

Nuova

GIURISPRUDENZA

ligure

RIVISTA QUADRIMESTRALE

Anno XXV n. 2 Maggio/Agosto 2023



ALL'INTERNO

Notiziario

DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI GENOVA

EDITORIALE

Mitja Gialuz

Giurisprudenza di merito e valorizzazione del precedente: uno sforzo comune di accademia, magistratura ed avvocatura

DIRITTO CIVILE

Tribunale di Savona, 8 aprile 2022

E-mail e SMS costituiscono piena prova dei fatti

Tribunale di Genova, sez. II civ., 22 marzo 2023, n. 739

Responsabilità per danni da cose in custodia

Guido Alpa

Danno in re ipsa e tutela dei diritti fondamentali

Michele Marchesiello

Garantismo, una messa a fuoco: a proposito di un nuovo libro di Enzo Roppo

DIRITTO DEL LAVORO

Andrea Firriolo

Lo sciopero del personale della navigazione

DIRITTO AMMINISTRATIVO E COSTITUZIONALE REGIONALE

Lara Trucco

Calendario venatorio ligure per il 2023/2024: il terzo incomodo tra Stato e Regione

DIRITTO PENALE

Lisa Martinelli

Il delitto di maltrattamenti nelle strutture socioassistenziali

DEONTOLOGIA FORENSE

Fabio De Santis

Consiglieri dell'Ordine e deontologia

NUOVA GIURISPRUDENZA LIGURE

Rivista quadrimestrale di giurisprudenza

del Distretto della Corte d'Appello di Genova, fondata nel 1999

Comitato Scientifico

Guido Alpa, Camillo Belfiore, Sergio Maria Carbone, Luigi Cocchi, Paolo Comanducci, Pasquale Costanzo, Andrea D'Angelo, Gisella De Simone, Antonino Dimundo, Riccardo Ferrante, Andrea Fusaro, Antonio Lovisolo, Michele Marchesiello, Corrado Marvasi, Vito Piergiovanni, Paolo Pisa, Adriano Sansa, Stefano Savi, Alessandro Vaccaro

Comitato di Direzione

Ugo Carassale, Pierluigi Chiassoni, Guido Colella, Luciano Di Noto, Giuseppe Donato, † Sergio Faiella, Gilda Ferrando, Mauro Ferrando, Emanuele Lamberti, Riccardo Maoli, Roberto Negro, Carlo Rossello, Ivano Vigliotti, Alvaro Vigotti

Responsabile della redazione

Alessandro Barca

COORDINATORI

Sezione di diritto civile

Elena Bassoli (E.B.), Alexander Beecroft (A.BEE.), Cesare Bruzzone (C.BRU.), Anna Maria Calcagno (AN.CCG.), Francesca Calvari (F.CA.), Antonio Cimino (A.C.), Simonetta Cocconi (SI.CO.), Rosario D'Arrigo (R.D'AR.), Francesco Dimundo (FDM.), Stefano Faccio (S.F.), Michela Ferraris (MIF.), Antonio Fontana (A.FONT.), Carlo Iavicoli, Antonio Lijoi (A.LIJ.), Patrizia Monferrino (P.MO.), Alberto Princiotta, Gian Maria Tavella (G.M.T.), Marco Tiby (M.TY.), Stefano Andrea Vignolo (ST.VGN.)

Sezione di diritto del lavoro

Corrado Marvasi, Stefano Torchio (ST.TO.)

Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale

Pasquale Costanzo, Lara Trucco

Sezione di diritto tributario

Antonio Lovisolo

Sezione di diritto penale

Roberta Barbanera (R.BA.), Raffaele Caruso (R.C.), Graziella Delfino (G.D.), Carola Flick (C.FLK.), Emanuele Olcese (E.O.), Elisabetta Pagano (EL.PAG.), Andrea Sciello (A.SC.)

