

# IUSLETTER

- periodico di informazione e aggiornamento giuridico -

SERIE V n. 26

SETTEMBRE 2004

La Scala & Associati

Milano Torino Vicenza Padova Verona Mantova

[www.lascalalaw.com](http://www.lascalalaw.com) [www.thealliancelaw.com](http://www.thealliancelaw.com)



THE EUROPEAN LEGAL  
ALLIANCE

## Servizi on-line

[www.lascalaw.com](http://www.lascalaw.com)



Lo Studio Legale **La Scala & Associati** comunica a tutti i Lettori di Iusletter la possibilità di ricevere, secondo la periodicità sotto indicata, la regolare **segnalazione** degli **aggiornamenti relativi ai Servizi on-line** offerti agli utenti del proprio sito Internet.

In particolare, ciascun utente potrà ricevere:

- una e-mail giornaliera (di norma entro le 9.30 del mattino) con il link immediato alla **rassegna stampa legale ed economica** del giorno (da *Il Corriere della Sera*, *Il Sole 24 Ore*, *Italia Oggi*);
- una e-mail settimanale con la segnalazione dell'avvenuto aggiornamento di **Iusletter In Progress** ed il relativo link;
- una e-mail bimestrale con la segnalazione dell'avvenuta pubblicazione del nuovo numero di **Iusletter** ed il relativo link, che consente di scaricare l'intera rivista.

Chi intende ricevere le suddette segnalazioni (tutte ovvero solo alcune di esse), è pregato di volerci comunicare il suo indirizzo e-mail, **inviando un messaggio** al seguente indirizzo di posta elettronica: **[c.cianfagna@lascalaw.com](mailto:c.cianfagna@lascalaw.com)**

Naturalmente si potrà, in ogni momento, segnalarci una diversa volontà al riguardo.  
Il servizio è assolutamente **gratuito**.

# SOMMARIO

## ATTUALITA' NORMATIVE

---

- 1 Delega al governo per la tutela degli acquirenti di immobili da costruire.
- 1 Consob: il nuovo Regolamento Emittenti dopo la riforma del diritto societario.
- 2 Più tutele ai creditori pignoratizi.

## DOTTRINA: LETTURE E ORIENTAMENTI

---

- 3 Sul diritto all'indennità di fine rapporto per il coniuge divorziato.
- 3 Sette voci sulla trasmissione della ricchezza familiare.
- 3 Il servizio di cassetta di sicurezza e la responsabilità illimitata della banca. Brevi riflessioni di economia del diritto.
- 4 Fusione per incorporazione e nullità della citazione: aspetti controversi.
- 4 Conto corrente bancario: obbligazioni della banca e luogo di adempimento nel caso di assegnazione *ex art. 553 c.p.c.*
- 5 Ordine di revoca d'urgenza di una segnalazione nell'articolo informatizzato CAI.
- 5 Pegno irregolare e fallimento.
- 5 Ripetizione di indebito oggettivo ed onere della prova.
- 6 L'estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese.
- 6 Lo stato di insolvenza e la sua esteriorizzazione.
- 7 Revocatoria fallimentare degli atti compiuti dal socio sul proprio patrimonio e "*scientia decoctionis*".
- 7 Ancora in tema di revocatoria e clausola di liberazione anticipata.
- 7 Effetti della mancata costituzione in giudizio nelle domande tardive.

## GIURISPRUDENZA

---

- 8 Selezione delle decisioni più recenti della Corte di Cassazione e dei giudici di merito.

## OSSERVATORIO

---

### ESECUZIONI IMMOBILIARI

- 17 Opposizione all'esecuzione e contestazione dei crediti nella fase di distribuzione del ricavato.

### MERCATI FINANZIARI

- 18 Contratti di "*option*" per la gestione dei rischi finanziari.

## **DIRITTO SOCIETARIO**

- 18 Compravendita di quote sociali, mancanza di qualità e *aliud pro alio*.
- 20 Gruppi societari e azioni di responsabilità.

## **INTELLECTUAL PROPERTY AND INFORMATION TECHNOLOGY**

- 20 Omessa adozione delle misure minime di sicurezza: le sanzioni penali ed il ravvedimento.

## **CONCILIAZIONE E "ADR"**

- 22 Il ruolo degli avvocati nella conciliazione.

## **BREVISSIME**

---

- 24 Conseguenze della illeggibilità delle sentenze.
- 24 Diritto di famiglia e regole UE.
- 24 Privacy e reato.
- 24 Ausiliari e multe.

## **CONVEGNI**

---

- 24 Partecipazione dello Studio a convegni, seminari, conferenze.

## **COSE NOSTRE**

---

- 25 Nuove dallo Studio.
- 25 European Legal Alliance.
- 25 Biblioteca di Studio: nuovi acquisti.

# ATTUALITA' NORMATIVE

## DELEGA AL GOVERNO PER LA TUTELA DEGLI ACQUIRENTI DI IMMOBILI DA COSTRUIRE.

In data 28 agosto 2004 è entrata in vigore la **legge delega n. 210/2004** (in G.U. n. 189 del 13 agosto 2004), che prevede alcuni principi e criteri direttivi in base ai quali il Governo adotterà, entro sei mesi, uno o più decreti legislativi, recanti norme per la **tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili** da costruire o in corso di costruzione.

Ciò al fine di evitare che la persona fisica che abbia stipulato il contratto (compreso il contratto di *leasing*) diretto all'acquisto o al trasferimento dell'immobile da costruire – nell'ipotesi in cui il costruttore venga a trovarsi in una "situazione di crisi" – incorra in gravi perdite finanziarie e nella contemporanea perdita dell'alloggio.

Tre sono le nuove garanzie di cui, per effetto dell'attuazione della legge delega, i costruttori dovranno obbligatoriamente farsi carico.

