

IPSOA

i Contratti

Bimestrale di dottrina, giurisprudenza
e pratiche contrattuali

ISSN 1123-5047 - ANNO XXVI - Direzione e redazione - Via dei Missaglia, n. 97 - 20142 Milano (MI)

2/2018



edicolaprofessionale.com/icontratti

**Le Sezioni Unite
sul c.d. contratto mono-firma**

**Insolvenza e crisi d'impresa:
tutela del creditore garantito**

**La nuova disciplina
in materia di leasing**

DIREZIONE SCIENTIFICA

Umberto Breccia
Ugo Carnevali
Giovanni D'Amico
Carlo Granelli
Francesco Macario

COMITATO DI REDAZIONE

Christian Romeo

TARIFA R.O.C.: POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO



Wolters Kluwer

CODICE DEI CONTRATTI COMMENTATO

a cura di Guido Alpa e Vincenzo Mariconda

€ 190

Cod. 00216503

La I edizione dell'Opera analizza, in maniera approfondita, alla luce della **dottrina** e della **giurisprudenza**, le regole del codice civile coordinandole con quelle dei codici di settore e con le leggi speciali più rilevanti.

In particolare, oltre alle norme del Libro IV c.c. (sul **contratto in generale** e sui **singoli contratti**), sono raccolti anche i commenti a: codice del **consumo**, contratto di **subfornitura**, contratto di **franchising**, contratto di **agenzia**, contratti **di rete**, contratto di **assicurazione**, contratti **bancari** e di **credito al consumo**, contratto di **intermediazione finanziaria**, cessione dei **crediti d'impresa**, contratto di **leasing**, contratto di **rent to buy**.

L'Opera rappresenta un commentario compatto, frutto dell'esperienza dei più riconosciuti professionisti del settore



shop.wki.it ☎ 02.82476.1
info.commerciali@wki.it

 **Wolters Kluwer**
When you have to be right



EDITORIALE

Fallimento	LA TUTELA DEL CREDITORE GARANTITO NELL'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA SULL'INSOLVENZA E SULLA CRISI D'IMPRESA di <i>Francesco Macario</i>	129
-------------------	---	------------

GIURISPRUDENZA

Contratti bancari	LE SEZIONI UNITE SUL C.D. CONTRATTO MONO-FIRMA <i>Cassazione Civile, SS.UU., 16 gennaio 2018, n. 898</i> il commento di <i>Giovanni D'Amico</i> il commento di <i>Stefano Pagliantini</i> il commento di <i>Roberto Amagliani</i>	133 138 143 149
Mutuo fondiario	ANCORA SULLA PRETESA SOMMATORIA DEGLI INTERESSI MORATORI E DEGLI INTERESSI CORRISPETTIVI <i>Cassazione Civile, Sez. VI-1, 4 ottobre 2017, n. 23192, ord.</i> il commento di <i>Antonella Stilo</i>	153 154
Mutuo fondiario	ATTIVITÀ CREDITIZIA E VIOLAZIONE DELL'ART. 38, COMMA 2, T.U.B. <i>Cassazione Civile, Sez. I, 13 luglio 2017, n. 17352</i> il commento di <i>Marco Farina</i>	169 172
Invalidità	LA CIRCOLAZIONE DEGLI IMMOBILI URBANI TRA REQUISITI DI COMMERCIALITÀ E FORMA DEL CONTRATTO <i>Cassazione Civile, Sez. II, 14 giugno 2017, n. 14804</i> il commento di <i>Gianluca Petti</i>	178 181
Effetti del contratto	IL CONTRATTO CON EFFETTI PROTETTIVI DEL TERZO: LA RESPONSABILITÀ DEL TECNICO VERSO L'ACQUIRENTE PER ERRONEA CERTIFICAZIONE ENERGETICA <i>Tribunale di Avezzano 2 gennaio 2017</i> il commento di <i>Francesco Toschi Vespasiani</i>	197 200
	OSSERVATORIO DELL'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO a cura di <i>Francesco Macario</i> con la collaborazione di <i>Dario Farace e Francesco Mezzanotte</i>	207

ITINERARI DELLA GIURISPRUDENZA

Risarcimento del danno	LA <i>COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO</i> ALLA LUCE DELLE PIÙ RECENTI PRONUNCE DELLA CORTE DI CASSAZIONE a cura di <i>Francesca Parola</i>	211
-------------------------------	---	------------

