095 (di cui 29.573 nel 2001 e 33.599 nel 2014) mentre nel 2017 (dati aggiornati al 10 settembre) le statistiche registrano 43.027 “incidenti”, di cui 249 «*mass shooting*», con un esito di 10.302 decessi e 21.534 ferimenti.

È in questo contesto che possiamo provare a collocare i crimini motivati da cultura e ideologia estremista e, più in generale, quelli che qui vengono chiamati «*hate crimes*», concetto che l’Fbi definisce come «*criminal offense against a person or property motivated in whole or in part by an offender’s bias against a race, religion, disability, sexual orientation, ethnicity, gender, or gender identity.*» L’Fbi chiarisce che quello che abbiamo chiamato “odio” non costituisce un crimine in sé e deve essere affrontato tenendo conto della esigenza di tutelare la libertà di pensiero e di parola e le altre libertà civili.

Proviamo allora a leggere le statistiche sui reati di odio commessi negli Stati Uniti. Data la delicatezza della definizione e la non concordanza dei criteri utilizzati dai diversi osservatori, mi limito qui a riportare i dati relativi agli ultimi tre anni resi disponibili dalle statistiche ufficiali di Fbi.

Nel 2013 gli episodi sono stati 5.928, con 7.242 vittime. Di questi episodi il 48,5% è risultato motivato da odio legato a razza o appartenenza etnica, il 20,8% all’orientamento sessuale e il 17,4% a motivi religiosi.

Nel 2014 gli episodi sono stati 5.477 con 6.727 vittime. Gli episodi sono stati motivati per il 47% da razza/etnia, il 18,6% da orientamento sessuale e il 18,6% da motivi religiosi.

Nel 2015 gli episodi sono stati 5.850, con 7.173 vittime. Interessante vedere come gli episodi su base razziale/etnica sono saliti al 56,9%, quelli su base re-

ligiosa sono saliti al 21,4%, mentre quelli legati all’orientamento sessuale sono rimasti attorno al 18,1%.

Le statistiche non ufficiali concordano nel segnalare un incremento delle violenze basate su ragioni di odio nel 2016 e 2017, con un picco collocato nelle settimane precedenti le elezioni del novembre 2016 e con una preoccupante tendenza ancora nel 2017.

6. Sabato 12 agosto 2017 gruppi suprematisti bianchi e altri gruppi vicini alle loro posizioni si sono dati appuntamento a Charlottesville (Virginia) per dimostrare contro la decisione dell’amministrazione locale di rimuovere la statua del generale Robert E. Lee, che fu alla testa dell’esercito confederato durante la guerra civile. La riunione di tali gruppi, ampiamente pubblicizzata, ha attirato in città gruppi di contro-manifestanti e nel corso del confronto fra gli opposti schieramenti uno dei suprematisti, un giovane di 20 anni, ha investito intenzionalmente gli avversari con la propria auto, provocando la morte della trentaduenne Heather Heyer e il ferimento di diciannove persone.

Qualche giorno dopo i fatti di Charlottesville i clienti di Uber hanno ricevuto sul proprio telefono un messaggio di condanna delle violenze e delle posizioni dei suprematisti bianchi, con impegno a evitare che ogni forma di adesione a quelle posizioni possa essere veicolata attraverso il sito e le “app” della compagnia. Si tratta di un fatto nuovo, che evidenzia quanto in profondità quegli avvenimenti e il clamore da essi suscitato abbiano inciso sull’opinione pubblica americana, divenendo occasione per un dibattito che ha coinvolto ampi settori della vita politica e sociale del Paese.

Peraltro, la reazione dei “provider” di servizi internet e di social media aveva in qualche modo preceduto gli incidenti: due giorni prima delle manifestazioni Facebook aveva chiuso la pagina *United the Right*, utilizzata per organizzare la riunione dei suprematisti, costringendo gli organizzatori a fare ricorso ad altre piattaforme. A sua volta, Airbnb, nei giorni precedenti il raduno di Charlottesville aveva rimosso dal proprio sito gli account di una serie di persone e diffuso un comunicato in cui si afferma che il linguaggio e i metodi dei gruppi neo-fascisti e suprematisti «non dovrebbero trovare spazio in questo mondo».

