

# IL FORO NAPOLETANO

Anno VII n. 3 Settembre-Dicembre 2018

*Nuova serie*



**Edizioni Scientifiche Italiane**



# Il Foro napoletano

## Rivista quadrimestrale

### Coordinamento

Antonio Blandini, Salvatore Boccagna, Marco Esposito, Giuseppe Ferraro, Stefano Fiorentino, Giovanni Perlingieri, Angelo Scala, Elisa Scotti

### Comitato di Direzione

**Giustizia amministrativa:** Edmondo Cacace, Alfredo Contieri, Raffaele Greco, Fiorenzo Liguori, Maria Laura Maddalena, Guglielmo Passarelli, Paolo Pittori, Andrea Rallo, Michael Sciascia, Sergio Zeuli

**Giustizia civile:** Salvatore Aceto di Capriglia, Francesco Astone, Roberto Bocchini, Consiglia Botta, Grazia Monia Buta, Ciro Caccavale, Gian Paolo Califano, Vincenzo Maria Cesàro, Antonia Maria Ciocia, Oriana Clarizia, Giovanna D'Alfonso, Giovanni De Cristofaro, Giuseppe della Pietra, Francesco Di Ciommo, Lucia Di Costanzo, Daniela Di Sabato, Andrea Federico, Pasquale Femia, Lourdes Fernandez Del Moral Dominguez, Edoardo Ferrante, Fabio Ferraro, Lucilla Gatt, Massimo Gazzara, Rosaria Giampetraglia, Stefania Giova, Ugo Grassi, Mariorosario Lamberti, Guglielmo Landolfi, Andrea Lepore, Barbara Marucci, Sergio Marullo di Condojanni, Antonio Maria Marzocco, Enrico Minervini, Salvatore Monticelli, Carolina Perlingieri, Raffaele Picaro, Gian Maria Piccinelli, Luca Pisani, Federico Putaturo, Rolando Quadri, Adelaide Quaranta, Giuseppe Recinto, Francesco Rossi, Domenico Giovanni Ruggiero, Francesco Sbordone, Anna Scotti, Chiara Tenella Sillani, Giuseppe Antonio Michele Trimarchi, Cristina Vano, Carlo Venditti, Camillo Verde, Roberto Virzo, Francesco Giacomo Viterbo

**Giustizia penale:** Ernesto Aghina, Antonello Ardituro, Francesco De Falco, Luca Della Ragione, Maria Vittoria Foschini, Nunzio Fragliazzo, Ida Frongillo, Antonio Gialanella, Luigi Giordano, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Stefano Manacorda, Sergio Occhionero, Giovanni Russo, Francesco Todisco, Domenico Zeuli

**Giustizia tributaria:** Clelia Buccico, Tommaso Maglione, Antonio Merone, Vincenzo Pappa Monteforte, Giovanna Petrillo

### Comitato Editoriale

**Giustizia amministrativa:** Alessandro Biamonte, Andrea Di Leo, Margherita Interlandi, Livio Lavitola, Enrico Soprano, Michela Urbani, Raffaella Veniero, Ezio Maria Zuppari

**Giustizia civile:** Erica Adamo, Raffaele Aveta, Sonia Tullia Barbaro, Raffaele Basile, Antonella Batà, Giorgia Biferali, Anna Bizzarro, Rita Bronzo, Iliaria Amelia Caggiano, Antonio Cilento, Luciana D'Acunto, Lucia D'Arcangelo, Silvia de Marco, Valeria De Oto, Stefano Deplano, Antonio di Biase, Amalia Chiara Di Landro, Francesca Di Lella, Gaetano Di Martino, Giuseppe Doria, Alessia Fachechi, Chiara Ghionni Crivelli Visconti, Paolo Ghionni Crivelli Visconti, Roberta Landi, Giuseppe Liccardo, Rita Lombardi, Margherita Magaldi, Francesco Maiello, Roberta Marino, Alessia Mignozzi, Antonella Miletta, Immacolata Prisco, Ledia Rexho, Marina Romano, Talita Rossi, Domenico Russo, Barbara Salvatore, Gennaro Santorelli, Dario Scarpa, Irma Sasso, Raffaella Scotti, Riccardo Sgobbo, Tommaso Maria Ubertazzi, Valeria Verde, Mariacristina Zarro, Sara Zuccarino

**Giustizia penale:** Andrea Abbagnano, Bruno Botti, Marcello Fattore, Gianluca Gentile, Mario Griffo, Stefano Montone, Antonio Nappi, Giuseppe Maria Palmieri, Francesco Scutiero, Paolo Stravino, Bruno Von Arx

**Giustizia tributaria:** Roberta Alfano, Domenico Ardolino, Giuliano Cuomo, Menita De Flora, Michele Di Fiore, Oriana Lombardi, Giuditta Merone, Maria Pia Nastri, Salvatore Antonello Parente

### Osservatorio

Antonio Areniello, Raffaella Argenzio, Martina Brizzi, Francesco Caia, Eduardo Campese, Geremia Casaburi, Nello Caserta, Fabrizio Ciccone, Edoardo Cilenti, Massimo Cimmino, Stefano Cimmino, Marina Comenale Pinto, Mauro Criscuolo, Corrado D'Ambrosio, Rosita D'Angiolella, Giampiero De Cesare, Stanislao De Matteis, Sara De Rosa, Gaetano Di Giovine, Giuseppe Dongiacomo, Diomede Falconio, Francesco Graziano, Paolo Guida, Giancarlo Iaccarino, Marco Krogh, Antonio Lepre, Piero Lupi, Pasquale Macchiarelli, Arturo Umberto Meo, Carla Musella, Michele Nastri, Massimo Palescandolo, Franco Pastore, Andrea Penta, Alessandro Pepe, Enrico Quaranta, Francesca Rinaldi, Carmine Romano, Raffaele Sabato, Stefano Santangelo, Giuseppe Satriano, Raffaele Sdino, Francesca Spena

### Comitato di valutazione

Ferruccio Auletta, Giuliano Balbi, Angelo Barba, Vincenzo Barba, Mirzia Bianca, Roberto Calvo, Ernesto Capobianco, Felice Casucci, Antonio Cavaliere, Alessandro Ciatti, Alfredo Contieri, Astolfo Di Amato, Settimio Di Salvo, Guido Clemente Di San Luca, Antonio Estella de Noriega, Angelo Federico, Fiorenzo Festi, Giampaolo Frezza, Tommaso Edoardo Frosini, Stefan Grundmann, Manlio Ingrosso, Marcello Maggiolo, Maria Rosaria Maugeri, Sergio Moccia, Mario Nussi, Mauro Orlandi, Gianmaria Palmieri, Ferdinando Parente, Stefano Polidori, Antonino Procida Mirabelli Di Lauro, Paolo Piscitello, Giuseppe Riccio, Geremia Romano, Massimo Rubino De Ritis, Aldo Sandulli, Renato Santagata De Castro, Giancarlo Scalese, Antonio Sciaudone, Claudio Scognamiglio, Pietro Sirena, Giuseppe Tesauo

Registrazione presso il Tribunale di Napoli al n. 4586/94. **Responsabile** Maria Rosaria Scotti

*I lavori pubblicati in questo numero sono di:* A. BELLIZZI DI SAN LORENZO, ric. Univ. Firenze; B. BORRILLO, dottore di ricerca; D. CAROFALO, dottorando ricerca Univ. Salento; F. CASTAGNARI, dottore; E. CORAGGIO, dottore; FABRIZIO DE VITA, ric. Univ. Napoli «Federico II»; A. DI BIASE, ric. Univ. Napoli «Federico II»; L. FASANO, dottore Univ. Pavia; S. FIORENTINO, ord. Univ. Salerno; G. GENTILE, ass. Univ. Napoli «Suor Orsola Benincasa»; P. GUIDA, notaio; C. LAURI, dottore ricerca Univ. Roma Tre; A. LEPORE, ass. Univ. Campania «Luigi Vanvitelli»; C. MARANI, avvocato; I. MARTONE, dottore di ricerca; P. MAZZA, dottorando di ricerca; A. MILETTI, ric. Univ. Napoli «Federico II»; P. PERLINGIERI, Emerito Univ. Sannio; C. PERNICE, ass. di ricerca; R. PERRONE, dottore Univ. Salento; E. SCOTTI, ord. Univ. Macerata; M. TANZILLO, dottorando ricerca Univ. Sannio.

*Responsabili della redazione:* Oriana Clarizia, Alessia Fachechi, Andrea Lepore

*Hanno contribuito alla preparazione di questo fascicolo:* E. Adamo, S. Barbaro, R. Basile, V. De Oto, S. Deplano, C. Ghionni, R. Landi, G. Liccardo, A. Mignozzi, I. Prisco, G. Santorelli, I. Sasso, M. Zarro, S. Zuccharino.

#### *Criteria di selezione dei lavori pubblicati*

La Rivista *Il Foro napoletano* sottopone i contributi destinati alla pubblicazione a una procedura di referaggio che garantisce l'anonimato dell'Autore e dei singoli revisori (c.d. *double blind peer-review*). A tal fine i Direttori delle diverse Sezioni, con la supervisione del referente di disciplina presente nel comitato di coordinamento, si avvalgono di almeno due componenti del comitato di valutazione e/o di *referee* esterni scelti tra i Professori ordinari di prima fascia, italiani e stranieri, in ragione della loro autorevolezza, della competenza specifica richiesta e dell'eventuale natura interdisciplinare del contributo. La procedura di valutazione è svolta in modo da garantire l'anonimato dell'Autore e dei valutatori. Il giudizio motivato potrà essere positivo (pubblicabilità); positivo con riserva, ossia con l'indicazione della necessità di apportare modifiche o aggiunte (pubblicabilità condizionata); negativo (non pubblicabilità). In caso di giudizio positivo con riserva, il referente di disciplina presente nel comitato di coordinamento e i Direttori della Sezione competente autorizzano la pubblicazione soltanto a seguito dell'adeguamento del contributo, assumendosi la responsabilità della verifica. Nell'ipotesi di valutazioni contrastanti dei *referee* sarà il referente di disciplina presente nel comitato di coordinamento, d'accordo con i Direttori della Sezione competente, a decidere circa la pubblicazione del contributo, anche affidando l'ulteriore valutazione a terzi. Il referente di disciplina presente nel comitato di coordinamento e i Direttori della Sezione competente possono assumersi la responsabilità delle pubblicazioni di studi provenienti da autori, stranieri o italiani, di consolidata esperienza e prestigio tali che la presenza del loro contributo si possa reputare di per sé ragione di lustro per la Rivista.