Sezione di deontologia forense

Fabio De Santis, Elisabetta Ratti

COLLABORATORI

Sezione di diritto civile

Flavia Abbondanza (FL.A.), Federica Adorni (FAD.), Francesca Bagnasco (FBGN.), Stefano Baldissin (S.BL.), Francesca Bartolini (FBART.), Giulia Bastianelli Naticchi (G.B.N.), Massimo Benoit Torsegno (M.B.T.), Elisa Benvenuto (EL.BNV.), Silvio Bertieri (SB), Marzio Bini (MA.BN.), Filippo Biolè, Antonio Bisignani, Paola Blengino, Tiziana Blengino (T.BLE.), Lavinia Botto, Elisa Brigandi (EL.BR.), Carlo Alberto Calcagno, Alessandra Caldini, Sonia Canata (SO.C.), Chiara Canepa (CH.CNP), Matteo Caniglia Cogliolo (M.C.C.), Alessandro Castino, Massimiliano Cattapani (M.C.), Ivano Cavanna, Valentina Cavanna (V.CAV.), Chiara Cellerino (C.CELL.), Emiliano Cerisoli (E.CER.), Antonio Maria Corzino (A.M.C.), Michela Cucich (M.CH.), Elena Curletto (EL.C.), Pierpaolo Curri (P.P.CU.), Francesca Dagnino (FDA.), Marina Damonte (MA.DMT.), Michele Dassio, Annamaria De Luca (A.DL.), Raffaella Demaria (R.D.), Gianvittorio Domini (GV.D.), Paolo Donadoni, Attilio Fagiani, Chiara Fatta (C.F.), Gabriele Fazzari, Daniele Ferrari (D.F.), Damiano Fiorato, Francesca Florino, Ce-

sare Fossati, Stella Frascà (ST.FR.), Serafina Funaro (SE.F.), Francesco Gaeta (F.G.), Barbara Gambaro (BA.GMB.), Francesco Ghisiglieri (FGHI.), Chiara Gianelli (C.GIA.), Barbara Grasso, Christian Graziano (C.GRA.), Giuseppe Inglese (G.ING.), Andrea La Mattina (A.I.A.M.), Elena Lanzi, Anita Liporace (A.LI.), Fiammetta Malagoli (FMLG.), Francesca Maoli, Valentina Massara (V.M.), Andrea Maura (A.MAU.), Federica Marchese (FED.MH.), Cristina Marras, Chiara Medinelli (C.MED.), Francesco Simone Melandri (F.S.M.), Jenny Meloni (J.MLN.), Eugenio Migliorini (EU.MI.), Federico Montaldo (F.M.), Alessandro Nicolini (A.N.), Anna Maria Occasione (A.M.OC.), Silvia Olcese (SI.OL.), Annalisa Olivieri (A.O.), Nicola Orecchia (N.OR.), Francesca Orfanelli (F.O.), Francesca Paderno (FP), Carlo Pasero (C.PA.), Clizia Pastorino (CLI.P.), Giuseppe Piccardo (GIU.P.), Stefania Polidorou (STE.POL.), Federico Repetti (FRPT.), Francesca Ricca (FR.RIC.), Mario Riccomagno, Raffaella Romoli (R.RO.), Guia Rovegno (GU.R.), Anna Ruberto, Alessandro Saccomani (A.SAC.), Francesca Scamuzzi (FR.SCA.), Giorgia Scuras, Agnese Sgotti (A.SG.), Michele Sivarido (M.SIV.), Laura Sommazzi, Paolo Tarnassi, Maurizio Temesio, Federica Testini, Francesco Massimo Tiscornia, Fabio Toriello, Filippo Maria Torresi, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Elisabetta Varni (E.VAR.), Andrea Vené, Jenny Verduci (J.V.), Valeria Vignolo (V.VGN.), Giacomo Viotti, Andrea Vistosi (A.VST.), Fabio Zanolì (FA.ZA.), Filippo Andrea Zorzi (FA.Z.)

Sezione di diritto del lavoro

Marco Bruno (MA.BR.), Andrea Firriolo, Pier Franco Raffaelli (PRA.), Valeria Torchio (VA.TO.)

Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale

Francesca Bailo (FB.), Lorenzo Barabino (L.B.), Marco Berruti (M.B.), Gabriella Bozzone (G.B.), Francesco Giuseppe Campodonic, Omar Caramaschi (O.C.), Luca Costanzo (L.C.), Ludovica Costigliolo, Simone Frega (S.F.), Fabio Gaggero (F.G.), Alessandro Salustri (A.S.), Glauco Stagnaro, Matteo Timo (M.T.)

Sezione di diritto tributario

Federico Bertocchi, Andrea Giolo (AN.GI.), Fabio Graziano (F.G.), Alessandra Piccardo (A.P.)