Anzitutto, è statuita la **limitazione della esigibilità delle azioni revocatorie** nei confronti dell'acquirente, con la conseguenza che i contratti stipulati ed i pagamenti effettuati in situazioni di crisi manterranno la loro validità nei confronti del fallimento o delle altre procedure concorsuali.

In secondo luogo, sarà **onere del costruttore procurare il rilascio** e provvedere alla consegna, prima della stipula del contratto preliminare d'acquisto o di atto equipollente, di una fidejussione – rilasciata da una banca, da un'assicurazione o da altro soggetto autorizzato – a garanzia dell'eventuale restituzione delle somme riscosse, del valore di ogni altro eventuale corrispettivo e dei relativi interessi maturati. La garanzia potrà essere escussa a prima richiesta, con esclusione del beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'art. 1944, comma 2 c.c..

E', poi, previsto un **fondo di solidarietà**, la cui finalità è specificatamente quella di indennizzare l'acquirente che, a seguito dell'insolvenza del costruttore – verificatasi nel periodo compreso tra il 31 dicembre 1993 e la data di entrata in vigore della presente legge – abbia subito la perdita di ogni somma versata ed il mancato conseguimento della proprietà o dell'assegnazione del bene.

Nella delega è altresì statuito che i decreti dovranno disciplinare in maniera analitica i **contenuti del contratto preliminare** e di ogni altro

contratto comunque diretto al successivo acquisto di un immobile da costruire.

Ancora, verrà imposto al costruttore l'obbligo di fornire garanzie per il risarcimento per vizi e difformità che si siano manifestati successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita o dell'atto definitivo di assegnazione. (m.v.)

\* \* \*

## CONSOB: IL NUOVO REGOLAMENTO EMITTENTI DOPO LA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO.

Dal 21 agosto 2004 è entrata in vigore la **delibera n. 14692 dell'11 agosto 2004**, con cui la Consob ha apportato modificazioni ed integrazioni al Regolamento degli Emittenti. La revisione si è resa necessaria dopo l'entrata in vigore della Riforma del Diritto Societario (d.lgs. n. 6/2003) e le novità da essa introdotte in materia di sistemi di amministrazione e controllo.

Principio ispiratore della delibera è la necessità di strutturare un solido modello di informativa societaria e, in particolare, di far sì che gli emittenti garantiscano al pubblico il medesimo livello di trasparenza sia nelle operazioni straordinarie deliberate dall'assemblea, sia nelle operazioni consentite agli organi sociali in virtù del varo della riforma sul diritto societario.

Inoltre, con il provvedimento in oggetto, la Consob ha apportato alcune **modifiche di carattere procedurale in materia di governance**, attraverso la previsione di nuovi modelli di controllo all'interno delle società. E', così, ora prevista la possibilità di optare per una scelta monistica, in base alla quale è affidato agli stessi amministratori (necessariamente in possesso della caratteristica dell'indipendenza) il compito di controllo e vigilanza sulla società, ovvero per un modello dualistico, che prevede all'interno di una società, oltre agli amministratori, anche un organo di sorveglianza istituzionalmente esterno alla società.

A seguito di queste innovazioni si è reso, dunque, necessario modificare anche il lessico del nuovo regolamento. Infatti, da quanto si evince dal nuovo testo del Regolamento Emittenti, l'espressione **"amministratori e sindaci"** è stata necessariamente sostituita con **"componenti dei relativi organi di amministrazione e controllo"**; gli

amministratori vengono ora definiti i "componenti dell'organo amministrativo", o in altre parti del nuovo testo, come "l'organo amministrativo", mentre il consiglio di amministrazione diventa in alcune parti "l'organo competente" e il collegio sindacale "l'organo di controllo". (m.v.)

\* \* \*

### **PIÙ TUTELE AI CREDITORI PIGNORATIZI, in Italia Oggi del 16 luglio 2004.**

Con il d.lgs n. 170 del 21 maggio 2004 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 14 del 15 luglio 2004) è stata data attuazione alla direttiva europea 2002/47Ce in materia di **contratti di garanzia finanziaria**.

Il decreto, che assicura una maggiore tutela ai creditori pignorati, prescrive, prima di tutto, che i contratti e le prestazioni di garanzia siano siglati **per iscritto**, anche in formato elettronico. Allora il creditore, in caso di **insolvenza del debitore**, potrà scegliere tra le seguenti alternative:

- 1) **vendere il contante, le azioni e i titoli** a capitale di rischio pignorati, **tenendo per sé** una quota a titolo di risarcimento del credito maturato. La vendita potrà essere realizzata anche nell'ipotesi di apertura di una procedura di risanamento ovvero di liquidazione. Non potrà, tuttavia, avere ad oggetto gli strumenti finanziari derivati.
- 2) **appropriarsi delle azioni e dei titoli** negoziati pignorati. E' comunque necessario che il contratto contempli espressamente la possibilità di appropriazione e che vi sia accordo tra le parti circa il valore dei titoli pignorati. Questa ipotesi non può, in ogni caso, concernere il contante.
- 3) **utilizzare il contante** versato dal debitore a titolo di garanzia per estinguere le obbligazioni finanziarie non soddisfatte.
- 4) **alienare le attività finanziarie** pignorate. Il creditore ha l'obbligo di ricostituire una garanzia equivalente a quella dell'obbligazione finanziaria prima della scadenza di quest'ultima.

Grava sul creditore l'onere di informare immediatamente e per iscritto chi ha fornito le garanzie, sulle modalità scelte, sulla somma ricavata e sull'eventuale importo eccedente l'ammontare del credito (che pertanto dovrà essere restituito). Se sono state avviate procedure di risanamento e liquidazione, dette informazioni dovranno essere altresì date agli organismi che sovrintendono tali operazioni.