Successivamente agli incidenti la stessa Facebook ha chiuso altre pagine dai nomi significativi, fra tutti *Right Wing Death Squad*. Altri provider hanno fatto lo stesso, ad esempio chiudendo la pagina *Physical Removal*, che ha qualificato come «azione moralmente giustificata» l’investimento dei contromanifestanti e la conseguente morte di una di loro. A sua volta, Twitter ha sospeso numerosi utenti, individuali e collettivi.

Anche i provider di domini e servizi internet hanno reagito con decisione, ad esempio non offrendo più domini al sito *The Daily Stormer*, qualificato da molti come neo-nazista e certamente uno dei siti più importanti di quest'area culturale. La stessa *PayPal* ha rifiutato i propri servizi a una nota organizzazione suprematista. Per finire, *Spotify* ha deciso di espungere dal proprio sito la musica «suprematista bianca».

Ma non si pensi di essere davanti a reazioni episodiche legate alla particolarità del momento. I grandi provider da alcuni anni investono moltissimo nel settore del controllo sull'utilizzo dei propri servizi da parte degli utenti con finalità e modalità illegali. A partire dalla crescita dei reati legati alla pornografia minorile e alle frodi telematiche, passando per quelli legati ai flussi finanziari illeciti e al crimine organizzato, i provider si sono dotati di strutture interne che monitorano i propri servizi. Tale attività è indubbiamente cresciuta ancora con l'emergenza derivante dal terrorismo internazionale. In un recente seminario ristretto svoltosi a New York, la rappresentante di Facebook ha spiegato come vengono utilizzate le 150 persone dedicate alla sola prevenzione dell'abuso dei servizi da parte dei gruppi estremisti e terroristi. Si tratta di ingegneri, sociologi, esperti di comunicazione, linguisti e altre professionalità che lavorano in maniera coordinata su base globale e che si collegano alle reti locali e alle forze di polizia nelle diverse aree geografiche.

7. Questa risposta dei provider lascia pochi dubbi circa l'evoluzione del pensiero politico e dell'approccio giuridico agli strumenti di comunicazione di massa e all'idea di libertà che di questi costituisce la ragione d'essere. Solo un paio di anni fa gli stessi provider avrebbero fatto valere la propria estraneità ai contenuti veicolati attraverso i servizi forniti, mentre a tutela dei propri clienti avrebbero invocato la primazia della libertà di espressione. Si è oggi in presenza di una realtà in parte nuova, che rende maggiormente evidenti una serie di contraddizioni e di problemi di grande momento, come emerge dal disagio manife-

stato ai media dall'amministratore della piattaforma che, sotto una fortissima pressione pubblica, ha chiuso il sito *The Daily Stormer*.

A questo proposito va ricordato che i gestori delle piattaforme di comunicazione sociale oscillano tra una visione contrattualistica, fondata sul legame con il singolo utente (definito spesso «membro della comunità»), e un'idea di responsabilità verso la collettività che si fonda sull'ormai evidente rilevanza della piattaforma quale strumento che rende effettive libertà di grande importanza sociale e che assume un obiettivo rilievo anche sul terreno della politica. Le due diverse ragioni d'essere conoscono un difficile bilanciamento e gli stessi gestori utilizzano spesso tali «vocazioni» in maniera non coerente a seconda dei problemi sorti e a seconda del risultato che intendono ottenere.

Sotto un diverso profilo, non possiamo dimenticare che il bilanciamento fra le due vocazioni dei social media e della rete assume connotazioni e conseguenze assai diverse a seconda che la piattaforma operi in sistemi di democrazia avanzata oppure in sistemi autarchici o comunque caratterizzati da ridotti spazi di libertà politica. Evidenti sono, infatti, i rischi legati alla labilità dei confini esitanti, da un lato, tra estremismo e opposizione politica e, dall'altro, tra libera manifestazione del pensiero e incitamento alla lotta politica violenta⁵. Ma si tratta di discorso che non possiamo affrontare in questa sede.

