



Tribunale di Caltagirone

ESECUZIONI IMMOBILIARI

Proc. es. n. [REDACTED] R.G.E.

[REDACTED] BANCA S.p.A. + I / [REDACTED]

Il Giudice dell'Esecuzione

letti gli atti del procedimento di esecuzione immobiliare indicato in epigrafe e sciogliendo la riserva formulata all'udienza del 5.6.14;

ha emesso la seguente

ORDINANZA

Con l'opposizione all'esecuzione proposta ai sensi dell'art.615 co.2 c.p.c., [REDACTED] [REDACTED] eccepiva:

- La nullità del contratto di finanziamento conseguente alla conclusione di più contratti tra loro causalmente connessi e preordinati al soddisfacimento di interessi non meritevoli di tutela;
- La violazione dei doveri di diligenza, correttezza e buona fede di cui al D. Lgs. 58/1998 e degli artt.26, 27, 28 e 29 del Regolamento CONSOB 11522/1998;
- La nullità del contratto di finanziamento fondiario ai sensi del combinato disposto degli artt.117 co.8 D. Lgs. 385/1993 e 1418 c.c.;
- La nullità dell'art.5 del contratto di finanziamento fondiario;
- La violazione del c.d. tasso soglia nel contratto di mutuo fondiario;
- L'inidoneità del contratto di finanziamento fondiario ad assumere efficacia di titolo esecutivo ai sensi dell'art.474 c.p.c.

La [REDACTED] BANCA S.p.A. chiedeva il rigetto il rigetto dell'opposizione all'esecuzione in quanto infondata in fatto e in diritto.

Trattandosi di un'opposizione proposta in corso di esecuzione ai sensi dell'art.615 co.2 c.p.c. il Giudice dell'Esecuzione, in ossequio a quanto stabilito dall'art.624 c.p.c., è tenuto a valutare soltanto la sussistenza di eventuali gravi motivi legittimanti la sospensione della procedura esecutiva in atto.



Nel merito occorre precisare che i motivi di opposizione sollevati dalla debitrice esecutata presuppongono un accertamento particolarmente complesso ed, in quanto tale, incompatibile con le ragioni di celerità e speditezza caratterizzanti questa fase di giudizio, non potendo, infatti, il Giudice dell'Esecuzione procedere all'audizione di eventuali testi, né disporre CTU, salvo casi del tutto eccezionali, in ragione del carattere sommario proprio della decisione sull'istanza di sospensione.

Tuttavia, va osservato che le prospettazioni riportate dalla debitrice esecutata nel ricorso depositato ai sensi dell'art.615 co.2 c.p.c. non sembrano prive di fondamento, ben potendo il collegamento negoziale configurarsi anche tra contratti stipulati in tempi diversi, come appunto nel caso in esame, non potendo ritenersi in tal senso preclusivo l'intervallo intertemporale trascorso tra la conclusione del contratto di finanziamento fondiario (avvenuta il 6 dicembre 2000) e la stipula degli altri due contratti, rispettivamente aventi per oggetto il prestito obbligazionario "Banca [REDACTED] [REDACTED] 2001-2003" (concluso il 18 gennaio 2001) ed l'acquisto di quote del fondo "[REDACTED] Funds" (concluso il 24 gennaio 2001).

Anche l'eccezione con la quale si contesta l'omissione degli obblighi informativi non sembra del tutto destituita di fondamento per le ragioni di seguito indicate.

Il decreto legislativo n. 58 del 1998, testo unico in materia di valori mobiliari, disciplina tutte le transazioni che riguardano titoli (sia dentro sia fuori il mercato borsistico, ossia azioni ed obbligazioni) e disciplina l'attività di quei soggetti autorizzati a collocare sul mercato tali valori mobiliari.