Saranno, infine, Bankitalia e la Consob a stabilire,

sulla base di standard internazionali, i criteri di valutazione e le condizioni di realizzo delle attività finanziarie. (s.d.)

\* \* \*

# DOTTRINA: LETTURE E ORIENTAMENTI

**SUL DIRITTO ALL'INDENNITÀ DI FINE RAPPORTO PER IL CONIUGE DIVORZIATO, di Alberto Figone, in *Famiglia e Diritto*, n. 4/04, pag. 335.**

L'Autore analizza brevemente gli aspetti essenziali della sentenza della Suprema Corte, la n. 19427 del 18 settembre 2003 (per la cui massima si rimanda al n. 23 di *Iusletter*, Sezione Giurisprudenza), relativamente (i) ai **presupposti per il riconoscimento** a favore del coniuge divorziato della quota di indennità di fine rapporto percepita dall'altro e (ii) sulla **sorte delle anticipazioni** in ordine alla determinazione della quota di indennità spettante al coniuge separato.

Quanto al primo aspetto, trattato dall'art. 12bis della l. n. 898/1970 (ed introdotto con la l. n. 74/1987), l'Autore osserva che la sentenza in commento dispone – conformemente al principio che gli effetti della sentenza di divorzio possono retroagire sino al momento della domanda - che il **diritto alla quota di indennità di fine rapporto** sorge anche se l'indennità matura prima che intervenga la sentenza di divorzio, ovvero tra il momento di proposizione della relativa domanda e quello della pronuncia.

Qualora, invece, l'indennità maturi anteriormente alla proposizione della domanda non sorge alcun diritto sulla relativa quota. E ciò in quanto si deve nettamente distinguere la regolamentazione dell'assetto patrimoniale tra i coniugi durante la fase di separazione da quello proprio dello scioglimento del matrimonio.

Quanto al secondo aspetto il problema sotteso alla pronuncia della Corte era quello di stabilire se le anticipazioni sull'indennità di fine rapporto percepite dal coniuge andassero calcolate al fine di determinare **l'entità della relativa quota spettante al divorziato**.

La Cassazione si è pronunciata statuendo che si deve tener conto soltanto dell'ammontare dell'indennità effettivamente percepita al momento della cessazione del rapporto di lavoro, con **esclusione delle anticipazioni pregresse** (quale che ne fosse stata la destinazione e quale che fosse stato il tempo della loro erogazione).

La ragione di questa decisione va ricercata nella constatazione che se le anticipazioni fossero computate il coniuge divorziato subirebbe un trattamento peggiore di quello previsto per il coniuge non divorziato, il quale dell'indennità percepita durante il matrimonio, anche in regime di comunione legale, può disporre liberamente. (p.a.)

**SETTE VOCI SULLA TRASMISSIONE DELLA RICCHEZZA FAMILIARE, di Autori vari, in *Contratto e Impresa*, n. 1/04, pag. 227.**

Questa interessante relazione si articola in sette sezioni differenti, trattate da altrettanti autorevoli Autori, aventi tutte come filo conduttore la **trasmissione della ricchezza familiare** e la relativa pianificazione.

Tra i suddetti argomenti, tutti meritevoli di attenta lettura, si segnala l'intervento di Maurizio Lupoi in relazione alla funzione protettiva dei *trust* interni.

Un *trust* è molto più di un atto di segregazione.

Da un lato, esso vive in un quadro giuridico di riferimento che non è possibile riprodurre convenzionalmente; dall'altro, se si guarda alla selezione degli interessi, esso è essenzialmente rivoluzionario per la ragione che sovverte le priorità tipiche del nostro ordinamento, senza tuttavia violarne i principi fondamentali.

A fronte di singoli meccanismi conosciuti dal diritto italiano (es. fondi patrimoniali), esiste ora la possibilità di ricorrere alla segregazione in una serie illimitata di casi, regolati da una legge straniera: **la legge regolatrice del *trust***.

Ovviamente il *trustee*, deve svolgere il proprio ufficio equamente e avendo sempre di mira lo scopo del *trust*, che non è la protezione dai creditori del disponente, ma la segregazione di risorse destinate a pervenire ai beneficiari designati dal disponente nelle particolari circostanze che potranno verificarsi durante la vita del *trust*. (m.l.)

\* \* \*

**IL SERVIZIO DI CASSETTA DI SICUREZZA E LA RESPONSABILITÀ ILLIMITATA DELLA BANCA. BREVI RIFLESSIONI DI ECONOMIA DEL DIRITTO, di Gianfranco Liace, in *Contratto e Impresa*, n. 1/04, pag. 95.**

Trattasi di una breve rassegna in merito alle più recenti pronunzie giurisprudenziali rese in ordine alla **responsabilità degli istituti bancari nella gestione del servizio delle cassette di sicurezza**. L'articolo in esame trae spunto da un recente intervento della Corte di Cassazione (Cass., 7 marzo 2003, n. 3389, per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza), che, con-

formandosi all'orientamento giurisprudenziale ormai consolidatosi al riguardo, non condivide le difese avanzate dagli istituti bancari in merito alla natura delle clausole contrattuali contemplate nelle NUB relativamente al servizio delle cassette di sicurezza, le quali prevedono, in capo al cliente, l'obbligo contrattuale di non immettere nella cassetta di sicurezza beni aventi un valore superiore rispetto a quello stabilito nel contratto.