L'accettazione di un lavoro ai fini della pubblicazione implica il vincolo per l'Autore a non pubblicarlo altrove o a non pubblicare parti di esso in altra rivista senza il consenso scritto dell'Editore secondo le modalità concordate con l'Editore stesso.

Le medesime regole valgono anche per i *Quaderni de Il Foro napoletano*.

## INDICE

### DOTTRINA

- FILIPPO CASTAGNARI, *Ipotesi di un tribunale arbitral-tributario per la tutela dei diritti del contribuente* 629
- EMANUELE CORAGGIO, *La rilevazione contabile delle azioni proprie: problemi operativi e possibili conseguenze sulla realtà societaria italiana* 653
- FABRIZIO DE VITA, *La degiurisdizionalizzazione nel Code des procédures civiles d'exécution francese* 671
- GIANLUCA GENTILE, *Sui presupposti morali della giurisprudenza costituzionale in materia di interruzione volontaria della gravidanza* 681
- PAOLO GUIDA, *L'evoluzione normativa in tema di gestione e cessione della farmacia* 699
- ANDREA LEPORE, *Danni punitivi e ordine pubblico* 715
- CHIARA MARANI, *Considerazioni sul «preliminare di preliminare» al di là delle Sezioni unite* 741
- ANTONELLA MILETTI, *Sulla questione della nullità del patto di rilascio dell'assegno bancario a titolo di garanzia: un ossimoro per giurisprudenza e dottrina, ma non sempre per la realtà degli «affari»* 761

### ESPERIENZE

- PIETRO PERLINGIERI, *Parere sull'applicazione dell'art. 32, comma 3, del Regolamento del Consiglio regionale della Campania* 775

### GIURISPRUDENZA

#### CIVILE E PROCESSUALE

- ANTONIO DI BIASE, *La tutela del correntista nel rapporto di conto corrente in itinere* (nota a Trib. Santa Maria Capua Vetere, 20 febbraio 2018, n. 682) 781
- ISABELLA MARTONE, *Sulla legittimazione attiva del curatore dell'eredità giacente all'actio interrogatoria* (nota a Trib. Roma, Sez. VIII, Ufficio Successioni, 28 marzo 2018) 795
- PASQUALE MAZZA, *Le sezioni unite si pronunciano sui limiti di ammissi-*

<i>bilità del regolamento di competenza d'ufficio</i> (nota a Cass., Sez. un., 18 gennaio 2018, n. 1202)	815
CARLA PERNICE, <i>Polizze assicurative e funzione speculativa: un problema di compatibilità</i> (nota a Cass., 30 aprile 2018, n. 10333)	839
TRIBUTARIA	
STEFANO FIORENTINO, <i>Violazione del diritto alla detrazione dell'Iva in ipotesi di operazioni soggettivamente inesistenti</i> (nota a CTR Campania 16 febbraio 2018, n. 2556)	859
RASSEGNE	
DIRITTO CIVILE	
<i>È nullo o annullabile il contratto inficiato dal reato di truffa? E, ritenuto il contratto annullabile per dolo – in prospettiva di effettività di tutela – ha senso distinguere se il deceptus abbia eseguito o meno il contratto?</i> (Cass., Sez. I, 27 settembre 2016, n. 18930) [ANTONIO BELLIZZI DI SAN LORENZO]	871
<i>Qual è la natura della responsabilità del custode aeroportuale? La prova della diligenza ha effetto liberatorio?</i> (Trib. Napoli, Sez. II, 26 settembre 2017, n. 9560) [DAMIANO CAROFALO]	876
<i>Esistenza del fido e prescrizione dell'azione di ripetizione delle indebite rimesse su c/c.</i> (App. Napoli, Sez. III, 3 gennaio 2018, n. 13) [ROBERTO PERRONE]	879
<i>Quando è soddisfatto il requisito di forma scritta previsto a pena di nullità nei contratti bancari?</i> (Trib. Napoli, Sez. X, 22 marzo 2018, n. 2878) [LAURA FASANO]	882
<i>In caso di sinistro stradale, l'accertamento della colpa esclusiva di uno dei conducenti esonera l'altro dall'onere di provare di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno?</i> (Trib. Torre Annunziata, 26 marzo 2018, n. 774) [MARCO TANZILLO]	885
<i>Ai partiti politici va riconosciuta autonomia normativa nella predisposizione dell'ordinamento interno?</i> (Trib. Napoli, Sez. VII, 18 aprile 2018) [BARBARA BORRILLO]	889

DIRITTO AMMINISTRATIVO

- Come si coordinano i procedimenti di VIA e di AIA?* (TAR Campania, Napoli, Sez. V, 2017, n. 5298) 893
- Può l'amministrazione sospendere sine die l'efficacia del provvedimento di AUA?* (TAR Campania, Sez. III, 3 maggio 2017, n. 2360) 896
- La non conformità urbanistico-edilizia può incidere sul rilascio dell'AUA?* (TAR Campania, Salerno, Sez. II, 6 settembre 2018, n. 1254) 897
- Può l'amministrazione comunale annullare il provvedimento di AIA?* (TAR Campania, Napoli, Sez. V, 28 giugno 2018, n. 4304) [ELISA SCOTTI, CRISTIANA LAURI] 900

## DIRITTO CIVILE

*È nullo o annullabile il contratto inficiato dal reato di truffa? E, ritenuto il contratto annullabile per dolo – in prospettiva di effettività di tutela – ha senso distinguere se il deceptus abbia eseguito o meno il contratto?*

Cass., Sez. I, 27 settembre 2016, n. 18930; Pres. S. Salvago; Rel. P. Campanile; Comune di Messina (avv. A. Gazzara) c. Russottfinance s.p.a. (avv.ti R. Tommasini ed E. Vinci)

### **Dolo/vizio del consenso – Truffa – Contratto invalido – Reato in contratto – Illecito civile – Prescrizione**

*Deve ritenersi annullabile e non nullo il contratto in cui una parte abbia svolto, nei confronti dell'altra attività decettiva accertata penalmente sub specie di truffa, risultando il dolo costitutivo di questo reato ontologicamente lo stesso, in termini d'intensità del dolo-vizio del consenso presupposto dell'azione di annullamento. Pertanto deve considerarsi prescritta l'azione di annullamento esperita dopo l'accertamento del suddetto reato, giacché il termine di prescrizione quinquennale decorre dalla data di percezione del raggio da parte del deceptus, non essendo predicabile il maggior termine di prescrizione, previsto dall'art. 2947 c.c., per il fatto illecito corrispondente al reato, ai fini delle sole domande di restituzione e di risarcimento.*

Artt. 1418, 2043, 2947 c.c.; art.185 c.p.

#### **1. La soluzione adottata e gli orientamenti conformi**

Il giudicato del Supremo Collegio in rassegna ribadisce l'orientamento giurisprudenziale sulla qualificazione del contratto inficiato da una truffa penalmente accertata (Cass., 8 maggio 1969, n. 1570, in *www.tribunale.varese.it*; Cass., 10 ottobre 1986, n. 7322, in F. CARINGELLA, *Contratti. Normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2008 p. 489; Cass., 31 marzo 2011, n. 7468, in P. FAVA, *Il contratto*, Milano, 2012, p. 708; Trib. Genova, 20 febbraio 2015, n. 653, in *www.ilmerito.it*): il Pretore di Messina nel 1993(!) aveva condannato, rispettivamente un dipendente comunale ed il legale rappresentante di una società, per i reati di falso e di truffa aggravata nei confronti del Comune di Messina, il quale era stato indotto con artifici e raggiri a stipulare un contratto di appalto per il completa-



mento dell'impianto di riscaldamento di una struttura residenziale pubblica, ad un corrispettivo superiore al doppio del valore dell'opera successivamente accertato. Il suddetto Comune, quale persona offesa del reato di truffa, avendo tentato tardivamente di costituirsi parte civile nel suddetto procedimento penale, dopo il giudicato di quest'ultimo del 1998, esperiva azione civile nei confronti della società e dei suddetti rei, onde ottenere la restituzione dell'indebitato ed il risarcimento del danno: il Tribunale peloritano nel 2003, dichiarato il difetto di legittimazione passiva dei rei e negato il risarcimento, dichiarava la nullità parziale del contratto a riguardo della clausola di determinazione del corrispettivo, condannando la società convenuta alla restituzione della somma differenziale tra corrispettivo e valore effettivo delle opere. Ma la Corte d'Appello dello Stretto, accoglieva il gravame della società, statuendo la non sussistenza della nullità del contratto inficiato da truffa, bensì la sua mera annullabilità per dolo, con conseguente prescrizione decorrente dalla percezione della frode subita da parte del Comune, dimostrato in atti dalla tardiva costituzione di parte civile. Tale lettura della vicenda veniva, appunto, confermata dal Supremo Collegio nel 2016 con la sentenza in questione, reiettiva del ricorso del Comune peloritano. Com'è noto infatti, si profilano due diverse impostazioni del problema dei rapporti tra contratto e reato: per un primo approccio, il concretizzarsi di un reato nel procedimento di formazione del contratto porterebbe ad un disvalore non circoscrittibile all'elemento investito dall'illecito penale (es.: volontà) e sarebbe pervasivo dell'intero contratto, determinandone la nullità: è la linea seguita dalla giurisprudenza (v. *infra* § 2) a riguardo del contratto caratterizzato dal reato di circonvenzione d'incapaci, la cui presenza è reputata dotata di effetti invalidanti, che superano la mera annullabilità per incapacità d'intendere e di volere di una parte, di cui risulti la malafede dell'altra (art. 428 c.c.) (E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, Milano, 1934, p. 335 ss.; G. FOSCHINI, *Delitto e contratto*, in *Arch. pen.*, 1953, p. 72 ss.). Per un secondo approccio, invece, occorre distinguere tra «reati-contratto» e «reati in contratto» (F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, p. 37 ss.; I. LEONCINI, *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano, 2006; A. DI AMATO, *Contratto e reato. Profili civilistici*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, p. 32 ss.): qualora la *ratio* dell'incriminazione non riguardi gli effetti del contratto identificato da causa ovvero oggetto pervasi dal disvalore penale (es. corruzione, traffico di stupefacenti), bensì la tutela di uno specifico bene (interesse patrimoniale, libertà di autodeterminazione) offeso dalla condotta della controparte, ecco che la rilevanza penale di quest'ultima condotta non implica automaticamente l'invalidità dell'intero negozio: è la linea peraltro seguita espressamente dal Legislatore con la riforma del reato d'usura della l. 7 marzo 1996, n. 108 che, all'art. 4, ha novellato l'art. 1815, comma 2, c.c.: «se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi», rimanendo valido il contratto come tale. Come si vede, le fattispecie di circonvenzione d'incapaci e di usura, dalle quali rispettivamente la giurisprudenza (v. *infra*, § 2) e la legge summenzionata traggono diverse conseguenze di trattamento a riguardo dei contratti implicati, afferiscono penalisticamente en-