In particolare, l'articolo 21 comma uno lettera a) e b) del decreto legislativo 58 del 1998 prevede espressamente che l'intermediario finanziario debba comportarsi secondo diligenza, trasparenza, correttezza, tenendo una condotta idonea a salvaguardare la cosiddetta "integrità dei mercati". La stessa norma, inoltre, sancisce per gli intermediari finanziari l'obbligo di acquisire informazioni per conto e nell'interesse dei propri clienti al fine di tenerli sempre adeguatamente informati.

Ad integrazione della disciplina di riferimento è stato emesso dalla Consob il regolamento 1 luglio 1998 n. 11522. Trattasi di un atto integrativo ed attuativo della disciplina sancita dall'articolo 21 del testo unico in materia di valori mobiliari.

L'articolo 28 del citato regolamento Consob prevede che l'intermediario finanziario debba seguire un articolato procedimento prima di accettare l'ordine di acquisto da parte del cliente. In particolare, il suddetto procedimento si articola in due fasi:

- a) Fase uno: l'intermediario deve raccogliere informazioni dal potenziale investitore circa la sua capacità economica e le operazioni di borsa già compiute, onde individuarne la sua propensione al rischio. Trattasi di una fase particolarmente importante perché dal tipo di



propensione al rischio del cliente si potranno desumere elementi utili al fine di calibrare la tipologia e le modalità delle informazioni da fornire.

- b) Fase due: l'intermediario informa, mediante la consegna di uno specifico documento, il cliente sui rischi degli investimenti in generale, e in ordine all'operazione specifica che viene richiesta.

Secondo la disciplina sancita nel regolamento Consob, soltanto dopo il completamento delle due fasi anzidette l'intermediario è autorizzato a dare seguito alla stipula¹.

Il regolamento Consob disciplina, altresì, l'ipotesi in cui, al completamento delle due fasi, l'intermediario ritenga l'investimento richiesto dal cliente *non adeguato* perché rispetto alle capacità patrimoniali di quest'ultimo considerato troppo rischioso. In questi casi il regolamento Consob stabilisce che il potenziale investitore deve presentare una richiesta specifica per iscritto o tramite telefonata che dovrà essere registrata su apposito supporto magnetico e nel documento scritto o nella telefonata dovrà risultare che l'investitore è stato adeguatamente informato dall'intermediario sui rischi impliciti all'operazione².

¹ Si riporta il testo dell'art.28 Reg. CONSOB (Informazioni tra gli intermediari e gli investitori): « 1. Prima della stipulazione del contratto di gestione e di consulenza in materia di investimenti e dell'inizio della prestazione dei servizi di investimento e dei servizi accessori a questi collegati, gli intermediari autorizzati devono : a) chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché circa la sua propensione al rischio. L'eventuale rifiuto di fornire le notizie richieste deve risultare dal contratto di cui al successivo articolo 30, ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore; b) consegnare agli investitori il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari di cui all'Allegato n. 3.

2. Gli intermediari autorizzati non possono effettuare o consigliare operazioni o prestare il servizio di gestione se non dopo avere fornito all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento.

3. Gli intermediari autorizzati informano prontamente e per iscritto l'investitore appena le operazioni in strumenti derivati e in warrant da lui disposte per finalità diverse da quelle di copertura abbiano generato una perdita, effettiva o potenziale, pari o superiore al 50% del valore dei mezzi costituiti a titolo di provvista e garanzia per l'esecuzione delle operazioni. Il valore di riferimento di tali mezzi si ridetermina in occasione della comunicazione all'investitore della perdita, nonché in caso di versamenti o prelievi. Il nuovo valore di riferimento è prontamente comunicato all'investitore. In caso di versamenti o prelievi è comunque comunicato all'investitore il risultato fino ad allora conseguito.

4. Gli intermediari autorizzati informano prontamente e per iscritto l'investitore ove il patrimonio affidato nell'ambito di una gestione si sia ridotto per effetto di perdite, effettive o potenziali, in misura pari o superiore al 30% del controvalore totale del patrimonio a disposizione alla data di inizio di ciascun anno, ovvero, se successiva, a quella di inizio del rapporto, tenuto conto di eventuali conferimenti o prelievi. Analoga informativa dovrà essere effettuata in occasione di ogni ulteriore riduzione pari o superiore al 10% di tale controvalore.

