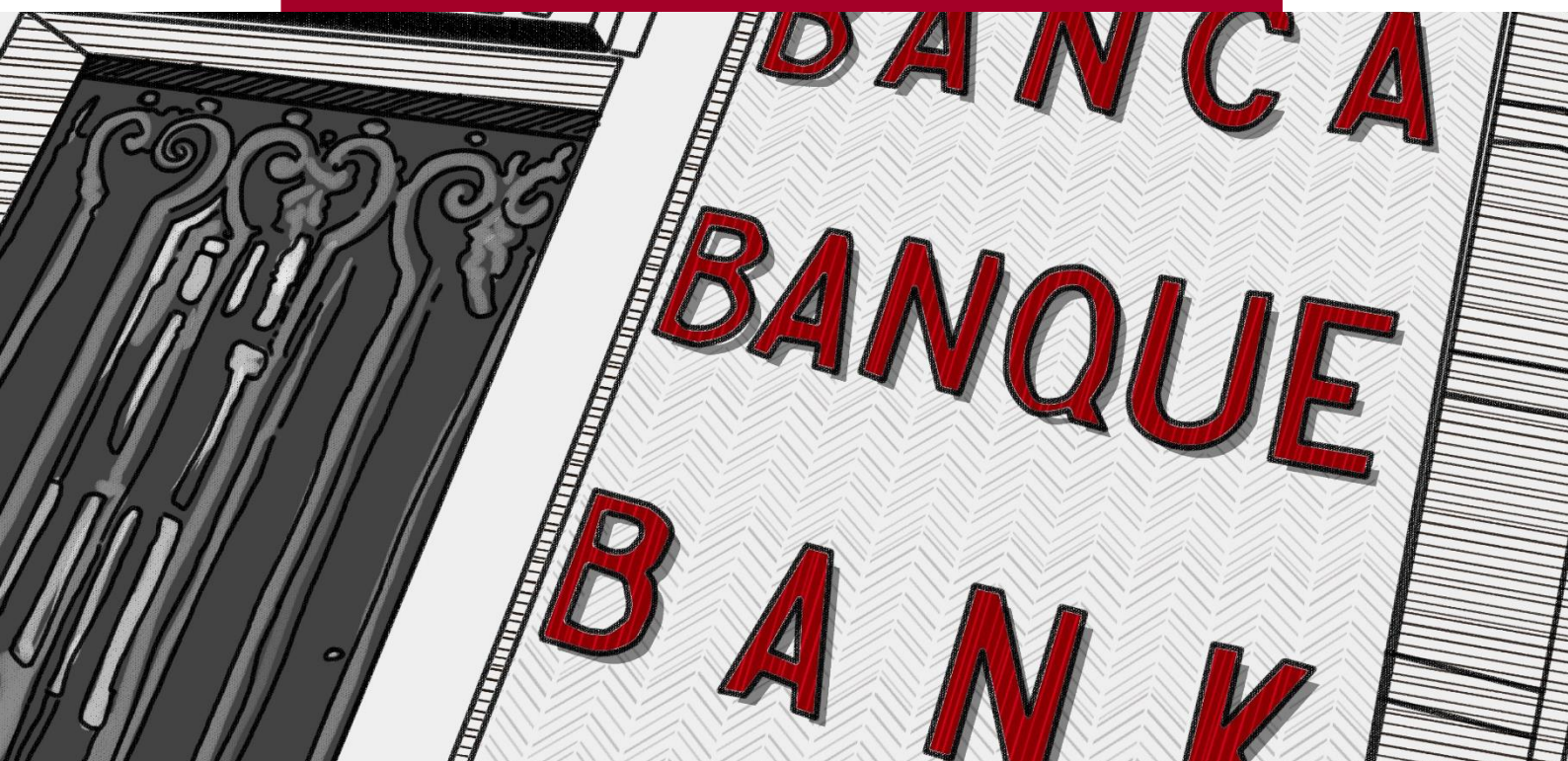




IusTrend
il verso del diritto

**Diritto bancario oggi:
sfide e criticità**

LUGLIO 2021



LaScala

SOCIETÀ TRA AVVOCATI

www.lascalaw.com - www.iusletter.com

Milano | Roma | Torino | Bologna | Vicenza | Padova | Ancona

SOMMARIO

IusTrend n.10/2021

Le garanzie autonome: profili sostanziali e inibitorie processuali.....5

di Niccolò Pisaneschi

I crediti documentari nel commercio internazionale.....10

di Michele Massironi

Lexitor: cos'è cambiato a distanza di quasi due anni?.....15

di Antonio Ferraguto, Francesco Concio e Antonella Scotellaro

Mutuo fondiario: il superamento del limite di finanziabilità.....22

di Luciana Cipolla

Diritto bancario oggi: sfide e criticità

L'usura sugli interessi di mora dopo l'intervento delle Sezioni Unite.....30

di Antonio Ferraguto

L'usura sopravvenuta nella giurisprudenza di merito e nella dottrina successive all'intervento delle Sezioni Unite.....33

di Antonio Ferraguto

La continuità delle trascrizioni nelle procedure esecutive immobiliari: criticità e strumenti operativi.....37

di Laura Pelucchi

Diritto bancario oggi: sfide e criticità

**Le frodi nell'utilizzo dei sistemi di pagamento: profili di
responsabilità ed obblighi dell'intermediario.....41**

di **Simona Daminelli e Francesca Fiorito**

Le garanzie autonome: profili sostanziali e inibitorie processuali

SOMMARIO: 1. Garanzie accessorie e garanzie autonome: profili costitutivi. – 2. Le clausole di escussione della garanzia a prima domanda: un elemento costitutivo delle garanzie autonome o solo un indice della loro possibile autonomia? – 3. L'escussione fraudolenta delle garanzie. – 4. Profili processuali relativi all'escussione fraudolenta delle garanzie autonome.

1. Garanzie accessorie e garanzie autonome: profili costitutivi

Tradizionalmente si definiscono come accessorie quelle garanzie in cui un soggetto (di solito banca) garantisce l'adempimento del debitore principale.

Il contenuto dell'obbligazione principale e quello della garanzia coincidono, cosicché le eccezioni che il garante può fare valere nei confronti del creditore sono le stesse che potrebbe fare valere il debitore principale. In questo senso, il termine "accessorietà" esprime plasticamente il legame tra l'obbligazione principale e l'obbligo di garanzia. In presenza di un inadempimento del soggetto garantito – ma solo in presenza di un suo inadempimento – si può escutere il garante.

La necessità di giungere ad una rapida escussione del garante senza dovere prima accertare l'inadempimento del garantito ha però determinato, prima nel commercio internazionale e poi in quello interno, la nascita di forme di garanzia alternativa, differenti dal modello fideiussorio e definite come "autonome", in cui il garante promette l'adempimento di una obbligazione propria. Si tratta di una differenza di natura sostanziale. Non promettendo di pagare un debito altrui ma proprio, infatti, la banca può vincolarsi con un contratto autonomo da quello del garantito, e, come tale (e se del caso), caratterizzato da un oggetto differente¹.

Come correttamente osservato, in sostanza, nei contratti autonomi di garanzia l'accessorietà è dovuta al semplice fatto che la causa «*trova costantemente la sua ragione di essere nella protezione di un interesse che originariamente gli è esterno*»², e, più propriamente, nel fatto che la garanzia resta comunque collegata «*al rapporto di*

¹ Su cui cfr. MACARIO, *Garanzie personali*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, X, Torino, 2009, 437 ss.; STELLA, *Le garanzie del credito. Fideiussione e garanzie autonome*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2010, 775 ss., 790 ss.; NAVARRETA, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *I contratti per l'impresa*, I, a cura di Gitti-Maugeri-Notari, Bologna, 2012, 553 ss.; TARTAGLIA, *Il contratto autonomo di garanzia e la giurisprudenza di legittimità*, in *Liber Amicorum per Angelo Luminoso, Contratto e mercato*, II, a cura di CORRIAS, 967 ss.; ID., *I negozi atipici di garanzia personale*, Milano, 1999; FRIGENI, *Riflessioni sul contratto autonomo di garanzia*, in *Vita not.*, 2013, 565 ss.; CAPPALÀ, *Le Garanzie autonome nel commercio internazionale*, in *Nuovo Diritto delle Società*, Torino, 2014; CARBONE, *L'evoluzione del contratto autonomo di garanzia*, in *Corr. Giur.* 2012 10. 1208, 121; BERTOLINI, *il contratto autonomo di garanzia nell'evoluzione giurisprudenziale* in NGCC, 2010, 542.

² MAZZONI, *Lettere di patronage, mandato di credito e promessa del fatto del terzo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1984, II, 361.

base, che ne costituisce il referente necessario perché in questo trova fondamento e misura l'interesse economico alla cui tutela essa è ordinata»³. Come più di recente ricordato, le garanzie autonome hanno dunque “la funzione di tenere indenne, mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, avendo come causa concreta quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla detta mancata esecuzione”⁴

2. Le clausole di escussione della garanzia a prima domanda: un elemento costitutivo delle garanzie autonome o solo un indice della loro possibile autonomia?

Va altresì ricordato che, per evitare la complessità di accertare il fatto storico che determina l'insorgere dell'obbligo di pagamento, numerose garanzie bancarie prevedono che il garante sia tenuto a pagare in presenza della semplice richiesta del beneficiario, con ciò ingenerando l'interrogativo sul se qualsivoglia contratto di garanzia che contenga una clausola di pronta escussione debba o meno essere qualificato come autonomo.

Al riguardo, sia dottrina⁵ che parte della giurisprudenza⁶, ritengono che la previsione della pronta richiesta elida la necessità di provare i presupposti della richiesta di pagamento ma non muti il legame con l'obbligazione principale e - per conseguenza - neanche la sua natura giuridica. In questo senso, le clausole di pronta escussione risulterebbero certamente un (forte) indizio della autonomia della garanzia, ma non ne potrebbero essere considerate prova certa. Al contrario, secondo altra giurisprudenza⁷, - tra l'altro, più di recente ribadita dalle Sezioni Unite della Cassazione⁸- le clausole di pronta escussione costituirebbero prova certa dell'autonomia della garanzia. E ciò perché l'orientamento in oggetto avrebbe «*l'ineliminabile pregio di consentire, ex ante, la necessaria prevedibilità della decisione giudiziaria in caso di controversia, restringendo le maglie di aleatori spazi ermeneutici sovente forieri di poco comprensibili disparità di decisioni a parità di situazioni esaminate, così che la clausola "a prima richiesta e senza eccezioni" dovrebbe di per sé orientare l'interprete verso l'approdo alla autonoma fattispecie del Garantievertrag, salva evidente, patente, irredimibile discrasia con l'intero contenuto "altro" della convenzione negoziale»⁹.*

Così, ad esempio, si considerano autonomi quei contratti di garanzia in cui, non soltanto la banca si impegna a pagare a prima domanda, ma addirittura si precisa che

³ Così, specificamente, Cass., sez. I, 6.10.1989, n. 4006.

⁴ Così? Cass. 22 novembre 2018, n. 30181.

⁵ Su cui vedi in particolare PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali, cit., passim*; ma anche MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Giappichelli, Torino, 1995; BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda, cit.*, 35; SALANITRO, *Le fidejussioni bancarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1984, I, 129 ss.

⁶ Vedi, ad es. Cass., sez. III, 29.3.1996, n. 2909; Cass., sez. III, 3.3.2009, n. 5044.

⁷ Cfr. Cass., sez. III, 6.4.1998, n. 3552; Cass., sez. III, 17.5.2001, n. 6757; Cass., sez. III, 27.6.2007, n. 3257; Cass., sez. III, 14.2.2007, n. 14853; Cass., sez. III, 13.5.2008, n. 11890.

⁸ Cass., S.U. 18.2.2010, n. 3947.

⁹ Conf. a questo principio, cfr. anche Cass., sez. III, 20.10.2014, n. 22233 e Cass., sez. I, 21.01.20, n. 1186; nel merito, cfr. anche Trib. Roma, II, 17/10/2019, n.19957.

deve pagare «senza contestazioni e/o senza rilevare eccezioni», sulla base di un «insindacabile giudizio del beneficiario», ovvero «incondizionatamente». In tali casi, infatti, l'impossibilità di contestare la legittimità dell'escussione, ovvero di eccepire le eccezioni nascenti dal rapporto fondamentale, rivela chiaramente la separazione esistente tra rapporto principale e contratto di garanzia¹⁰. Egualmente, si possono qualificare come autonomi quei contratti di garanzia in cui il pagamento da parte del garante sia subordinato all'emissione di un documento (ad esempio, un certificato) emesso da un perito, perché anche in questo caso l'escutibilità della garanzia si lega ad una valutazione di un soggetto terzo ed è come tale svincolata dalle eccezioni eventualmente avanzabili dal garantito¹¹. O, ancora, si possono qualificare come autonomi quei contratti di garanzia che contengono un richiamo all'obbligazione principale al solo ed esclusivo fine di identificare il contratto che specifica il diritto garantito¹².

3. L'escussione fraudolenta delle garanzie

Quid iuris, allora, quando il beneficiario (creditore principale), agendo con dolo o frode, escute o tenta di escutere la garanzia in presenza di un regolare adempimento del rapporto principale, o, magari, quando l'obbligazione principale non può essere adempiuta per cause di forza maggiore, fatto imputabile allo stesso beneficiario, o invalidità originaria del contratto? Si pone, inevitabilmente, il problema di comprendere in che ipotesi delle vicende che riguardano il rapporto principale possano incidere (e la questione è complessa soprattutto nel caso delle garanzie autonome), inibendone l'escussione, sul diverso rapporto di garanzia.