trambe alla medesima classificazione dei «reati di sfruttamento dell'altrui condizioni di debolezza» i quali costituiscono una sottospecie dei «delitti di aggressione patrimoniale con cooperazione della vittima». Di questi reati in contratto, un'altra sottospecie è proprio quella in cui la cooperazione della vittima è caratterizzata dalla violenza (estorsione), ovvero appunto dalla frode (truffa ed insolenza fraudolenta): in tale quadro, dunque, la truffa si pone come prototipo di «reato in contratto»: la soluzione accolta dalla *communis opinio*, nel senso della convergenza del reato e del dolo-vizio del consenso, è risultato della verifica del profilo teleologico della norma incriminatrice, alla luce del procedimento di autonomia privata, che diviene occasione dell'incriminato comportamento decettivo di una parte, civilisticamente tutelata dall'azione di annullamento. È evidente infatti che, in tale ipotesi, il precetto penale non vieti la complessiva funzione economico-sociale ma la condotta del *deceptor* proprio al fine di proteggere i beni giuridici della libertà di autodeterminazione e del patrimonio del *deceptus*, per cui «la nullità totale potrebbe non essere conforme agli interessi della parte tutelata» (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 533).

## 2. Orientamenti e osservazioni conclusive

Il saldo ormeggio del summenzionato approdo giurisprudenziale al porto della mera annullabilità del contratto inficiato dal dolo, di cui pur sia stata accertata la consistenza penale quale truffa, reperisce sporadiche e risalenti smentite, per cui il contratto sarebbe invece nullo (App. Roma, 19 maggio 1983, in *Vita not.*, 1984, p. 442 ss.) e d'altra parte si deve misurare, da un punto di vista sistematico dei reati in contratto, con la nullità del contratto, in cui si sia verificato un delitto di circonvenzione di persone incapaci, di cui si ritiene non circoscrivibile la portata civilistica nei termini di annullabilità *ex art. 428 c.c.* [Cass., 20 settembre 1979, in M. BESSONE (a cura di), *Casi e questioni di diritto privato*, Milano, 1995, p. 30 ss., con nota di D. MESSINETTI; Cass., 20 aprile 2016, n. 7785, in *Dir. giust.*, 2016, p. 71; Cass., 20 marzo 2017, n. 7081, in *www.altalex.com*]. È proprio sugli interessi della parte tutelata che appare opportuno calibrare la riflessione civilistica sulle conseguenze del reato in contratto, quale la truffa, sul regolamento negoziale d'interessi, con attenzione al caso della sentenza in rassegna. Infatti, è vero che il problema di fondo dei rapporti tra reato e contratto è se debba considerarsi contraria a norme imperative *ex art. 1418 c.c.* e, quindi, sanzionata dalla nullità virtuale, sia l'ipotesi dei reati-contratto, in cui la norma incriminatrice si riferisce al fatto stesso della stipulazione (ricettazione, corruzione etc..) sia l'ipotesi dei reati in contratto, in cui la suddetta norma riguarda una condotta, violenta, fraudolenta, profittatoria che, in occasione del contratto, leda vari beni penalmente protetti, come il caso appunto della truffa. Ma, come si è visto, la giurisprudenza adotta due diverse soluzioni per i contratti inficiati rispettivamente da circonvenzione di persone incapaci (nullità) e da truffa (annullabilità), pur essendo entrambi dei reati in contratto, quindi «naturalisticamente plurisoggettivi ma normativamente monosoggettivi» e plurioffensivi (libertà di autodeterminazione e patrimonio) (G.D. PISAPIA, *Unità e pluralità dei soggetti attivi nella strut-*

*tura del reato*, Padova, 1956, p. 345 ss.). Né la maggior gravità dell'abuso contrattuale nella circonvenzione d'incapaci, che la giurisprudenza adduce a motivo della ritenuta nullità, sposta i termini del problema della discriminazione, strutturalmente ingiustificata rispetto alla truffa, ritenuta foriera di mera annullabilità pur nel caso di truffa aggravata dell'annotata sentenza. Ora, l'esame dei rapporti tra contratto e reato, sotto il profilo specifico della relazione tra vizio della volontà ed incriminazione della medesima condotta, mostra «realtà umane aventi una pluralità di qualificazioni giuridiche, disgiuntamente vigenti ai diversi fini che interessano le norme» (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, 3ª ed., Milano, 1993, p. 89). Pertanto la rilevanza dello stesso fenomeno per diversi settori dell'ordinamento, pur nel rispetto delle autonomie sistematiche, necessita tuttavia di un coordinamento funzionale all'unità dell'ordinamento giuridico. In tale prospettiva, occorre considerare le situazioni che si possono presentare anche alla luce del diverso termine di prescrizione tra quello dell'azione di annullamento e quello dell'illecito. Bisogna allora distinguere tra l'ipotesi in cui il soggetto, vittima del reato e titolare dell'azione di annullamento, abbia eseguito il contratto e quella in cui non lo abbia eseguito. Nel primo caso infatti, il soggetto, a seguito del giudizio penale, ha interesse a beneficiare della tutela restitutoria garantita dall'art. 185 c.p., per cui «ogni reato obbliga alle restituzioni a norma delle leggi civili» e, quindi, sostenere il necessario percorso dell'azione di annullamento, nella prospettiva recuperatoria, rappresenta una *deminutio* in termini di effettività della tutela restitutoria. Nel caso in cui, invece, la vittima del reato non abbia dato esecuzione al contratto, non conseguendo all'accertamento della fattispecie penale alcun effetto restitutorio, ecco che l'interesse civilistico ad avvalersi dell'azione di annullamento, in funzione preventiva, appalesa un'autonomia sistematica, la cui applicazione nel caso di specie non risulta diminutiva di effettività di tutela per la vittima.

A questo punto dell'analisi, occorre allora rilevare come la giusta negazione della qualifica di contratto illecito al negozio inficiato da un vizio del consenso, motivo di mera annullabilità e pure integrante reato, però non esclude affatto che l'illecito penale rilevi altresì civilmente, quale fatto illecito aquiliano costitutivo, di per sé, di obbligazioni restitutorie e risarcitorie. Tale configurazione peraltro è confermata dall'argomento storico per cui l'azione di annullamento «anche storicamente deriva da un'*exceptio* nascente proprio da delitto civile, cui ha fatto capo il Pretore romano per neutralizzare un negozio in origine valido secondo il *jus civile*, malgrado affetto da dolo o violenza». Pertanto, qualora ad una data condotta decettiva, violenta, profittatoria faccia séguito uno spostamento patrimoniale o un danno non patrimoniale, troverà applicazione l'art. 185 c.p. [V. BIONDI, *Dolo e violenza nel contratto*. (*Appunti di tecnica legislativa*), in *Foro pad.*, 1971, I, c. 140] in combinato disposto con gli artt. 2043 e 2059 c.c. Ne consegue che la cognizione del giudice in sede penale *ex art. 2 c.p.p.*, funzionalmente alla decisione sulla domanda per le restituzioni ed il risarcimento del danno *ex art. 538 c.p.p.*, investe la condotta decettiva, violenta, profittatoria, in quanto fatto illecito, manifestazione civilistica del reato e non in quanto vizio del consenso quale «fatto

impeditivo degli effetti negoziali», cui dipende dalla «volontà del soggetto interessato all'annullamento di dare rilevanza giuridica in sede civile» (I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale-contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998). Ecco dunque, che nel caso della sentenza in rassegna, ove il Comune di Messina non si fosse tardivamente costituito nel procedimento penale, conclusosi con la condanna dei responsabili, il giudice ben avrebbe potuto riconoscergli, in quella sede, la restituzione delle somme indebitamente corrisposte ed il risarcimento del danno. Ma la vittima, avendo dato esecuzione pecuniaria al contratto, successivamente al giudicato penale sulla truffa, non avrebbe dovuto dedurre a fondamento della propria pretesa restitutoria il pagamento dell'indebito, previa declaratoria di nullità del contratto giustamente censurata sia dalla Corte di Appello che da quella di Cassazione; il Comune, infatti, avrebbe potuto dedurre a fondamento della pretesa restitutoria un vero e proprio illecito aquiliano, commesso da una parte contrattuale ai danni dell'altra ed i cui elementi costitutivi ai fini civili risultano accertati dal giudicato penale, per espresso disposto dell'art. 651 c.p.p. La ricostruzione suddetta avrebbe consentito al *deceptor*, vittima della truffa ed esecutore del contratto, non più annullabile per decorso del termine quinquennale, di avvalersi *ex art. 2947, comma 3, c.c.* del maggior termine di prescrizione, decorrente proprio dal giudicato dell'accertamento del reato, coincidente col fatto illecito, di cui si chiede la tutela restitutoria /risarcitoria. D'altra parte, nell'ipotesi in cui il contratto non sia stato eseguito da parte della vittima del reato in contratto, definitivamente accertato, la vittima dello stesso ha sempre l'azione di annullamento e, nell'ipotesi di una paradossale pretesa di adempimento nei suoi confronti, ne beneficia senza limiti di prescrizione, in via di eccezione, in virtù del principio *quae temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum*, *ex art. 1442, comma 4, c.c.* A questo punto, si potrebbe obiettare che, se il contratto, in cui sia incorso il reato come la truffa, abbia determinato disposizione di beni immobili, la peculiare forma *ad substantiam* comunque richiede la caducazione del contratto viziato tramite sentenza costitutiva in sede civile, anche nel quadro della disciplina dell'opponibilità a terzi tramite la trascrizione delle domande giudiziali e l'annotazione delle relative sentenze a margine della trascrizione dell'atto annullato. Ma a tal proposito, è giocoforza osservare che anche nel caso di reato (es. concussione) che implichi la nullità di un contratto traslativo di beni immobili dalla vittima al reo, sembra difficilmente eludibile la sentenza dichiarativa in sede civile, onde superare gli stessi problemi derivanti della forma *ad substantiam* e dal coordinamento con l'istituto della trascrizione. [ANTONIO BELLIZZI DI SAN LORENZO]

*Qual è la natura della responsabilità del custode aeroportuale? La prova della diligenza ha effetto liberatorio?*

Tribunale di Napoli, Sez. II, 26 settembre 2017, n. 9560; Giud. M. Sacchi; An. Pr. (Avv.ti A. Carbone e C. Miranda) c. GE.S.A.C. (Avv. P. De Vitis), C.N.S. (Avv. G. Iorlano), Allianz s.p.a., Aga International S.a. (Avv.ti G. Bo e C. De Feo)

### **Responsabilità da cose in custodia – Nesso di causalità – Caso fortuito**

*Per poter invocare la responsabilità ex art. 2051 c.c. il danneggiato deve provare il nesso causale tra la cosa in custodia e il danno. Resta a carico del gestore aeroportuale, invece, offrire la prova contraria alla presunzione iuris tantum mediante la dimostrazione di un fatto, estraneo alla sua sfera di custodia, avente impulso causale autonomo, nonché carattere eccezionale e imprevedibile.*

Art. 2051 c.c.