Sezione di diritto penale

Luca Barontini, Cristina Brigneti (CR.BR.), Francesco Brignola (FR.BR.), Francesca Bruzzone (FR.BRZ.), Martina Caputo (M.CAP.), Giovanna Ceresa Gastaldo, Maria Cersosimo, Michele Ciravegna (M.CIR.), Martina Di Giovanni, Martina Duina, Luca Aldo Forlani, Cecilia Gentile, Stefania Ligas (S.LIG.), Nicoletta Lisi (NIC.LI.), Francesca Maberino (FMA.), Lisa Martinelli, Maria Montemagno (M.MG.), Michele Montemagno, Ruggero Navarra, Federico Oneto, Fiorenza Oriana, Paola Pepe (PPE.), Aurora Piromalli, Paolo Pittaluga (PA.PITT.), Gabriele Pontepirino, Renato Ramondo, Luigi Sannino (L.SN.), Valter Semino, Cristina Senes (CR.SEN.), Alessandro Torri (A.T.), Ilaria Torri, Chantal Torrigino (CH.T.), Valentina Ventura Boeri, Valentina Zeccola

Sezione di deontologia forense

Roberta Caprioli, Maria Grazia Gandolfo

Direttore responsabile: Fabrizio Deferrari

Redazione e Amministrazione: c/o Tribunale di Genova

Stampa e diffusione: Janua Srls

Via Ippolito d'Aste 3/10 · 16121 Genova

Tel 010 5956111/21/22 · Fax 010 0986823

www.deferrarieditore.it · info@deferrarieditore.it

Grafica: Elena Menichini

In copertina: Giovanni Andrea De Ferrari (Genova 1598? - ivi 1669), "La Giustizia", Genova, Palazzo di Giustizia
Autorizzazione del Tribunale di Genova n. 24 del 22 luglio 1999

Recensione a
Fideiussioni bancarie e mezzi di tutela.
 di AA.VV.

a cura di ALBERTO FOGGIA e EDOARDO FERRAGINA
 Bradipolibris Editore, 2022, pp. 496, € 35

Ad introduzione del recente volume dedicato alla fideiussione, fattispecie contrattuale oggi ampiamente utilizzata nella prassi bancaria, Antonio Tanza, Presidente Adusbef (Associazione Difesa Utenti Servizi Bancari Finanziari), pone in rilievo gli aspetti svantaggiosi collegati alla “posizione del fideiussore, definito da taluna dottrina “responsabile senza debito”, per definizione contraente debole spesso totalmente ignaro delle sorti del rapporto principale da lui garantito”. Nonostante che ed è sempre Tanza a rimarcarlo in linea puramente teorica l’ordinamento giuridico italiano (sia a livello codicistico sia con la legislazione in materia antitrust e di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e con il Codice del Consumo sempre alla luce del generale principio di correttezza e buona fede) preveda una tutela “generalizzata” a favore del fideiussore, tuttavia, sul piano dell’attuazione pratica, la svantaggiata posizione del fideiussore nel sinallagma contrattuale riceve una tutela che si risolve spesso “in uno strumento del tutto astratto e dunque connotato da difficoltosa applicazione”.

Come, perché, attraverso quali forme si manifesti tale “debolezza” che investe, oggi, il consumatore-fideiussore è il contenuto e sostanza i numerosi contributi che danno corpo al testo. L’obiettivo dichiarato, peraltro, non è semplicemente quello di “criticare” la normativa vigente, bensì quello di esplorare, nel modo più completo e con solide argomentazioni giuridiche, quel vasto contenuto normativo attinente appunto alla fideiussione bancaria, ponendo in evidenza, in particolare, quali possano essere le vie di tutela che il consumatore-fideiussore può percorrere onde far sì che, seppure spesso solo parzialmente, vengano mitigati i non pochi vantaggi di cui è portatore il creditore nelle diverse iniziative di rivalsa nei confronti del contraente debole. Un contraente debole, il fideiussore, che assai spesso come denuncia Tanza è costretto ad affrontare “prove diaboliche” al fine di non incorrere in pronunce di rigetto motivate da carenza di supporto probatorio a fronte di eccezioni spesso considerate di non pronta e facile soluzione, considerato altresì che il fideiussore, a differenza del creditore garantito, è spesso sprovvisto della documentazione inerente il rapporto principale da lui stesso garantito.