Alcune ipotesi, innanzitutto, sono di più facile comprensione. Si è detto che, anche laddove la garanzia è autonoma ed il garante promette l'adempimento di una obbligazione personale, purtuttavia, la ragione sostanziale ed economica della garanzia è quella di tutelare il creditore principale da un eventuale inadempimento del debitore. In questo senso, è facile immaginare che il corretto adempimento da parte del creditore principale faccia venire meno la ragione sostanziale della garanzia, così, di fatto, incidendo sulla causa contrattuale. Per questo motivo, se il debitore principale adempie correttamente alla sua obbligazione, allora, per conseguenza, si deve ritenere che venga meno la causa (la tutela economica del garantito) che presiede al contratto di garanzia; con l'ulteriore conseguenza per cui non vi sono difficoltà nel ritenere che si possa inibire l'escussione della garanzia, qualificando l'escussione come fraudolenta, laddove il garante provi, al di là di ogni ragionevole dubbio, che l'obbligazione principale era stata correttamente eseguita, ad esempio, quando il corretto adempimento dell'obbligazione principale risultava da un riconoscimento dello stesso creditore (come in presenza di un certificato della direzione lavori nominata dal committente¹³), ovvero un certificato

¹⁰ Sul punto vedi, ad es., App. Milano, 4 marzo 1988; Trib. Rovereto, 13.9.2018; Trib. Arezzo, 20.8.2018.

¹¹ PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. credit.*, 1985, I 169 ss.

¹² Su cui cfr. BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda*, cit., 53.

¹³ Sul punto cfr. Pret. Genova, 24 maggio 1978, *Morteo vs. Soprefin*, inedita.

di accettazione dei lavori¹⁴, ovvero sia quando l'adempimento dell'obbligazione principale era provato da una perizia giudiziale o, comunque, fornita da un terzo imparziale¹⁵.

Assai più difficili da comprendere sono, invece, le ipotesi in cui il rapporto principale si risolve per fatto non imputabile al venditore, ovvero sia quando la prestazione non è dovuta per inadempimento del beneficiario della garanzia. In questi casi, infatti, in difetto di una estinzione soddisfattiva del rapporto obbligatorio, la causa del negozio di garanzia non sembrerebbe (almeno astrattamente) incisa in via diretta.

Per legittimare l'inibizione di una esecuzione della garanzia in tali ipotesi, tradizionalmente si è ricorso all'istituto (per la verità, molto generico) della frode o del dolo, riflettendo che, siccome "*fraus omnia corrumpit*", sarebbe comunque, lecito per il garante sollevare una "*exceptio doli generalis*"¹⁶ ogni qualvolta il garantito esercita il proprio diritto per conseguire un fine diverso da quello conosciuto, ovvero sia, ancora più in generale, contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui¹⁷. È, tuttavia, innegabile che proprio la relativa elasticità delle categorie utilizzate a fondamento dell'inibizione, ha reso la prassi applicativa assai più controversa che nel caso del corretto adempimento della prestazione principale. Ad esempio, nel caso di rapporto principale risolto per fatto non imputabile al venditore, si è faticato nel comprendere gli esatti confini della forza maggiore. Mentre, dunque, la giurisprudenza italiana si è comunque orientata nel senso di inibire l'escussione della garanzia perché la presenza di una guerra nel territorio dove doveva essere realizzato un appalto era da qualificarsi come evento di forza maggiore e, come tale, l'obbligazione principale non doveva essere adempiuta¹⁸, si danno provvedimenti di Corti straniere che, in presenza delle medesime circostanze, hanno affermato il contrario, ritenendo che, in un contratto internazionale, l'appaltatore assuma, insieme ai rischi più propriamente tecnici, anche quelli di natura politica¹⁹.

4. Profili processuali relativi all'escussione fraudolenta delle garanzie autonome

In che modo, allora, fare valere una ipotetica escussione fraudolenta, e quale è il comportamento cui è tenuto il garante laddove ritenga che sussistano ragioni per ritenere l'escussione fraudolenta?

¹⁴ Su cui cfr. Pret. Roma, 11 maggio 1987, *Volani vs. Istituto bancario Italiano*.

¹⁵ Cfr. Pret. Milano 3 maggio 1982, *Samifi Babcock vs. B.N.L.*; Trib. Milano, decr. 10 luglio 1985, *SNP vs. Banco di Napoli vs. National Bank of Egypt*, inedita. Per altri esempi di escussione fraudolenta nelle controversie transnazionali cfr. AFFAKI-GOODE, *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758*, 2011, Paris, 6 ss.

¹⁶ In materia vedi RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1998, 142 ss.; RESCIGNO, *L'abuso del diritto nel quadro dei principi generali*, in *L'abuso del diritto*, a cura di VISINTINI, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 23 ss. In materia di *exceptio doli generalis* cfr., invece, MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, CEDAM, 2005, 46 ss.; TULLIO, *Eccezione di abuso e funzione negoziale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, 11 ss.; e CUCCOVILLO, *Exceptio doli generalis*, in *Il diritto-Enc. Giur.*, VI, 2007, 288 ss.

¹⁷ Cfr. Cass., sez. I, 12.9.2012, n. 15216; Cass., sez. I, 31.7.2015, n. 16213; Cass., sez. I, 21.6.2018, n. 16345.

¹⁸ Pret. Torino, 26 luglio 1980, *Fiat vs. B.N.L.*, inedita; ovvero Trib. Milano, 3 maggio 1984, *Cogefar vs. Banca Commerciale Italiana*.

¹⁹ BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda*, cit., 113.

Al netto del non potere richiedere al garantito un pagamento illecitamente effettuato²⁰, il problema attiene, ovviamente, al tipo di procedimento, di merito o cautelare, da esperire per ottenere l'inibizione o, comunque, l'accertamento del diritto di non pagare la garanzia.

Al riguardo, escluso che il rapporto di garanzia configuri l'esistenza di un credito del garante verso la banca e che, come tale, possa essere fatto oggetto di un sequestro conservativo²¹, è abbastanza intuitivo pensare che la tutela esperibile sia quella di urgenza *ex art. 700 c.p.c.* e che l'eventuale procedimento di merito che ad essa può seguire (o che, se del caso, lo anticipa) riguardi l'accertamento della inesistenza del diritto ad escutere la garanzia. Come tale, elementi costitutivi del diritto azionato (elementi di prova dell'intento fraudolento) sono, certamente, il corretto adempimento del contratto originario, ma anche (come detto precedentemente) la risoluzione del rapporto principale per fatto non imputabile al venditore, ovvero sia il non doversi più effettuare la prestazione principale per inadempimento del beneficiario della garanzia. Per questo motivo, si è dunque concessa la tutela di urgenza a ragione dell'entità della somma oggetto di conteggio²² o, magari, delle difficoltà in cui incorrerebbe l'ordinante nell'ottenere credito bancario aggiuntivo²³.

Diverso problema, invece, è quello della prova richiesta, perché nonostante la natura dei provvedimenti cautelari permetta la concessione della cautela inibitoria in presenza di un semplice *fumus boni iuris*, nel caso specifico, il requisito della frode richiede l'esistenza di prove talmente forti da venire qualificate come liquide²⁴. Di prove, cioè, «di sicura e immediata interpretazione», e, comunque, tali da «far balzare agli occhi l'abuso»²⁵. Da rilevare, tuttavia, che il rilievo della tutela (l'*exceptio doli*) concessa alla parte ha tale rilevanza pubblicistica, da non potere venire rinunciata. In questo senso, si ritiene che sarebbe nulla una clausola, contenuta nel contratto di garanzia, che escluda il ricorso ai provvedimenti di urgenza²⁶.

Niccolò Pisaneschi, Of Counsel - n.pisaneschi@lascalaw.com

© RIPRODUZIONE RISERVATA

²⁰ Su cui cfr. BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda*, cit., 136.

²¹ Cfr. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., 344.

²² Trib. Vicenza, 10.7.2001.

²³ Trib. Verona, 20.5.2001. In tema vedi anche CORSINI, *Accertamento della legge straniera in sede cautelare e presupposti per la concessione di un provvedimento di urgenza al fine di inibire il pagamento di un performance bond*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, II, 569 ss.

²⁴ Sul concetto di prova liquida cfr. MACARIO, *Garanzie personali*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, X, Torino, 2009, 482 ss.; e STELLA, *Le garanzie del credito. Fideiussione e garanzie autonome*, cit., 832 ss.

²⁵ Così MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., 380. Secondo Cass., sez. III, 15.5.2019, n. 12884, la frode potrebbe essere fatta valere solo in presenza «di prove liquide ed incontrovertibili dell'abuso e/o della frode che, pertanto, attestino in modo irrecusabile l'inesistenza o l'estinzione del diritto». Nell'affermare questo principio, essa richiama Cass., sez. III, 24.4.2008, n. 10652, per cui la prova dell'esatto adempimento della obbligazione da parte del debitore spetta alla banca garante, nonché, per il requisito della prova liquida, vedi Cass., sez. V, 12.9.2012, n. 15216.

²⁶ Così Trib. Cagliari, 18.12.1997. Egualmente CETRA, *Nullità della clausola di rinuncia al provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. di un contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, II, 443 ss.

I crediti documentari nel commercio internazionale

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Elementi caratteristici – 3. I crediti documentari e le NUU nell'ambito dell'ordinamento italiano – 4. Documenti e compliance

1. Premessa

I crediti documentari (*letters of credit*) sono una forma di pagamento a mezzo banca, riconducibili alla categoria generale della vendita su documenti e, nella forma più essenziale, si articolano in un rapporto triangolare consistente nell'assunzione di un impegno irrevocabile da parte di una banca (banca emittente/*issuing bank*) ad effettuare un pagamento, su ordine dell'acquirente (ordinante/*applicant*), a favore del venditore (beneficiario/*beneficiary*), una volta che questi abbia presentato i documenti richiesti dal credito stesso e che la banca ne abbia verificato la conformità. Non è infrequente, come è agevole rilevare nella prassi del commercio internazionale, che tale rapporto si arricchisca della compresenza di ulteriori *players* che, a vario titolo, si inseriscono nel rapporto principale; infatti, possono intervenire enti creditizi altri, rispetto alla banca emittente, in qualità di:

- banca avvisante/*advising bank*: la banca alla quale può venire affidata la negoziazione del credito;
- banca designata/*designated bank*: la banca che materialmente eroga la prestazione e, normalmente, viene individuata nella filiale dell'emittente che ha sede nel luogo in cui opera il beneficiario;
- banca confermante/*confirming bank*: la banca che assume una posizione di garanzia sommandosi all'emittente nell'erogazione della prestazione.

La loro genesi risiede nella stratificazione di pratiche commerciali invalse nel mercato mondiale ed è proprio in tale contesto che è emersa la fonte primaria di disciplina (sebbene di *soft law*) ad essi dedicata: si tratta delle Norme ed Usi Uniformi (NUU) elaborate dalla Camera di Commercio Internazionale. La versione attualmente in vigore - dal 1° luglio 2007 - è rappresentata dalla Pubblicazione nr. 600 (NUU 600).

2. Elementi caratteristici

Si è soliti individuare alcuni connotati peculiari che valgono ad identificare specificamente i crediti documentari.

Il primo di essi è tradizionalmente rappresentato dal principio di autonomia, secondo il quale l'operazione di apertura di credito documentario resta distinta ed autonoma dal rapporto contrattuale che l'ha originata, così come stabilito dall'art. 4, lett. a), NUU 600:

“A credit by its nature is a separate transaction from the sale or other contract on which it may be based. Banks are in no way concerned with or bound by such contract, even if any reference whatsoever to it is included in the credit. Consequently, the undertaking of a bank to honour, to negotiate or to fulfil any other obligation under the credit is not subject to claims or defences by the applicant resulting from its relationships with the issuing bank or the beneficiary. A beneficiary can in no case avail itself of the contractual relationship existing between banks or between the applicant and the issuing bank”.

Il secondo, invece, consiste nel principio di letteralità, in base al quale si sancisce che l'attività di controllo della regolarità formale dei documenti necessari all'esercizio del credito debba essere svolta unicamente avendo riguardo ai documenti medesimi, senza tenere in considerazione l'oggetto materiale del contratto sottostante; in questo senso, l'art. 5, NUU 600: *“Banks deal with documents and not with goods, services or performance to which the documents may relate”.*

Infine, in virtù del principio di astrattezza viene impedito che le dinamiche che attengono all'operazione commerciale sottostante e, soprattutto, le eccezioni che le parti possono sollevare in relazione a profili patologici di tale operazione, possano interferire nel regolare funzionamento dell'operazione finanziaria, così come confermato dall'art. 34, NUU 600: *“A bank assumes no liability or responsibility for the form, sufficiency, accuracy, genuineness, falsification or legal effect of any document, or for the general or particular conditions stipulated in a document or superimposed thereon; nor does it assume any liability or responsibility for the description, quantity, weight, quality, condition, packing, delivery, value or existence of the goods, services or other performance or standing of the consignor, the carrier, the forwarder, the consignee or the insurer of the goods or any person”.*

3. I crediti documentari e le NUU nell'ambito dell'ordinamento italiano

La dottrina e la giurisprudenza italiane hanno tradizionalmente ricondotto il fenomeno dei crediti documentari allo schema della delegazione cumulativa passiva ai sensi dell'art. 1268 c.c.. Con la sentenza n. 13658 del 30 maggio 2013, la Corte di Cassazione, facendo perno sull'autonomia dei diversi rapporti che costituiscono l'operazione di credito documentario, ha statuito che *“l'apertura di credito documentario in tema di compravendita dà luogo a un complesso negoziale il quale, pur manifestando un'incontestabile unità sostanziale, determinata dall'unità di origine, di causa e di oggetto, consta di successivi distinti rapporti, fra i quali quello fra soggetto ordinante (acquirente o banca da questi delegata) e banca s'inquadra nella figura giuridica di un mandato che impegna preventivamente la banca mandataria, nei confronti dell'ordinante, ad assumere in proprio, mediante lettera di conferma, l'obbligo del pagamento del prezzo al beneficiario a seguito di consegna dei documenti rappresentativi, secondo i termini proposti dall'ordinante e previo controllo degli stessi. Ciò significa che, confermando il credito al beneficiario, la banca mandataria (del compratore o della banca da questi incaricata) assume un'obbligazione – autonoma*

rispetto a quella di pagamento del prezzo da parte del compratore – propria e diretta nei confronti del venditore, sebbene condizionata alla consegna dei documenti. Quest'autonoma obbligazione ha la sua causa nella delegazione ricevuta dalla banca straniera, la quale tuttavia, pur costituendo il rapporto di provvista della banca delegata, resta estranea al rapporto tra questa e il venditore”.