#### **1. Vicenda e questioni giuridiche sottese**

Con la sentenza in epigrafe, il Tribunale di Napoli prende in esame la questione della responsabilità ex art. 2051 c.c. con riferimento all'attività di custodia del gestore aeroportuale.

Nella specie un utente dell'aeroporto scivolava su una sostanza liquida non segnalata, posta sul pavimento dei locali aeroportuali, e cadeva rovinosamente a terra, riportando la frattura tibiale. Il danneggiato conveniva in giudizio il custode dell'aeroporto, chiedendo l'accertamento della sua responsabilità e la relativa condanna al risarcimento del danno.

Il Tribunale si sofferma sulla prova del nesso causale tra la cosa in custodia e il danno. Secondo il giudicante, occorre dimostrare che l'evento si è prodotto come conseguenza normale della condizione, potenzialmente lesiva, della cosa; l'oggetto di tale prova non può prescindere dall'allegazione di un fattore intrinseco o estrinseco della cosa. Di contro, resta a carico del custode offrire la prova contraria della presunzione *iuris tantum* mediante la dimostrazione del caso fortuito, da intendersi come un fatto estraneo alla sua sfera di custodia avente impulso causale autonomo e imprevedibile.

Muovendo da quanto innanzi il Tribunale aderisce alla tesi oggettiva della responsabilità ex art. 2051 c.c.; per l'effetto chiama a rispondere il gestore aeroportuale atteso che questi, sulla scorta delle risultanze istruttorie, non aveva assolto all'onere di provare il caso fortuito. Nessuna rilevanza viene pertanto riconosciuta all'elemento psicologico.

#### **2. Orientamenti giurisprudenziali**

La soluzione resa in sentenza ha trovato frequente riscontro sia in seno alla giurisprudenza di legittimità (*ex multis*, Cass., 22 dicembre 2017, n. 30775, in *Rep.*

*Foro it.*, 2017, voce *Responsabilità civile*, n. 174; Cass., 16 maggio 2017, n. 12027, *ivi*, 2017, voce cit., n. 97; Cass., 26 maggio 2016, n. 10893, *ivi*, 2016, voce cit., n. 241), che tra le corti di merito (*ex multis*, Trib. Cassino, 27 aprile 2017, in *www.lanuovaproceduracivile.com*, 2017; Trib. Lecce-Maglie, 16 novembre 2016, *ivi*, 2016; Giud. pace Napoli, 13 maggio 2016, in *Merito*, 2017, p. 6). Secondo tale indirizzo la responsabilità *ex art.* 2051 c.c. prescinde dall'eventuale carattere colposo della condotta posta in essere dal custode, dal momento che per la sua configurabilità è sufficiente provare il rapporto causale tra la cosa e l'evento dannoso.

Cionondimeno, non mancano orientamenti di segno contrario che, in aderenza al principio nessuna responsabilità senza colpa, individuano il fondamento dell'art. 2051 c.c. nel comportamento negligente del custode, colpevole di non aver adottato le misure necessarie affinché la cosa (in custodia) non arrecasse danno ai terzi (Cass., 28 luglio 2017, n. 18856, in *Riv. Corte conti*, 2017, p. 539; Cass., 9 giugno 2016, n. 11802, in *Arch. giur. circol.*, 2016, p. 776; Cass., 27 giugno 2016, n. 13222, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Responsabilità civile*, n. 229; Trib. Udine, 20 gennaio 2016, in *Arch. giur. circol.*, 2016, p. 319).

### 3. Orientamenti dottrinali

L'interpretazione dell'art. 2051 c.c. è da sempre al centro di un ampio dibattito.

La dottrina tradizionale trova il proprio *ubi consistam* nell'attività di custodia e, più precisamente, nel comportamento negligente del custode (L. CORSARO, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Milano, 2003, p. 114; P. FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, Padova, 1983, p. 50 ss.), colpevole di non aver adottato le opportune cautele (c.d. *culpa in vigilando*) per evitare di cagionare danno a terzi. Alla base della responsabilità *ex art.* 2051 c.c. (e più in generale degli artt. 2051-2054 c.c.) vi sarebbe dunque un comportamento umano, di segno negativo (*id est*, omissivo), che si esplicherebbe in un «difetto di custodia della cosa» (A. DE CUPIS, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1971, p. 84 ss.). Muovendo da tali premesse il legislatore non avrebbe parametrato la fattispecie in parola a un criterio di imputazione diverso da quello generale (oggettivo, anziché soggettivo), ma avrebbe agito sul piano processuale attraverso una redistribuzione dell'onere probatorio prevedendo, da un lato, una presunzione di colpa del custode e, dall'altro, la possibilità della prova contraria attraverso l'espedito del caso fortuito.

Altra parte della dottrina ha avanzato l'idea che l'art. 2051 c.c. rappresenti una ipotesi di responsabilità non fondata su colpa (P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 56; più recentemente, A. VIOLANTE, *Responsabilità oggettiva e causalità flessibile*, Napoli, 2001, p. 23 ss.; G. VISINTINI, *I fatti illeciti*, II, *L'imputabilità e la colpa in rapporto agli altri criteri di imputazione della responsabilità*, Padova, 1998, p. 453 ss.). Il punto d'appoggio di tale orientamento non sarebbe tanto l'attività di custodia, quanto la relazione tra la cosa generatrice del danno e il custode, sicché per la configurazione della responsabilità basterebbe provare che il danno si è prodotto come normale conseguenza

della cosa custodita (M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993, p. 545; ID., *La responsabilità oggettiva*, I, *Il danno da cose e da animali*, Padova, 1988, p. 127). L'eventuale negligenza del custode, dunque, rilevarebbe soltanto al fine di escludere la possibilità di invocare il caso fortuito (P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, p. 1039 s.), con la conseguenza che la diligenza non produrrebbe l'esenzione dalla responsabilità ex art. 2051 c.c., ma al contrario configurerebbe una sorta di presupposto per accedere alla prova del caso fortuito.

In tale prospettiva, ai fini liberatori, al custode viene richiesta, piú che la prova della sua diligenza, l'individuazione positiva dell'evento estraneo alla sua sfera e idoneo a interrompere la relazione eziologica tra la cosa e il danno (c.d. caso fortuito).

**4. Osservazioni. La tesi della responsabilità oggettiva e la possibile rilevanza dell'elemento soggettivo attraverso le presunzioni ex art. 2729 c.c.**

La decisione in commento è in linea con l'orientamento ad oggi prevalente in seno alla giurisprudenza sia di merito che di legittimità, incline a riconoscere nell'art. 2051 c.c. una ipotesi di responsabilità oggettiva.

Merita di essere segnalata una possibile diversa soluzione. Si tratta della tesi che, pur muovendosi anch'essa nell'alveo della responsabilità oggettiva, riconosce un peso specifico al profilo soggettivo del custode attraverso lo strumento delle presunzioni ex art. 2729 c.c. (in tal senso, L. BIGLIAZZI GERI, F.D. BUSNELLI, U. BRECCIA e U. NATOLI, *Diritto civile*, Torino, 1992, p. 752 ss.). Si profila, in tal guisa, una soluzione intermedia in base alla quale la concezione oggettiva della responsabilità ex art. 2051 c.c. non esclude in via assoluta qualsivoglia rilevanza della condotta (diligente o negligente) del custode. In sostanza, se da un lato la diligenza non sarebbe bastevole a produrre l'effetto liberatorio, dall'altro potrebbe rappresentare un elemento idoneo a far presumere che nella produzione dell'evento abbia assunto autonoma rilevanza causale un elemento estraneo alla relazione di custodia.

Una soluzione come quella appena prospettata potrebbe offrire all'interprete, di là dalle etichette (responsabilità oggettiva vs. responsabilità per colpa), la possibilità di parametrare una soluzione ritagliata sulle peculiarità del caso concreto (per un approfondimento su «l'ordinamento del caso concreto» v. P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006, p. 14; ID., *Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni di mercato e le ragioni di diritto*, *ivi*, p. 234; ID., *Il "Giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 3 ss.). [DAMIANO CAROFALO]

*Esistenza del fido e prescrizione dell'azione di ripetizione delle indebite rimesse su c/c.*

App. Napoli, Sez. III, 3 gennaio 2018, n. 13.; Giud. Rel. R.M. Elefante

**Contratto di conto corrente – Apertura di credito – Indebito oggettivo – Prescrizione – Onere della prova**

*Laddove la banca eccepisca la prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito, assumendo la natura solutoria di tutte le rimesse su saldo passivo, spetta al correntista l'onere di ribaltare il quadro probatorio, producendo un eventuale contratto di apertura di credito da cui emerga l'esatto importo dell'affidamento, al fine di consentire al giudice la valutazione della natura ripristinatoria delle medesime rimesse.*

Artt. 1842, 1852 ss., 2033; 2934, 2935, 2946, c.c.

**1. Il caso di specie e la soluzione del provvedimento in esame**

La Corte d'Appello di Napoli, con la sentenza del 3 gennaio 2018, si è pronunciata circa la corretta distribuzione dell'onere probatorio nell'ipotesi in cui la banca, convenuta dal correntista per la ripetizione di somme indebitamente corrisposte, eccepisca la prescrizione dell'azione.

È noto infatti che, sebbene la domanda di accertamento della nullità di clausole contrattuali sia imprescrittibile, la conseguente azione di condanna alla ripetizione dell'indebito è soggetta, ex art. 2946 c.c., all'ordinario termine di prescrizione decennale (cfr. V. FARINA, *I diritti nascenti dall'annotazione in conto corrente bancario e ripetizione dell'indebito*, in *Contratti*, 2011, p. 713 ss.).