ARGOMENTI

Locazione finanziaria	LA DISCIPLINA DELLA LOCAZIONE FINANZIARIA NELLA PRIMA LEGGE ANNUALE PER IL MERCATO E LA CONCORRENZA di <i>Giovanni Di Rosa</i>	215
Mediazioni specializzate	PRESENZA DELL'AVVOCATO E REFUSIONE DEGLI ONORARI NELLA MEDIAZIONE BANCARIA (ABF) E FINANZIARIA (ACF) di <i>Valerio Sangiovanni</i>	231

CONTRATTI E UNIONE EUROPEA

	OSSERVATORIO EUROPEO a cura di <i>Irene Picciano - Studio Legale De Berti Jacchia Franchini Forlani - Bruxelles</i>	239
--	--	------------

INDICI

AUTORI
CRONOLOGICO
ANALITICO

245

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Giuseppe Amadio, Angelo Barba, Giuseppe Conte, Donato Carusi, Silvia Cipollina, Vincenzo Cuffaro, Giovanni Di Rosa, Angelo Federico, Aurelio Gentili, Michele Lobuono, Marisaria Maugeri, Salvatore Monticelli, Andrea Mora, Emanuela Navarretta, Fabio Padovini, Salvatore Patti, Stefano Pagliantini, Ugo Salanitro, Pietro Sirena, Chiara Tenella Sillani

i Contratti

Bimestrale di dottrina, giurisprudenza e pratiche contrattuali

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via dei Missaglia, n. 97 - Edificio B3
20142 Milano

INDIRIZZO INTERNET

www.edicolaprofessionale.com/icontratti

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

REDAZIONE

Ines Attorresi, Arianna Barsacchi, Francesco Cantisani

REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia S.r.l.

FOTOCOMPOSIZIONE

Integra Software Services Pvt. Ltd.

STAMPA

GECA S.r.l.
Via Monferrato, 54 - 20098 San Giuliano Milanese (MI)
Tel. 02/99952

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze

PUBBLICITÀ:



Wolters Kluwer

E-mail: advertising-it@wolterskluwer.com
www.wolterskluwer.it

Via dei Missaglia, n. 97 - Edificio B3
20142 Milano

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 33
del 30 gennaio 1993

Per informazioni in merito a contributi, articoli ed argomenti trattati, scrivere o telefonare a:

telefono 02-82476.411
e-mail: redazione.icontratti.ipsoa@wolterskluwer.com

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc., scrivere o telefonare a:

WOLTERS KLUWER ITALIA Servizio Clienti
telefono 02-824761 - telefax 02-82476.799
e-mail: servizio.clienti@wolterskluwer.com

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa con il n. 3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati in assenza di disdetta da comunicarsi a mezzo raccomandata A.R. da inviare a:
Wolters Kluwer Italia S.r.l. Via dei Missaglia, n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano, entro 60 gg prima della data di scadenza per abbonamenti carta, entro 90 gg. prima della data di scadenza per abbonamenti digitali.
L'abbonamento cartaceo comprende nel prezzo di abbonamento l'estensione on line della rivista, consultabile all'indirizzo
www.edicolaprofessionale.com/icontratti
L'abbonamento digitale è consultabile all'indirizzo
www.edicolaprofessionale.com/icontratti

ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 250,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 250,00 + Iva 4%

ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 500,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 250,00

MAGISTRATI e UIDITORI GIUDIZIARI - sconto del 20% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alle Agenzie Wolters Kluwer (<http://shop.wki.it/agenzie>) o inviando l'ordine via posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Via dei Missaglia, n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano o via fax al n. 02-82476799 o rivolgendosi al Servizio Informazioni Commerciali al n. 02-824761.
Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare

fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura.

MODALITÀ DI PAGAMENTO

Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a WKI S.r.l. Gestione incassi - Via dei Missaglia, n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano

oppure

Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento.
Prezzo copia: € 45,00
Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

DISTRIBUZIONE

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

Egregio abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Via dei Missaglia, n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano, titolare del trattamento e sono trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n. 196/2003, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/2003, tra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Via dei Missaglia, n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano, o inviando un Fax al numero: 02.82476799.