Secondo la consolidata giurisprudenza di merito e di legittimità, infatti, la clausola che contempla la concessione dell'uso della cassetta per la custodia di beni di **valore non eccedente un determinato ammontare**, non si configura come una disposizione destinata ad integrare l'oggetto del contratto (tesi sostenuta dalle banche), ma come previsione deputata ad imporre, in capo al cliente, un obbligo ulteriore rispetto a quello primario di corrispondere un canone, ed è, pertanto, soggetta alle disposizioni di cui all'art. 1229 c.c., in tema di nullità dell'esclusione o delimitazione convenzionale della responsabilità del debitore per i casi di dolo e colpa grave, nonché a quelle di cui all'art. 1469 *bis* c.c. in tema di inefficacia di clausole comportanti uno squilibrio a carico del cliente consumatore.

Per ciò che concerne il **caso fortuito**, quale unica ipotesi in cui la banca può essere esonerata da forme di responsabilità, l'Autore rileva che, fermo restando l'onere del cliente di provare il danno e l'entità dello stesso, spetta alla banca dimostrare il **carattere inevitabile ed imprevedibile** dell'evento lesivo, circostanza questa che, però, dai repertori di giurisprudenza è rivenibile esclusivamente nei casi di alluvione e imposizione di autorità militari occupanti, e non nei casi di furto (essendo questo un evento prevedibile), sebbene perpetrato con la complicità di guardie giurate. (f.s.)

\* \* \*

**FUSIONE PER INCORPORAZIONE E NULLITÀ DELLA CITAZIONE: ASPETTI CONTROVERSI, di Dario Finardi, in *Il Fallimento*, n. 8/04, pag. 868.**

L'Autore procedendo al commento di un recente *arrêt* della Suprema Corte (Cass., 11 aprile 2003, Sez. I, n. 5716, per la cui massima si rimanda al n. 20 di *Iusletter*, Sezione Giurisprudenza), esamina le problematiche connesse alle **operazioni di incorporazione e concentrazione di imprese bancarie** che si è verificato negli ultimi anni.

Se, infatti, il tema dominante della menzionata pronuncia si incentra sulle conseguenze proces-

suali della fusione per incorporazione di una banca in un altro istituto di credito, l'Autore ha, comunque, tratto spunto da tale intervento giurisprudenziale per esaminare, sebbene sommariamente, la disciplina delle **fusioni fra società**, ponendo in peculiare rilievo la previsione normativa che legittima anche le società sottoposte a procedure concorsuali a partecipare ad operazioni di fusione e di scissione.

L'articolo prosegue esaminando i diversi orientamenti giurisprudenziali formati in ordine alle conseguenze derivanti dalla **citazione in giudizio di un soggetto estintosi a seguito di fusione** (nullità citazione *ex artt.* 163, comma 3 e 164 c.p.c. correlata da sanatoria dovuta alla intervenuta costituzione dell'incorporante; assenza di legittimazione passiva del convenuto), nonché le argomentazioni di cui la Cassazione si è avvalsa per sostenere che la fusione determini una successione universale anche per ciò che concerne la conoscenza dello stato di insolvenza quale elemento psicologico dell'azione revocatoria fallimentare. (f.s.)

\* \* \*

**CONTO CORRENTE BANCARIO: OBBLIGAZIONI DELLA BANCA E LUOGO DI ADEMPIMENTO NEL CASO DI ASSEGNAZIONE EX ART. 553 C.P.C., di Claudio Carapezza, in *Il Diritto Fallimentare*, n. 2/04, II, 285.**

L'Autore commenta la sentenza 13 maggio 2002, emessa dalla Corte d'Appello di Napoli (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza), con la quale i giudici di merito hanno stabilito la legittimità di un **pignoramento** eseguito, in forza di un'ordinanza di assegnazione, **per somme superiori** a quelle depositate sul **conto corrente** in ordine al quale sia stata resa dichiarazione ai sensi dell'art. 547 c.p.c..

A parere dei giudici di secondo grado, nel caso di specie il creditore procedente, atteso il mancato adempimento spontaneo da parte della banca terza pignorata, correttamente aveva notificato all'istituto di credito atto di precetto, senza prima recarsi presso lo sportello della banca per chiedere il pagamento del dovuto.

L'Autore non condivide la decisione nella parte in cui essa riconduce l'obbligazione del terzo pignorato nell'ambito delle **obbligazioni** cosiddette **"portables"** e quindi da eseguirsi presso il domicilio del creditore *ex art.* 1182 c.c.. Quando un soggetto intrattiene un rapporto di conto corrente bancario, l'obbligazione della banca si configura sempre come **"quérable"** e, dunque, va adempiuta presso la sede dell'istituto di credito. Infatti, la



banca garantisce la disponibilità immediata, presso i propri sportelli, delle somme risultanti a credito del correntista in seguito ad operazioni bancarie che hanno creato la provvista di denaro. E' cioè principio generale che **tutti i rapporti** posti in essere con la banca **si localizzano**, quanto al momento esecutivo, **presso la filiale** ove si sono costituiti. Di detto principio è espressione l'uso richiamato dall'art. 1182, comma 1 c.c..

Sarebbe d'altronde assurdo se una banca dovesse adempiere l'obbligazione di pagare le somme risultanti a credito dei propri correntisti presso il domicilio di ognuno di essi. (s.d.)

\* \* \*

**ORDINE DI REVOCA D'URGENZA DI UNA SEGNALAZIONE NELL'ARTICOLO INFORMATIZZATO CAI, di Ruggero Vigo, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 3/04, II, pag. 327.**

Traendo spunto da una recente pronuncia del Tribunale di Catania (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza), che in sede cautelare ha ordinato la **cancellazione dall'archivio CAI** del nominativo del traente di un assegno bancario presentato all'incasso privo di provvista, l'Autore, *in primis*, passa in rassegna le disposizioni normative che hanno condotto alla costituzione della CAI e all'attivazione del meccanismo della revoca di sistema in luogo della revoca aziendale, per poi esaminare le ragioni che hanno condotto la corte siciliana a considerare illegittima la segnalazione posta in essere dalla banca.