5. Gli intermediari autorizzati mettono sollecitamente a disposizione dell'investitore che ne faccia richiesta i documenti e le registrazioni in loro possesso che lo riguardano, contro rimborso delle spese effettivamente sostenute».

² Si riporta il testo dell'art.29 Reg. CONSOB (Operazioni non adeguate): « 1. Gli intermediari autorizzati si astengono dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione.



Uno degli aspetti più problematici della disciplina in esame concerne, per quanto di interesse in questa sede, le conseguenze giuridiche connesse alla violazione degli obblighi informativi da parte degli intermediari finanziari.

La giurisprudenza, in passato, aveva elaborato diverse soluzioni interpretative: ed esattamente la teoria della nullità virtuale, la teoria dell'inadempimento contrattuale, la teoria della responsabilità precontrattuale, la teoria del contatto sociale, la teoria dell'annullabilità.

Secondo il primo indirizzo le norme di cui al decreto legislativo n. 58 del 1998, e del regolamento Consob attuativo, hanno natura imperativa, in quanto preposte alla tutela di principi costituzionali. Si sosteneva, infatti, che l'obbligo di informazione di cui all'articolo 21 del decreto legislativo citato era preordinato in via mediata e riflessa alla tutela dei risparmiatori (o di singoli) ed in via immediata a garanzia di valori superiori, quali l'efficienza e la funzionalità del mercato e del risparmio, ossia di beni giuridici tutelati dall'articolo 47 comma uno della costituzione. Donde, la conclusione secondo la quale la violazione delle norme di cui al decreto legislativo n. 58 del 1998 e del regolamento Consob disciplinanti le regole procedurali per un corretto ed adeguato investimento sul mercato finanziario, avrebbero comportato la nullità virtuale del contratto di investimento, ai sensi del combinato disposto di cui agli articoli 1418 comma uno del codice civile e 21 del decreto legislativo n. 58 del 1998. Il risparmiatore, pertanto, avrebbe potuto invocare davanti al tribunale la nullità dei predetti contratti, chiedendo la restituzione dell'investimento eseguito ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2033 del codice civile, ossia a titolo di indebito oggettivo. Il risparmiatore avrebbe potuto così chiedere ed ottenere la restituzione del capitale investito. Tuttavia, questa tesi è stata fortemente criticata in relazione anche alle ricadute applicative che si sarebbero configurate sul piano processuale. La dottrina dominante ed una parte della giurisprudenza, infatti, hanno rinvenuto nella tesi della nullità virtuale una contraddizione non superabile poiché fondata su un'indebita commistione tra la disciplina dei vizi genetici del contratto inteso quale atto e la disciplina sugli obblighi di informazione attinenti al contratto inteso quale rapporto. È stato, cioè, posto in evidenza che la nullità può derivare esclusivamente da un vizio dell'atto e non anche da un vizio inficiante soltanto la condotta di una delle parti.

2. Ai fini di cui al comma 1, gli intermediari autorizzati tengono conto delle informazioni di cui all'articolo 28 e di ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati.

3. Gli intermediari autorizzati, quando ricevono da un investitore disposizioni relative ad una operazione non adeguata, lo informano di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione. Qualora l'investitore intenda comunque dare corso all'operazione, gli intermediari autorizzati possono eseguire l'operazione stessa solo sulla base di un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute.