Fallimento

La tutela del creditore garantito nell'evoluzione della disciplina sull'insolvenza e sulla crisi d'impresa

di Francesco Macario

I. Se può sembrare sin troppo scontato che l'evoluzione della disciplina sull'insolvenza e sulla crisi d'impresa partecipi del più ampio sistema della responsabilità del debitore e, specularmente, della tutela del creditore (sul piano tanto sostanziale, quanto procedurale), con riferimento al patrimonio del primo - è del resto lo stesso legislatore che, non a caso, menziona la "responsabilità patrimoniale", così come la "garanzia patrimoniale" -, non così ovvia e pacifica è invece la piena consapevolezza di tale elementare assunto, da parte del legislatore e, di conseguenza, dell'interprete chiamato a far funzionare le innovazioni normative all'interno appunto di un sistema, che richiede per definizione coerenza. È evidente, infatti, una diffusa tendenza a considerare la disciplina delle procedure concorsuali in modo quasi autoreferenziale, per così dire, ossia 'chiusa' all'interno della sua sempre più complessa e articolata cornice normativa, ritenuta in un certo senso impermeabile rispetto al diritto comune dei rapporti fra debitore e creditore (e dei rapporti tra questi ultimi). Tale atteggiamento è errato, evidentemente, in primo luogo sul piano metodologico - si tratta di considerazioni ovvie ed elementari - posto che le nuove regole introdotte dal legislatore non possono prescindere dall'esistenza di norme e principi di carattere generale, che caratterizzano l'ordinamento, non soltanto per la loro presenza (consacrata, solitamente e autorevolmente, in "disposizioni generali" del codice civile), ma soprattutto per il modo in cui sono effettivamente operanti: la novità è tale, in altri termini, in relazione a un sistema dato, su cui va ad innestarsi (con gli effetti più vari, in termini di coerenza o incoerenza). Sarebbe pertanto ingenuamente illusorio ritenere che le novità legislative siano isolabili in un ambito che, per comodità

classificatoria, si definisce spesso di "diritto speciale" o "settoriale", incidendo le stesse - lo voglia o non il legislatore della contingenza, il cui intervento ha appunto il carattere della "specialità" e/o "settorialità" - sulla conformazione del sistema e, in ultima analisi, sulla sua ridefinizione, a seguito del contributo offerto dal legislatore in primo luogo, ma anche dalla giurisprudenza (la quale può peraltro avvalersi degli apporti interpretativi maturati in sede dottrinale).

A tale interazione, complessa ma altrettanto inevitabile, tra l'innovazione (di fonte legislativa in primo luogo, ma anche di matrice giudiziale) e il sistema dato - nel segno, s'è detto, di un'intrinseca coerenza, quale obiettivo irrinunciabile, se non altro, per l'interprete -, non si sottrae la riforma più significativa e più autenticamente di 'sistema', realizzata negli ultimi decenni in ambito di diritto civile e commerciale, avente a oggetto la disciplina dell'insolvenza e della crisi d'impresa. Una riforma ancora *in itinere*, com'è noto, grazie alla L. 19 ottobre 2017, n. 155 (recante la delega al Governo per la detta riforma), che suscita numerosi interrogativi con riferimento alla tutela dei creditori garantiti.

Nell'innovare e, soprattutto (a quanto parrebbe, almeno, scorrendo la "delega"), ordinare la materia delle procedure concorsuali originate dall'insolvenza e/o dalla crisi, secondo le linee di politica del diritto di cui è espressione la lunga (ultradecennale ormai) rimodulazione della 'vecchia' legge fallimentare, legislatore e interpreti dovranno quindi tenere conto dello scenario ordinamentale più ampio - rispetto alla "procedura concorsuale" ovvero alla vicenda negoziale intesa alla gestione della crisi e/o dell'insolvenza - costituito dal diritto comune delle obbligazioni (e dei contratti, *rectius* dell'attività

negoziale tra privati), di cui è parte integrante il risvolto “esecutivo” della responsabilità del debitore e della garanzia patrimoniale del creditore.

II. La rapida premessa appena svolta consente di enunciare alcune brevissime considerazioni su un tema che il legislatore non ha mai perso di vista, da quando ha iniziato a riformare la legge fallimentare sino alla menzionata legge-delega, e che si può riassumere nella condizione giuridica dei creditori garantiti, anche detti prelatizi, all’interno delle procedure concorsuali e, più in generale, delle soluzioni negoziate per la gestione dell’insolvenza e della crisi.