Nel caso di specie, la Corte condannava la banca convenuta a revocare la segnalazione effettuata sebbene la ricorrente avesse provveduto a corrispondere, nei 60 giorni dalla presentazione del titolo, il solo importo relativo all'assegno e non anche gli accessori e la penale. Il Tribunale sviluppa la motivazione nel provvedimento soprattutto facendo riferimento al **mancato pagamento della penale**: la clausola penale persegue prevalentemente finalità afflittive e preventive proprie dell'abrogata normativa penalistica e non quelle di autotutela del sistema bancario e dei relativi utenti, d'altronde il suo mancato rispetto non deve determinare l'attivazione della revoca di sistema, ma l'applicazione delle sanzioni amministrative previste dalla normativa sanzionatoria degli assegni bancari. (f.s.)

\* \* \*

**PEGNO IRREGOLARE E FALLIMENTO, di Stefa-**

**no Palammo, in *Il Diritto Fallimentare*, n. 2/04, I, pag. 383.**

L'Autore traccia un esaustivo quadro del contratto di **pegno irregolare**, regolato dall'art. 1851 c.c., e dello stato dell'arte di giurisprudenza e dottrina in merito a tale negozio, soprattutto in relazione alla normativa fallimentare.

Partendo da un inquadramento storico (il pegno irregolare trova il proprio riconoscimento nel Codice Civile del 1942, mentre in precedenza era considerato un contratto innominato), vengono analizzate sia la **fattispecie normativa** del negozio (soprattutto in chiave comparativa con altri istituti quali il pegno regolare, il pegno di crediti ed il deposito cauzionale), sia l'**inquadramento interpretativo** operato da giurisprudenza e dottrina, le quali hanno alternativamente ricondotto la figura del pegno irregolare ad una funzione di adempimento, di compensazione e di garanzia.

Di particolare interesse si rileva la parte della trattazione dedicata al rapporto tra tale istituto e la **normativa fallimentare**, sia in relazione al dibattito concernente la necessità o meno che il pegno irregolare debba essere oggetto del vaglio degli organi della procedura nella fase di verifica dei crediti, sia in merito ai rapporti con la parte della legge fallimentare dedicata agli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. (s.b.)

\* \* \*

**RIPETIZIONE DI INDEBITO OGGETTIVO ED ONERE DELLA PROVA, di Cristina Menichino, in *I Contratti*, n. 7/04, pag.**

L'Autore esamina i profili relativi (i) ai presupposti dell'indebito oggettivo ed (ii) alla ripartizione dell'onere della prova nell'azione di ripetizione, con particolare riguardo alla prova del fatto costitutivo negativo (ovvero la mancanza di una **causa debendi**) posta a carico del **solvens** (S.C., 13 novembre 2003, n. 17146).

A mente dell'art. 2033 c.c. i presupposti dell'indebito oggettivo sono due: 1) l'esecuzione di un pagamento e 2) la non doverosità dell'obbligo cui il pagamento è riferito.

Il pagamento è inteso quale strumento **di estinzione di un obbligazione**, mente la non doverosità del pagamento si riferisce a tutte le ipotesi di mancanza originaria o sopravvenuta del titolo in base al quale la prestazione viene adempiuta. Quanto **all'onere della prova** in tema di ripetizione trova piena applicazione l'art. 2697 c.c. nel senso che all'attore in ripetizione spetta l'onere di provare – oltre che il pagamento – il fatto costitu-

tivo del diritto fatto valere, nonostante, nella specie si tratti di fatti a contenuto negativo (ovvero la mancanza, originaria o sopravvenuta della *causa debendi*).

In altri termini l'attore non potrà limitarsi ad allegare l'inesistenza del titolo in base al quale avvenne il non dovuto pagamento, e attendere poi che il convenuto dimostri l'esistenza di altre *cause solvendi* che invece giustificano il pagamento; esso dovrà anche dare la prova dell'inesistenza del titolo. (p.a.)

\* \* \*

**L'ESTINZIONE DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI IN SEGUITO ALLA ISCRIZIONE DELLA CANCELLAZIONE NEL REGISTRO DELLE IMPRESE, in *Rivista delle società*, n. 2-3/04, pag. 514.**

Nell'articolo qui annotato, l'Autore esamina il significato e le implicazioni dell'art. 2495 c.c., così come modificato dal d.lgs. n. 6/2003.

In primo luogo rileva che, alla luce della nuova formulazione della norma, oggi si può affermare con certezza che le società (per lo meno di capitali) devono considerarsi **estinte** con l'approvazione del bilancio finale di liquidazione e la successiva **iscrizione della cancellazione** dal registro delle imprese. Ciò non preclude, comunque, che la fine dell'impresa possa verificarsi in un momento anteriore o posteriore all'iscrizione della cancellazione.

Il legislatore, tuttavia, ha lasciato aperte alcune questioni, in particolare quella relativa al regime da applicarsi alle **sopravvenienze attive e passive**, nonché quella concernente lo strumento di tutela garantito ai creditori, nel caso in cui i liquidatori intendano procedere alla cancellazione della società, violando il principio secondo il quale l'attivo sociale non può essere ripartito tra i soci prima che siano soddisfatti i creditori sociali.

L'Autore esamina i problemi lasciati irrisolti dal legislatore, esponendo altresì gli orientamenti dottrinali sviluppatasi in materia prima della riforma del 2003 e proponendo le proprie soluzioni.