Credo, infine, non vi siano dubbi sul fatto che l'evoluzione del pensiero politico e delle regole che operano nel mondo dei mass media abbia conosciuto una spinta decisiva con la crescita del terrorismo internazionale e, in particolare, con l'uso che Isil ha fatto e sta facendo di internet e delle altre forme di comunicazione di massa. Il collegamento sempre più stretto fra terrorismo ed estremismo violento ha allargato i confini del dibattito e coinvolto in forme nuove il senso di responsabilità e le scelte dei provider e delle istituzioni pubbliche⁶, muovendo verso forme più avanzate nel delicato equilibrio fra libertà di manifestazione del pensiero e limitazione delle espressioni che trascendono il limite dell'incitamento alla violenza.

5. Come ho già avuto modo di ricordare, difettano ancora a livello internazionale definizioni condivise dei concetti di «estremismo violento» e di «terrorismo». E basta attraversare il Bosforo per incontrare un esempio delle ragioni che rendono oggi impossibile giungere a un accordo in questo senso.

6. A seguito del mandato ricevuto dal Consiglio di Sicurezza nel mese di maggio 2016, il Comitato Anti Terrorismo dell'Onu e il suo Direttore Esecutivo hanno effettuato un'ampia ricognizione delle iniziative ormai presenti a livello mondiale con lo scopo di contrastare la propaganda estremista e terrorista e di mettere in atto forme di comunicazione alternativa. È emerso, tra le altre cose, un crescente impegno di collaborazione fra istituzioni pubbliche, provider di servizi internet e social media, mondo universitario e società civile (associazioni e fondazioni). Sulla base di questa ricognizione e dei profili politici e giuridici emersi, il Consiglio di Sicurezza ha adottato la risoluzione 2354 del 2017 che ha sollecitato sia gli Stati membri sia gli organismi Onu a rafforzare la risposta contro l'abuso degli strumenti di comunicazione, in questo richiedendo l'aggiornamento dei sistemi legali nazionali (inclusa la chiusura dei siti che operano illegalmente), la realizzazione di programmi nazionali e regionali destinati a contrastare le condotte illecite, la messa in campo di progetti educativi e altre «buone pratiche», la cooperazione fra attori pubblici e privati anche al fine di diffondere efficaci messaggi di contro-narrativa.

Da anni gli organismi Onu e molte realtà internazionali sviluppano analisi e iniziative volte a rafforzare la cooperazione fra settore pubblico e privato al fine di rispondere agli illeciti commessi attraverso i social media e la rete. Come si accennava poco sopra parlando dell'esperienza di Facebook, non vi è dubbio che i crimini e le reti legati al terrorismo internazionale hanno costituito una forte ragione di superamento delle posizioni tradizionali. In questo contesto, i governi di Francia, Italia e Regno Unito hanno organizzato il 20 settembre 2017 un incontro a lato della cerimonia di apertura della 72^a Assemblea generale per presentare un documento redatto congiuntamente, coinvolgendo i più importanti provider. Tale documento rende urgente per le parti pubbliche e private adottare condotte coerenti e contiene un invito agli altri attori nazionali e internazionali affinché la risposta alla minaccia terroristica e all'abuso di internet e dei social media sia coerente e coesa⁷.

8. Tornando alle vicende statunitensi, va ricordato un fatto tanto importante sul piano politico quanto imprevisto. Con iniziativa bipartisan, avviata da parlamentari dello Stato di Virginia, nei giorni 11 e 12 settembre scorsi i due rami del Parlamento hanno approvato all'unanimità una mozione, tecnicamente non vincolante, che impegna il Presidente Trump e il Procuratore generale/Ministro della giustizia, Jeff Sessions, ad adottare iniziative che diano risposta ai fatti di Charlottesville. Al Presidente viene chiesto di esprimere una chiara condanna nei confronti di «nazionalisti bianchi, suprematisti bianchi, Ku Klux Klan, gruppi neo-nazisti e gli altri gruppi fondati sull'odio» e di fare ricorso a tutte le risorse a sua disposizione per «affrontare la crescente prevalenza dei gruppi fondati sull'odio negli Stati Uniti». È interessante notare che il testo non contiene alcun riferimento a coloro che a Charlottesville si opposero alla manifestazione suprematista. Tale mozione è adesso in attesa della firma del Presidente. Per altro verso, essa sollecita il Procuratore generale session a «investigare su tutti gli atti di violenza, intimidazione e terrorismo interno⁸» commessi dai gruppi sopra ricordati. Lo sollecita, altresì, a migliorare e incremen-