Se delegazione cumulativa deve essere, non può che ribadirsene la non perfetta coincidenza alla funzione propria dei crediti documentari e al ruolo da essi ricoperto nell'ambito del commercio internazionale.

Nella delegazione, infatti, rileva l'interesse del delegante a far sì che venga previamente escusso il delegato mentre l'emissione di un credito documentario è di regola imposta dal beneficiario/delegatario come condizione stessa del contratto di compravendita da concludersi.

Inoltre, il rinvio allo schema della delegazione cumulativa porta all'applicabilità dell'art. 1271, 2° comma, c.c., in violazione dei predetti principi di astrattezza e autonomia.

Quanto alla natura giuridica delle NUU, la giurisprudenza italiana appare pacifica nel configurarle come usi negoziali *ex art. 1340 c.c.*, ossia alla stregua di quelle clausole usualmente contenute in una serie omogenea di contratti assimilati per tipologia, settore di affari e area geografica; in tal senso, si è espressa recentemente la Suprema Corte con la sentenza n. 11263 del 31 maggio 2016, ribadendo che: *“da tempo questa Corte ha chiarito che le norme e gli usi uniformi relativi ai crediti documentari non sono usi giuridici o normativi, ma costituiscono clausole d'uso, integrative della volontà negoziale dei contraenti, ai sensi dell'art. 1340 c.c. ...”*.

4. Documenti e *compliance*

Uno dei profili sostanziali più critici consiste nello stabilire quale sia lo *standard* valutativo che la banca debba adottare nella verifica della conformità dei documenti rispetto alle prescrizioni contenute nel credito documentario.

Si contrappongono infatti due teorie al riguardo.

La prima si fonda sul criterio della cd. *strict compliance*: secondo tale *standard*, la banca incaricata del controllo di conformità dei documenti deve svolgere questo compito allo scopo di verificare che i documenti presentati e quelli richiesti siano esattamente e perfettamente coincidenti, a nulla rilevando che le discrepanze eventualmente riscontrate siano dovute ad ininfluenti sviste tipografiche (cd. *perfect tender/mirror image rule*).

A supportare tale criterio, vi è una ricca produzione giurisprudenziale statunitense. Esempio è il caso *Kerr-McGee Chemical Corp v. Federal Deposit Insurance*, 872 F.2d 971 (11th Cir. 1989), nel quale si afferma che le *“letters of credit are subject to a rule of strict compliance. Documents presented for payment must precisely meet the*

requirements set forth in the credit. Any discrepancies entitle the bank to refuse payment, and the bank bases its decision on the documents alone. If the documents do not on their face meet the requirements of the credit, the fact that a defect is a mere technicality does not matter. As expressed by the Florida Court of Appeals: “Compliance with the terms of a letter of credit is not like pitching horseshoes. No points are awarded for being close”.

Sebbene tale criterio di valutazione garantisca un elevatissimo grado di sicurezza, esso non è andato esente da critiche. Nel caso *Voest-Alpine Trading Co. v. Bank of China*, 167 F. Supp. 2d 940 (S.D. Tex. 2000) si legge infatti che *“the mirror image rule approach is problematic because it absolves the bank reviewing the documents of any responsibility to use common sense to determine if the documents, on their face, are related to the transaction or even to review an entire document in the context of the others presented to the bank. The Court finds that a moderate, more appropriate standard lies within the UCP 500 itself and the opinions issued by the International Chamber of Commerce Banking Commission... A common sense, case by case approach would permit minor deviations of a typographical nature because such a letter-for-letter correspondence between the letter of credit and the presentation documents is virtually impossible”*.

Alla luce di queste considerazioni, si è affermato anche in Italia un secondo paradigma valutativo, il cd. *“reasonable compliance standard”*. Tale orientamento è stato recentemente recepito dalla Suprema Corte, la quale, con la sentenza n. 11263 del 31 maggio 2016, ha statuito che: *“la giurisprudenza di questa Corte ha giustamente escluso un’applicazione rigida del principio del c.d. formalismo del credito documentario relativamente all’attività di controllo della corrispondenza dei documenti alle condizioni del credito stesso svolta dalla banca mandataria osservando come l’esecuzione del mandato, ancorché vincolata alle forme, debba trovare una certa ampiezza di respiro, che si debba tradurre, cioè, in un accertamento intelligente e non automatico della corrispondenza formale tra titolo e documenti, da svolgere sulla base delle conoscenze normali...secondo il criterio della comune esperienza; ed il criterio della “ragionevolezza”, che deve guidare l’attività di controllo documentale della banca verso il giudizio finale di conformità o discordanza, se, da un lato, non deve limitarsi ad una verifica meramente estrinseca e letterale dei documenti con il rischio di pervenire ad un giudizio di discordanza documentale per errori immediatamente evidenti e non incidenti sul rispetto sostanziale delle condizioni del credito – parimenti non deve, dall’altro, esorbitare in un vero e proprio sindacato sulla corrispondenza del contenuto degli stessi alle condizioni del credito. Escluso, dunque, che, in materia, viga un principio di rigido formalismo, può, invece, ribadirsi che il rigoroso controllo formale di conformità dei documenti alle condizioni del credito, demandato alla banca mandataria, deve essere guidato ed illuminato dal criterio della ragionevolezza, in relazione alle molteplici circostanze del caso concreto, nel rispetto dei confini prima individuati”* (in senso conforme: Cassazione civ., n. 7388 dell’8 agosto 1997).

Nonostante ciò, l'art. 14, lett. a), NUU 600 sembra propendere per il criterio di *strict compliance*, discostandosi così dalla più recente tendenza volta ad attenuare l'eccessivo rigore formalistico di tale criterio rinvenibile sia nei singoli ordinamenti nazionali sia a livello transnazionale.

Michele Massironi, Partner - m.massironi@lascalaw.com

© RIPRODUZIONE RISERVATA

DIRITTO DELLA BANCA E DEI MERCATI FINANZIARI | CREDITO AL CONSUMO

Lexitor: cos'è cambiato a distanza di quasi due anni?

Sono trascorsi quasi due anni da quell'11 settembre 2019 in cui la *Lexitor* irrompeva nel mercato del credito al consumo.

Da allora, istituti di credito e società finanziarie hanno continuato la ricerca di soluzioni strategiche in grado di contenere il numero delle richieste di rimborso pervenute a seguito del principio espresso dalla Corte di Giustizia Europea, ossia: l'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio “*deve essere interpretato nel senso che “il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del credito include tutti i costi posti a carico del consumatore”*”.

E ciò in un contesto in cui, immediatamente dopo la *Lexitor* hanno visto la luce due ulteriori interventi applicativi di tale principio.

In particolare:

- quello di Banca d'Italia che, nel suo ruolo di autorità di controllo in materia di trasparenza e correttezza nei rapporti intermediari-clienti, con la circolare Prot. N. 1463869719 del 4 dicembre 2019 ha fornito le “*linee orientative volte a favorire un pronto allineamento al quadro delineatosi e preservare la qualità delle relazioni con la clientela*”;
- quello conclusivo del Collegio di Coordinamento dell'A.B.F., che con decisione n. 26525 del 17 dicembre 2019 ha: *(i)* evidenziato che l'art. 125 sexies TUB, essendo fedelmente recettivo dell'art.16 par.1 della stessa Direttiva, va letto e applicato nel senso che il diritto alla riduzione del costo del credito in caso di anticipata estinzione di un contratto di finanziamento coinvolge non solo i costi *recurring*, ma anche i costi *up front*, al di là di ogni differenza nominalistica o sostanziale; *(ii)* precisato che l'art. 16 della Direttiva 2008/48/CE “*non stabilisce il metodo di calcolo da utilizzare*” e, dunque, le parti, nella loro residua autonomia contrattuale, possono declinare in modo differenziato il criterio di rimborso dei costi *up front* rispetto ai costi *recurring*, sempreché il criterio prescelto risponda a un principio di proporzionalità.

Comprensibile, dunque, che, nonostante in tema di cessione del quinto, banche e società finanziarie si fossero già da tempo allineate agli orientamenti di vigilanza di Banca d'Italia, come richiamati nella delibera n. 145/2018 (Prot. N. 154964/2018)²⁷, nel periodo post *Lexitor* si sia generato un comprensibile senso di disorientamento.

²⁷

Il testo integrale della delibera è consultabile al seguente link:

https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/orientamenti-vigilanza/operazioni-finanziamento_quinto.pdf

Pur riponendo fiducia nel sistema di valutazione delle loro condotte alla luce degli orientamenti di Vigilanza del 2018, a distanza di poco più di un anno gli intermediari finanziari si sono, invece, sentiti dire:

- che *“La Banca d’Italia, nel suo ruolo di autorità di controllo in materia di trasparenza e correttezza nei rapporti intermediari-clienti disciplinati dal TUB, si aspetta che tali linee - delle quali terrà conto nello svolgimento dell’azione di controllo - costituiscano un punto di riferimento per gli intermediari che offrono contratti di credito ai consumatori [...] Con riguardo ai nuovi contratti di credito ai consumatori (inclusi quelli contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione), in caso di rimborso anticipato dovrà essere assicurata la riduzione del costo totale del credito includendo tutti i costi a carico del consumatore, escluse le imposte. A questi fini, gli intermediari potranno far riferimento anche alle buone prassi rese note da Banca d’Italia in occasione dell’emanazione degli “Orientamenti di Vigilanza” in materia di finanziamenti contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione [...] Quanto ai costi chiaramente definiti ed indicati nei contratti come non rimborsabili in caso di estinzione anticipata del finanziamento (cc.dd. up front), la Banca rimette agli intermediari il prudente apprezzamento la determinazione del criterio di rimborso”;*
- *“che il diritto alla riduzione del costo del credito in caso di anticipata estinzione del finanziamento coinvolge anche i costi up front”.*

Prevedibile, pertanto, come già all’indomani della *Lexitor* si potesse assistere ad un aumento vertiginoso: *(i)* del numero dei reclami formulati dai clienti/consumatori; *(ii)* del numero di ricorsi presentati all’ABF; *(iii)* delle procedure di mediazione cui hanno fatto poi seguito, in caso di esito negativo, i relativi *(iv)* conteziosi giudiziari, promossi di recente anche da alcune associazioni di consumatori nelle forme di vere e proprie *class action*.

Ne deriva che, anziché fungere da strumento di maggior tutela nei confronti dei diritti dei consumatori, la *Lexitor* ha generato scompiglio e disordine in un sistema che, proprio in tema di crediti garantiti da cessione del quinto, aveva finalmente trovato il suo equilibrio dopo tanti anni di lunghi e numerosi contenziosi.

Il tutto senza trascurare che, proprio in ragione delle perplessità che l’applicazione diretta della *Lexitor* aveva suscitato sin dalle prime battute, si registra in giurisprudenza un fortissimo, contrasto.

Da una parte, infatti, abbiamo pronunce favorevoli alla *Lexitor*, secondo cui la Direttiva UE 2008/48 sarebbe *self executing*, mentre, dall’altra, si fa largo un orientamento contrapposto che muove le premesse dal principio contrario, ossia che la Direttiva UE

2008/48 non è considerabile *self executing* e non può trovare applicazione nei rapporti interprivatistici.

Dei due, proprio quest'ultimo orientamento appare essere quello meno scontato e maggiormente interessante.

In tal senso, si registrano ad esempio le seguenti affermazioni di principio:

- *“la riconduzione del rapporto contrattuale in esame alla sola disciplina di cui all’art. 125 TUB non è ostacolata dall’adozione della direttiva 2008/48/CE, alla quale non può riconoscersi la natura di direttiva self-executing [omissis] si può altresì rilevare che la natura self-executing della direttiva può esser esclusa in ragione dei numerosi dubbi interpretativi che hanno costretto i giudici di merito di svariati Stati comunitari a rivolgersi alla Corte di Giustizia UE per definire una linea ermeneutica univoca.”* (Tribunale di Monza, sentenza del 22 novembre 2019, n. 2573);
- *“Con sentenza dell’11/9/2019 la Corte di Giustizia Europea ha affermato che ove il consumatore eserciti la facoltà di estinguere anticipatamente l’importo dovuto al finanziatore, la riduzione del costo totale del credito, a cui ha diritto (ex art. 16 direttiva UE 2008/48, nonché ex art. 125 sexies TUB), include tutti i costi posti a suo carico, compresi anche quelli il cui importo non dipende dalla durata del contratto di credito. Tuttavia tale sentenza interpreta la Direttiva UE 2008/48, non l’art. 125.2 Tub applicabile in questo caso, né l’art. 126 sexies Tub che è stato utilizzato per interpretare l’art. 125.2; non è stato dedotto che la direttiva UE 2008/48 sia self executing, e non ne è stata chiesta l’applicazione diretta, e del resto non risulta che lo fosse, tanto che è stato necessario l’intervento interpretativo della Corte di Giustizia; in ogni caso, salvo eccezioni che in questo caso non risultano ricorrere, una Direttiva non può essere immediatamente applicabile nei rapporti tra privati. Si può affermare che, alla luce della citata sentenza, la Repubblica Italiana abbia non correttamente trasposto nel diritto nazionale la Direttiva 2008/48 UE, ma tale situazione può dar luogo ad una responsabilità dello Stato italiano per erronea trasposizione della Direttiva, che comunque non sarebbe direttamente applicabile nei rapporti tra privati. Quindi, la sentenza dell’11/9/2019 della Corte di Giustizia UE non sposta i termini della presente decisione.”* (Tribunale di Napoli, sentenza del 22 novembre 2019, n. 10489);
- *“Ancora in limine deve sottolinearsi come non pare applicabile alla fattispecie in esame la sentenza n.dell’11-09-2019 C-383 della Corte di giustizia UE che ha interpretato l’art. 16 della Direttiva UE n. 48/2008 in contrasto con il testo dell’art. 125-sexies TUB. In effetti la citata Direttiva europea non pare self executing e non può trovare diretta applicazione nei rapporti interprivatistici nel nostro ordinamento. Orbene deve perciò, in via generale, ancora ritenersi, con la difesa dell’appellante, che, in riferimento alle spese accessorie ad un contratto di finanziamento, appare*

opportuno distinguere tra la remunerazione di servizi temporalmente collocabili nella fase preliminare e/o formativa del regolamento negoziale, c.dd. up-front, e remunerazione di attività destinate a trovare svolgimento nella fase esecutiva, c.dd. recurring” (Tribunale di Napoli, sentenza del 10 marzo 2020, n. 2391);