Inoltre, è stato osservato che la nullità virtuale di cui all'articolo 1418 comma uno del codice civile in tanto si può configurare in quanto l'ordinamento giuridico non preveda espressamente una sanzione per l'inosservanza della norma imperativa violata. Ed invero, con riguardo al caso in esame gli articoli 23 e 190 del decreto legislativo n. 58 del 1998 prevedono delle sanzioni amministrative per la violazione degli obblighi di informazione da parte degli intermediari finanziari. Il che sembrerebbe sufficiente ad indurre l'interprete a ritenere limitata la rilevanza delle condotte in questione sul piano amministrativo e non anche sul piano dell'invalidità degli atti negoziali.

Pertanto, nella giurisprudenza si è delineato un secondo indirizzo, volto a ritenere che la violazione dei doveri informativi configuri un inadempimento contrattuale ai sensi dell'articolo 1218 del codice civile, con conseguente diritto del cliente ad ottenere il risarcimento del danno pari al capitale investito, rivalutato di anno in anno, oltre gli interessi.

Questa teoria però è stata criticata da una parte della giurisprudenza, in quanto presupporrebbe già esistente un contratto tra l'intermediario finanziario e il cliente, quando, in realtà, l'inadempimento degli obblighi informativi si configura antecedentemente alla stipula del contratto.

Per superare tale obiezione parte della giurisprudenza riteneva applicabile alle controversie in esame la teoria della responsabilità da contatto sociale qualificato, supponendo configurabile nella relazione intercorrente tra l'intermediario finanziario ed il cliente quegli stessi elementi idonei a destare un legittimo affidamento che sono stati riscontrati nella relazione intercorrente tra medico e paziente.

La teoria del contatto sociale, però, non è stata seguita dalla giurisprudenza prevalente perché a differenza di quanto è dato rinvenire nell'ambito medico-sanitario, in materia di contratti di investimento mobiliari vige la regola della forma scritta *ad substantiam* (ossia a pena di nullità). Inoltre, l'obbligo di informazione è preventivo rispetto al contratto di investimento, diversamente da quanto avviene in ambito medico-sanitario, ove la prestazione di cura comincia già con l'anamnesi. Per queste ragioni l'esistenza di un "contratto", anche se nelle forme del cosiddetto contatto sociale, prima della stipula è sembrata inammissibile.

Così, quella giurisprudenza che non condivideva la teoria della nullità virtuale e quella della assimilazione della prestazione dell'intermediario all'attività professionale del medico (stante la diversità dei presupposti e della relativa disciplina) ha elaborato un terzo indirizzo, quello cioè della responsabilità precontrattuale.

Invero, in considerazione dei principi generali disciplinanti l'attività negoziale delle parti, l'omessa informazione può costituire condotta censurabile nella fase delle trattative ai sensi dell'articolo 1337 del codice civile, in quanto atto contrario a buona fede.



Infine, un ulteriore indirizzo ammette l'annullabilità del contratto qualora l'omessa informazione sia contestuale all'esistenza di un interesse specifico dell'intermediario finanziario all'operazione suggerita al cliente, potendosi in questi casi configurare un vero e proprio conflitto di interessi.

Invero, la Corte di Cassazione, in una recente pronuncia, ha sostenuto che "In materia di contratti di compravendita di valori mobiliari, la violazione da parte della società di intermediazione mobiliare del divieto di effettuare operazioni con o per conto del cliente nel caso in cui abbia, direttamente o indirettamente, un interesse conflittuale nell'operazione, a meno che non abbia comunicato per iscritto la natura e l'estensione del suo interesse nell'operazione ed il cliente abbia preventivamente ed espressamente acconsentito per iscritto all'operazione (art. 6, comma 1 lett. g), applicabile nella specie *'ratione temporis'*), non determina la nullità del contratto di compravendita successivamente stipulato, ma può dare luogo al suo annullamento, ai sensi degli artt. 1394 o 1395 cod. civ. (Sez. 1, Sentenza n. 19024 del 29/09/2005).