Superata la tradizionale concezione del rapporto obbligatorio atomisticamente considerato - a fondamento dell’edificazione delle norme e dei principi in tema di responsabilità e garanzia patrimoniale espressi dal codice civile - la filosofia della riforma, in quanto intesa a favorire l’affermazione del nuovo ‘valore’ consistente nel salvataggio delle imprese in crisi, non poteva non comportare la compressione dei diritti dei creditori, senza risparmiare quelli assistiti da una “causa legittima di prelazione”. Il costo per il ceto creditorio dell’apertura alle soluzioni in favore della ‘continuità’ dell’attività aziendale era, in tal senso, non soltanto prevedibile, ma anche inevitabile, se davvero si voleva raggiungere l’obiettivo di agevolare, come effettivamente è avvenuto, la realizzazione delle soluzioni negoziali della crisi, ossia considerando e disciplinando una vicenda giuridica, quella dell’impresa in crisi, riferibile (non già all’imprenditore “insolvente”, bensì) all’attività e dunque all’azienda in senso dinamico (quale coacervo di valori, appunto “aziendali”, di diversa natura, con un’evidente priorità della tutela dell’occupazione).

La conseguenza, sul piano dei principi e/o delle norme generali a presidio dell’unitarietà del sistema, si coglie sulla stessa valenza, per un verso del criterio cardine per la disciplina del concorso, enunciato in modo lapidario dall’art. 2741 c.c., della *par condicio creditorum*, per altro verso della ‘tipizzazione’ delle cause legittime di prelazione, quali uniche ipotesi in cui l’“eguale diritto” dei creditori (sul patrimonio del debitore) può subire una deroga.

Tutti ricordano come, già alla metà degli anni Novanta del secolo appena trascorso, una delle più autorevoli voci della civilistica faceva notare che, in fondo, il diritto dei creditori era “eguale” soltanto nell’enfatica enunciazione della disposizione appena richiamata, mentre la realtà normativa si presentava

con notevoli sfaccettature, rivelatrici di posizioni preferenziali, per così dire, nell’ambito del rapporto tra creditore e debitore, così da incidere su effettività e generalità del principio (non soltanto con riferimento alla tutela esecutiva individuale, ma anche) quale criterio per la regolazione del concorso (1). Ben pochi, tuttavia, avrebbero potuto immaginare, in quel momento, il modo e l’intensità con cui si sarebbe evoluta la normativa del concorso, in riferimento al criterio della *par condicio creditorum*, nella riforma delle procedure per la gestione della crisi e dell’insolvenza. Analogamente, la categoria delle “cause legittime di prelazione”, in apparenza ben scandita e cristallizzata nella rigorosa tipizzazione presentata dal legislatore nell’art. 2741, comma 2, c.c., si è dovuta confrontare con la proliferazione dei privilegi - una fenomenologia già da tempo criticata, che tuttavia non ha mai registrato un’inversione di tendenza - ma anche, più di recente, ossia nei diversi interventi modificativi e aggiuntivi di disposizioni della legge fallimentare. Si allude, in particolare, alla crescita delle “prededuzioni”, collegate “funzionalmente” alle procedure concorsuali, “in occasione” delle quali sorgono i relativi crediti, così come al moltiplicarsi, nella prassi creditizia e finanziaria, delle figure negoziali - si pensi anche soltanto alla risalente figura della cessione dei crediti in garanzia, con le tipologie negoziali affini per gli effetti giuridici - intese a sottrarre al concorso parte del patrimonio del debitore, mediante l’operatività di meccanismi ‘autotutelanti’ (peraltro, non di rado impugnati, sul piano della validità e/o opponibilità rispetto alla procedura concorsuale, di norma quella fallimentare).

In quest’ultimo senso, è noto che un ruolo centrale nel dibattito sui margini di apertura dell’ordinamento, rispetto alle diverse ipotesi con cui i creditori - quelli più forti e organizzati, va da sé, riconducibili in primo luogo al ceto bancario e finanziario professionale e istituzionale - hanno costantemente cercato di rendere efficace e “sicura” la garanzia, ha sempre avuto la verifica delle manifestazioni concrete del patto commissorio vietato dall’art. 2744 c.c. (quando sia collegato alla prestazione della garanzia reale, mobiliare o immobiliare) e, all’opposto, della realizzazione del c.d. “patto marciano”, quale figura di matrice dottrinale astrattamente idonea a neutralizzare il divieto, in funzione del meccanismo (ritenuto corretto in quanto controllabile) di soddisfacimento del creditore garantito.

(1) Si veda P. Schlesinger, *L’eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 319 (anche in *Studi in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, 195).