- *“Quanto alla domanda di ripetizione delle spese collegate alla erogazione del credito in ragione della anticipata estinzione del finanziamento si deve rilevare come la citata sentenza della Corte di Giustizia dell’11 settembre 2019 non sia pertinente. Quella sentenza, emessa a seguito di giudizio pregiudiziale sulla interpretazione di una norma polacca, si limita ad osservare che al cliente, in caso di estinzione anticipata, spetta il rimborso delle spese collegate al finanziamento che siano non solo ricorrenti, ma altresì quelle fisse per evitare che il soggetto finanziatore possa riversare sulle spese fisse anche eventuali costi ricorrenti così da non recargli un ingiusto profitto. Quella decisione, tuttavia, non appare attagliarsi al sistema normativo italiano che, rispetto a quello polacco, è certamente molto più garantista per il cliente avendo esattamente disciplinato i diritti restitutori in caso di estinzione anticipata. (omissis) La normativa nazionale non fa alcun riferimento ai costi iniziali sostenuti dal cliente e la circostanza non appare né una dimenticanza né una eccessiva sproporzione a svantaggio del cliente. Apparirebbe alquanto singolare che, per esempio, il cliente potesse ottenere il rimborso di una quota delle spese di istruttoria poiché l’istruttoria che svolge l’istituto di credito è una fase prodromica alla erogazione del credito che remunera una attività che la banca svolge prima di erogare la somma data a mutuo e che ovviamente, anche laddove l’importo erogato fosse anticipatamente estinto, non potrebbe essere rimborsata pro quota essendosi svolta tutta già prima della erogazione del credito.” (Tribunale di Mantova, ordinanza del 30 giugno 2020);*
- *“Quanto alla sentenza de CGEU 942 in data 11.09.19, in primo luogo essa non è stata resa in relazione a fattispecie sorta nell’Ordinamento italiano; inoltre, la Direttiva 48/2008/CE art. 16 per. 1, ha comunque efficacia verticale, con ciò intendendosi che l’interessato può far valere solo nei confronti dello Stato una asserita imperfetta attuazione della direttiva, mentre essa non ha efficacia “orizzontale” tra privati, con conseguente impossibilità per il giudice, di procedere alla disapplicazione della normativa italiana (il cui contrasto con la direttiva non è peraltro dimostrato)” (Giudice di Pace di Roma, sentenza del 28 agosto 2020, n. 13888);*
- *“non risulta applicabile la sentenza dell’11 settembre 2019 C-383 della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, interpretativa dell’art. 16 della Direttiva 2008/48/CE, in contrasto con il testo dell’art. 125 sexies TUB, poiché la citata fonte normativa europea, non essendo self executing, non può trovare diretta applicazione nei rapporti interprivatistici ordinamentali.” (Giudice di Pace di Como, sentenza del 13 ottobre 2020, n. 339);*

- *“Le sentenze della Corte di Giustizia europea non vincolano, come è noto, il Giudice nazionale, sicché, in concreto, il significato residuo da attribuirsi ad esse è quella di offrire una possibile interpretazione della norma comunitaria per, appunto, l'interprete del singolo Paese. Nel caso concreto, poi, quando il Tribunale di Vicenza passa ad esaminare la norma concreta dell'art. 16 della Direttiva, non può che prendere atto del fatto che il suo contenuto sostanziale non è stato trasposto nell'ordinamento nazionale, né d'altra parte risulta che la direttiva UE 2008/48 sia self executing (e ciò senza contare che, in linea più generale, una Direttiva non può essere immediatamente applicabile nei rapporti tra privati). In altre parole, si è in presenza di una sentenza non vincolante, in relazione ad una norma che non ha cittadinanza e non è applicabile nell'ordinamento italiano”* (Tribunale di Vicenza, sentenza del 13 novembre 2020, n. 1907);

- *“La sentenza della Corte di Giustizia Europea del 11 settembre 2019 (c.d. “Lexitor”) non è pertinente all'ordinamento italiano. Tale decisione emessa all'esito di un giudizio pregiudiziale sull'interpretazione di una disposizione normativa polacca, si è limitato a «osservare che al cliente, in caso di estinzione anticipata, spetta il rimborso delle spese collegate al finanziamento che siano non solo ricorrenti, ma altresì quelle fisse per evitare che il soggetto finanziatore possa riversare sulle spese fisse anche eventuali costi ricorrenti così da non recargli un ingiusto profitto.». La decisione in esame, tuttavia, non può adattarsi all'ordinamento italiano, perché quest'ultimo, rispetto a quello polacco, è certamente già più favorevole per il cliente, annoverando una puntuale disciplina dei diritti restitutori, in caso di estinzione anticipata del finanziamento. (...) P.Q.M. ACCERTA e dichiara la non applicabilità, al caso di specie, della sentenza della Corte di Giustizia, resa in data 11 settembre 2019 nella causa C-383/2018”* (Tribunale di Cassino, ordinanza del 02 febbraio 2021).

- *“Si condivide al riguardo il principio di diritto espresso dalla prevalente giurisprudenza di merito, secondo cui sentenza “non pare applicabile al caso di specie la sentenza Lexitor”, che ha interpretato l'art. 16 della Direttiva UE 48/2008 in contrasto con il testo dell'art. 125 - sexies TUB come spiega la pronuncia. In effetti, la citata direttiva non pare self-executing e non può trovare diretta applicazione nei rapporti interprivatistici nel nostro ordinamento. Deve perciò, in via generale, ancora ritenersi che in riferimento alle spese accessorie ad un contratto di finanziamento, appare opportuno distinguere tra la remunerazione di servizi temporalmente collocabili nella fase preliminare e/o formativa del momento negoziale, c.d. up - front, e remunerazione di attività destinate a trovare svolgimento nella fase esecutiva, c.d. recurring”* (Tribunale di Roma, ordinanza del 11 febbraio 2021);

- *“È pur vero che è intervenuta la sentenza C-383 del 11.09.2019 della Corte di Giustizia Europea che ha interpretato l'articolo 16 della Direttiva UE n. 48/2008 in contrasto con il citato art. 125 sexies c.p.c. TUB, dichiarando in modo estensivo che: “il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso*

anticipato del credito include tutti i costi posti a carico del consumatore” ma la medesima non risulta essere self executing e pertanto non potrà trovare applicazione nei rapporti tra i privati regolati dal nostro ordinamento” (Giudice di Pace di Trapani, sentenza del 26 febbraio 2021, n. 823);

- *“le sentenze della Corte di Giustizia Europea non vincolano il Giudice nazionale, sicché in concreto in significato da attribuire è quello della possibile interpretazione della norma comunitaria...che la persistente vigenza dell'art. 125 sexies TUB, e il suo contrasto con la Direttiva di riferimento nella lettura Lexitor non può neppure essere risolto in chiave disapplicativa dal giudice nazionale in quanto l'esercizio di tale potere è circoscritto alle sole norme aventi efficacia nel nostro ordinamento e non riguarda le norme non aventi efficacia diretta (quale appunto la direttiva in esame non self-executing (Corte Cost.269/2017)” (Giudice di Pace di Monza, sentenza del 09 marzo 2021, n. 262);*
- *“Secondo un condivisibile orientamento di merito, tuttavia, la predetta sentenza della Corte di Giustizia Europea, interpretativa dell'art. 16 della Direttiva 2008/48/CE, non è pertinente all'Ordinamento Italiano (...) La decisione in esame, tuttavia, non può adattarsi all'Ordinamento Italiano perché quest'ultimo, rispetto a quello polacco, è certamente già più favorevole per il cliente, annoverando una puntuale disciplina dei diritti restitutori in caso di estinzione anticipata del finanziamento, così come regolato dall'art. 125 sexies T.U.B. La predetta decisione europea, peraltro, non è applicabile ai casi aventi analogo oggetto in esame, sia perché la citata fonte normativa comunitaria, non essendo self-executing non può trovare diretta applicazione nel nostro ordinamento, sia perché la sentenza stessa non è suscettibile di costituire giudicato “orizzontale” ossia nei rapporti fra privati, ma solo “verticale”, ossia nei confronti dello Stato” (Giudice di Pace di Grosseto, sentenza n. 400 del 03-05-2021);*
- *“(…) Va considerato che Il Giudice Europeo è pervenuto a tale conclusione interpretando una disposizione legislativa (l'art. 16 della direttiva comunitaria n. 2008/48) che non può avere efficacia diretta vincolante, “cd efficacia orizzontale”, tra le parti di un rapporto privato (come nel caso che ci occupa). Ne consegue che, non potendo essere fornita una lettura dell'art. 125 TUB difforme dal significato letterale della norma stessa, i principi interpretativi/orientativi della Corte di Giustizia non possono essere utilmente invocati nel presente contenzioso banca/cliente.” (Giudice di Pace di Pescara, sentenza n. 562 del 21-04-2021);*
- *“La sentenza della Corte di Giustizia Europea del 11 settembre 2019 (c.d. Lexitor) non è pertinente all'ordinamento italiano. (...) La decisione in esame, tuttavia, non può adattarsi all'Ordinamento Italiano perché quest'ultimo, rispetto a quello polacco, è certamente già più favorevole per il cliente, annoverando una puntuale disciplina dei diritti restitutori in caso di estinzione anticipata del finanziamento, così come*

regolato dall'art. 125 sexies T.U.B. La predetta decisione europea, peraltro, non è applicabile ai casi aventi analogo oggetto in esame, sia perché la citata fonte normativa comunitaria, non essendo self-executing non può trovare diretta applicazione nel nostro ordinamento, sia perché la sentenza stessa non è suscettibile di costituire giudicato "orizzontale" ossia nei rapporti fra privati, ma solo "verticale", ossia nei confronti dello Stato" (Tribunale di Trani, Sentenza del 30-04-2021);

- *"la Dir. UE n. 48/2008 non pare Self executing e non può trovare diretta applicazione nei rapporti interprivatistici del nostro ordinamento; la materia è quindi disciplinata in Italia dall'art. 125 sexies TUB che distingue tra spese per servizi temporalmente collocabili nella fase preliminare e/o formativa del regolamento negoziale c.d. "up front" e spese per attività destinate a trovare svolgimento nella fase esecutiva del contratto. (conforme Arbitro Bancario Finanziario Collegio di Roma 29/1/20.) Conclusivamente si ritiene che non emergano elementi idonei a corroborare la richiesta avanzata dalla parte attrice, le domande della stessa nei confronti di Futuro S.p.A. sono pertanto infondate e vanno rigettate" (Giudice di Pace di Modena, Sentenza del 16-06-2021).*

Il quadro d'insieme è dunque tutt'altro che scontato, delineandosi attualmente i margini di un contrasto giurisprudenziale molto acceso.

Sarebbe quindi auspicabile un intervento normativo in grado di portare un nuovo equilibrio e di ripristinare il corretto bilanciamento degli interessi individuali contrapposti, tenendo conto delle esigenze di certezza del diritto, di tutela del legittimo affidamento e anche di minimizzazione del rischio.

[Antonio Ferraguto](mailto:a.ferraguto@lascalaw.com), Partner - a.ferraguto@lascalaw.com

[Francesco Concio](mailto:f.concio@lascalaw.com), Partner - f.concio@lascalaw.com

[Antonella Scotellaro](mailto:a.scotellaro@lascalaw.com), Associate - a.scotellaro@lascalaw.com

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Mutuo fondiario: il superamento del limite di finanziabilità

SOMMARIO: 1. La nozione di mutuo fondiario e la normativa di riferimento – 2. I criteri di valutazione dei beni immobili oggetto di garanzia – 3. I pregressi orientamenti giurisprudenziali in tema di superamento del limite di finanziabilità – 4. Il revirement della Suprema Corte – 5. La conversione del mutuo – 6. Conclusioni

Dibattuta in dottrina ed in giurisprudenza è la questione che ha ad oggetto il superamento del c.d. limite di finanziabilità nell'ambito del credito fondiario, ai sensi del combinato disposto dell'art. 38, secondo comma del Testo Unico Bancario e dell'art. 1 della delibera CICR del 22 aprile 1995.

Il tema, risolto in modo altalenante dalla giurisprudenza, è quello relativo alle sorti del finanziamento nel caso in cui venga erogata una somma, a titolo di capitale, superiore all'80% del valore dell'immobile concesso in garanzia. Il contratto può essere considerato valido? Quali sono le sorti della garanzia reale?

1. La nozione di mutuo fondiario e la normativa di riferimento

La disciplina del credito fondiario è rinvenibile negli artt. 38 – 42 del Testo Unico Bancario (di seguito anche solo TUB). L'art. 38, primo comma, TUB in particolare dispone che: *“il credito fondiario ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili”*. Il secondo comma della medesima disposizione, aggiungendo un limite quantitativo alla finanziabilità, afferma che l'ammontare massimo di tali finanziamenti è determinato dalla Banca d'Italia, in conformità alle delibere del CICR *“in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi”*.