tare la segnalazione di tali fatti a Fbi. Va detto che il Presidente Trump non sembra proprio raccogliere il senso dell'iniziativa parlamentare: il successivo 14 settembre egli ha ribadito pubblicamente che le colpe si collocano da entrambi i lati e che anche tra i contro-manifestanti vi sono «cattivi ragazzi».

9. Tale insistenza del Presidente nel porre sullo stesso piano le diverse posizioni assume un significato molto chiaro se si considera che i fatti di Charlottesville e i commenti presidenziali hanno chiamato in causa il tema della rimozione delle statue erette in onore di rappresentanti della politica e dell'esercito confederato durante la guerra civile. Ne è derivato un dibattito che ha interessato il ruolo e le politiche di alcuni dei più stretti collaboratori del Presidente, fino a giungere al «licenziamento» di Steve Bannon, considerato il portavoce dei gruppi suprematisti all'interno dell'amministrazione presidenziale.

Il confronto apertosi sulla rimozione delle statue degli eroi confederati è stato semplicisticamente affrontato dal Presidente con parole che hanno messo sullo stesso piano le posizioni confederate e quelle unioniste e che si sono concluse con la domanda su quale sarà il prossimo personaggio storico di diversa impostazione sui cui si abatterà la rimozione dai luoghi pubblici. Domanda in sé legittima, se si pensa che a fine agosto e inizi di settembre sono state danneggiate o messe in discussione perfino le statue di Cristoforo Colombo, ma del tutto infelicitemente posta, dimenticando sia le ragioni che sostenevano le posizioni confederate (in una parola, la difesa dello schiavismo) sia l'epoca di costruzione di quelle statue, per la gran parte erette simbolicamente negli Stati meridionali nel corso degli anni '50 e '60, in pieno confronto sociale sulla segregazione e discriminazione delle persone di colore.

Non è facile per noi comprendere il significato che a tali statue si ricollega. Può aiutarci la lucida e profonda lettura che del tema razziale ha fatto James Baldwin negli anni '60. Brillante studente e poi docente e commentatore di colore, Baldwin ha scritto pagine efficacissime che conservano una grande attualità⁹. Tra le sue opere va ricordato un piccolo saggio del 1962,

7. Il documento è stato presentato dal presidente Macron, dai primi ministri Gentiloni e May e dal rappresentante di Google a nome del Global internet forum to counter terrorismo (Gifct), un consorzio che riunisce i maggiori attori privati, tra cui Google, Microsoft, Facebook, Twitter. Il testo mette in evidenza l'importanza che gli sviluppi tecnologici vengano utilizzati per rimuovere immediatamente i contenuti illegali da internet e dai social media e per evitare che il materiale dei terroristi venga pubblicizzato tramite altre piattaforme.

8. «Terrorismo interno» è esattamente la definizione utilizzata nelle sue dichiarazioni dal senatore della Virginia, Mark Warner, per definire l'intenzionale investimento dei contromanifestanti operato a Charlottesville da uno dei suprematisti bianchi.

9. È uscito nelle sale alcuni mesi fa un eccezionale film-documentario incentrato sulla sua opera dal titolo significativo, *I am not your Negro*. Il lavoro è stato condensato anche in un libro dallo stesso titolo.