Muovendo dalla secca disposizione dell'art. 2744 c.c. (ineludibile punto di riferimento normativo, non soltanto nel nostro ordinamento, in forza di una tradizione risalente al diritto romano), la discussione si è svolta al livello giurisprudenziale e dottrinale, sino a quando i cc.dd. “nuovi marciiani” sono stati legittimati formalmente ed esplicitamente dallo stesso legislatore (2). Un legislatore che peraltro aveva già nel 2004 vanificato l'effetto del divieto del patto commissorio con un intervento ‘settoriale’, dunque davvero *ad hoc*, in materia di “garanzie finanziarie”, senza in alcun modo voler incidere sulla disposizione generale. La settorialità, dunque ‘specialità’, della normativa in deroga non impediva, tuttavia, di intravedere le linee di un possibile sviluppo, poi effettivamente realizzatosi, nel momento in cui si è compreso che la gestione dell'insolvenza e della crisi d'impresa, in funzione conservativa dei valori aziendali ancora preservabili, richiedeva l'intervento finanziario e creditizio, ma quest'ultimo esigeva, a sua volta, il rafforzamento della garanzia del credito erogato nell'interesse della collettività dei creditori.

III. Rispetto allo stato dell'arte, ancorché assai sommariamente delineato, deve essere considerata la riforma della disciplina dell'insolvenza e della crisi, relativamente alla concessione di garanzie e, in particolare, alla tutela del creditore garantito ovvero “prelatizio”.

Si è detto che quest'ultimo ha subito, nel corso del decennio o poco più che ha visto evolversi la novelazione della legge fallimentare, la compressione dei suoi diritti, sotto diversi punti di vista. Potrebbe essere sufficiente ricordare, soltanto a titolo esemplificativo, alcune situazioni (anteriori o, in ipotesi, successive alla prevista riforma).

Un primo caso attiene al trattamento dei creditori garantiti (non già o non soltanto dal patrimonio del debitore, bensì) dal patrimonio di soggetti terzi, ossia dotati di c.d. “garanzie esterne”, rispetto ai quali la delega prevede (facendo eco a un orientamento già emerso in giurisprudenza) che, nella domanda di concordato, essi siano inseriti in un'apposita classe (art. 6, lett. d, L. n. 155/2017). Si renderebbe pertanto obbligatoria, in tal caso, la “suddivisione dei creditori in classi”, che invece dottrina e giurisprudenza, in larga maggioranza, avevano considerato facoltativa e connessa, in termini di “onere” del proponente, alla decisione di quest'ultimo di offrire ai creditori un “trattamento differenziato” (come manifestazione

più emblematica della relatività del criterio della *par condicio creditorum*).

Un'ulteriore esemplificazione, se si vuole ancor più significativa in quanto il contesto è quello della (mera) “liquidazione” (ossia del fallimento, allo stato attuale), attiene al sacrificio del creditore fondiario, il quale perderebbe il vantaggio consentito dal privilegio processuale di poter proseguire la procedura esecutiva individuale (la *ratio legis* è evidentemente ben diversa, rispetto al caso precedente, art. 7, comma 4, lett. a, L. n. 155/2017).

Con riferimento nuovamente alla soluzione negoziata della crisi d'impresa mediante il ricorso allo strumento concordatario (preventivo o fallimentare), andrebbe poi ricordata la (già vigente) falcidia del credito privilegiato per l'incapienza del bene: il creditore privilegiato si vede degradato a chirografario ovvero è pagabile in modo dilazionato o con utilità diverse dal danaro, mentre gli viene concesso il diritto di voto per la parte del credito degradata (art. 6, lett. g, L. n. 155/2017).

Da ultimo, nella rassegna esemplificativa, non si può non menzionare la prevista “revisione” del sistema dei privilegi, da realizzare secondo il legislatore delegato nel senso della “semplificazione” (che dovrà scontare, se mai qualcuno si metterà all'opera in tal senso, l'estrema difficoltà di districarsi in una frastagliata e incoerente normativa, che la dottrina più attenta e autorevole in materia aveva bollato in termini di vera e propria “selva dei privilegi”: art. 10, L. n. 155/2017).