Sul punto, inoltre, la Corte di Cassazione a Sezioni unite ha chiarito che, ai fini della corretta individuazione del *dies a quo*, occorre tenere distinte le rimesse operate su conto corrente con «saldo passivo» – ovvero negativo, ma entro il limite dell'affidamento concesso dalla banca – e le rimesse operate su conto corrente «scoperto» – ovvero con saldo negativo eccedente il limite di affidamento o, ancora, in assenza di affidamento alcuno (Cass., Sez. un., 2 dicembre 2010, n. 24418, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 291 ss., con nota di P. BONTEMPI, *L'antocismo bancario torna di attualità*; in tal senso, in materia di revocatoria fallimentare, già Cass., 26 febbraio 1999, n. 1672, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, p. 264).

Nella prima ipotesi, in cui si discorre di rimesse meramente ripristinatorie, i termini prescrizionali decorrono dalla chiusura del rapporto. Nella seconda, invece, si discorre di rimesse solutorie, aventi funzione di pagamento di un debito esistente ed esigibile dalla banca; pertanto, i termini di prescrizione decorrono dall'annotazione a credito (v. G. D'AMICO, *Operazioni bancarie in conto corrente e decorrenza della prescrizione*, in *Contratti*, 2012, p. 445 ss.; contra A.A. DOLMETTA, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'indebito*, *ivi*, 2011, p. 498).



ss.; P. FERRO-LUZZI, *Una nuova fattispecie giurisprudenziale: «l'anatocismo bancario»; postulati e conseguenze*, in *Giur. comm.*, 2001, p. 5 ss.).

Sebbene il principio enunciato graviti attorno all'interazione tra i contratti di conto corrente e di apertura di credito, i giudici ermellini non hanno chiarito su chi gravi l'onere di dar prova dell'esistenza e della consistenza dell'affidamento né, in secondo luogo, in cosa consista tale prova.

Sul punto interviene la sentenza in esame, ove si rileva primariamente che, in applicazione della generale norma codicistica in tema di ripartizione dell'onere probatorio, spetta alla banca dar prova dei fatti costitutivi posti a fondamento della propria eccezione di prescrizione, dimostrando che il conto corrente non era assistito da fido.

Nella specie, tuttavia, laddove il contratto prodotto in atti risulti non affidato, l'onere della banca dovrà considerarsi correttamente integrato e spetterà invece al correntista ribaltare il quadro probatorio, producendo in giudizio il contratto di apertura di credito (v. anche Trib. Ravenna, 6 giugno 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 1024 ss., con nota di P. BONTEMPI, *Quando il tempo cancella tutto nel rapporto tra banca e cliente*; in dottrina, V. TAVORMINA, *Sull'applicazione delle Sezioni unite n. 24418/2010 dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 78/2012: dinamiche processuali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, p. 459 ss.).

## 2. Gli orientamenti difformi

Secondo il diverso e maggioritario orientamento giurisprudenziale, invece, l'onere di dimostrare la natura solutoria delle rimesse graverebbe interamente sulla banca. Ciò sulla scorta del principio secondo cui i versamenti eseguiti in costanza di rapporto hanno, normalmente, funzione ripristinatoria della provvista, non determinando alcuno spostamento patrimoniale dal *solvens* all'*accipiens*. Ne deriva che, corrispondendo tale funzione allo schema causale tipico del contratto di conto corrente, la diversa finalizzazione dei versamenti deve essere in concreto provata da chi intenda far decorrere la prescrizione dalla singola annotazione delle rimesse (cfr. Cass., 26 febbraio 2014, n. 4518 e Cass., 24 marzo 2014, n. 6857, entrambe in *Danno resp.*, 2014, p. 828 ss.).

La banca, pertanto, dovrà fornire la prova dell'esatta consistenza dell'affidamento concesso al correntista, di modo da consentire l'individuazione di eventuali rimesse operate su c/c scoperto (giunge alla medesima conclusione, nella misura in cui ritiene possibile provare l'apertura di credito per *facta concludentia*, G. COLANGELO, *Prescrizione dell'azione di ripetizione: dalla Cassazione un primo rimedio*, in *Danno resp.*, 2014, p. 833 ss.; in giurisprudenza, Trib. Bergamo, 3 agosto 2016, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 468 ss., con nota di F. SANGERMANO, *Versamenti indebiti in conto corrente nel caso di contratto di affidamento bancario concluso per facta concludentia*).

Un ulteriore orientamento ritiene invece che, eccettuata la prescrizione, l'onere di dimostrare la sussistenza del contratto di apertura di credito gravi interamente sul correntista. Ciò in base al generale principio per cui chi intenda far valere l'esistenza di un contratto, al fine di trarne le conseguenze a sé favorevoli, è tenuto

a fornire la prova del fatto costitutivo di tale pretesa. Diversamente opinando, verrebbe a gravare a carico della banca l'onere di fornire la «diabolica prova» di un fatto negativo, consistente nella mancata stipulazione di un contratto (App. Brescia, 23 dicembre 2015, in *Quot. Giur.*, 20 gennaio 2016; Trib. Mantova, 11 giugno 2014, consultabile in *www.ilcaso.it*).

### 3. Osservazioni

La sentenza in commento ha il merito di fornire la migliore soluzione al problema posto dalla fattispecie in esame.

Non sembra infatti meritevole di accoglimento l'orientamento maggioritario che, nel ritenere «normalmente ripristinatorie» le rimesse operate su c/c, pone alla base delle proprie argomentazioni un principio che le richiamate Sezioni unite hanno enunciato con riferimento al diverso contratto di apertura di credito (rileva tale incongruenza Trib. Torino, 20 giugno 2014, cui fa richiamo A. AGNESE, *Liti con le banche e prove in giudizio*, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 187 ss.).

Al contrario, come correttamente rileva la Corte d'appello di Napoli, deve ritenersi che l'operatività naturale del c/c, in assenza di affidamento alcuno, presupponga che ogni rimessa effettuata su saldo negativo debba qualificarsi come solutoria, non essendosi impegnata la banca a garantire alcuna «elasticità di cassa» al correntista (dello stesso avviso P. BONTEMPI, *Quando il tempo cancella tutto nel rapporto tra banca e cliente*, cit., p. 1032; in giurisprudenza Trib. Bergamo, 3 agosto 2016, cit., p. 469).

Certo è anche che, laddove la banca alleggi a fondamento delle proprie eccezioni l'inesistenza stessa del contratto di apertura di credito, la formulazione negativa di tale circostanza non determinerà alcun esonero dalla necessità di darne prova.

In materia, invero, giurisprudenza e dottrina sono univoche nell'affermare che l'onere probatorio *ex art. 2697 c.c.* non subisce alcuna deroga quando lo stesso abbia ad oggetto fatti negativi; tuttavia, non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto non avvenuto, la relativa prova potrà esser data mediante l'accertamento di specifici fatti contrari ovvero per presunzioni (Cass., 10 novembre 2005, n. 21831 in *Giur. it.*, 2006, p. 747; Cass., 20 maggio 1993, n. 5744, in *Giust. civ.*, 1993, p. 2668; in dottrina S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, *sub. artt. 2697-2698*, Bologna-Roma, 1987, p. 109 ss.; M. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim.*, 1992, p. 749 ss.).

La sentenza in esame si pone in piena continuità con tale ricostruzione, laddove ritiene che il mancato affidamento del contratto di c/c prodotto in atti costituisca un indizio grave e preciso dell'inesistenza di un collegato contratto di apertura di credito.

Delineatosi tale quadro probatorio, spetterà al correntista fornire prova contraria dell'esistenza e dell'esatta consistenza dell'affidamento, producendo in giudizio il relativo contratto. [ROBERTO PERRONE]

*Quando è soddisfatto il requisito di forma scritta previsto a pena di nullità nei contratti bancari?*

Tribunale di Napoli, Sez. X, 22 marzo 2018, n. 2878; Giud. Mon. Pappalardo; N. s. c. (Avv. A. Marino) c. B.M.P.S. s.p.a. (Avv. D. Sinesio)

### **Contratti bancari – Forma scritta – Mancata sottoscrizione da parte della banca – Nullità – Esclusione**

*Il requisito della forma scritta di cui all'art. 117, d.lg. 1° settembre 1993, n. 385, deve ritenersi soddisfatto con la redazione per iscritto del contratto e la consegna della copia al cliente, risultando sufficiente la sottoscrizione di quest'ultimo e non necessaria quella della banca, il cui consenso può desumersi da comportamenti concludenti dalla stessa tenuti.*

Art. 1325 c.c.; art. 117, d.lg. 1° settembre 1993, n. 385; art. 23, d.lg. 24 febbraio 1998, n. 58.

#### **1. Il caso**

Una società stipula con la propria banca due contratti di conto corrente affidati, i cui interessi e competenze vengono contabilizzati su un rapporto di conto già esistente.

Estinti i due rapporti la società, contestando l'entità del saldo del conto regolatore e l'assenza di sottoscrizione dei contratti da parte della banca, agisce in giudizio per ottenere la nullità di questi ultimi per difetto di forma scritta ex art. 117, d.lg. 1° settembre 1993, n. 385, e la restituzione di quanto indebitamente pagato.

Il giudice accerta la validità dei contratti, ritenendo a tal fine sufficiente la sola sottoscrizione del correntista.

#### **2. Orientamenti difformi**

La questione affrontata dalla pronuncia in epigrafe verte in tema di forma scritta dei contratti ex art. 117, d.lg. 1° settembre 1993, n. 385 – nonché di quelli ex art. 23, d.lg. 24 febbraio 1998, n. 98, per l'unicità della *ratio* sottesa – ed è piuttosto controversa, al punto che di recente si è reso necessario l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

L'orientamento contrario a quello espresso nella pronuncia in commento muove dal presupposto che il requisito, richiesto a pena di nullità, non sia soddisfatto dalla sola sottoscrizione del cliente [Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, in *Contratti*, 2016, p. 1089, con nota di S. GIULIANI, *Nullità del contratto quadro di investimento per difetto di sottoscrizione dell'intermediario e abuso del diritto*. Fin d'ora si veda anche S. PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari cd. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contratti*, 2017, p. 679 ss.].