In applicazione di quanto previsto dal secondo comma dell'art. 38 citato, è intervenuto il CICR con delibera del 22 aprile 1995 che, all'art. 1, prevede:

“l'ammontare massimo dei finanziamenti di credito fondiario è pari all'80 per cento del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi. (...) Tale percentuale può essere elevata fino al 100 per cento, qualora vengano prestate garanzie integrative, rappresentate da fidejussioni bancarie e assicurative, polizze di compagnie di assicurazione, cessioni di annualità o contributi a carico dello Stato o di enti pubblici, fondi di garanzia e da altre idonee garanzie, secondo i criteri previsti dalla Banca d'Italia”.

La Banca d'Italia, con il Comunicato intitolato “Garanzie integrative per il credito fondiario” pubblicato nella G.U. Serie Generale n. 76 del 2 aprile 2005, ha confermato

l'esclusività di tali garanzie sottolineando che *“le garanzie integrative devono consentire alle banche finanziatrici un effettivo beneficio in termini di contenimento del rischio di credito, con conseguente possibilità di ridurre il livello di copertura della garanzia ipotecaria”*.

Tali garanzie devono:

- “- essere direttamente riferibili alla singola operazione di finanziamento;*
- coprire esplicitamente le perdite derivanti dal mancato pagamento del debitore per la quota fissata contrattualmente;*
- prevedere che il loro utilizzo non sia in alcun modo condizionato contrattualmente al verificarsi di eventi diversi dall'inadempimento del debitore;*
- non essere revocabili dal garante;*
- essere escutibili tempestivamente e a «prima richiesta»”*.

La Banca d'Italia, inoltre, sulla base delle deliberazioni del CICR, ha chiarito che il tetto dell'80% va rapportato al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi precisando che, nei casi di finanziamenti concessi su immobili già gravati da precedenti iscrizioni ipotecarie, il finanziamento è fondiario se detta percentuale risulta rispettata sommando al nuovo finanziamento il capitale residuo di quello precedente.

Sulla base delle norme sopra richiamate è possibile individuare quelli che sono gli elementi costitutivi del credito fondiario: (i) deve trattarsi di un finanziamento concesso da un istituto di credito; (ii) il finanziamento deve essere a medio e lungo termine (la durata del contratto di mutuo fondiario non può essere inferiore ai 18 mesi); (iii) il finanziamento deve essere garantito da ipoteca (sostanzialmente) di primo grado; (iv) l'ammontare del finanziamento non può superare l'80% del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi; (v) l'ammontare del finanziamento può essere pari al 100% del valore del bene ipotecato in presenza di garanzie integrative tipizzate; (vi) l'ipoteca può essere di grado successivo al primo se il capitale residuo dei finanziamenti concessi precedentemente, unito a quello successivo, non supera l'80% del valore dell'immobile, elevabile al 100% in caso di garanzie aggiuntive.

2. I criteri di valutazione dei beni immobili oggetto di garanzia

Con riguardo alla valutazione dei beni immobili oggetto di ipoteca, si ricorda che l'art. 120-*duodecies* T.U.B. (dettato, invero, nell'ambito della disciplina dei contratti stipulati con i consumatori) regola le modalità di stima di tali beni, fissando criteri specifici per assicurare la professionalità di coloro che curano tale adempimento e la loro terzietà rispetto ai soggetti interessati alla vendita dei prodotti finanziari, a tutela del finanziamento e del consumatore.

Invero, con le circolari nn. 285 e 288 applicabili, rispettivamente, alle banche e agli intermediari finanziari, la Banca d'Italia ha stabilito i requisiti di professionalità ed indipendenza dei periti e i criteri concernenti l'attività di valutazione degli immobili. È

previsto, inoltre, che la stima dell'immobile non debba essere superiore al suo valore di mercato, la cui definizione è contenuta nell'art. 4, n. 6 del Regolamento (UE) n. 575/2013. La valutazione dell'immobile deve essere documentata mediante una relazione da conservarsi per l'intera durata del rapporto con il cliente e per i dieci anni successivi all'estinzione dello stesso.

Per quanto concerne la legislazione comunitaria, l'ordinamento europeo ha disciplinato il fattore di ponderazione per la determinazione del limite di finanziabilità per tutti i crediti ipotecari, definendo i requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento con i seguenti provvedimenti:

- i) Direttiva 2000/12/CE del parlamento europeo e del consiglio del 20 marzo 2000;
- ii) Direttiva 2006/48/CE del parlamento europeo e del consiglio del 14 giugno 2006;
- iii) Regolamento (UE) n. 575/2013 del parlamento europeo e del consiglio del 26 giugno 2013.

La normativa pone come elemento fondante ai fini del superamento del limite di finanziabilità il Mortgage Lending Value (MLV) che deve essere individuato nel valore cauzionale effettivo dell'immobile, inteso, nella prospettiva futura dell'eventuale inadempimento del cliente in caso di mancata restituzione del prestito e della conseguente necessità di realizzo forzoso, come netto realizzo in sede di vendita giudiziale, e non già nel prezzo pattuito tra le parti, secondo il prudente apprezzamento della futura negoziabilità, tenuto conto degli aspetti durevoli a lungo termine e delle condizioni del mercato, dell'uso corrente e dei suoi appropriati usi alternativi, senza riferimento né al valore di mercato in un determinato momento, né a considerazioni speculative.

Sul punto, in giurisprudenza si veda Tribunale Milano sez. III, sentenza del 30 maggio 2019 ove si legge che:

“ai fini dell'apprezzamento circa il rispetto del limite di finanziabilità prescritto per il mutuo fondiario dalla normativa legale e regolamentare, il giudice deve tenere in considerazione il cd. valore cauzionale del bene ipotecato, secondo le indicazioni comunitarie (direttiva CE n. 2000/12, per cui si sostanzierebbe “nel prudente apprezzamento della futura negoziabilità dell'immobile”); detto valore deve determinarsi avuto riguardo alla concreta e attuale prospettiva di negoziabilità dell'immobile, del tutto svincolata da considerazioni di carattere speculativo, cosicché, se non è possibile far riferimento a un valore di liquidazione, tra le diverse stime possibili deve privilegiarsi quella di tipo prudenziale”.

La Suprema Corte ha rilevato che *“è altrettanto noto e pacifico che il valore da prendere in considerazione non sia quello commerciale o di mercato dell'immobile da ipotecare, bensì il c.d. valore cauzionale, ovvero quel valore che ci si attende ragionevolmente dal netto realizzo di una potenziale procedura esecutiva avente ad oggetto l'immobile ipotecato, tale da compendiare l'integrale soddisfacimento del credito finanziato, comprensivo del capitale erogato, degli interessi e dei costi di procedura: “Ai fini dell'apprezzamento circa il rispetto del limite di finanziabilità prescritto per il mutuo fondiario dalla normativa legale e regolamentare, il giudice deve tenere in*

considerazione il cd. valore cauzionale del bene ipotecato, vale a dire la concreta e attuale prospettiva di negoziabilità dell'immobile, del tutto svincolata da considerazioni di carattere speculativo, sì che, se non è possibile far riferimento a un valore di liquidazione, tra le diverse stime possibili deve privilegiarsi quella di tipo prudentiale" (Cass. Civ., sentenza n. 11201 del 9 maggio 2018).

3. I pregressi orientamenti giurisprudenziali in tema di superamento del limite di finanziabilità

Per anni la giurisprudenza ha affermato, unanimemente, che il contratto di mutuo fondiario erogato in violazione del limite di cui all'art. 38, comma secondo, T.U.B., fosse pienamente valido ed efficace e totalmente fondiario mentre le uniche conseguenze sarebbero consistite in eventuali sanzioni amministrative e/o nella responsabilità precontrattuale della banca per abusiva concessione di credito (*ex multis*: Cassazione Civ., sentenza n. 26672 del 28 novembre 2013; Cassazione Civ., sentenza n. 27380 del 6 dicembre 2013; Cassazione Civ., sentenza n. 22446 del 4 novembre 2015; Cassazione Civ., sentenza n. 4471 del 7 marzo 2016; Cassazione Civ., sentenza n. 9132 del 6 maggio 2016; Cassazione Civ., sentenza n. 13164 del 24 giugno 2016; Tribunale Milano, sez. fallimentare, sentenza del 30 giugno 2016; Tribunale Cagliari, sentenza del 29 marzo 2016; Tribunale Livorno, sentenza n. 195 del 12 febbraio 2016).

In estrema sintesi, secondo questo orientamento, la previsione di un tetto massimo finanziabile assumerebbe rilievo solo ai fini dell'esercizio della vigilanza prudentiale da parte di Banca d'Italia essendo finalizzato esclusivamente ad impedire che le banche assumano esposizioni finanziarie senza adeguate garanzie. In particolare, secondo la Cassazione Civ., sentenza n. 26672, del 28 novembre 2013, l'art. 38 T.U.B. atterrebbe ad un elemento necessario del contratto concordato fra le parti, qual è l'oggetto negoziale, e, pertanto, non rientrerebbe nell'ambito della previsione di cui all'art. 117 T.U.B. che attribuisce, invece, a Banca d'Italia un potere "conformativo" o "tipizzatorio" del contenuto del contratto, prevedendo clausole-tipo da inserire nel regolamento negoziale a tutela del contraente debole. Da quanto precede ne deriverebbe che il superamento del limite di finanziabilità non cagioni alcuna nullità, neppure relativa, del contratto di mutuo fondiario (nello stesso senso: Cassazione Civ., sez. VI, sentenza n. 22446 del 4 novembre 2015).

La *ratio* della suddetta normativa andrebbe quindi rinvenuta nella esigenza di tutela delle banche e indirettamente del sistema bancario al fine di evitare eccessive e irragionevoli esposizioni nei confronti dei terzi senza tuttavia che il superamento del limite possa influenzare il sinallagma contrattuale, in quanto rilevante esclusivamente sotto un profilo comportamentale da parte dell'istituto di credito tenuto ad osservare la normativa di settore.

4. Il *revirement* della Suprema Corte

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 17352 del 13 luglio 2017, ha mutato repentinamente il precedente e consolidato orientamento, giungendo alla conclusione che il contratto di mutuo fondiario sia affetto da nullità nel caso in cui esso superi il limite massimo di finanziabilità.

La Suprema Corte, discostandosi dai propri precedenti orientamenti, ha deciso che il mancato rispetto del limite di finanziabilità, di cui all'art. 38 T.U.B., determina di per sé la nullità del contratto di mutuo fondiario. Questo il principio di diritto affermato nella menzionata sentenza: *“il mancato rispetto del limite di finanziabilità, ai sensi dell'art. 38, comma 2, del T.U.B. e della conseguente delibera Delib. Cicr., determina di per sé la nullità del contratto di mutuo fondiario, salva la possibilità di conversione di questo in un ordinario finanziamento ipotecario, ove ne risultino accertati i presupposti”*.

Il contratto di mutuo fondiario nel quale si supera il limite di finanziabilità è quindi radicalmente nullo per violazione di un interesse nazionale e non più solamente *“irregolare”*, venendo meno di conseguenza la sanzione amministrativa da parte dell'Autorità di vigilanza che legittimerebbe solo una *“inaccettabile protezione dell'illegalità”*. La pronuncia sopra esaminata trova quindi origine nella constatazione in base alla quale il limite di finanziabilità, essendo volto a tutelare un interesse pubblico e non privatistico, costituirebbe una regola imperativa – e non una regola di comportamento – inderogabile dall'autonomia delle parti con la conseguenza che, dalla violazione di tale limite, deve conseguire la nullità del contratto di mutuo fondiario (in questo senso: Cassazione Civ. n. 17352 del 13 luglio 2017; Cass. Civile, sentenza n. 6586 del 16 marzo 2018; Cass. Civile, sentenza n. 9079 del 12 aprile 2018; Cass. Civile, sentenza n. 11201 del 9 maggio 2018; Cass. Civile, sentenza n. 11543 dell'11 maggio 2018; Cass. Civile, sentenza n. 13285 del 28 maggio 2018; Cass. Civile, sentenza n. 13286 del 28 maggio 2018; Cass. Civile, sentenza n. 22459 del 24 settembre 2018; Cass. Civile, sentenza n. 24138 del 3 ottobre 2018; Cass. Civile, sentenza n. 29745 del 19 novembre 2018; Cass. Civile sentenza n. 17439 del 28 giugno 2019; Cass. Civile, sentenza n. 31057 del 27 novembre 2019; Cass. Civile, sentenza n. 1193 del 21 gennaio 2020).

Sul punto non mancano però orientamenti diversi, sostenuti soprattutto dai Giudici di merito in dichiarato contrasto con quanto affermato dalla Suprema Corte. A mero titolo esemplificativo, si veda il Tribunale di Perugia, sentenza n. 1389 del 19 ottobre 2018 secondo il quale : *“per quanto riguarda il superamento del limite quantitativo [di finanziabilità] stabilito dall'art. 38 del T.U.B. va premesso che non si condivide il recente orientamento inaugurato dalla Corte di Cassazione (13 Luglio 2017, n. 17352) secondo il quale detta soglia costituisce un limite inderogabile all'autonomia privata in ragione della natura pubblica dell'interesse tutelato, volto a regolare il quantum della prestazione creditizia al fine di favorire la mobilizzazione della proprietà immobiliare ed agevolare e sostenere l'attività di impresa; la regola del TUB al contrario pare configurare una specifica regola di vigilanza prudenziale posta a presidio della stabilità della banca*

contro i rischi di insolvenza dei debitori, come chiaramente dimostra l'art. 1 della delibera CICR del 22 aprile 1995, allorché consente di elevare il limite dell'80 per cento del valore dei beni ipotecati fino al 100 per cento "qualora vengano prestate garanzie integrative"; proprio perché la disposizione dell'art. 38, comma 2 configura una regola di condotta per le banche, la sua violazione non può travolgere il singolo contratto ma deve trovare rimedio nel campo delle relazioni di vigilanza, attraverso l'esercizio dei poteri sanzionatori riconosciuti alla Banca d'Italia. Oltretutto, sul profilo privatistico, l'eventuale non sussistenza di un elemento distintivo della "nozione di credito fondiario" non pone una questione di invalidità dell'atto di autonomia privata, ma solleva un problema di qualificazione della fattispecie, quindi, eventualmente di sua riconduzione in un tipo alternativo – mutuo ipotecario – che pur sempre costituisce titolo esecutivo. Tanto premesso, pare evidente che seppure si volesse accedere alla tesi della recente Cassazione, il valore dell'immobile dovrebbe essere valutato al momento della stipula del contratto" (nello stesso senso: Corte appello Brescia sez. I, sentenza del 29 ottobre 2020, n.1158; Tribunale Napoli, sez. XIV, sentenza del 5 giugno 2019).