intitolato «*The fire next time*»¹⁰. Scritto nel centesimo anniversario della dichiarazione di Emancipazione sotto forma di lettera al nipote James, il saggio affronta il coacervo di storia, cultura, religione e politica che ha segnato la storia dei neri d'America, la loro condizione di minoranza e la loro esclusione da ogni luogo decisionale della vita della Paese. Fra le tante pagine che aiutano a capire la violenza che ancora oggi, 55 anni dopo, attraversa il Paese, merita di essere ricordata quella dedicata al ruolo rivestito negli anni '60 dal gruppo politico «Nazione dell'Islam» (Noi) e dalla sua manifesta connotazione religiosa. Baldwin è cristiano ed ha frequentato assiduamente le chiese, anche come predicatore, per poi allontanarsene. Si legge a pag.50: «Elijah Muhammad¹¹ è stato capace di fare quello che generazioni di lavoratori benestanti e comitati e risoluzioni e rapporti e progetti di edilizia popolare e campi giochi non sono riusciti a fare: salvare e redimere ubriacconi e drogati, convertire persone uscite di prigione e aiutarle a non rientrarvi, rendere gli uomini casti e le donne virtuose, e donare a uomini e donne un orgoglio e una serenità che li circondano come una vera luce. Egli è riuscito a fare tutto quello che la Chiesa di Cristo ha spettacolarmente fallito di fare.» E poche pagine dopo aggiunge: «se tutto quello che il Dio dei bianchi è riuscito a fare è quello che vediamo, allora ne consegue che hanno buone ragioni coloro che proclamano che "... Dio è nero. Tutti gli uomini neri appartengono all'Islam; loro sono stati prescelti. E l'Islam governerà il mondo.»» E dunque Baldwin può commentare che «Il sogno, il sentimento è vecchio; solo il colore è nuovo. Ed è questo sogno, questa dolce possibilità, che migliaia di donne e uomini neri e oppressi in questo Paese adesso portano con sé dopo che il predicatore Musulmano ha diffuso le sue parole attraverso le scure e caotiche strade del ghetto.... Il Dio bianco non li ha salvati, ma il Dio Nero lo farà.»¹².

Decenni di emarginazione sociale, ricerca di riscatto, un Dio diverso e scelte di incomunicabilità radicale sono affiancate ai giorni nostri da una crisi economica che dopo il 2008 ha investito drammaticamente intere fasce di popolazione "bianca" e favorito un risentimento diffuso verso la politica e un odio verso tutti i diversi, siano essi "colored", "latinos" o "musulmani".

10. Questo sul terreno politico, dove ancora nei giorni scorsi il tema della tutela di posizioni "fasciste" da parte delle autorità è tornato a farsi incandescente dopo che uno sceriffo è stato destinatario di grazia da parte del presidente Trump prima ancora che divenisse definitiva la sentenza di condanna, prevedibilmente a pochi mesi di carcere, per il reato di «oltraggio alla corte». Joe Arpaio, sceriffo da lungo tempo della Contea di Maricopa (Arizona), è stato oggetto di indagine da parte del Dipartimento di giustizia per una serie lunghissima di abusi commessi nei confronti degli immigrati "latinos", tra cui vere e proprie retate, violenze fisiche, condizioni di detenzione disumane. Destinatario di un ordine giudiziale di cessazione di tali pratiche, Arpaio ha ignorato il provvedimento. Da qui l'indagine e la prevedibile condanna per il reato di oltraggio alla corte. La motivazione adottata dal Presidente per giustificare la grazia è che lo sceriffo è stato condannato «per avere fatto il suo lavoro». Tale argomento contiene in sé due conseguenze pericolose. La prima, ben nota anche dalle nostre parti, va individuata nella delegittimazione della funzione giudiziaria in quanto tale; conseguenza resa ancora più evidente dalla scelta del tutto impropria (e per molti incostituzionale) di concedere la grazia prima ancora della emanazione della sentenza. La seconda consiste nella legittimazione, indiretta ma palese, alle posizioni dei suprematisti e della destra radicale, movimenti che non possono non cogliere l'appoggio offerto dalla massima carica dello Stato alle loro posizioni e alle loro azioni illegali.

11. Parlando di suprematisti bianchi, che sappiamo seguire idee in larga parte coincidenti con le posizioni del Ku Klux Klan, il discorso chiama inevitabilmente in causa il vero e proprio odio che costoro mostrano verso le persone di colore e verso gli immigrati. Il che riporta il dibattito ad occuparsi della condizione delle minoranze in un paese che non ha affatto superato i conflitti legati alla razza e al colore della pelle, come dimostrano molti fatti recenti, dalle analisi che hanno seguito la devastazione e le vittime che l'uragano Katrina ha provocato fino alle reazioni collegate alle morti di persone di colore per l'azione di appartenenti alle forze di polizia. È, questa, nel complesso una ferita aperta nel corpo del Paese¹³, in

10. *The fire next time*, Vintage Book, 1962, riedito nel 1993.