Per tali contratti, stipulati nella prassi per corrispondenza mediante lo scambio di dichiarazioni poste anche in documenti separati, ma inscindibilmente collegati, non sono validi equipollenti della sottoscrizione la produzione in giudizio del modulo negoziale da parte del contraente non firmatario, né altra manifestazione di volontà dello stesso dalla quale desumere il consenso (Cass., 27 aprile 2016, n. 8396, in *Foro it. online*). La produzione in giudizio, determinando un perfezionamento *ex nunc* e non *ex tunc* del contratto, non sana le operazioni già realizzate in attuazione di quest'ultimo (Cass., 3 gennaio 2017, n. 36, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Contratti bancari*, n. 25; *contra*, Cass., 29 aprile 1982, n. 2707, in *Mass. Giust. civ.*, 1982, p. 4). Milita inoltre nella direzione indicata l'invalidità della convalida di un contratto nullo *ex art.* 1423 c.c.; ne consegue, perciò, l'obbligo di restituzione delle somme interessate (Cass., 11 aprile 2016, n. 7068, in *Contratti*, 2016, p. 1093; in senso difforme giurisprudenza minoritaria sulla convalida tacita mediante le operazioni realizzate: Trib. Verona, 1° ottobre 2009, in *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, n. 5028 e Trib. Verona, 22 luglio 2010, in *Società*, 2011, p. 675, con nota di R. DELLA VECCHIA, *Forma dei contratti e obblighi informativi nella prestazione di servizi di investimento*. In generale, sul potere di convalida: S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2013, p. 26 ss.; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011, p. 58 ss.).

Si è anche osservato che nei contratti in cui la forma è richiesta *ad substantiam* la formazione del consenso non può avvenire tramite comportamenti attuativi e concludenti, poiché il documento costituisce «estrinsecazione formale e diretta della volontà delle parti» di perfezionare l'accordo. Non è configurabile, pertanto, «una formazione del consenso al di fuori dello scritto medesimo»: quest'ultimo viene redatto al fine specifico di manifestare per iscritto la volontà contrattuale (Cass., 24 marzo 2016, n. 5919, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1114, con nota di A. TUCCI, *Conclusione del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento*; orientamento consolidato e risalente, *ex multis* Cass., 7 giugno 2011, n. 12297, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, p. 854; Cass., 15 novembre 1986, n. 6738, *ivi*, 1986, p. 11; Trib. Rimini, 12 ottobre 2010, in *Corr. merito*, 2011, p. 139, con nota di V. SANGIOVANNI, *Mancata sottoscrizione e forma del contratto di intermediazione finanziaria*).

### 3. Orientamenti conformi. Il punto delle Sezioni Unite

Altro indirizzo, cui aderisce la pronuncia in commento, ritiene assolto il requisito di forma scritta nonostante la sottoscrizione del solo cliente. «Sia la produzione in giudizio della scrittura da parte di chi non l'ha sottoscritta, sia qualsiasi manifestazione di volontà del contraente che non abbia firmato, risultante da uno scritto diretto alla controparte e dalla quale emerga l'intento di avvalersi del contratto, realizzano un valido equivalente della sottoscrizione mancante, purché la parte che ha sottoscritto non abbia in precedenza revocato il proprio consenso ovvero non sia deceduta» (Cass., 22 marzo 2012, n. 4564, in *Il Caso.it*, Sez.

Giurisprudenza, n. 8544; Cass., 7 settembre 2015, n. 17740, consultabile sulla banca dati *dejure online*).

Rispetto all'efficacia *ex nunc* della produzione in giudizio del documento, è decisivo il rilievo accordato ad altre forme di manifestazione della volontà idonee a rivelare, per *facta concludentia*, l'originaria esistenza del consenso della banca (orientamento maggioritario: tra le altre, Trib. Napoli, 11 luglio 2015, n. 8647; Trib. Pistoia, 19 dicembre 2016, n. 1267; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 29 giugno 2017, n. 2121, tutte in *www.expartecreditoris.it*, voce *Contratti bancari*). Nei contratti *de quibus* la forma, pur essendo prescritta *ad substantiam*, non è elemento costitutivo del contratto, bensì strumento di tutela del cliente sotto il profilo della chiarezza e trasparenza informativa del regolamento contrattuale. Talché, ove il suddetto interesse sia soddisfatto, il requisito formale è rispettato (Cass., 27 aprile 2017, n. 10447, in *Contratti*, 2017, p. 393; Trib. Alessandria, 31 ottobre 2017, n. 990, in *www.expartecreditoris.it*, voce *Contratti bancari*. Sul tema del neoformalismo si veda, anche per riferimenti, S. POLIDORI, *Forme legali poste a tutela dei consumatori: funzioni e discipline*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 119 ss. e P. GAGGERO, *Neoformalismo negoziale di "protezione" e struttura della fattispecie contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 1463 ss.).

Da ultimo hanno fatto il punto sulla questione le Sezioni Unite della Cassazione con la pronuncia n. 898 del 16 gennaio 2018. Secondo il Supremo Collegio, la sottoscrizione della banca non è necessaria ai fini della validità del contratto, risultando un elemento strutturale che, «reso certo il raggiungimento dello scopo normativo con la sottoscrizione del cliente sul modulo contrattuale predisposto [dalla banca] e la consegna dell'esemplare della scrittura in oggetto, non verrebbe a svolgere alcuna specifica funzione». Una volta che sia possibile desumere il consenso della banca da comportamenti concludenti dalla stessa tenuti, il requisito di forma scritta è rispettato «ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente», essendo sufficiente la sola sottoscrizione di quest'ultimo (Cass., Sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Foro it.*, 2018, I, c. 928, con note di L. MODICA, *Il volto crudele, ma autentico, del formalismo informativo*, e G. LA ROCCA, *«Interessi contrapposti» e «conseguenze opportunistiche» nella sentenza delle sezioni unite sulla sottoscrizione del contratto*; sulla scia, App. Milano, 20 luglio 2018, n. 3548, in *www.expartecreditoris.it*, voce *Contratti bancari*).

#### 4. Osservazioni

Sullo sfondo della disputa si colloca il dibattito, mai sopito, intorno al fondamento della forma negoziale. L'indirizzo più rigoroso, che reputa in ogni caso essenziali le sottoscrizioni di entrambe le parti, sottende un approccio squisitamente strutturalistico; l'orientamento sancito dalle Sezioni Unite e fatto proprio dal Tribunale di Napoli, viceversa, sembra collocarsi in una prospettiva di tipo funzionale.

Aderendo alla prima tesi, la forma in senso strutturale è requisito imprescindibile per la validità del contratto, al pari degli altri di cui all'art. 1325 c.c. Sin-

teticamente, «il formalismo (...) è principio costitutivo della legalità» (N. IRTI, *Formalismo e attività giuridica*, in *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, p. 7 ss.; ID., *Idola libertatis, Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, p. 19 ss.). Ponendosi in questa logica, il difetto di sottoscrizione di entrambi i contraenti mina il requisito della forma – bilaterale – *ad substantiam* previsto per l'esistenza e la certezza dell'atto stesso [in questo senso anche D. MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, nota a Cass., 27 aprile 2017, n. 10447, in *Contratti*, 2017, p. 393 ss., evocando la categoria dell'ordine pubblico di direzione].

A diverse conclusioni si giunge abbracciando la prospettiva metodologica che aggrancia la disciplina della forma negoziale alla funzione di volta in volta assoluta (P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 131 ss.). In questa chiave, la forma del contratto bancario rileva non tanto per lo scopo mediato di condizionare la validità del contratto, quanto per quello immediato di garantire la conoscibilità del vincolo contrattuale da parte del contraente debole. Se tale finalità non è stata frustrata, il requisito della forma scritta è soddisfatto, anche in presenza della sola sottoscrizione del cliente (G. LA ROCCA, *La "forma informativa" innanzi alle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2740; G. D'AMICO, *Le Sezioni Unite sul c.d. contratto mono-firma. La "forma" del contratto-quadro ex art. 23 T.U.F. non è prescritta ad substantiam actus*, in *Contratti*, 2018, p. 133 ss.), tanto più che la sottoscrizione mancante è quella della banca, ossia del contraente che ha predisposto unilateralmente il testo contrattuale.

La forma, declinata in senso funzionale alla *ratio* della norma che la prescrive, modella il profilo della validità del contratto bancario secondo modalità che devono essere verificate, di volta in volta, in maniera teleologicamente orientata. [LAURA FASANO]

*In caso di sinistro stradale, l'accertamento della colpa esclusiva di uno dei conducenti esonera l'altro dall'onere di provare di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno?*

Trib. Torre Annunziata, 26 marzo 2018, n. 774; Pres. Rel. M.R. Barbato; E. (Avv. M. Liguori) e G. (Avv.ti M. Liguori e T. Conte) c. C.A. (contumace) e Generali Italia s.p.a. (Avv. P. Vitiello)

#### **Circolazione stradale – Scontro di veicoli – Presunzione di colpa**

*Nell'ipotesi di scontro tra veicoli, ove sia accertata la condotta inequivocabilmente idonea a cagionare il danno (immissione repentina e non segnalata nel flusso della circolazione da viale privato) da parte di uno dei conducenti, l'impossibilità,*

*per l'altro, di fornire la prova liberatoria non implica l'automatico addebito a quest'ultimo di un concorso di colpa.*

Art. 2054 c.c.

### 1. *La soluzione del caso e gli orientamenti conformi*

Col provvedimento in esame, il Tribunale di Torre Annunziata condanna al risarcimento del danno patrimoniale da sinistro stradale il conducente autore di una condotta «inequivocabilmente idonea a cagionare il danno». In particolare, in assenza di elementi in atti comprovanti il concorso alla produzione del danno da parte dell'altro soggetto coinvolto, la responsabilità è imputata in via esclusiva. Sul precedente di Cass., 7 giugno 2011, n. 12408 (in *Foro it.*, 2011, I, c. 2274), il giudice reputa che, sebbene l'accertamento in concreto della colpa di uno dei conducenti non comporti di per sé il superamento della presunzione di colpa concorrente dell'altro (all'uopo occorrendo che quest'ultimo fornisca la prova liberatoria, ovvero la dimostrazione di essersi uniformato alle norme sulla circolazione e a quelle della comune prudenza, e di essere stato messo in condizioni di non potere fare alcunché per evitare il sinistro), nella specie è determinante la prova della colpa assorbente di uno dei soggetti coinvolti, tale da far venir meno la presunzione di pari colpevolezza ex art. 2054, comma 2, c.c. e l'onere di provare, da parte dell'altro conducente, di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno.