La tematica affrontata era particolarmente complessa poiché coinvolgeva l'esame anche dei rapporti tra omessa informazione ed errore altrui. Se l'errore in cui incorre uno dei contraenti ha i caratteri della essenzialità e riconoscibilità, il contratto è annullabile e la mancata comunicazione può essere fonte di responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art.1338 c.c.. La questione diventa ancora più complessa ogniqualvolta manchi il requisito dell'essenzialità dell'errore altrui. In questi casi, infatti, il contratto non è annullabile, ma potrebbe configurarsi una responsabilità precontrattuale per colui il quale abbia omesso l'informazione dovuta, ponendo in essere una condotta omissiva dolosa.

La giurisprudenza in materia di dolo omissivo è orientata nel senso di ritenere che il mero silenzio non è causa di per sé di invalidità del contratto, potendolo, invece, divenire allorché «l'inerzia della parte contraente si inserisce in un complesso comportamento adeguatamente preordinato con malizia o astuzia a realizzare l'inganno perpetrato» (Cass. 20 aprile 2006, n°9253). Pertanto, laddove il silenzio non sia serbato nel predetto contesto, è configurabile (al pari dell'errore non essenziale) un vizio *incompleto* del contratto.

La Corte di Cassazione, con la sentenza n°19024/2005, afferma che il vizio *incompleto* non è causa di annullabilità del contratto ma può essere fonte di responsabilità precontrattuale per omessa informazione poiché:

- a) da un lato, il rilievo giuridico dei vizi incompleti si può desumere dall'art.1440 c.c. sul dolo incidente, in quanto questa norma è espressione di un principio generale (atteso che il dolo incidente non è causa di annullabilità ma soltanto fonte di responsabilità precontrattuale, ai sensi degli artt.1337 e 1338 c.c.);
- b) dall'altro lato, laddove il vizio non comunicato sia incompleto, si potrebbe configurare la responsabilità precontrattuale perché la fattispecie di cui all'art.1338 c.c. altro non è che la



specificazione di una delle molteplici condotte rientranti nell'ambito di operatività dell'art. 1337 c.c., cui è riconducibile anche l'ipotesi dell'omessa informazione inerente a vizi incompleti (non essendo questi ultimi riconducibili all'art. 1338 c.c. perché inidonei a determinare l'invalidità del contratto).

Donde, la considerazione di ordine generale secondo la quale il dovere di informazione sussiste al di là delle ipotesi di cui all'art.1338 c.c., rientrando nell'ambito di applicazione dell'art.1337 c.c..

Va, peraltro, precisato che il dovere di informazione della controparte incontra dei limiti, non essendo sussistente ogniqualvolta:

- l'informazione da rendere implichi un apprezzabile sacrificio per colui il quale la dovrebbe fornire;
- l'informazione attenga alla convenienza dell'affare;
- l'informazione inerisca circostanze che l'interessato avrebbe potuto conoscere se avesse assunto i mezzi di informazione necessari secondo l'ordinaria diligenza.

Il quadro di riferimento dei vari orientamenti giurisprudenziali, come è agevole riscontrare da quanto riportato sinora, è stato variegato e non univoco.

La complessità delle questioni trattate e la non omogeneità delle soluzioni ermeneutiche prospettate e seguite dai vari giudici di merito hanno reso necessario un pronunciamento delle Sezioni Unite, al fine di dirimere i dubbi interpretativi caratterizzanti la materia in esame.

Così, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite nel 2007 ha chiarito che "In relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (cd. "nullità virtuale"), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti, la quale può essere fonte di responsabilità. Ne consegue che, in tema di intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario (nella specie, in base all'art. 6 della legge n. 1 del 1991) può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (cd. "contratto quadro", il quale, per taluni aspetti, può essere accostato alla figura del mandato); può dare luogo, invece, a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del "contratto quadro"; in ogni caso, deve escludersi che, mancando una



esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, primo comma, cod. civ., la nullità del cosiddetto "contratto quadro" o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso" (Sez. Un., Sentenza n. 26724 del 19/12/2007, Rv. 600329).