11. Il capo e ideologo della «Nazione dell'Islam», che in quegli anni annoverava tra i suoi protagonisti Malcom X.

12. Sembra, questo, un commento di enorme attualità anche per una lettura delle vicende dell'estremismo presente in Europa e dei meccanismi di contrapposizione etnica e religiosa che questo continente sta conoscendo.

13. Segregazionismo e schiavismo non sono stati e non sono fenomeni radicati nel solo Sud degli Stati Uniti. Ce lo ricordava Baldwin nelle sue pagine dedicate a New York e Chicago, e ce lo ricorda la ricercatrice Tiya Miles (Università del Michigan), che ha pubblicato numerosi

cui i livelli di profonda sofferenza di larghi strati della popolazione emarginata¹⁴ vengono veicolati in modo molto complesso e talvolta contraddittorio sul piano elettorale (sia a livello locale che federale) e, nello stesso tempo, amplificano le reazioni classiste e perfino violente dei difensori della “razza bianca”.

12. In tutto questo merita attenzione un aspetto della effettività del diritto di manifestazione del pensiero che ai giuristi europei si presenta secondo una prospettiva inconsueta.

Come abbiamo visto e letto, i gruppi giunti da diverse aree dell’America a Charlottesville per protestare contro la decisione dell’amministrazione locale di rimuovere la statua di un eroe confederato erano ben organizzati e, soprattutto molto bene armati. Le armi esibite in pubblico nel contesto di una condotta tipica dei gruppi para-militari hanno rappresentato sia un segno distintivo/identitario sia un chiaro messaggio nei confronti delle istituzioni e degli oppositori. Apparentemente niente di illegale, essendo il porto di armi in luogo pubblico consentito in quel territorio. Va detto che anche i contro-manifestanti non hanno mancato di includere persone palesemente armate all’interno di una realtà in gran parte disarmata se non addirittura “pacifista”.

La presenza tra i contromanifestanti di gruppi noti come *AntiFa*, altrimenti detti *Alt-Left*, ha consentito al presidente Trump e ai suoi sostenitori di porre sullo stesso piano quelli che noi definiremmo gli opposti estremismi. Il che ha fatto dire a Naomi Chomsky che gli *AntiFa* sono un vero e proprio regalo alla destra. In effetti, i gruppi della sinistra radicale sono nati come reazione al crescere del ruolo e dell’azione dei suprematisti bianchi e, in genere, della destra radicale e in tale prospettiva partecipano talvolta alle manifestazioni pubbliche portando visibilmente armi. Ma parificare le due realtà è un falso storico e una risposta di comodo per chi non intende condannare davvero i gruppi di estrema destra. Mentre questi ultimi sono ben organizzati, ben collegati tra loro e in grado di muoversi in modo coerente come hanno fatto il 12 agosto, gli *AntiFa* hanno carattere localistico, scarso coordinamento ed evidenti divisioni a se-

conda della base anarchica, marxista o esclusivamente antifascista delle singole realtà. Basti dire che fra di loro manca perfino il consenso sulla pronuncia esatta dell’acronimo *AntiFa*.

13. Alcuni commentatori hanno osservato che a ben vedere sembra esservi oramai un preoccupante contrasto tra la libertà di manifestazione del pensiero invocata anche dai gruppi suprematisti, il suo valore universale basato sul dettato costituzionale e il diritto di manifestazione del pensiero di coloro che si trovano ad opporsi nelle strade e nelle piazze a gruppi armati organizzati che si muovono secondo forme para-militari.

Va detto che il primo Emendamento alla Costituzione americana proibisce ogni legge che limiti «la libertà di parola, o di stampa, o il diritto delle persone di riunirsi pacificamente». A sua volta il Secondo Emendamento vieta limitazioni al diritto delle persone di possedere e portare armi, dal momento che una «ben regolata Milizia» è necessaria alla sicurezza di uno Stato libero.