In realtà, secondo il Tribunale, la prova liberatoria sarebbe resa indirettamente per il tramite dell'accertamento del collegamento eziologico esclusivo dell'evento dannoso con il comportamento dell'altro conducente (v. già Cass., 16 febbraio 2017, n. 4130, in *Arch. giur. circol.*, 2017, 5, p. 416; Cass., 23 gennaio 2014, n. 1365, in *Dir. giust.*, 2014, p. 31, con nota di A. VILLA; Cass., 22 aprile 2009, n. 9550, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1924; Cass., 10 marzo 2006, n. 5226, in *Arch. giur. circol.*, 2006, p. 819). In più, il giudice di merito valuta la condotta di guida del danneggiato, il quale «secondo quanto emerso dalla prova orale, procedeva a velocità moderata e nulla poteva per evitare l'impatto con l'autovettura». Pertanto, la fattispecie concreta non lascia margini per l'operatività dell'art. 2054, comma 2, c.c.

In linea il Trib. Bergamo, 23 gennaio 2018, n. 150 (in *www.dejure.giuffre.it*) giudica responsabili – in misura paritaria – entrambi i conducenti dei veicoli coinvolti nel sinistro, là dove difetti la prova della sussistenza della colpa esclusiva e, pertanto, non può ritenersi superata la presunzione di pari responsabilità ex art. 2054, comma 2, c.c. Secondo il giudice, infatti, ove risulti che l'incidente si sia verificato per colpa esclusiva di uno dei conducenti e che nessuna colpa per converso sia ravvisabile nel comportamento dell'altro, quest'ultimo resta esonerato dalla presunzione legale di colpa e non è tenuto a provare di avere fatto tutto il possibile per evitare il danno (in tal senso anche Cass., 19 dicembre 2008, n. 29883, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 12, p. 1820; Cass., 22 settembre 2015, n. 18631, in *Arch. giur. circol.*, 2016, 2, p. 146).

Il principio secondo il quale la condotta colposa di uno dei conducenti non comporta, di per sé, il superamento della presunzione di corresponsabilità posta dall'art. 2054, comma 2, c.c., trova un limite nell'accertamento che il comportamento dell'altro sia stato pienamente conforme alle norme della circolazione e di comune prudenza (Cass., 17 gennaio 1996, n. 343, in *Riv. giur. circol. trasp.*, 1996, p. 523; Cass., 20 marzo 1998, n. 2979, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 626; Cass., 15 gennaio 2003, n. 477, *ivi*, 2003, p. 92). In definitiva, la sentenza in commento si allinea all'orientamento secondo il quale «la presunzione di pari responsabilità dei conducenti di veicoli a motore coinvolti in un sinistro stradale, prevista dall'art. 2054, comma 2, c.c., può essere superata anche dall'accertamento in concreto che la condotta di uno dei conducenti ha avuto efficienza causale assorbente nella produzione dell'evento dannoso» (Trib. Salerno, 24 novembre 2014, n. 5551, in *www.dejure.giuffre.it*).

## 2. Gli orientamenti difformi

Gli orientamenti giurisprudenziali che possono considerarsi difformi condividono con la sentenza in commento almeno due corollari. L'art. 2054, comma 2, c.c., infatti, nel ripartire in egual misura la presunzione di colpa tra i soggetti coinvolti nel sinistro, ha funzione meramente sussidiaria, nel senso che opera sia quando non è possibile l'accertamento in concreto della misura delle rispettive responsabilità, sia quando non è possibile, in fatto, stabilire la sequenza causale del sinistro.

Ciò posto, la divergenza sorge in ordine al contenuto della prova liberatoria. Secondo un copioso indirizzo giurisprudenziale (*ex multis*, Cass., 20 marzo 2017, n. 7056, in *Guida dir.*, 2017, 19, p. 62; Cass., 11 giugno 1990, n. 5679, in *Mass. Giust. civ.*, 1990, p. 6; Cass., 13 novembre 1997, n. 11235, *ivi*, 1997, p. 2162; Cass., 5 maggio 2000, n. 5671, in *Giur. it.*, 2001, p. 909; Cass., 16 maggio 2008, n. 12444, in *Arch. giur. circol.*, 2008, 10, p. 829; Cass., 14 novembre 2013, n. 25620 in *Mass. Giust. civ.*, 2013; Cass., 4 novembre 2014, n. 23431, *ivi*, 2015, 4, p. 371; Cass., 8 gennaio 2016, n. 124, *ivi*, 2016, 5, p. 419), il superamento della presunzione di colpa concorrente, sancita dall'art. 2054 c.c., si otterrebbe per il tramite dell'accertamento, insieme a quello della colpa dell'altro conducente, di una condotta pienamente uniformata alle norme sulla circolazione e a quelle di comune prudenza, accompagnato dalla prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno.

In tal senso si è espresso di recente il Tribunale di Napoli (Trib. Napoli, 30 giugno 2017, n. 7623, in *www.dejure.giuffre.it*), il quale imputa la responsabilità all'esito dell'accertamento non soltanto della violazione colposa di una specifica norma del Codice della strada, ma anche dell'osservanza, da parte dell'altro conducente, di tutte le norme di comportamento delle quali il caso concreto esige il rispetto e finanche dell'effettivo raggiungimento dello scopo delle disposizioni medesime. In motivazione, il giudice richiama Cass., 15 gennaio 2003, n. 477 (in *Mass. Giust. civ.*, 2003, p. 92), ove si statuisce che «conseguentemente l'infrazione, anche grave, come l'invasione dell'altra corsia commessa da uno dei conducenti,



il giudice non è dispensato dal verificare anche il comportamento dell'altro conducente al fine di stabilire se, in rapporto alla situazione di fatto accertata, sussista un concorso di colpa nella determinazione dell'evento dannoso», e reputa che la prova liberatoria sia pienamente raggiunta, poiché è emerso che il danneggiato, in quanto rispettoso delle prescrizioni del Codice della strada, ha posto in essere misure dirette ad evitare lo scontro.

In altri termini, secondo questo indirizzo (seguito anche da Trib. Taranto, 19 luglio 2017, n. 2065, in *www.dejure.giuffre.it*; Trib. Pordenone, 25 ottobre 2016, n. 692, in *www.dejure.giuffre.it*), non basterebbe provare che la condotta colposa di uno dei conducenti abbia avuto esclusiva efficienza causale nella causazione del sinistro, in quanto, in assenza della prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno, opererebbe la presunzione di cui all'art. 2054, comma 2, c.c.

### 3. Osservazioni

In dottrina si sostiene che, a fronte della colpa accertata di uno dei conducenti e in assenza dell'accertamento di colpa specifica nei confronti dell'altro, la responsabilità presunta ex art. 2054 c.c. non operi, salvo che non sia possibile appurare *aliunde* le rispettive responsabilità [G. GIANNINI e M. MARIANI, *La responsabilità per i danni dalla circolazione dei veicoli*, Milano, 1983, p. 19 ss.; F. PECCENINI, *La responsabilità civile per la circolazione dei veicoli*, in G. ALPA e M. BESSONE (a cura di), *La responsabilità civile*, II, in *Giur. sist. civ. comm.* Bigiavi, Torino, 1987, p. 672 ss.; *contra*, Cass., 11 febbraio 1980, n. 958, in *Arch. giur. circol.*, 1980, p. 364; M. GRIFFEY, *La responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli e dei natanti*, Milano, 1995, p. 84].

Gli orientamenti difformi pongono a carico del danneggiato l'onere di provare, oltre alla colpa dell'altro conducente, non soltanto l'osservanza delle norme del Codice della strada, la cui violazione avrebbe potuto porsi come antecedente causale nella verifica dell'evento, ma altresì che tale osservanza abbia messo in condizione il conducente di raggiungere lo scopo per il quale quelle norme sono stabilite – cioè evitare l'evento o, comunque, porre in essere azioni volte a evitarlo – ma ciononostante esso si è rivelato inevitabile.

Così ragionando, dunque, occorrerebbe la dimostrazione di aver osservato un grado di diligenza particolarmente elevato, accedendo quindi ad una nozione specifica di colpa che comprende anche le ipotesi più lievi (F. CIGOLINI, *La responsabilità della circolazione stradale secondo la nuova legislazione. Illecito penale-civile-amministrativo*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1963, p. 790; A. DE CUPIS, *Il danno*, I, Milano, 1966, p. 159; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale. A proposito dei diversi sistemi di imputazione dei danni da circolazione dei veicoli*, Napoli, 1992, p. 29 ss.).

Qualora, invece, si acceda alla soluzione per la quale vi sarebbe esonero dalla prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno nel caso di accertata colpa esclusiva di uno dei conducenti, si ritiene sufficiente la dimostrazione di non aver violato alcuna regola di condotta secondo le circostanze del caso concreto. D'altra parte, solamente tale prova potrebbe essere resa in via indiretta at-

traverso il collegamento eziologico esclusivo dell'evento dannoso con il comportamento dell'altro conducente. In questa prospettiva, però, il riferimento andrebbe alla nozione comune di colpa ex art. 2043 c.c. e, pertanto, gli effetti della disciplina di cui all'art. 2054 c.c. sarebbero ridotti al solo piano processuale, risolvendosi in una mera inversione dell'onere della prova (R. ROVELLI, *Le responsabilità civili e penali per gli incidenti della strada*, Torino, 1974, p. 467; D.R. PERETTI GRIVA, *La responsabilità civile nella circolazione*, Torino, 1959, p. 184).

Tuttavia, trattandosi di responsabilità per qualificazioni della condotta, il contenuto della prova liberatoria («sino a prova contraria») si modella con riferimento a quanto previsto dalla disposizione dell'art. 2054, comma 1, c.c. (C.G. TERRANOVA, *Responsabilità da circolazione di veicoli*, in *Dig. it.*, Torino, 1998, XVII, p. 89 ss.). [MARCO TANZILLO]

*Ai partiti politici va riconosciuta autonomia normativa nella predisposizione dell'ordinamento interno?*

Tribunale di Napoli, Sez. VII, 18 aprile 2018; Giud. Un. N. Graziano; E. D'A. piú altri (avv. L. Borré) c. Associazione "MoVimento5 Stelle" (avv.ti M. Lubrano di Scopraniello; P. Morricone ed E. Grillo)

#### **Partiti politici – Associazioni non riconosciute – Provvedimenti di espulsione degli associati**

*In tema di disciplina applicabile ai partiti politici, la disciplina di riferimento è quella delle associazioni non riconosciute, quindi va correttamente applicato l'art. 36 c.c., il quale tutela la piena autonomia normativa delle associazioni non riconosciute nella predisposizione dell'ordinamento interno.*

Artt. 2 cost.; 21, 24 e 36 c.c.