La Corte, distinguendo secondo la tipologia di contratto rispetto al quale non è stato adempiuto l'obbligo informativo, ha chiarito che la condotta dell'intermediario finanziario è censurabile soltanto sul piano della responsabilità precontrattuale o contrattuale, non configurandosi di per sé alcuna invalidità del contratto stipulato.

Siffatto orientamento è stato successivamente ribadito dalla Corte di Cassazione in una recente pronuncia, con la quale i Giudici di legittimità hanno ribadito che "In tema di nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (cd. "nullità virtuale"), ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità, che va, pertanto, esclusa sia quando risulta prevista una diversa forma di invalidità (es. annullabilità), sia quando la legge assicura l'effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi. (Nella specie, relativa a domanda di declaratoria di nullità del contratto di vendita di un immobile, cui l'istante deduceva di essere stato costretto dall'acquirente con minaccia e pressione usuraria, la S.C., nel confermare la sentenza di rigetto dei giudici di merito, ha ritenuto non applicabile l'art. 1418 cod. civ. ed ha indicato come parametri normativi di riferimento gli artt. 1434 e 1435 cod. civ., cui pure la corte territoriale aveva fatto ricorso, rilevando che la relativa azione non era stata proposta entro il termine prescrizione di cinque anni nè tale statuizione era stata specificamente impugnata)" (Sez. 6, Ordinanza n. 25222 del 14/12/2010, Rv. 614877).

Con riguardo ai presupposti della relativa domanda ed al riparto dell'onere della prova occorre, preliminarmente, soffermarsi sulla natura giuridica della responsabilità in questione, muovendo, anzitutto, da una considerazione di ordine generale sulla struttura dell'obbligazione.

L'art. 1174 c.c., nel concepire la prestazione quale attività debitoria suscettibile di valutazione economica, si riferisce ad un rapporto obbligatorio propedeutico al miglioramento del patrimonio del creditore, ed in ultima analisi del mercato e dell'economia nazionale. Il che è, senz'altro, comprensibile in un'ottica dirigista, qual'era quella propria dell'ideologia fascista imperante nel nostro Paese all'epoca dell'entrata in vigore del Codice Civile attuale. Molte disposizioni codicistiche, infatti, sono preordinate a favorire lo sviluppo economico mediante incentivi o divieti. Sennonché una siffatta concezione dell'obbligazione non è più aderente all'attuale realtà delle relazioni interpersonali. La complessità dei traffici e, soprattutto, il progresso tecnologico hanno reso necessario garantire sempre una maggiore celerità e certezza ai rapporti giuridici, al punto da



ascrivere rilievo anche al singolo contatto interpersonale, laddove sia stato sufficiente ad ingenerare in altri un ragionevole affidamento in ordine alla tutela degli interessi coinvolti. Si tratta della elaborazione della c.d. teoria del contatto sociale qualificato. Elaborata dapprima in Germania e, poi, condivisa anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana, la teoria in esame ammette la possibilità che anche in assenza di un contratto o di un'apposita norma di legge possa configurarsi un'obbligazione tra due soggetti in rapporto di interazione, occorrendo all'uopo che la relazione interpersonale tra loro instauratasi sia tale da poter essere ritenuta socialmente adeguata e, quindi, idonea ad ingenerare la ragionevole aspettativa che la persona con cui si intrattenga un rapporto si comporti secondo correttezza. Tale aspettativa si traduce in una obbligazione dalle peculiari caratteristiche non solo in ordine alla fonte, ma soprattutto in ordine alla sua struttura, atteso che quelle in esame si è soliti definirle anche obbligazioni senza prestazione. Si tratta di una definizione conosciuta al fine di sottolineare la complessità dell'oggetto di tali obbligazioni, atteso che esso consiste nel dovere di prodigarsi per quanto possibile – nel limite dell'apprezzabile sacrificio – al fine di tutelare e soddisfare l'interesse altrui. La complessità accennata si apprezza particolarmente non appena si consideri che la prestazione, di regola, è sempre ben determinata, al punto da costituire uno dei criteri di distinzione delle obbligazioni. Invero, in base all'oggetto si distinguono le obbligazioni di *dare*, *facere* e *praestare*, quelle positive e quelle negative. Le obbligazioni in esame, invece, non hanno una prestazione definita, essendo tenuto il debitore ad attività di vario tipo consistenti in un dare, in un non dare, in un fare, in un non fare, purché sempre al fine di proteggere l'interesse del creditore. Si tratta, cioè, di obbligazioni dall'oggetto non determinato, ma determinabile in funzione dell'obiettivo ultimo da raggiungere. Rilievo, questo, che le rende compatibili con il nostro sistema tramite un'applicazione analogica dell'art. 1348 c.c..