A fronte dello scenario che vede, in vario modo, sacrificata la posizione dei creditori prelatizi, figurano le nuove norme sulle “garanzie non possessorie”, di cui all'art. 11, L. n. 155/2017, con regolamentazione (nuova e innovativa) dell'autotutela secondo lo schema del già ricordato patto marciano, ossia mediante escussione stragiudiziale (“anche in deroga al divieto del patto commissorio, a condizione che il valore dei beni sia determinato in maniera oggettiva, fatto salvo l'obbligo di restituire immediatamente al debitore, o ad altri creditori, l'eventuale eccedenza”). Di qui gli interrogativi sulla coesistenza e, in ultima analisi, sul rapporto tra la tendenziale compressione dei diritti dei creditori prelatizi e la disciplina dell'autotutela, con il superamento del divieto del patto commissorio, in materia di garanzie mobiliari non possessorie, mentre non sembrerebbe esservi alcuna preclusione di principio per estendere il modello di tutela anche al creditore ipotecario (a cominciare dal

(2) Si vedano i contributi di G. D'Amico - S. Pagliantini - T. Rumi - F. Piraino, nel volume *I nuovi marciiani*, Torino, 2017.

caso, sempre discusso e finito anche di fronte alla Corte costituzionale, del già ricordato privilegio del credito fondiario) (3).

Se è certamente vero che la realizzazione del diritto del credito avviene, in tal caso, al di fuori della procedura concorsuale, è anche innegabile che il legislatore della riforma, in attuazione della delega, dovrebbe cogliere e valorizzare l'occasione della 'risistemazione' delle norme sostanziali e procedurali sulla gestione dell'insolvenza e della crisi aziendale, così da porre le

premesse, se non altro, per una più profonda analisi della disciplina delle garanzie del credito (mobiliari e immobiliari, tipiche e atipiche), al fine di una sua 'attualizzazione', come del resto è già accaduto in altri ordinamenti a noi particolarmente vicini, nel segno di una consapevole e organica visione sistematica e non soltanto dell'esigenza momentanea e perciò del tutto contingente di dare una nuova veste legislativa alle procedure regolatrici dell'insolvenza commerciale e della crisi d'impresa (4).

(3) Si vedano le considerazioni di F.P. Patti, *Credito fondiario e fallimento: il superamento del privilegio processuale*, in www.giustiziacivile.com.

(4) Per un'organica, seppur sintetica, esposizione sul tema delle "garanzie" nella prospettiva riformistica della legge-delega, si veda F. Di Marzio, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Osservazioni sulla legge delega*, Milano, 2018,

127 s., il quale non esita a discorrere di "scarsa razionalità della legge", che per un verso continua a comprimere i diritti dei creditori prelatizi, per altro verso favorisce quella che viene indicata come "rivincita dei creditori garantiti" (con riferimento alle garanzie reali mobiliari realizzabili stragiudizialmente e in autotutela).

Contratti bancari

Le Sezioni Unite sul c.d. contratto mono-firma

Cassazione Civile, SS.UU., 16 gennaio 2018, n. 898 - Pres. Rordorf - Rel. Di Virgilio - P.M. Fuzio (diff.) - Ric. Banca Popolare di Sondrio s.c.a. c. C.E. e R.E.

Il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dal D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass. 27 aprile 2017, n. 10447.
Difforme	Cass. 24 febbraio 2016, n. 3623; Cass. 24 marzo 2016, n. 5919; Cass. 11 aprile 2016, n. 7068; Cass. 3 gennaio 2017, n. 36.

La Corte (*omissis*)

Svolgimento del processo

1.- Con sentenza del 30 gennaio-22 marzo 2013, la Corte d'appello di Milano, in accoglimento dell'impugnazione proposta da C.E. ed R.E. nei confronti della Banca Popolare di Sondrio s.c. a.r.l. ed in riforma della sentenza resa dal Tribunale di Milano n. 11542 del 15 luglio-29 settembre 2009, ha dichiarato la nullità, per la mancanza di un valido contratto quadro, delle operazioni di investimento effettuate il 18 novembre 1999 ed il 21 dicembre 1999 tra le parti per l'acquisto di obbligazioni "Argentina Eur 8,75% 1998/2003", ed ha conseguentemente condannato la Banca a restituire agli appellanti la somma complessiva di Euro 70.124,25, oltre interessi legali dal 21 settembre 2007 al saldo, nonché la somma di Euro 12.172,07, ottenuta a titolo di spese in forza della sentenza impugnata, oltre interessi legali dal 28 febbraio 2010 al saldo; ha condannato gli appellanti a restituire alla Banca le obbligazioni argentine di cui è causa ed ha posto le spese di ambedue i gradi del giudizio a carico dell'appellata.