Per quanto concerne, in particolare, la posizione dei creditori sociali, l'Autore precisa che la loro tutela è garantita dal procedimento di liquidazione, dal controllo svolto da parte del registro delle imprese e dall'esame successivo compiuto dal giudice sul registro delle imprese (infatti può disporre la cancellazione d'ufficio). Nel caso in cui la distribuzione dell'attivo non rispetti la previa soddisfazione dei creditori possono, inoltre, applicarsi i normali **strumenti di conservazione della garanzia** (pignoramento, azione revocatoria, sequestro conservativo, provvedimento *ex*

art. 700 c.p.c.).

Non bisogna infine dimenticare che la vera forma di tutela è assicurata dall'art. 2495, comma 2 c.c., che prevede l'azione nei confronti dei soci (quali successori della società) e la possibilità di far valere i crediti nei confronti dei liquidatori. (s.d.)

\* \* \*

**LO STATO DI INSOLVENZA E LA SUA ESTERIORIZZAZIONE, di Andrea Gangemi, in *Il Diritto Fallimentare*, n. 2/04, II, pag. 327.**

L'Autore, con il commento alla sentenza emessa dal Tribunale di Tivoli, 3 gennaio 2003 (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza), coglie l'occasione per esaminare la contrastata questione relativa all'accertamento della sussistenza dei presupposti oggettivi per l'apertura del fallimento e, in particolare, della sussistenza dello stato di insolvenza.

Lo stesso, in primo luogo, critica la teoria dottrinale patrimonialistica, secondo la quale lo stato di insolvenza si riscontrerebbe esclusivamente analizzando la consistenza del patrimonio del debitore. Tale indagine mostrerebbe il proprio limite esaurendosi in una **rilevazione statica** degli elementi attivi e passivi di bilancio, trascurando, invece, la valutazione indispensabile delle caratteristiche dell'impresa commerciale, quale soggetto inserito in una realtà dinamica e prospettica.

Al pari, l'Autore contesta la **teoria dottrinale personalistica** che identifica lo stato di insolvenza con la mera condotta inadempiente del debitore. Anche tale interpretazione è censurabile laddove prende in considerazione i singoli adempimenti, prescindendo dalla situazione globale del debitore.

E' la giurisprudenza, ormai pacifica, a fare chiarezza sul punto, sostenendo che lo stato di insolvenza si rileva ogni qualvolta venga individuata l'incapacità, definitiva ed irreversibile e non meramente transitoria, di adempiere regolarmente le obbligazioni assunte, laddove la regolarità si intende tanto in riferimento ai tempi ed ai modi dell'adempimento.

L'Autore, sulla scorta delle osservazioni svolte, rileva, infine, la conformità della decisione del Tribunale di Tivoli all'assunto giurisprudenziale, avendo revocato la sentenza dichiarativa di fallimento a suo tempo emessa, in quanto il mancato pagamento dei crediti, azionati in fase prefallimentare, era dovuto alla semplice negligenza dell'imprenditore. (m.bi.)

\* \* \*

**REVOCATORIA FALLIMENTARE DEGLI ATTI**

**COMPIUTI DAL SOCIO SUL PROPRIO PATRIMONIO E "SCIENTIA DECOCTIONIS", di Mauro Pizzicati, in *Il Diritto Fallimentare*, n. 2/04, I, pag. 401.**

Nell'articolo in esame, l'Autore analizza gli elementi che legittimano l'esperimento dell'**azione revocatoria fallimentare** nei confronti del socio, dichiarato **fallito "in estensione"**.

Infatti – ancorché dottrina e giurisprudenza ritengono, unanimemente, che gli strumenti offerti dalla legge fallimentare per la reintegrazione della garanzia patrimoniale si applichino agli atti compiuti dal socio sui propri beni – le problematiche connesse all'esperimento di tale azione non sarebbero state oggetto di sufficienti approfondimenti.

L'Autore dedica particolare attenzione alla circostanza per la quale, nel caso in cui l'azione revocatoria venga esperita nei confronti del socio, essa avrà come presupposto lo stato di insolvenza della società e non già quello del socio che, astrattamente, può essere un soggetto solvibile.

Pur aderendo a tale impostazione, l'Autore osserva che evidenti ragioni di tutela dei terzi impongono che, per l'esperibilità della menzionata azione recuperatoria, incomba al Curatore fallimentare dimostrare che il **terzo conosceva** sia lo stato di insolvenza sociale sia la **qualità di socio** illimitatamente responsabile del contraente. (l.c.)

\* \* \*

**ANCORA IN TEMA DI REVOCATORIA E CLAUSOLA DI LIBERAZIONE ANTICIPATA, di Vittorio Colesanti, in *Il Corriere Giuridico*, n. 7/04, pag. 951.**

L'Autore commenta una recentissima sentenza (Trib. Milano, 17 maggio 2004, per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza) con la quale il Tribunale di Milano ha affermato l'**inapplicabilità** dell'ipotesi di **revocatoria** prevista dall'art. 65 l.f. nel caso in cui il debitore si sia avvalso della **clausola pattizia di anticipare la scadenza** originaria dell'**obbligazione**.

Tale pronuncia si pone in aperto contrasto con un recente precedente di legittimità (Cass., 5 aprile 2002, n. 4842) – a sua volta rappresentante un *revirement* rispetto al risalente orientamento della Suprema Corte (Cass., 10 aprile 1969, n. 1153) – affermando come la decisione del debitore di anticipare, avvalendosi della clausola contenuta nel contratto di finanziamento, la scadenza originaria dell'obbligazione non comporti, di per sé, la violazione della *par condicio creditorum*.

La sentenza in esame, apertamente condivisa dal

Commentatore, afferma che tale fattispecie esula dalla *ratio* della norma e che, in ogni caso, può essere affermata la revocabilità dei pagamenti, ove ricorrano i presupposti di cui all'art. 67 l.f., o l'inefficacia della decisione del debitore di anticipare la scadenza dell'obbligazione, ai sensi degli artt. 2901 c.c. e 66 l.f.. (s.b.)