5. La conversione del mutuo

In questo, più recente, panorama giurisprudenziale si registrano ulteriori diversi (sub)orientamenti. Secondo un primo orientamento la violazione del limite di finanziabilità determinerebbe, *tout court*, la nullità del contratto di mutuo (Cassazione civile sez. I, sentenza n. 1193 del 21 gennaio 2020), secondo altri, pur essendo integralmente nullo il contratto di mutuo fondiario per violazione del limite massimo erogabile, la banca creditrice potrebbe far istanza *ex art.* 1424 c.c. per chiedere la conversione del mutuo fondiario nullo in mutuo ipotecario ordinario, con salvezza delle condizioni economiche pattuite e mantenimento della garanzia ipotecaria, purché l'istanza venga formulata nella prima difesa utile (cfr. Cass. n. 29745/2018, n. 11201/2018, n. 6586/2018, già citate) secondo altri ancora si dovrebbe assistere ad una conversione "automatica" del contratto da fondiario a ipotecario (così Cass. Civile, sentenza n. 17439 del 28 giugno 2019 che, pur non prendendo posizioni sul punto, richiama espressamente gli orientamenti dottrinali espressi in questo senso); Tribunale Torino, sentenza del 16 dicembre 2020, n. 4607, Sez. spec. Impresa).

Con riguardo a quella parte di giurisprudenza per la quale occorrerebbe la formulazione di un'istanza di conversione, va precisato che l'eventuale conversione del mutuo non sarebbe "garantita" dal tempestivo deposito dell'istanza stessa. Ed infatti la Suprema Corte dopo aver affermato che "*il limite di finanziabilità fissato dalla normativa di legge e amministrativa discende dalla struttura di base del mutuo fondiario, quale contratto di credito in cui la prospettiva di rientro si misura sul bene portato in garanzia, e connota così l'oggetto di tale peculiare fattispecie negoziale, atteggiandosi propriamente a requisito di validità il cui superamento è determinativo di nullità*", che assume i connotati della integralità atteso che "*Il meccanismo di «non-propagazione» della nullità di una parte del contratto all'intero negozio (cd. nullità parziale), di cui all'art.*

1419 comma 2°, cod. civ., è del tutto incompatibile con la nullità per superamento del limite di finanziabilità, la quale incide sull'oggetto del negozio e non su una sua parte, determinando pertanto la caducazione dell'intero contratto di mutuo fondiario” precisa a quali (altre) condizioni sia ammissibile e possa operare l'istituto della conversione ex art. 1424 c.c.: “il contratto di mutuo fondiario nullo per superamento del limite di finanziabilità può essere oggetto di conversione ex art. 1424 c.c. in un contratto di mutuo ordinario. Di là dalle ipotesi di un'eventuale illiceità o non meritevolezza della fattispecie concreta, che impediscono di discostarsi dalla sanzione di nullità-inefficacia del negozio, l'indagine del giudice di merito circa l'effettivo operare di tale conversione deve essere diretta a verificare se il credito sia stato erogato nella consapevolezza, o meno, del fatto che il valore dell'immobile non raggiungesse la soglia richiesta dalla legge, ovvero pure se il conseguimento dei peculiari «vantaggi fondiari» abbia costituito la ragione unica, o comunque determinante, dell'operazione; la sussistenza di anche una sola tra tali circostanze impone al giudice, secondo il preciso disposto dell'art. 1424 cod. civ., di escludere l'operare della conversione. Nel compiere tale indagine si deve tenere in conto, tra l'altro, che la misura del credito da erogare e la dimensione dei «privilegi» voluti dal mutuante costituiscono, per regola, proprio i momenti tipici delle trattative relative alle operazioni di finanziamento fondiario” (Cass. Civile, sentenza n. 11201 del 9 maggio 2018).

Sulla base di tali principi non sono mancati casi in cui la conversione, ancorché tempestivamente chiesta, non sia stata riconosciuta.

Dunque l'operazione ermeneutica di conversione non sarebbe “automatica” sol perché sia stata tempestivamente richiesta, posto che, di là dai casi di illiceità o non meritevolezza della fattispecie concreta che impongono di tenere ferma la descritta sanzione, il giudice di merito dovrebbe escludere l'operare di tale meccanismo se il credito è stato erogato nella consapevolezza del fatto che il valore dell'immobile non raggiungesse la soglia richiesta dalla legge, o se il conseguimento dei descritti vantaggi connessi al tipo fondiario abbia costituito la ragione determinante dell'operazione.

Al fine ostativo potrebbe essere sufficiente che ricorra anche solo uno dei detti impedimenti.

Non solo. Vi è chi ritiene che per l'inibitoria della conversione potrebbe non assumere carattere indefettibile l'aspetto soggettivo dato dalla consapevolezza della nullità e/o della violazione del limite legale, essendo sufficiente l'aspetto meramente oggettivo della illiceità del comportamento (della banca che eroga somme oltre il limite), dalla quale l'ordinamento farebbe conseguire la nullità dell'atto compiuto in violazione del divieto legale.

6. Conclusioni

Ad avviso di chi scrive, in attesa delle prossime evoluzioni della giurisprudenza, è corretto affermare che l'art. 38 TUB non sia norma di tutela del contraente debole ma

norma dettata a presidio del sistema bancario, perché volta ad impedire che le banche assumano esposizioni finanziarie senza adeguate garanzie.

Una diversa interpretazione, quale quella che si sta consolidando in Cassazione, condurrebbe al paradossale risultato di pregiudicare ancor più proprio quel valore della stabilità patrimoniale della banca che la norma intende proteggere.

A perversioni ancora maggiori si rischia di arrivare se si ritiene che non solo il contratto di mutuo sconta la pena della nullità in caso di superamento del limite di finanziabilità ma se la conversione in ipotecario è ammissibile solo in presenza di una espressa istanza presentata dalla banca che non abbia tenuto un atteggiamento non in mala fede ma semplicemente colpevole. Si arriverebbe così ad una forma di responsabilità quasi oggettiva posto che l'alternativa sarebbe tra: (1) la banca sapeva; (2) la banca, come soggetto qualificato, non poteva non sapere. I casi residui di salvezza della fondiarietà del mutuo sarebbero davvero residuali.

[Luciana Cipolla](mailto:l.cipolla@lascalaw.com), Partner - l.cipolla@lascalaw.com

© RIPRODUZIONE RISERVATA

L'usura sugli interessi di mora dopo l'intervento delle Sezioni Unite

Con la sentenza n. 19597 del 18 settembre 2020 la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha risolto il contrasto relativo all'applicabilità della disciplina antiusura agli interessi di mora.

Le Sezioni Unite hanno argomentato a partire dall'analisi dei contrapposti orientamenti accreditati in dottrina e giurisprudenza, riconducibili in sintesi a una tesi cd. restrittiva (secondo la quale gli interessi di mora sono sottratti all'applicazione della normativa antiusura) e a una tesi cd. estensiva (che riteneva, invece, tout court applicabile la disciplina antiusura anche agli interessi di mora).

Pur senza esplicitamente fare propria l'una o l'altra delle principali tesi contrapposte, le Sezioni Unite hanno concluso per l'applicazione della normativa antiusura anche agli interessi di mora, sul principale presupposto che ciò consente una migliore tutela al soggetto finanziato, oltre che il perseguimento delle altre finalità di ordine pubblico sottese alla disciplina antiusura (repressione della criminalità economica, direzione del mercato creditizio e maggiore garanzia di sua stabilità).

Sul piano sistematico la decisione in esame ha ritenuto di ricondurre la pattuizione degli interessi moratori nell'ambito della clausola penale disciplinata dall'art. 1382 c.c., per la sua funzione di risarcimento predeterminato. Le SS.UU. hanno tuttavia giudicato insufficiente la sanzione della riduzione ad equità prevista per la penale eccessiva dall'art. 1384 c.c., in quanto un tale rimedio avrebbe consentito una “*riduzione casistica e difforme sul piano nazionale*” e un mero “*abbattimento dell'interesse pattuito al tasso soglia, pur integrato con quello rilevato quanto agli interessi moratori, e non al minor tasso degli interessi corrispettivi*”, ritenendo quindi preferibile ricorrere ai rimedi propri della legislazione antiusura per giungere, come diremo, a tale risultato.

Nella dichiarata prospettiva di ricercare un punto di equilibrio tra le esigenze di creditore e debitore, le Sezioni Unite hanno, quindi, affermato - in primo luogo - che la sanzione della gratuità del mutuo disciplinata dall'art. 1815, secondo comma, cod. civ., deve essere praticata solo limitatamente al tipo di interesse che si accerti essere superiore al tasso soglia. Pertanto, qualora l'interesse corrispettivo sia lecitamente pattuito e soltanto i moratori applicati comportino il superamento del tasso soglia, solo questi ultimi sono da considerarsi illegittimi. Principio, questo, già recepito dalla giurisprudenza di merito (cfr., tra le altre, Tribunale di Terni, sentenza n. 649 del 5 ottobre 2020, secondo cui: “*Le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno recentemente ribadito che, se è vero che l'art. 1815 c.c. si applica anche agli interessi moratori, la norma non può essere interpretata nel senso di far seguire la non debenza di qualsiasi interesse, dovendo la sanzione di cui al comma 2 intendersi riferita esclusivamente alla tipologia di interessi che abbia superato la soglia di usura (v. Cass., SS.UU., 19597/2020, secondo cui la nullità della clausola sugli interessi moratori non porta con sé anche quella degli interessi corrispettivi)*”).

Sempre al fine di trovare un punto di equilibrio tra gli interessi contrapposti, le SS.UU. hanno poi precisato che, in caso di accertamento di interessi moratori praticati oltre il tasso soglia, *“si applica l’art. 1815, co. 2, ma in una lettura interpretativa che preservi il prezzo del denaro”*.

La conclusione che le SS.UU. ne hanno tratto è che non sono dovuti gli interessi moratori oltre soglia, ma vige l’art. 1224, co. 1, c.c. con la conseguente che saranno dovuti gli interessi di mora nella misura dei corrispettivi lecitamente pattuiti.

Un esempio di applicazione nel merito di tale principio è stato fornito dal Tribunale di Rimini che, con la sentenza n. 382 del 21 settembre 2020, ha ritenuto che *“accertata l’usura con riguardo al solo interesse moratorio, resta comunque dovuto l’interesse corrispettivo lecitamente pattuito (come) è stato da ultimo confermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la pronuncia n. 19597/20”*. Nello stesso senso si è già pronunciato, tra gli altri, il Tribunale di Napoli, Sent. 9 novembre 2020.

Altro argomento deciso dalle Sezioni Unite riguarda l’individuazione del tasso soglia da utilizzare quale parametro verificare l’eventuale usurarietà degli interessi di mora.

Sul punto, le SS.UU. hanno ritenuto che *“la mancata indicazione, nell’ambito del T.e.g.m., degli interessi di mora mediamente applicati non preclude l’applicazione dei decreti ministeriali ove essi ne contengano la rilevazione statistica”*. In proposito il Supremo Collegio ha affermato che tale principio può essere soddisfatto anche tramite il ricorso ai “criteri oggettivi e statistici” contenuti nella rilevazione periodica ministeriale, laddove venga indicato a tale fine la misura dei “tassi medi degli interessi moratori praticati dagli operatori professionali”.

Sul punto, con la sentenza n. 6927 del 4 novembre 2020 il Tribunale di Milano ha applicato il principio, osservando che *“non è corretto parametrare, come fa parte attrice, il tasso soglia degli interessi moratori al tasso soglia degli interessi corrispettivi senza applicare lo spread per la mora, come peraltro, ribadito nella recente sentenza delle Sezioni Unite”*. Nello stesso senso si è espresso, tra gli altri, anche il Tribunale di Trapani con la sentenza n. 857 del 25 novembre 2020.

Le Sezioni Unite hanno poi osservato che *“il tasso rilevante è quello in concreto applicato dopo l’inadempimento”* e che, di conseguenza, nel caso in cui la Banca finanziatrice dovesse praticare in concreto un tasso moratorio inferiore a quello pattuito e accertato come astrattamente usurario, il giudicato sul tasso in astratto, per quanto ammissibile, non produrrà effetti pratici.

In proposito, con Sentenza del 4 novembre 2020 N. 6927, Il Tribunale di Milano ha riaffermato questi principi, giudicando ammissibile la domanda di accertamento della usurarietà del tasso di mora anche in corso di regolare svolgimento del rapporto, precisando che *“parte attrice è titolare di un interesse ad agire per l’accertamento della nullità della pattuizione degli interessi moratori usurari, domanda espressamente formulata da parte attrice sin dall’atto di citazione”*, ferme restando le conseguenze pratiche sopra riferite, per il caso di applicazione in concreto di un tasso inferiore alla soglia.

Per concludere, appare possibile ipotizzare che la decisione della Suprema Corte potrebbe comportare una flessione del contenzioso in materia di usura sugli interessi

di mora, considerata la dettagliata casistica indagata dalle SS.UU, che ha passato in rassegna pressoché ogni problematica conseguente all'accertamento del superamento del tasso soglia nell'applicazione degli interessi di mora.