La Corte del merito, per quanto specificamente ancora interessa, premesso che il contratto quadro, da redigersi in forma scritta a pena di nullità *ex art. 23 D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*, è elemento essenziale per la validità di ogni operazione di investimento, che si pone come semplice negozio esecutivo, ha rilevato che in causa risultava prodotto solo un modulo contrattuale, datato 25 gennaio 1994, predisposto dalla Banca e sottoscritto dai clienti, privo di ogni manifestazione di volontà negoziale della prima e della sottoscrizione del funzionario delegato, da ritenersi quale semplice proposta, ancorché corredata dalla dichiarazione prestampata "un esemplare del

presente contratto ci viene rilasciato debitamente sottoscritto dai soggetti abilitati a rappresentarVi", a valere quale dichiarazione unilaterale ricognitiva dei soli clienti, inidonea a dar vita al contratto a forma scritta obbligatoria o anche solo a provarne la stipulazione.

Né il contratto poteva ritenersi concluso per adesione con la sola sottoscrizione del cliente o in forza del successivo ordine del cliente o delle successive comunicazioni della Banca, prive di valenza negoziale, né ne era possibile la sanatoria, così come erano irrilevanti le manifestazioni di volontà desumibili da comportamenti attuativi.

Né la banca si sarebbe potuta avvalere dell'orientamento secondo il quale la produzione in giudizio del contratto da parte di chi non l'ha sottoscritto determina il sorgere del contratto valido, che avrebbe richiesto la produzione non solo della parte del cliente, ma anche di quella della Banca, e che comunque, intervenendo successivamente all'operazione di cui è causa, ne avrebbe confermato la nullità.

La Corte d'appello ha disatteso l'interpretazione del Tribunale, secondo cui la forma scritta vale a tutelare solo l'investitore, mentre analoghe ragioni di tutela non potrebbero ravvisarsi nella Banca, per cui l'investitore, che ha firmato, non avrebbe interesse a sollevare l'eccezione, rilevando che la *ratio* della certezza e ponderazione, sottesa alla forma scritta a pena di nullità, è riscontrabile anche nel contratto di negoziazione di strumenti finanziari; che questo non è un mero documento destinato ad informare il cliente delle condizioni che la banca intende utilizzare nei successivi acquisti, ma costituisce un vero accordo inteso a costituire e regolare tra le parti rapporti di carattere patrimoniale; che anche per la banca, la sola sottoscrizione del cliente è insufficiente a creare un valido titolo contrattuale.

Secondo il Giudice del merito, è ben possibile che il cliente, eccependo la nullità del contratto quadro, possa chiedere la nullità solo di alcune operazioni, essendo la sanzione di nullità specificamente prevista dalla legge, e rispondente a finalità di interesse generale, la regolarità dei mercati e la stabilità del sistema finanziario, da cui la facoltà legittima di agire in relazione ai singoli ordini, aventi autonoma valenza di negozi esecutivi del contratto quadro, e lo stesso carattere relativo della nullità esclude che l'investitore possa essere tenuto a dolersi anche di operazioni eseguite in buona fede e produttive di utili, difettando di interesse e anzi, ove questi dovesse scegliere tra agire per la nullità dell'intero rapporto o subire la violazione dell'intermediario, verrebbe meno lo stesso carattere protettivo della nullità.

La Corte territoriale ha respinto la richiesta della Banca di restituzione degli importi delle cedole maturate sui titoli, da ritenersi "frutti civili" dell'investimento, che, in difetto di prova contraria, devono ritenersi ottenuti in buona fede dall'investitore.

La Banca Popolare di Sondrio ha proposto ricorso per cassazione, affidato a tre motivi, a cui si sono opposti con controricorso C.E. ed R.E.

Il P.G. ha depositato le conclusioni scritte, ex art. 380 bis c.p.c., comma 1, chiedendo la declaratoria di inammissibilità e in subordine, il rigetto del ricorso.

Le parti hanno depositato le memorie ex art. 380 bis c.p.c., comma 1.

Con ordinanza del 17 maggio 2017, la I sezione civile ha rimesso la causa al primo presidente per l'eventuale assegnazione alle sezioni unite, in relazione alla questione di massima di particolare importanza ex art. 374 c.p.c., comma 2, che si pone in relazione al secondo motivo di ricorso, ove respinto il primo, già oggetto di precedente ordinanza di rimessione, per avere il giudice del merito disatteso la rilevanza dell'*exceptio doli* sollevata per paralizzare l'uso "selettivo" della nullità, ex art. 18 Eurosim, e per non avere quindi "valutato la contrarietà a buona fede della pretesa di far valere il difetto di forma del contratto quadro, per porre nel nulla non tutte ma solo alcune delle operazioni compiute".