\* \* \*

**EFFETTI DELLA MANCATA COSTITUZIONE IN GIUDIZIO NELLE DOMANDE TARDIVE, di Pasqualina Farina, in *Il Diritto Fallimentare*, n. 2/04, II, pag. 315.**

L'Autore commenta una pronuncia (Trib. Catania, 22 aprile 2003, per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza) con la quale il Tribunale siciliano ha affermato che la mancata costituzione del creditore istante in un **giudizio di insinuazione tardiva**, con la conseguente estinzione del giudizio, non preclude la riproposizione della domanda.

La sentenza, le cui motivazioni sono condivise dall'Autore, si pone in aperto contrasto con l'orientamento prevalente della Suprema Corte, il quale, argomentando in ragione del rinvio operato dall'art. 101, comma 2 l.f., alla decadenza prevista dall'art. 98, comma 3 l.f., afferma che la mancata **tempestiva costituzione del creditore** istante nel termine di cinque giorni prima dell'udienza comporta, tra l'altro, l'improponibilità di un nuovo ricorso con il medesimo oggetto.

Il commento ripercorre criticamente l'orientamento della Suprema Corte, citando anche un precedente della Corte Costituzionale che ha respinto una questione di legittimità costituzionale sul punto, condividendo, al contrario, il pensiero della dottrina maggioritaria e di parte della giurisprudenza di merito che si sono espressi similmente al Collegio catanese. (s.b.)

\* \* \*

# GIURISPRUDENZA

## DIRITTO DI FAMIGLIA

**Cass., 17 marzo 2004, Sez. I, n. 5402**, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 4/04, pag. 389.

L'azione revocatoria promossa dal creditore, per sentire dichiarare **l'inefficacia dell'atto costitutivo di un fondo patrimoniale** non rientra tra le controversie devolute alla competenza per materia del tribunale, non investendo lo stato e la capacità delle persone (nella specie, l'azione era stata promossa, anteriormente all'istituzione del giudice unico di primo grado, davanti al pretore).

Nell'azione revocatoria, promossa dal creditore personale, dell'atto costitutivo del fondo patrimoniale, al quale abbiano preso parte entrambi i coniugi divenendo comproprietari dei beni costituenti il fondo stesso, la **legittimazione passiva** compete ad **entrambi i coniugi**, e non al solo coniuge debitore che ha destinato un bene di sua esclusiva proprietà a far fronte ai bisogni della famiglia.

I **figli dei coniugi** che hanno proceduto alla costituzione di un fondo patrimoniale **non sono parte** necessaria nel giudizio, promosso dal creditore con azione revocatoria, diretto a far valere l'inefficacia di tale costituzione, giacché il fondo patrimoniale non viene costituito a beneficio dei figli, ma per far fronte ai bisogni della famiglia, com'è confermato dal fatto che esso cessa con l'annullamento, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio (art. 171 c.c.); la circostanza che il giudice, all'atto della cessazione del fondo patrimoniale, possa attribuire ai figli, in godimento o in proprietà, una quota dei beni del fondo stesso, non può essere valorizzata al punto di attribuire ai figli stessi la legittimazione passiva nei giudizi che investano il fondo patrimoniale, trattandosi di mera eventualità i cui presupposti devono essere verificati soltanto al momento della cessazione del fondo.

**Cass., 28 gennaio 2004, Sez. I, n. 1487**, in *Famiglia e Diritto*, n. 3/04, pag. 237.

Nella determinazione dell'**importo dell'assegno divorzile**, occorre tenere conto degli eventuali miglioramenti della **situazione economica del coniuge** nei cui confronti si chiedi l'assegno, anche se successivi alla cessazione della convivenza, qualora costituiscano sviluppi naturali e

prevedibili dell'attività svolta e/o del tipo di qualificazione professionale e/o della collocazione sociale dell'onere, adeguatamente valutando se siano riferibili al tempo anteriore o successivo alla separazione, mentre non possono essere valutati i miglioramenti che scaturiscono da eventi autonomi, non collegati alla situazione di fatto ed alle aspettative maturate nel corso del matrimonio. (Nella specie, in applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato la sentenza di merito, la quale aveva ritenuto computabile l'indennità percepita per una carica elettiva assunta dal coniuge onerato successivamente alla separazione, senza motivare in ordine al ritenuto carattere di ordinarietà e prevedibilità dell'incremento economico).

**Cass., 27 gennaio 2004, Sez. I, n. 1398**, in *Famiglia e Diritto*, n. 3/04, pag. 245.

In tema di **separazione personale** dei coniugi, **l'ordine di pagamento** diretto previsto dall'art. 156 comma 6 c.c. non è assoggettato ai limiti previsti dall'art. 8, comma 6, l. n. 898/1980, in relazione all'azione diretta nei confronti del terzo obbligato, né ai limiti di sequestrabilità e pignorabilità delle retribuzioni dei dipendenti della P.A., di cui all'art. 2 D.P.R. 5 gennaio 1950, n. 180.

**Cass., 14 gennaio 2004, Sez. I, n. 336**, in *Famiglia e Diritto*, n. 3/04, pag. 249.

**Il diritto** alla corresponsione **dell'assegno di divorzio**, quale condizione per l'attribuzione del diritto alla relativa quota di pensione di reversibilità, in quanto avente ad oggetto più prestazioni periodiche, distinte ed autonome, **si prescrive** non a decorrere da un unico termine costituito dalla sentenza che ha pronunciato sul diritto stesso, ma **dalle scadenze delle singole prestazioni** imposte nella pronuncia giudiziale, in relazione alle quali sorge di volta in volta l'interesse del creditore all'adempimento.