Il volume è articolato in quattro corposi capitoli: il primo specificamente dedicato ad illustrare i tratti generali del contratto di fideiussione bancaria, nel contesto di un inquadramento giuridico che, tra l’altro, pone in evidenza la sostanziale differenza tra fideiussore, terzo datore di ipoteca e coobbligato, con interessanti riferimenti alla distinzione rispetto al contratto autonomo di garanzia. Al riguardo, l’intervento di Francesco Cocchi sull’eccezione di intrasmissibilità delle garanzie che assistono il credito nel caso di cessione di crediti in blocco qualora la garanzia assuma il tratto giuridico del contratto autonomo. Sebbene infatti non si pongano dubbi sulla trasmissibilità delle garanzie fideiussorie nella cessione del credito in blocco secondo i riti dell’art. 58 TUB, numerose perplessità, invece, emergono nel caso si tratti di garanzia autonoma. Ciò sul presupposto, rilevato dalla recente giurisprudenza di merito, che in tal caso l’obbligazione “è altra” rispetto a quella principale e la sua autonomia, portata dalla elisione del vincolo di accessorietà, richiede per il suo trasferimento l’esplicito consenso del garante. Una eccezione che pare utile coltivare nel giudizio poiché sempre più spesso la garanzia fideiussoria,

nella pratica, assume il connotato del contratto autonomo. Nel secondo capitolo, Maria Teresa De Bottis con il paragrafo sul recesso del fideiussore ha cercato di operare una sintesi delle maggiori questioni che pone tale modalità di liberazione dalla garanzia. Si è trattato innanzitutto della sua ammissibilità, data la mancata previsione espressa nel codice civile, distinguendo il caso della fideiussione con durata predeterminata da quella a tempo indeterminato, della sua forma, dei suoi effetti in particolare in relazione al recesso dalla garanzia del pagamento del saldo debitore dei conti correnti, affidati e non, e della questione sulla debenza degli interessi moratori ultralegali maturati dopo il recesso che determinerebbe il superamento del limite del massimale. Infine, è stato affrontato un caso particolare di recesso dalla fideiussione *omnibus* posta a garanzia di obbligazioni nascenti dal contratto c.d. di prestito d’uso d’oro avente durata predeterminata e soggetta a proroga.

Approfondisce ed inquadra la tematica della tutela del fideiussore nell’esecuzione forzata a suo danno il contributo proposto da Elena Mancuso, che, con riferimento alle tutele del fideiussore-consumatore, richiamato il principio di effettività della tutela di cui ha fatto applicazione la Corte di Giustizia UE nella recentissima decisione 693/2022, principio che può essere adattato al diritto interno italiano, analizza su quali clausole della fideiussione il fideiussore-consumatore potrà invocare la nullità di protezione con i conseguenti riferimenti all’art. 33 del Codice del Consumo.

Nel capitolo del libro dedicato alla Procedura di sovraindebitamento per il fideiussore, curato da Angela Blando, si è tentato un approccio sistematico tra le previsioni di cui alla legge 3/2012 e le sue successive modifiche e quindi anche tra le nuove norme contenute nel CCII e la disciplina delle fideiussioni. Purtroppo non rinvenendo norme chiare e riferimenti univoci, l’approccio è stato necessariamente sistemico ed ermeneutico. Il tentativo è stato quello di richiamare l’attenzione su questioni molto delicate, che ove non si presti la dovuta attenzione, sarebbero idonee *ex se* a vanificare le misure di esdebitazione tanto più che il sovraindebitamento spesso coinvolge interi nuclei familiari proprio per il sistema di intreccio delle garanzie prestate. Nell’approfondimento condotto si è ritenuto che il garante possa far ricorso agli stessi rimedi di legge quale sovraindebitato “di rimbalzo”. Pertanto, si è ipotizzato l’accesso alla procedura del fideiussore sia individualmente che nell’ambito delle nuove “procedure familiari”. Anche nell’ipotesi in cui il soggetto ammesso sia stato il debitore principale, laddove questi abbia dato completa esecuzione alla misura ammessa, l’esdebitazione dovrà interessare sia il debitore principale che il suo fideiussore, poiché ex art. 1941 c.c. se l’obbligazione principale si estingue, anche l’obbligazione fideiussoria deve considerarsi totalmente adempiuta. In buona sostanza, si è sostenuto che le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento siano una via percorribile anche per il fideiussore, in un’ottica di tutela indiretta, tramite la legislazione vivente che esige comunque la tutela di diritti di rango costituzionale, per correggere almeno alcune delle distorsioni di un sistema che si dimostra sempre più poco attento ai diritti di chi si trova in grave difficoltà.