Se questi sono i principi costituzionali in gioco, va detto che le norme federali e quelle statali regolano in maniera non uniforme il porto in luogo pubblico di armi “nascoste”, di armi a canna corta e di armi a canna lunga. Per restare a questi due ultimi casi, solo sei Stati proibiscono espressamente il porto di armi corte (California, Distretto di Colombia, Florida, Illinois, New York e Carolina del Sud), cui si aggiungono Massachusetts, Minnesota e New Jersey per le armi lunghe. Per le armi corte sono 15 gli Stati che prevedono la necessità di un permesso (altri 5 hanno comunque qualche restrizione), mentre sono solo 5 gli Stati che hanno introdotto restrizioni per le armi lunghe.

Come si vede, il numero di Stati che consentono di portare liberamente armi in pubblico è molto elevato e il rischio di manifestazioni ove si contrappongano due schieramenti apertamente armati è certamente destinato a crescere col crescere del conflitto sociale.

Ma la capacità dei gruppi di estrema destra di far valere la forza intimidatrice delle armi è particolarmente elevata, mentre buona parte dei contromanifestanti fa leva su forme non violente o comunque

lavori sulle forme di sfruttamento delle persone di colore nelle aree del Nord degli Stati Uniti, inclusa la zona industriale di Detroit. In un suo recente intervento (New York Times, 11 settembre 2017) ella ha ribadito che è certamente giusto rimuovere le statue erette in onore dei Confederati, ma che questo nulla toglie all’ampiezza del fenomeno dello “schiaivismo” nel contesto di tutti gli States nei nostri decenni.

14. A seguito della vittoria di Donald J. Trump del novembre 2016 sono stati pubblicati numerosi articoli e saggi dedicati al voto bianco che ha costituito l’elemento determinante per il risultato, con un ruolo importante rivestita da aree divenute depresse e da classi medie disperatamente impoverite. Una delle pubblicazioni maggiormente efficaci in questa prospettiva è, sorprendentemente, un non-saggio pubblicato da un giovane professionista che, sotto la forma della narrazione della propria vera vita, illustra le ragioni di impoverimento e perdita di illusione di un’area del Paese tradizionalmente più vicina ai Democratici e giunta nel 2016 ad appoggiare le posizioni di Trump (J.D. Vance, *Hillbilly Elegy*, ed. Harper Collins, 2017)

non armate. La sproporzione fra le due realtà è evidente, tanto che un riferimento indiretto si rinviene perfino nella mozione parlamentare dell'11 e 12 settembre 2017 di cui abbiamo detto poco sopra.

Questa sproporzione e le dimensioni che essa sta assumendo fanno riflettere molti commentatori sulla natura stessa delle libertà di associazione e di parola quando vengono sistematicamente sostenute con forme para-militari per quanto non contrarie alla legge. Di qui la richiesta al mondo politico di andare oltre le mere censure e di ripensare il diritto dei cittadini di circolare armati; e di qui la invocazione di nuove forme di controllo in presenza di manifestazioni organizzate: per ragioni di ordine pubblico, ma anche come intervento di tutela del diritto di manifestazione del pensiero di coloro che si radunano senza portare armi.

14. I legami attuali e potenziali fra cultura dell'odio, estremismo violento e atti di terrorismo sono emersi in tutta la loro portata negli ultimi anni. Si tratta di materia delicatissima, che muove dalla fondamentale libertà di manifestazione del pensiero e può assumere le più diverse connotazioni: forme legittime di opposizione politica, oppure reazione organizzata a regimi totalitari o anche solo autocratici, ma anche condotte illegali sul piano interno e internazionale.

In queste pagine ho accostato due realtà molto diverse tra loro, come quella africana e statunitense, e richiamato per un attimo l'esperienza che stiamo vivendo in Europa. Per quanto eterogenei siano i contesti, sembrano ravvisabili somiglianze ed elementi di continuità che fanno riflettere e che ci dicono che anche le realtà istituzionalmente più democratiche non sono affatto immuni da rischi che per moltissimo

tempo abbiamo considerato poco e teso a proiettare su altre realtà e altri soggetti.