Quelle in esame, note anche come obbligazioni di protezione, sono state concepite dapprima quali obblighi accessori propedeutici all'adempimento delle obbligazioni principali patrimoniali, per, poi, essere adoperate anche quale strumento di tutela dell'oggetto principale del rapporto, fino ad arrivare alla protezione di interessi non patrimoniali. Infatti, uno dei settori in cui questa teoria rinviene il proprio ambito elettivo di applicazione è quello medico-sanitario in ordine ai rapporti tra medico e paziente.

La teoria del contatto sociale qualificato ha lo scopo di ridurre l'ambito di operatività della responsabilità extracontrattuale per garantire al danneggiato la possibilità di accedere alla più favorevole disciplina della responsabilità da inadempimento. Il che comporta una nuova concezione dell'obbligazione non più ancorata ad una lettura strettamente patrimonialistica dell'art.1174 c.c., ma volta a dilatare la nozione di patrimonialità della prestazione al punto da includervi anche



attività non propriamente suscettibili di valutazione economica, ogniqualvolta la medesima sia strumentale alla tutela di interessi di particolare rilievo per l'ordinamento.

La teoria del c.d. contatto sociale qualificato è stata recepita dalla Corte di Cassazione con la nota sentenza del 29 gennaio 1999, n°589, con la quale la Suprema Corte ha sancito, ai fini della qualificazione giuridica della responsabilità, la rilevanza non tanto della fonte dell'obbligazione (cioè, la sussistenza o meno di un contratto) quanto della configurabilità o meno di un'obbligazione, dovendosi all'uopo ritenere sufficiente anche la sussistenza di un contatto non occasionale e dal pregnante significato sociale al punto da poter giustificare la sussistenza di un rapporto qualificato, e non meramente occasionale tra danneggiante e danneggiato.

La teoria del contatto sociale comporta l'applicazione degli artt. 1218 e ss c.c., disciplinanti la responsabilità contrattuale, anche laddove un contratto non c'è perché non è stato mai concluso tra le parti interessate. La ragione giustificatrice di siffatto orientamento è da ricercare nell'iniquità che avrebbe contraddistinto la condizione della vittima dell'illecito, ogniqualvolta il danno ingiusto fosse stato conseguenza di un rapporto non di tipo occasionale con il danneggiante, atteso che il danneggiato, anche in questi casi, avrebbe dovuto sopportare i rischi connessi all'esperimento di un'azione di responsabilità extracontrattuale soprattutto per quanto concerne la prova dei fatti costitutivi dell'illecito, essendo questa interamente a suo carico (salve le presunzioni previste per le responsabilità speciali, di cui agli artt. 2047 e ss. c.c.). Inoltre, considerata la specificità tecnica propria di alcuni settori, come quello medico-sanitario, era possibile che la vittima avesse il timore che una domanda così complessa potesse essere rigettata dal Giudice a fronte delle predette difficoltà probatorie da dover affrontare e superare nel corso del giudizio; per cui non era infrequente che il suddetto stato di indecisione potesse indurre la vittima a tergiversare e, dunque, a non agire tempestivamente, perdendo così la possibilità di proporre la domanda risarcitoria, stante, peraltro, il termine di prescrizione quinquennale previsto per gli illeciti extracontrattuali.