Il terzo capitolo affronta, grazie ai contributi di Alberto Foggia e Elisabetta Freni, la cruciale problematica relativa all’accesso alla documentazione del fideiussore, essenziale come abbiamo visto sopra per assolvere correttamente all’onere probatorio a suo carico.

Il quarto ed ultimo capitolo affronta e segue l’evoluzione della dibattuta questione dell’invalidità delle fideiussioni redatte sulla base di moduli *standard* di formazione bancaria secondo lo

schema ABI in violazione della normativa antitrust. Monica Cirillo, dopo aver rilevato come sin dall'introduzione della normativa italiana antitrust, dottrina e giurisprudenza si siano occupate del tema dell'incidenza del diritto antitrust sui contratti banca-cliente, pone l'accento sull'ampio dibattito insorto riguardo alla questione se la presenza di un'intesa bancaria illecita "a monte" possa incidere sulla validità del singolo contratto stipulato "a valle". Tra i vari indirizzi interpretativi, la Corte di Cassazione, con la recente pronuncia a Sezioni Unite n. 41994/2021, ha aderito a quello favorevole a riconoscere la nullità parziale delle fideiussioni bancarie riprodotte dello schema ABI, rilevando come "tra l'intesa" a monte" e la fideiussione bancaria "a valle" sussista un "collegamento funzionale", tale da far apparire la stipula di questi atti parti di un'operazione unitaria diretta a violare la normativa antitrust nazionale ed europea". Si conclude poi, e questo è il punto saliente dell'iter argomentativo delle Sezioni Unite, con il riconoscimento, non della sola tutela risarcitoria, ma della tutela reale, ossia a carattere demolitorio, l'unica soluzione effettiva in grado di eliminare gli effetti pregiudizievoli alla concorrenza.

Paola Formica esamina quindi la questione del risarcimento del danno al fideiussore per avere dovuto sottoscrivere un contratto derivante da un'intesa vietata, accertata e come tale sanzionata dall'Autorità antitrust, estendendo l'analisi al contesto europeo. Il contributo approfondisce il tema dell'onere probatorio del danno e del nesso causale posto a carico dell'istante che necessita di specifica deduzione ed allegazione onde evitare il rigetto della domanda risarcitoria a causa di generici e standardizzati riferimenti a limitazioni della propria libertà a contrarre. Con la direttiva "Danni" (2014/104/UE) il provvedimento dell'Autorità Garante diventa prova vincolata per il giudice italiano almeno quale prova *iuris tantum*

dell'avvenuta violazione del diritto della concorrenza, senza peraltro esonerare dalla prova del nesso di causalità e dell'entità del danno; a tal fine è la stessa Direttiva a prevedere alcuni strumenti per alleviare un onere della prova particolarmente gravoso. Il paragrafo si conclude affrontando il problema della prescrizione del diritto al risarcimento del danno soprattutto sotto il profilo dell'individuazione del *dies a quo*. Sottolineavamo all'inizio della presente nota il carattere significativamente "operativo" del testo: ne è testimonianza l'Appendice pratica che contiene documentazione di provenienza Banca d'Italia e ABI di immediata utilità per gli operatori avvocati e non che si occupano professionalmente di fideiussioni bancarie.

Concludendo. Il volume in oggetto risulta a nostro avviso meritevole di attenta lettura in quanto in grado di coniugare sinergicamente rigore scientifico nell'analisi ed opportunità/necessità "divulgativa" con riferimento all'intera, complessa, materia; dove ovviamente il concetto di opportunità/necessità "divulgativa" deve essere qui inteso nel senso attribuitogli in un suo recente lavoro dal noto psicoanalista Massimo Recalcati, che sottolinea con forza "la differenza profonda tra divulgare e banalizzare: divulgare significa dire l'essenziale facendo a meno del superfluo in modo che l'essenziale possa arrivare al maggior numero di persone; banalizzare significa invece dire il superfluo facendo a meno dell'essenziale ..." ("La tentazione del muro Lezioni brevi per un lessico civile", pag. 77).

Merito infine non marginale di tutti coloro che hanno attivamente collaborato alla stesura del testo, nonché dell'Editore, l'aver voluto devolvere i diritti d'autore all'O.d.v. "La Farfalla", impegnata da tempo sul fronte del potenziamento delle cure palliative.

Avv. Patrizia Monferrino