Non affrontate con onestà intellettuale, le cause profonde della violenza si radicano e finiscono per consolidarsi nella percezione e nella cultura delle persone. Per questo le parole e le scelte della nuova Amministrazione americana suonano per molti come un pericolo da disinnescare rapidamente sia nelle vicende domestiche sia nelle relazioni internazionali. Compito molto difficile alla luce della cultura diffusa nel Paese e delle contraddizioni che su questi temi segnano anche settori dell'opposizione democratica.

Ma nessun Paese può dirsi immune dai pericoli che derivano dal conflitto sociale e dai messaggi violenti, siano essi fondati su ragioni razziali, etniche, politiche o religiose. Meglio ancora, nessun Paese può pensare che un conflitto che si sviluppa in una realtà lontana sia da guardare con indifferenza: in un mondo globalizzato gli attori e le ragioni di quel conflitto sono in grado di riproporsi rapidamente altrove, magari con forme diverse e con obiettivi diversi.

Infine, è ormai evidente a tutti che le risposte militari e securitarie possono compiere solo una parte del lavoro, il cui cuore sta, piuttosto, in percorsi di medio e lungo termine che coinvolgano politiche sociali di riduzione delle diseguaglianze e di educazione alla pace, alla legalità e al rispetto delle diversità.

Sarebbe davvero sbagliato pensare, come purtroppo fanno alcuni Paesi importanti, che queste politiche e il rispetto dei diritti fondamentali costituiscano forme di debolezza. Per questo continuo a ritenere che le conquiste dello Stato di diritto e delle libertà fondamentali debbano essere difese, innanzitutto, all'interno dei Paesi e delle aree che ne vanno fieri. Nell'attuale dimensione internazionale non possiamo più permetterci tante buone parole accompagnate da troppi cattivi esempi.

Gli autori

Maria Acierno, consigliere della Corte di cassazione

Andrea Barengli, ordinario di diritto privato, Università del Molise

Carlo Brusco, già presidente di sezione della Corte di cassazione

Giuseppe Leonardo Carriero, componente effettivo del Collegio di Napoli dell'Arbitro bancario finanziario

Giulio Cataldi, presidente di sezione del Tribunale di Napoli

Claudio Consolo, ordinario di diritto processuale civile, Università di Roma La Sapienza

Piero Curzio, presidente di sezione della Corte di cassazione

Carlo De Chiara, consigliere della Corte di cassazione

Luigi De Ruggiero, già presidente di sezione della Corte di appello di Milano

Vincenzo Di Cerbo, presidente di sezione della Corte di cassazione

Camilla Di Iasi, presidente di sezione della Corte di cassazione

Aldo Angelo Dolmetta, consigliere della Corte di cassazione

Guido Federico, consigliere della Corte di cassazione

Azzurra Fodra, giudice del Tribunale di Livorno

Piero Gaeta, sostituto procuratore generale della Repubblica presso la Corte di cassazione

Daniele Imbruglia, borsista di ricerca, Università di Firenze

Bruno Inzitari, ordinario di diritto privato, Università di Milano-Bicocca

Luigi Marini, magistrato, legal adviser alla Rappresentanza permanente d'Italia presso le Nazioni Unite

Andrea Mascherin, presidente del Consiglio nazionale forense

Francesco Menditto, procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Tivoli

Luca Minniti, giudice del Tribunale di Firenze

Andrea Pasqualin, componente del Consiglio nazionale forense

Domenico Pulitanò, emerito di diritto penale, Università di Milano-Bicocca

Bruna Rizzardi, giudice del Tribunale di Milano

Renato Rordorf, presidente aggiunto della Corte di cassazione, direttore di Questione Giustizia

Pasquale Serrao d'Aquino, magistrato addetto all'Ufficio Studi del Consiglio superiore della magistratura

Giuseppe Vettori, ordinario di diritto civile, Università di Firenze

Francesco Vigorito, presidente di sezione del Tribunale di Roma

Mauro Vitiello, sostituto procuratore generale della Repubblica presso la Corte di cassazione