La stessa natura di sentenza di mero accertamento che il debitore otterrebbe in ipotesi di esito favorevole del giudizio di accertamento della astratta usurarietà degli interessi di mora pattuiti, ma non in concreto applicati, la renderebbe in pratica scarsamente utile, posto che rileva solo l'effettivo tasso di mora applicato in concreto dalla Banca.

Peraltro, la previsione che anche in caso di accertamento dell'usurarietà degli interessi di mora praticati in concreto è, comunque, dovuto un interesse per il ritardato adempimento (pari agli interessi corrispettivi lecitamente pattuiti) potrebbe favorire una soluzione transattiva, anche eventualmente in una sede di ADR che preceda la causa, potendosi facilmente conteggiare l'ammontare del tasso corrispettivo pattuito, dovuto a titolo di interesse di mora in caso di superamento del tasso soglia.

[Antonio Ferraguto](mailto:a.ferraguto@lascalaw.com), Partner - a.ferraguto@lascalaw.com

© RIPRODUZIONE RISERVATA

L'usura sopravvenuta nella giurisprudenza di merito e nella dottrina successive all'intervento delle Sezioni Unite

Come noto, con la sentenza n. 24765 del 19 ottobre 2017 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno risolto il contrasto formatosi in giurisprudenza in merito all'ammissibilità ed alla rilevanza dei fenomeni di cd. "usura sopravvenuta", riconducibili a due distinte ipotesi:

- quella dei contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della Legge n. 108/1996 in cui era pattuito un tasso originariamente lecito, divenuto successivamente usurario per effetto dell'applicazione della disciplina dettata da tale norma;
- quella dei contratti stipulati dopo l'entrata in vigore della Legge n. 108/1996 in cui il tasso di interesse risulta *ab origine* lecito e diviene usurario nel corso dello svolgimento del rapporto.

Sulla definizione di usura sopravvenuta cfr. ad esempio Trib. Palermo, Sez. V, 09 maggio 2019 n. 2329, secondo cui *"L'usura sopravvenuta si verifica qualora tassi d'interesse pattuiti prima dell'entrata in vigore della l. 108/96 divengano usurari sulla base della disciplina sopravvenuta, ovvero quando tassi di interesse pattuiti dopo l'entrata in vigore della legge nel rispetto nelle vigenti soglie, divengano usurari per effetto dell'abbassamento delle soglie"*.

La questione è stata sottoposta alle Sezioni Unite dopo che si erano affermati due filoni interpretativi principali. Secondo un primo orientamento (tra le altre, cfr. Cass. 8742/2001, Cass. 13868/2002, Cass. 17813/2002, Cass. 26499/2009, Cass. 22204/2013, Cass. 801/2016, Cass. 6514/2017) la lettera della norma di interpretazione autentica attribuisce rilevanza, ai fini della configurabilità del tasso convenzionale come usurario, al momento della *"pattuizione dello stesso e non al momento del pagamento degli interessi"*.

Secondo altra giurisprudenza di legittimità (in questo senso, Cass. 4092/2005, Cass. 17854/2007, Cass. 6550/2013), invece, le norme che sanzionano con la nullità le clausole contrattuali in cui sono determinati i tassi di interesse, pur non essendo retroattive, comporterebbero l'inefficacia *ex nunc* (non rilevabile d'ufficio²⁸) delle pattuizioni anteriori alla loro entrata in vigore.

²⁸ Costituisce, di fatto, un *unicum* Cass. 17150/2016 in cui è stata affermata la rilevanza d'ufficio dell'inefficacia *"Qualora l'usurarietà del tasso d'interessi di un mutuo, originariamente pattuito in misura legittima, sia sopravvenuta nel corso dell'esecuzione del contratto e sia stata tempestivamente contestata - risultando applicabile, <<ratione temporis>>, la norma d'interpretazione autentica di cui all'art. 1 del D.L. n. 394 del 2000 (conv., con modif., dalla l. n. 24 del 2001) - il giudice del merito è comunque tenuto ad accertare l'usurarietà e, per la frazione temporale nella quale il superamento del tasso soglia sia effettivamente intervenuto, deve applicare il tasso previsto in via normativa, secondo la rilevazione trimestrale eseguita ai sensi dell' art. 2 della l. n. 108 del 1996; non devono, però, applicarsi le sanzioni civili e penali stabilite dagli art. 644 c.p. e 1815, comma 2, c.c."* in *Giustizia Civile Massimario* 2017.

Il contrasto, com'è noto, è stato risolto dalle Sezioni Unite aderendo al primo orientamento che negava la configurabilità dell'usura sopravvenuta, sul presupposto che il Giudice è “*vincolato all'interpretazione autentica dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815 c.c., comma 2, come modificati dalla L. n. 108 del 1996 imposta dal D.L. 394/2000 art. 1, comma 1; interpretazione della quale la Corte costituzionale ha escluso la sospetta illegittimità, per violazione degli artt. 3, 24, 47 e 77 Cost., con la sentenza 25/02/2002 n. 29*”. E tali norme attribuiscono espressamente rilievo al momento della pattuizione e non del pagamento degli interessi.

A tre anni da quella pronuncia, il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite può dirsi recepito dall'unanime giurisprudenza di merito.

E così, ad esempio, è stato affermato che “*Qualora il tasso degli interessi superi la soglia dell'usura solamente nel corso dello svolgimento del rapporto non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi*” (Così Trib. Roma, Sez. IV, 27 ottobre 2020 n. 14868).

Analogamente, è stato ribadito che qualora “*il tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuatario (ovvero in qualsivoglia diverso rapporto di credito) superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura come determinata in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge, o della clausola stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipula*” (così, tra gli altri, in tal senso, Trib. Firenze, Sez. III, 7 luglio 2020 n. 1611; conf. Trib. Chieti, 4 settembre 2020 n. 450).

E ancora, si è detto che “*oltre alla distinzione tra usura originaria e usura sopravvenuta (la prima assume quale decisiva ai fini della valutazione dell'usurarietà degli interessi il solo momento in cui essi sono convenuti) occorre distinguere, all'interno dell'usurarietà sopravvenuta, una duplice ipotesi: quando gli interessi regolarmente pattuiti prima della l. 108 del 1996 si rivelino ex post, per effetto dell'entrata in vigore di detta norma, usurari perché eccedenti rispetto al tasso soglia e quando in relazione ai contratti, stipulati nella vigenza ed in conformità della l. 108/1996, i tassi diventino usurari in executivis, per effetto della caduta dei tassi medi di mercato, che sono alla base del meccanismo legale di determinazione dei tassi usurari in base all'art. 2 della l. 108/1996. Ciò posto, è destituita di ogni fondamento la tesi che predica l'illiceità degli interessi divenuti in executivis ultra legali, che prescinde dalla normativa dettata dagli artt. 644 c.p. e art. 1815 comma 2 c.c.*” (Così Trib. Milano, Sez. VI, 21 gennaio 2020 n. 534).

Sempre in merito alle conseguenze derivanti dal fenomeno dell'usura sopravvenuta è stato affermato che “*Quando il tasso di interesse, pattuito ab origine nei limiti di legge, superi nel corso del rapporto il tasso soglia si verifica un'ipotesi di <<usura sopravvenuta>> che, però, non comporta la nullità dell'intera clausola contrattuale di determinazione del tasso di interesse così come inizialmente determinato dai contraenti, né la pretesa del mutuante di riscuotere gli interessi secondo il tasso*

validamente concordato può essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di tale soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto" (Trib. Torino, Sez. I, 04 giugno 2019 n. 2706).

E ancora, è stato da ultimo osservato che *"deve darsi atto del contrasto giurisprudenziale risolto dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, le quali hanno definitivamente chiarito che, una volta verificatosi l'inadempimento, l'unico tasso d'interesse di mora rilevante ai fini della verifica di usurarietà è quello concretamente applicato. Tale è l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite, cui si ritiene di doversi conformare"* (in tal senso, Trib. Mantova, 27 gennaio 2021, n. 116, in www.iusletter.it).

I principi affermati dalle SS.UU. in materia non possono dirsi invece accolti con lo stesso favore da parte della dottrina i cui spunti interpretativi non trovano però riscontro nella giurisprudenza, che facendo leva sul momento della pattuizione degli interessi, cui la stessa norma attribuisce prevalente rilievo, ha - di fatto - sancito l'irrilevanza giuridica dei fenomeni di usura sopravvenuta.

La giurisprudenza citata consente inoltre di affermare che, allo stato, l'interpretazione offerta dalle Sezioni Unite sia applicabile indistintamente alle varie tipologie di finanziamento.

Ciononostante, alcuni autori hanno rilevato che il riferimento esclusivo al contratto di mutuo operato dalla Corte di Cassazione non consentirebbe di estendere i principi di diritto enunciati anche ai rapporti di conto corrente.

Tale dottrina non sembra però trovare conforto nella giurisprudenza che, come detto, appare attualmente orientata a non effettuare distinzioni tra contratto di mutuo e contratto di conto corrente. Ciò sul presupposto che il principio affermato dalle Sezioni Unite si fonda sull'interpretazione di norme (nella specie art. 644 c.p. e D.L. 394/2000) che si applicano ad entrambi i tipi di rapporto, come affermato espressamente in giurisprudenza: *"il principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione con riferimento ad un contratto di mutuo ha però portata generale, muovendo dall'interpretazione delle norme che disciplinano il fenomeno usurario nel suo complesso. È quindi applicabile anche ai rapporti di conto corrente, ma l'accertamento di usurarietà in relazione a tali contratti deve tener conto delle peculiarità proprie di tale tipologia di contratto"* (Trib. Monza, 13 giugno 2018 n. 1678, in www.iusletter.it).

Ancora sul punto, recente giurisprudenza ha ribadito che *"In un contratto di conto corrente, è valida la clausola contrattuale contenente un tasso di interesse che, sebbene pattuito lecitamente, abbia superato, al momento del pagamento, il tasso soglia"* (Così Trib. Siracusa, Sez. II, 27 febbraio 2020 n. 263).

Le peculiarità del contratto di conto corrente, ove è più frequente la modifica delle condizioni in pendenza di rapporto, anche ai sensi dell'art. 118 T.U.B., non deve però indurre a ritenere che, per il caso di modifica delle condizioni originarie con la previsione di un tasso superiore alla soglia, il fenomeno possa essere qualificato in termini di usura sopravvenuta, trattandosi, piuttosto, di una "nuova" usura originaria. Com'è stato giustamente osservato, infatti, "Una volta valorizzato l'esclusivo dato normativo

dell'art. 644 c.p., non risulta possibile procedere ad approcci differenziati, a seconda che si verta in tema di contratto di mutuo o di conto corrente, alla problematica inerente la ravvisabilità di profili usurari. L'unicità del dato normativo, e la sua strutturazione ermeneutica ancorata al solo momento genetico del rapporto, preclude la possibilità di valorizzare l'usura c.d. "sopravvenuta" nei rapporti di conto corrente (salvo che si tratti di usura derivante da modifica delle condizioni originaria, nel quale caso, più che di usura sopravvenuta, si è in presenza di una "nuova" usura originaria). L'usura si presenta dunque suscettibile di venire in rilievo esclusivamente con riferimento alle pattuizioni originarie, ed al momento delle stesse" (In questo senso Trib. Arezzo, 16 aprile 2020 n. 277).

In conclusione, i rilievi critici sviluppati da parte della dottrina non sembrano superare sul piano argomentativo i principi affermati dalle SS.U., le quali hanno fondato la propria decisione sui principi ricavabili dall'art. 644 c.p., come modificato dalla Legge 108/1996, interpretata ai sensi del D.L. 374/2000, oggetto a sua volta di vaglio di costituzionalità con la sentenza n. 29/2020 della Consulta, che ne ha sancito la definitiva legittimità costituzionale rispetto agli artt. 2, 3, 47 e 77 della Costituzione.

[Antonio Ferraguto](mailto:a.ferraguto@lascalaw.com), Partner - a.ferraguto@lascalaw.com

© RIPRODUZIONE RISERVATA

La continuità delle trascrizioni nelle procedure esecutive immobiliari: criticità e strumenti operativi

SOMMARIO: 1. La disciplina della continuità delle trascrizioni nelle procedure esecutive immobiliari – 2. Decesso dell'esecutato intervenuto nel corso del processo espropriativo – 3. Omessa trascrizione dell'acquisto mortis causa: accettazione espressa o tacita dell'eredità – 4. Conclusioni

La finalità del presente approfondimento è quello di analizzare le principali criticità che interessano il complesso rapporto tra le procedure esecutive immobiliari e le successioni *mortis causa* aventi ad oggetto il bene pignorato alla luce del principio della continuità delle trascrizioni e delle più recenti interpretazioni giurisprudenziali.

1. La disciplina della continuità delle trascrizioni nelle procedure esecutive immobiliari

Il principio della continuità delle trascrizioni è disciplinato dall'art. 2650 c.c. il quale, al comma 1, stabilisce chiaramente che *“nei casi in cui un atto di acquisto è soggetto a trascrizione, le successive trascrizioni o iscrizioni a carico dell'acquirente non producono effetto se non è stato trascritto l'atto anteriore di acquisto”*.

In tema di espropriazione immobiliare, tale disciplina assume rilievo in quanto la trascrizione del decreto di trasferimento, per produrre effetti in favore dell'aggiudicatario, presuppone che la vendita forzata in danno del debitore sia preceduta dall'esistenza di un valido titolo di acquisto trascritto in favore dello stesso esecutato.

Sul punto la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 11638/2014, ha chiarito che, nelle esecuzioni immobiliari spetta al Giudice dell'esecuzione verificare d'ufficio la titolarità, in capo al debitore esecutato, del diritto reale pignorato sul bene immobile, mediante l'esame della documentazione depositata dal creditore procedente dalla quale deve risultare la trascrizione di un titolo di acquisto in suo favore.

La verifica della continuità delle trascrizioni comporta alcune criticità, posto che non sempre le risultanze catastali rendono oggettivamente possibile l'accertamento formale sull'appartenenza del bene.