##### **1. La soluzione del provvedimento in esame**

Gli iscritti all'associazione "MoVimento 5 Stelle" adiscono il Tribunale di Napoli chiedendo la sospensione dei provvedimenti di espulsione irrogati nei loro confronti. A sostegno della richiesta gli attori asseriscono che i suddetti provvedimenti sono stati assunti da organi non previsti dallo Statuto dell'associazione politica e in virtù di un Regolamento pubblicato sul *blogBeppegrillo.it* che introduce una deroga, non legittima, all'applicabilità dell'art. 24 c.c.

Nel corso del giudizio, gli attori chiedono l'emissione di una ordinanza cautelare che disponga la sospensione delle espulsioni e il rinnovo delle elezioni, ma il giudice adito rigetta la richiesta per mancanza del *periculum in mora*: il giudice, nel bilanciamento tra l'interesse dell'associazione alla stabilità delle primarie già svolte e quello degli espulsi alla ripetizione delle votazioni, ritiene che a pre-

valere debba essere il primo. Il giudice non si pronuncia espressamente sulla richiesta di sospensione dei provvedimenti di espulsione; con ogni probabilità (come rilevato dal Collegio in sede di reclamo), il giudice di prime cure ha inteso la richiesta di sospensione come strettamente funzionale all'ottenimento del rinnovo delle c.dd. "comunitarie", sí che respinta la richiesta di rinnovo delle elezioni, ha implicitamente ritenuto non urgente provvedere sulla connessa domanda di sospensione dei provvedimenti di espulsione.

In sede di reclamo, il Tribunale di Napoli, con ordinanza del 13 luglio 2016, accoglie la domanda dei reclamanti, sospendendo l'esecuzione delle deliberazioni di espulsione: gli attori, peraltro, insistono nel chiedere la sospensione dell'efficacia delle espulsioni, non manifestando interesse a impugnare l'ordinanza cautelare nella parte nella quale nega il rinnovo delle elezioni. L'ordinanza considera applicabili al caso in esame gli artt. 21 e 24 c.c., che pongono in capo all'assemblea degli associati le decisioni sui provvedimenti di espulsione e sulle modifiche dello Statuto, ritenendo illegittima la determinazione di espulsione degli attori basata sul Regolamento, che non può essere considerato «fonte equiordinata allo statuto». Oltretutto, si precisa che esiste il presupposto oggettivo tipico per l'adozione del provvedimento cautelare di sospensione: i «gravi motivi» di cui all'art. 24, comma 3, c.c. Secondo il tribunale, il diritto di ogni cittadino di associarsi liberamente per concorrere alla determinazione della politica nazionale (sul punto P. PERLINGIERI e L. LONARDO, *Diritto all'informazione*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 8ª ed., Napoli, 2017, p. 206, ove si precisa che tale diritto, come, del resto, ogni libertà o diritto riconosciuti dalla Costituzione implicano, ai fini del loro esercizio, una ponderazione e una consapevole scelta, frutto di informazione) «deve considerarsi ragionevolmente prevalente rispetto all'interesse, meramente "amministrativo", dell'associazione alla preservazione della stabilità delle sue decisioni fino alla conclusione del giudizio di impugnazione delle stesse».

La sentenza di merito del Tribunale di Napoli conferma l'illegittimità della espulsione degli associati: gli attori non hanno posto in essere alcuna condotta in violazione delle regole dettate per la partecipazione al Movimento 5 Stelle e, pertanto, non sussiste una giusta causa per la loro espulsione.

## 2. *La natura giuridica dei partiti politici e la disciplina applicabile*

Il nodo centrale delle questioni affrontate dai vari giudici è la individuazione della natura giuridica dei partiti politici e, di conseguenza, della disciplina ad essi applicabile.

Così, il Tribunale di Napoli, nella prima ordinanza, pur qualificando i partiti politici come associazioni non riconosciute, propende per l'applicazione delle disposizioni codicistiche dettate per le associazioni riconosciute: in particolare si legge che «il primo comma dell'art. 36 c.c. [...] in materia di associazioni non riconosciute (come sono i partiti e i movimenti politici in generale), stabilisce che il loro ordinamento interno e l'amministrazione sono regolati dagli accordi degli associati» la cui mancanza determina l'applicazione delle norme sulle associazioni riconosciute. Nel caso di specie, il già citato Regolamento non poteva conside-

rarsi portatore di una legittima deroga all'impianto codicistico e, per tali motivi, erano da ritenersi applicabili le disposizioni in materia di associazioni riconosciute, nella specie gli artt. 21 e 24 c.c. che attribuiscono all'assemblea il potere di determinare l'eventuale espulsione degli associati [qualifica i partiti politici come associazioni non riconosciute e propende per l'applicazione delle disposizioni codicistiche dettate per le associazioni riconosciute anche Trib. Roma, 18 agosto 2001, in *www.insexplorer.it*, per il quale «ai partiti politici sono applicabili, ai sensi dell'art. 36 c.c., le disposizioni di cui agli artt. 23 e 24 c.c., in tema di impugnazione delle deliberazioni assembleari ed esclusione dell'associato. Il membro di un partito politico, se privo di poteri rappresentativi, è legittimato ad impugnare le deliberazioni degli organi collegiali, ma non già a domandare giudizialmente l'inibitoria di condotte asseritamente in contrasto con la linea politica del partito, ascritte ad altro membro. Gli aderenti ad associazioni non riconosciute (nella specie, partito politico) possono impugnare dinanzi al giudice, ex artt. 23 e 24 c.c., non solo le decisioni degli organi assembleari, ma anche tutti quegli atti che incidono sulla vita dell'associazione, e che possono avere conseguenze sugli interessi dei singoli associati, anche se adottati da organi diversi dall'assemblea»].

Diametralmente opposte le considerazioni della sentenza del giudice napoletano: il Regolamento è un valido accordo degli associati e introduce una legittima deroga all'impianto codicistico, vale a dire alla sovranità assembleare in materia ex art. 24 c.c. Oltretutto, gli stessi ricorrenti che ne contestano la legittimità lo hanno accettato per *facta concludentia*, dal momento che essi hanno preliminarmente presentato ricorso al Comitato d'Appello così come previsto dal Regolamento. Per il giudice è fuor di dubbio che nella Costituzione emerge la volontà di lasciare la massima libertà di determinare la propria organizzazione interna ai soggetti che si propongono di partecipare alla vita politica, salvo l'obbligo di rispettare i valori democratici e il metodo del concorso democratico alla politica nazionale. Il giudice alla luce di tali considerazioni conclude statuendo che «la disciplina di riferimento è quella delle associazioni non riconosciute, ed è chiaro che non è applicabile alla fattispecie, neppure di risulta, l'art. 24 c.c., riguardante le associazioni riconosciute, bensì va correttamente applicato l'art. 36 c.c., il quale tutela la piena autonomia normativa delle associazioni non riconosciute nella predisposizione dell'ordinamento interno» (sull'applicabilità ai partiti politici della disciplina dettata per le associazioni non riconosciute v. Cass., 23 agosto 2007, n. 17921, in *www.insexplorer.it*, che si occupa, nello specifico, del profilo relativo alla legittimazione processuale: «[o]gni ente si immedesima nell'organo cui la legge o lo statuto conferisce la rappresentanza, sicché un diverso organo dell'ente, privo del potere processuale, non è legittimato a stare in giudizio per l'ente stesso. In particolare, in tema di associazioni non riconosciute, nel cui ambito vanno compresi anche i partiti politici, la legittimazione processuale spetta a chi è conferita la presidenza o la direzione, secondo gli accordi degli associati, come disposto dall'art. 36 c.c.»). Pacifica in dottrina la riconduzione dei partiti politici nell'alveo delle associazioni non riconosciute (di recente, P. PER-

LINGIERI e G. LISELLA, *Associazioni non riconosciute*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 164; G. IORIO, *Profili civilistici dei partiti politici. Statuti, prassi, tecniche legislative*, Napoli, 2018, p. 1 ss.).

### 3. Osservazioni

Determinante nella decisione della sentenza in epigrafe è la considerazione dell'autonomia normativa nella predisposizione dell'ordinamento interno che connota i partiti politici, della libertà costituzionalmente riconosciuta ai soggetti che si propongono di partecipare alla vita politica di «disegnare la propria organizzazione interna, fermo l'obbligo di rispettare i valori democratici e il metodo del concorso democratico alla politica nazionale». Con riferimento a tale obbligo, sottolineato dal Tribunale, particolarmente interessanti si presentano le considerazioni di una attenta dottrina che ha avvertito l'impostazione che si era radicata all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione sull'immunizzazione della vita interna delle formazioni sociali dal controllo giurisdizionale, affermando che, al contrario, la democrazia interna e il rispetto della legalità nei partiti sono condizioni necessarie della loro legittimazione costituzionale (in questi termini, F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, sub artt. 36-42, Bologna-Roma, 1976, p. 158 ss., ma spec. p. 168 ss. Condivide le impostazioni sulla necessità del superamento della impermeabilità dei partiti politici ai principi del sistema ordinamentale P. PERLINGIERI, *Francesco Galgano e i partiti politici*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 630. Sul punto v., tra gli altri, G. ASTUTI, *Natura e funzione dei partiti politici*, in *Iustitia*, IV, 1958, p. 370; P. RESCIGNO, *Sindacati e partiti nel diritto privato*, Bologna, 1971, p. 133 ss.; P. CARETTI e S. GRASSI, *La "giustizia interna" nei partiti*, in *Riv. trim.*, 1976, p. 1594 ss.). A tal proposito, di recente, in una pronuncia del Tribunale di Roma (Trib. Roma, 19 febbraio 2018, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it)) – adito da una iscritta al MoVimento 5 Stelle che chiede la sospensione delle cc.dd. parlamentari del M5S e la loro rinnovazione perché, sebbene abbia partecipato alla procedura per la scelta degli aspiranti parlamentari in vista delle elezioni politiche nazionali del 4 marzo 2018, si accorge che il suo nominativo non era presente nella lista dei candidati pubblicata *on line* – si legge che il richiamo al metodo democratico, contenuto nell'art. 49 cost., «appare dettato con riguardo specifico al profilo esterno dei partiti politici» e non vi sarebbe alcuna imposizione di «procedure democratiche di selezione dei candidati». (Critico G. IORIO, *L'immunità dei partiti dalle regole di democrazia interna: quo usque tandem?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 866, per il quale i partiti «sono [...] associazioni che, nel loro interno, si devono organizzare con metodo democratico». In questi termini già P. PERLINGIERI e M.A. URCIUOLI, *Art. 49*, in P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 2001, p. 337, e *ivi* ulteriore bibliografia a sostegno della osservanza del metodo democratico di là dalla sola azione esterna dei partiti). [BARBARA BORRILLO]