Se dal contatto non occasionale, insomma, derivava un affidamento meritevole di tutela si doveva ritenere sussistente un'obbligazione, la cui fonte sarebbe stata riconducibile alla categoria dei fatti o atti idonei secondo l'ordinamento a generare un rapporto obbligatorio.

La Giurisprudenza, condividendo i presupposti della teoria del contatto sociale, ha applicato gli artt. 1218 e ss. c.c., anche laddove nessun contratto era stato precedentemente stipulato tra il danneggiato ed il danneggiante. Tuttavia, in un primo momento si discuteva se applicare l'intera disciplina della responsabilità contrattuale, oppure limitarsi alle sole disposizioni concernenti gli aspetti dedotti dalle parti (o meglio invocati dall'attore) e riguardanti, cioè, in particolare la prescrizione ordinaria decennale e gli oneri probatori. La Cassazione ha risolto i dubbi affermando che la sussistenza di un contatto sociale qualificato, essendo fonte di obbligazione, comporta



l'applicazione dell'intero statuto della responsabilità contrattuale, in tutti i suoi possibili aspetti disciplinatori.

Se, dunque, è questa l'evoluzione della teoria in esame, la sua applicazione alla responsabilità precontrattuale appare ineludibile.

Ed invero, con l'attività prodromica alla stipula del contratto propria della fase delle trattative, le parti sono tra loro in contatto prima ancora di concludere qualsiasi negozio giuridico. E che tale contatto assuma rilevanza per l'ordinamento si coglie direttamente nell'art. 1337 c.c., essendo doveroso per le parti comportarsi secondo buona fede, ossia secondo canoni di correttezza e salvaguardia dell'interesse altrui nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio della propria sfera giuridica.

Donde, la sussistenza di una obbligazione *ex lege* che comporta, sul piano probatorio, la necessità per il danneggiato di provare soltanto che siano avvenute delle trattative e che la controparte abbia serbato una condotta contraria ai canoni della buona fede richiamati dall'art.1337 c.c..

In tal senso si è recentemente espressa anche la Corte di Cassazione, statuendo che "In tema di responsabilità precontrattuale, la parte che agisca in giudizio per il risarcimento del danno subito ha l'onere di allegare, ed occorrendo provare, oltre al danno, l'avvenuta lesione della sua buona fede, ma non anche l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito, versandosi - come nel caso di responsabilità da contatto sociale, di cui costituisce una figura normativamente qualificata - in una delle ipotesi previste dall'art. 1173 cod. civ." (Sez. I, Sentenza n. 27648 del 20/12/2011, Rv. 620952).

Con riguardo al caso in esame, appare, dunque, evidente che qualora le prospettazioni della debitrice eseguita non fossero adeguatamente smentite dalla Banca opposta, quest'ultima potrebbe incorrere in responsabilità tali da poter financo escludere la sussistenza di un suo credito residuo da far valere ancora in sede esecutiva.

Pertanto, sussistono gravi motivi per sospendere la procedura esecutiva indicata in epigrafe.

P.Q.M.

SOSPENDE la procedura esecutiva immobiliare iscritta al n. [REDACTED] R.G.E.I.

ASSEGNA alle parti interessate termine perentorio di giorni 45 dalla comunicazione del presente provvedimento per l'introduzione del giudizio di merito relativo alle opposizioni proposte secondo le modalità previste in ragione della materia e del rito (citazione a udienza fissa) ed iscrizione della causa a ruolo, osservati i termini a comparire di cui all'art. 163 bis cpc, ridotti della metà.

Manda alla Cancelleria per le comunicazioni.

Caltagirone, 18.7.14

Il Giudice dell'Esecuzione

DOTT. FRANCOLA MAURIZIO ANTONIO PASQUALE