La difficoltà più frequente attiene ai casi in cui, tra i vari passaggi da un soggetto all'altro e fino al debitore esecutato, vi sia un titolo di acquisto *mortis causa*. Le vicende afferenti

la titolarità dei beni trasferiti *iure successionis* implicano infatti importanti riflessi sul processo esecutivo in quanto frequentemente non risulta la trascrizione dell'acquisto.

In questa sede, in particolare, verranno pertanto analizzate le ipotesi in cui non sia stato trascritto l'atto di acquisto *mortis causa* in favore dell'esecutato ed i possibili riflessi che tale circostanza può avere sul regolare svolgimento dell'azione esecutiva.

2. Decesso dell'esecutato intervenuto nel corso del processo espropriativo

Preliminarmente, appare opportuno rilevare come alcun rilievo assuma il decesso del debitore esecutato intervenuto successivamente alla trascrizione dell'atto di pignoramento, in pendenza di procedura esecutiva immobiliare.

Sotto il profilo processuale, infatti, incardinata la procedura, si ritiene pacificamente che la morte dell'esecutato non comporti la definizione anticipata ed anomala della procedura esecutiva.

Dal punto di vista del diritto sostanziale, trova applicazione la norma di cui all'art. 2913 c.c. in forza della quale "*non hanno effetto in pregiudizio al creditore pignorante e ai creditori intervenuti gli atti di alienazione dei beni sottoposti a pignoramento*".

Tale disposizione secondo la ormai consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione deve essere interpretata estensivamente nel senso che, non solo gli atti di alienazione, ma tutte le modifiche nella titolarità del bene pignorato sono inefficaci/inopponibili per i creditori procedenti e/o intervenuti, una volta trascritto l'atto di pignoramento (*ex pluribus*, Cass. 12080, 10.11.1992).

Nell'ipotesi in esame, dunque, l'eventuale decreto di trasferimento emesso dal Giudice dell'esecuzione trasferirà la titolarità del bene pignorato direttamente dal *de cuius* all'aggiudicatario e potrà essere trascritto contro il medesimo *de cuius* nel pieno rispetto della continuità delle trascrizioni.

3. Omessa trascrizione dell'acquisto mortis causa: accettazione espressa o tacita dell'eredità

Viceversa, significative sono le conseguenze in caso di omessa trascrizione dell'acquisto per causa di morte in ipotesi di procedura esecutiva promossa con atto di pignoramento trascritto su beni di provenienza ereditaria senza che risulti in capo al debitore esecutato l'acquisto *iure successionis*.

Sul punto, in assenza di esplicite previsioni normative, si sono quindi diffuse svariate soluzioni che nel corso degli anni hanno riconosciuto la sussistenza del mero onere per il creditore procedente di eseguire la trascrizione dell'accettazione dell'eredità prima che venga disposta la vendita ed, in alcuni casi, anche successivamente, purché prima dell'emissione del decreto di trasferimento.

A dirimere la questione è intervenuta la Suprema Corte con la citata sentenza n. 11638/2014 con la quale è stato espressamente affermato che la trascrizione dell'atto di acquisto *mortis causa* non è un presupposto processuale che deve esistere nel momento di avvio dell'azione esecutiva, potendo anche sopravvenire, purché prima della vendita coattiva.

A sostegno della propria decisione, la Corte ha sottolineato come la funzione principale della trascrizione dell'acquisto *mortis causa* in capo all'esecutato nell'espropriazione immobiliare sia quella di tutelare l'acquisto dell'aggiudicatario, garantendone la stabilità in caso di conflitto con gli aventi causa dall'erede apparente o dall'erede effettivamente tale.

Nella pratica, dunque, si prospettano due possibili scenari.

Da un lato, l'ipotesi in cui il chiamato all'eredità abbia comunque compiuto uno degli atti che comportano accettazione e che possono essere trascrivibili. In questo caso quindi il creditore procedente potrà richiedere, a propria cura e spese, la trascrizione, anche successivamente alla trascrizione del pignoramento, ripristinando così la continuità delle trascrizioni, purché prima dell'autorizzazione alla vendita ex art. 569 c.p.c..

Se, diversamente, il chiamato non abbia posto in essere alcuno degli atti previsti dalla legge come necessari ai fini trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità (sentenza, atto pubblico o scrittura privata autenticata), ovvero se l'acquisto della qualità di erede discenda dai fatti di cui all'art. 485 c.c. (chiamato all'eredità nel possesso dei beni che non abbia compiuto l'inventario nel termine di 3 mesi dall'apertura della successione) o 527 c.c. (chiamato all'eredità che ha sottratto o nascosto beni spettanti all'eredità stessa), non risultando l'acquisto dai pubblici registri, il creditore dovrà procedere con l'accertamento giudiziale della qualità di erede del debitore esecutato.

4. Conclusioni

In definitiva, appare evidente come nella prassi il creditore possa incorrere in non poche ed infrequenti difficoltà dovendo necessariamente procedere a sanare l'eventuale difetto di continuità delle trascrizioni.

Le criticità dovute all'esigenza di reperire elementi utili ai fini della prova di circostanze nella maggior parte dei casi di difficile riscontro e la necessità di districarsi tra strumenti giudiziari che spesso risultano inadeguati o comunque di non immediata realizzazione, in molti casi incide negativamente sulle previsioni e sui tempi di recupero dei crediti.

Appare quindi auspicabile un intervento normativo volto a prevedere ulteriori e più efficaci meccanismi che consentano di tutelare maggiormente – e soprattutto in assenza di cooperazione dell'esecutato – le ragioni del ceto creditizio.

[Laura Pelucchi](mailto:l.pelucchi@lascalaw.com), Partner - l.pelucchi@lascalaw.com

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Le frodi nell'utilizzo dei sistemi di pagamento: profili di responsabilità ed obblighi dell'intermediario

La Direttiva 2015/2366/CE (PSD2 –Direttiva sui Servizi di Pagamento) recepita nel nostro ordinamento con d.lgs. n. 218 del 2017 entrato in vigore il 13 gennaio 2018, detta norme minime di sicurezza per l'offerta di servizi di pagamento e definisce un quadro giuridico di riferimento al fine di promuovere un costante adeguamento dei processi operativi e della normativa all'evoluzione dei rischi tecnologici.

In particolare, essa prevede sistemi di autenticazione più rigorosi (Strong Customer Authentication) per ricondurre i pagamenti agli effettivi titolari dei conti correnti.

I sistemi di autenticazione “forte” prevedono l'utilizzo di una combinazione di password statiche/dinamiche riconducibili al singolo utente e, al tempo stesso, all'operazione che l'utente sta effettuando. Si pensi all'utilizzo di un codice titolare (statico), di un codice PIN (statico), di una OTP (one – time password dinamica), di una OTS (one – time sms dinamica) o all'identificazione tramite impronta digitale.

Tali sistemi di autenticazione hanno lo scopo di prevenire gli attacchi dei cyber-criminali, che adoperano strumenti sempre più sofisticati per carpire le credenziali degli utenti vittime delle frodi, effettuate mediante accessi non autorizzati ai conti correnti.

È possibile distinguere diverse tipologie di frodi nell'utilizzo dei sistemi di pagamento on-line e, in particolare: phishing, sim swap, man in the middle e man in the browser.

Il phishing è un metodo per indurre gli utenti a rivelare – con l'inganno – informazioni personali o finanziarie attraverso email, siti Web e tramite messaggistica di applicazioni molto usate come WhatsApp o Facebook.

Tipicamente un attacco di phishing inizia con un messaggio di posta elettronica, un link che compare su un banner pubblicitario o in qualche applicazione molto utilizzata dagli utenti.

Si presenta come una notifica ufficiale proveniente da una fonte attendibile, per esempio una banca, contenente un messaggio che invita a collegarsi ad un sito web graficamente molto simile a quello originale e ad inserire alcune informazioni personali come il numero di conto corrente e la password. Queste informazioni vengono poi utilizzate per appropriarsi dell'identità di chi “abbocca” alla truffa ed effettuare le disposizioni di pagamento.

Un altro sistema sempre più utilizzato per effettuare pagamenti non autorizzati ai danni degli utenti, è il cosiddetto SIM Swap o SIM Scam (letteralmente scambio SIM). Il

malfattore si appropria della copia del documento di identità della vittima, mediante l'utilizzo di software "spia", per poi farsi rilasciare sotto mentite spoglie un duplicato della SIM da parte del gestore del servizio di telefonia mobile.

Una volta compiuto questo step, il malintenzionato è in grado di intercettare il traffico telefonico della vittima, acquisendo ad esempio le OTS autorizzative delle disposizioni di pagamento.

Altro metodo di captazione delle credenziali degli utenti è il c.d. Man-in-the-browser: una frode attuata mediante l'installazione di software pericolosi, noti anche come malware, sul PC della vittima, permettendo ai malintenzionati di assumere il controllo delle sessioni associate alle transazioni bancarie e di effettuare pagamenti direttamente dai dispositivi degli utenti.

Nell'ambito della medesima categoria di frodi si annovera quella definita Man-In-The-Middle o MITM.

L'attacco MITM è una forma di intercettazione di comunicazioni, dove la persona interposta si finge il punto finale della comunicazione di ciascuna delle due parti, in maniera tale che queste siano reciprocamente convinte di interagire direttamente tra loro.

Una volta individuate le casistiche occorre analizzare i profili di responsabilità del prestatore dei servizi di pagamento e le possibili esenzioni.

Per quanto riguarda le perdite derivanti dall'uso fraudolento di strumenti di pagamento la Psd2 amplia i diritti dei titolari degli strumenti di pagamento. Infatti, in caso di furto, smarrimento, appropriazione o uso indebito dello strumento di pagamento, l'utente non sopporta alcuna perdita se comunica «senza indugio» l'evento al prestatore del servizio, non appena venutone a conoscenza, e gli addebiti contestati risultino eseguiti dopo la denuncia. Per gli utilizzi abusivi avvenuti prima della comunicazione *ex art. 7, comma 1°, lett. b)*, d.lgs. n. 11/2010, può gravare, invece, sull'utente una responsabilità limitata all'importo massimo di 50,00 euro (ridotto dalla Psd2 rispetto al precedente importo di 150,00 euro), sempreché questi abbia agito senza frode, dolo o colpa grave ed abbia adottato le misure idonee a proteggere i dispositivi di sicurezza personalizzati, dal momento in cui ha ricevuto lo strumento di pagamento, in conformità alle previsioni contrattuali.

In caso contrario, il titolare dello strumento di pagamento subirà integralmente le perdite derivanti dall'utilizzo indebito; mentre, per i pagamenti successivi alla comunicazione è richiesta la sola frode dell'utente.

In forza delle novità introdotte dalla direttiva, nessun pregiudizio può inoltre farsi gravare sul cliente se lo smarrimento, furto o appropriazione indebita dello strumento

non potevano essere notati prima del pagamento, nonché qualora gli addebiti fraudolenti siano causati da atti o omissioni dei dipendenti e collaboratori dell'intermediario. Ancora, nessuna responsabilità è ascrivibile all'utente quando i fatti siano imputabili al prestatore di servizi di pagamento, per non aver diligentemente adempiuto agli obblighi di sicurezza su di lui incombenti ex artt. 8 e 10-bis, d.lgs. n. 11/2010, modificati dal d.lgs. n. 218/2017. Vale a dire, l'obbligo di adottare le procedure di autenticazione forte del cliente, ex art. 10-bis, d.lgs. n. 11/2010; nonché quello di impedire l'accessibilità a terzi delle credenziali di sicurezza personalizzate; e, ancora, l'obbligo di fornire all'utente la disponibilità di strumenti adeguati per la notifica, in ogni momento e a titolo gratuito, dell'evento produttivo del danno.

Al di fuori delle ipotesi normativamente previste di responsabilità dell'utente, dunque, è sempre l'intermediario a rispondere nei confronti del proprio cliente delle perdite derivanti da operazioni di pagamento non autorizzate e non correttamente eseguite, salvo il caso fortuito, la forza maggiore o impedimenti derivanti da altri obblighi di legge (art. 28, d.lgs. n. 11/2010).

In caso di contestazione, infatti, il prestatore di servizi dell'utente è tenuto a rimborsare l'importo oggetto dell'operazione disconosciuta, ovvero a ripristinare l'effettivo saldo del conto di pagamento sussistente al momento dell'illegittimo addebito, immediatamente e in ogni caso - secondo il testo normativo novellato dalla seconda direttiva - «entro la fine della giornata operativa successiva» a quella in cui prende atto dell'operazione o ne riceve comunicazione. Resta ferma, in ogni caso, la possibilità per il prestatore di servizi di pagamento di riottenere dall'utente la somma rimborsata, qualora riesca a fornire la prova dell'autorizzazione, anche in un momento successivo (art. 11, comma 3°, d.lgs. n. 11/2010, introdotto dal d.lgs. n. 218/2017).

È comunque sempre ammessa la prova liberatoria ex art. 10, comma 1°, d.lgs. n. 11/2010, con onere a carico dell'intermediario. Cosa deve provare l'istituto di credito per essere esente da responsabilità?

La banca è tenuta a dimostrare la riconducibilità dell'operazione al cliente, che potrà essere provata ove vi sia stato adeguamento ai requisiti della Strong Customer Authentication (SCA) contenuti nella PSD2 (Payment Services Directive 2), già operativi dal 14 settembre 2019. I requisiti di tali fattori di autenticazione e le relative esenzioni sono quelli previsti nel Regolamento Delegato della Commissione (UE) 2018/389 sulle «Norme tecniche di regolamentazione per l'autenticazione forte del cliente».

Tale sistema di autenticazione a due fattori è coerente con le disposizioni della Banca d'Italia, finalizzate a fare in modo che «*le banche si attrezzino adeguatamente per identificare, valutare, misurare, monitorare e mitigare le minacce di natura tecnologica*» (si veda la Circolare della Banca d'Italia n. 285/2013 avente ad oggetto l'adozione di soluzioni atte ad accertare l'identità del cliente per le operazioni di pagamento).