Il primo presidente ha disposto l'assegnazione del ricorso alle sezioni unite.

In prossimità della pubblica udienza, ambedue le parti hanno depositato le memorie illustrative, ex art. 378 c.p.c.

Ragioni della decisione

2. Col primo motivo di ricorso, la Banca denuncia la violazione e falsa applicazione della L. n. 1 del 1991, art. 6, comma 1, lett. c), sostenendo che la previsione dell'art. 1350 c.c., è intesa a favorire la ponderazione dei contraenti e la certezza del rapporto contrattuale, mentre la *ratio* della L. n. 1 del 1991, art. 6, comma 1, lett. c), è nel senso di assicurare la trasmissione al contraente debole (il cliente) delle condizioni contrattuali, così colmando le asimmetrie informative tra le parti; la forma scritta funge da veicolo del contenuto del contratto, e pertanto l'unica sottoscrizione rilevante è quella del cliente, come confermato

dall'obbligo di consegnare a questi la copia del contratto, dal tenore letterale della norma, dal fatto che solo il cliente può far valere la nullità, dal riscontro comparatistico con la disciplina tedesca del credito al consumo, dalla pronuncia di legittimità del 22 marzo 2012, n. 4564.

Alla stregua di detti rilievi, secondo la ricorrente, deve ritenersi un fuor d'opera il riferimento della Corte territoriale alla *ratio* della certezza e della ponderazione, visto che il contratto - quadro è un mero accordo normativo e non comporta alcun trasferimento patrimoniale, e, a ritenere prevalente la finalità della ponderazione, sarebbe ben difficile giustificare la libertà di forma dei singoli ordini di investimento.

Col secondo motivo, logicamente subordinato al primo, la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1175 e 1375 c.c., e L. n. 1 del 1991, art. 6, comma 1, lett. c), e art. 1418 c.c., comma 1, per avere la Corte di merito escluso la rilevanza dell'*exceptio doli* sollevata dalla Banca per paralizzare l'uso selettivo della nullità, mentre tale eccezione ha natura di rimedio di carattere generale, e l'ordinamento vigente conferma come il principio di buona fede oggettiva possa impedire l'esercizio di un diritto pur astrattamente previsto da una norma.

Secondo la ricorrente, si tratta di verificare l'utilizzo di un rimedio in modo "scindibile", così da conseguirne i benefici, senza sopportarne gli svantaggi.

Col terzo mezzo, in subordine, la Banca denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 820, 1148, 1418, 1458 e 2033 c.c., per avere la Corte del merito rigettato la richiesta di restituzione delle cedole, qualificate come frutto civile dell'investimento, ottenute, in difetto di prova contraria, in buona fede dall'investitore. La ricorrente obietta che la Corte territoriale sul punto ha applicato i principi di cui all'art. 1148 c.c., (ed anche dell'art. 2033 c.c.) ad una fattispecie del tutto diversa da quella presupposta, dato che detta norma è applicabile solo nel giudizio di rivendica e non nel caso sia esercitata azione personale e che la nullità del contratto d'acquisto tra cliente ed intermediario produce gli stessi effetti che deriverebbero dal venir meno del contratto di mutuo sottostante: da una parte, la restituzione del capitale versato e dall'altra, la restituzione dei titoli e del corrispettivo ricevuto (le cedole).

3. Prima di esaminare la questione di diritto posta col primo motivo, vanno valutate le eccezioni pregiudiziali sollevate dai controricorrenti, di carenza di potere rappresentativo processuale e sostanziale dei conferenti la procura, dott. N.L. quale "Direttore centrale" e dott. D.G.S. quale "procuratore", nonché l'impossibilità di verificare, sulla base della copia notificata del ricorso, se la procura sia stata rilasciata e da chi, prima della notifica del ricorso, e di improcedibilità ex art. 366 c.p.c., n. 6, stante la mancanza della specifica elencazione degli atti e dei documenti su cui è basato il ricorso.

Dette eccezioni sono da ritenersi infondate.

Ed infatti, la Banca ha depositato e notificato alla controparte, ex art. 372 c.p.c., le delibere del Consiglio di amministrazione di nomina dei sigg. N. e D.G. quali rispettivamente "Direttore centrale principale" e