**Cass., 5 dicembre 2003, Sez. I, n. 18619**, in *Famiglia e Diritto*, n. 3/04, pag. 253.

A seguito della **riconciliazione tra coniugi** si ripristina automaticamente tra loro il **previgente regime di comunione** legale dei beni. Tuttavia, in difetto di alcuna segnalazione esterna di quell'evento, detto ripristino **non è opponibile a terzi di buona fede** che abbiano acquistato a

titolo oneroso dal coniuge che risultava unico ed esclusivo titolare dell'immobile alienato, poiché operano le norme generali che governano la pubblicità delle vicende giuridiche a tutela dei terzi (ed ora il meccanismo di annotazione specificamente predisposto per la riconciliazione dei coniugi agli artt. 63 e 69 del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396).

\* \* \*

## OBBLIGAZIONI

**App. Napoli, 13 maggio 2002**, in *Il Diritto Fallimentare*, n. 2/04, II, 289, con nota di Claudio Carapezza.

**L'obbligazione del terzo assegnato** nei confronti del creditore assegnatario, ove essa abbia ad oggetto una somma di danaro, va **adempiuta**, ai sensi dell'art. 1182 c.c., **presso il domicilio del creditore**. Di conseguenza è infondata la pretesa della banca secondo la quale il creditore avrebbe dovuto recarsi presso i propri sportelli per richiedere il pagamento dell'importo oggetto delle ordinanze di assegnazione, mentre, ai fini di escludere la propria "*mora debendi*", la stessa banca avrebbe dovuto dimostrare di avere concretamente offerto la prestazione all'avente diritto presso il suo domicilio, come prescritto dall'art. 1220 c.c..

\* \* \*

## CONTRATTI

**Cass., 20 febbraio 2004, Sez. I, n. 3370**, in *I Contratti*, n. 7/04, II, pag. 687.

Anche al contratto con il quale vengono **trasferite quote di una società** dietro pagamento di un prezzo - contratto che rientra nella nozione di compravendita - si applicano le norme di cui agli artt. 1470 ss. c.c. e, in particolare, i principi riguardanti la distinzione tra mancanza delle qualità promesse o essenziali della cosa venduta e **vendita di «aliud pro alio»**, dai quali si desume che gli estremi di questa seconda (e più grave) forma di inadempimento possono essere ritenuti sussistenti unicamente se i beni consegnati sono (non soltanto «*difformi*», ma anche) assolutamente privi delle capacità funzionali a soddisfare i bisogni dell'acquirente e, quindi, «*radicalmente*

**diversi» da quelli pattuiti**. (Nella fattispecie, relativa a cessione di quote di società a responsabilità limitata titolare di azienda alberghiera, priva della promessa licenza per l'esercizio dell'attività di ristorazione in favore di persone diverse dagli ospiti dell'albergo, la S.C., ha ritenuto che ricorresse la prima ipotesi).

**Trib. Roma, 30 dicembre 2003**, in *I Contratti*, n. 7/04, II, pag. 719.

**La rinuncia al diritto di opzione** da parte del socio di una s.r.l. **non è atto aggredibile con l'azione revocatoria**, in quanto l'opzionario non ha alcun obbligo di esercitare le facoltà derivanti dal diritto di opzione.

Se il debitore, in luogo di esercitare personalmente un diritto di opzione di cui sia titolare nei confronti di terzi, al fine di frodare i creditori rinuncia simultaneamente all'opzione, conferendo **occultamente mandato fiduciario ad un terzo** perché stipuli l'atto oggetto del diritto di opzione, è **revocabile ex art. 2901 c.c.** il collegamento negoziale rappresentato dalla rinuncia all'opzione e dal mandato dissimulato, ma a condizione che il creditore dimostri compiutamente l'esistenza dell'una e dell'altro.

\* \* \*

## DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

**Cass., 20 febbraio 2004, Sez. I, n. 3382**, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 3/04, pag. 211.

Anche al **deposito bancario a risparmio intestato a minore** si applicano gli obblighi di **identificazione** e di registrazione prescritti in via generale dall'art. 13 d.l. 15 dicembre 1979 n. 625 (conv., con modif., nella l. n. 15, 6 febbraio 1980), così come riformulato dall'art. 2 d.l. n. 143, 3 maggio 1991 (conv., con modif., nella l. n. 197, 5 luglio 1991), giacché detti obblighi sussistono - come è stato chiarito dal d.m. 19 dicembre 1991 - in sede di accensione di ogni conto, deposito o altro rapporto continuativo, nominativo o al portatore, in danaro o in titoli, di qualunque importo; tuttavia dalla mancata osservanza di tali adempimenti in sede di costituzione del rapporto non può farsi discendere l'invalidità, o anche solo l'inefficacia, dell'operazione, dal momento che l'art. 5 d.l. n. 143/1991, cit., pur sanzionando tale comportamento con una sanzione am-

ministrativa, fa «salva l'efficacia degli atti» posti in essere.

**Cass., 10 febbraio 2004, Sez. I, n. 2464**, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 3/04, pag. 155.

Nel caso di **cessione di un'azienda di credito** perfezionatasi anteriormente all'entrata in vigore del d.leg. n. 385/1993, in virtù del combinato disposto degli artt. 54 e 55 r.d.l. n. 375 del 1936 (applicabile alle ipotesi di cessione di una, ovvero di più sedi e/o filiali, nonché di un'azienda in liquidazione, sia questa volontaria o coatta), in deroga alla disciplina generale stabilita dall'art. 2560 c.c., **il cessionario è esclusivo responsabile delle obbligazioni contratte dalla cedente**, anche se non risultanti dai libri e dalle scritture contabili - salva l'eventuale azione di rivalsa - e, poiché questa disciplina è strumentale rispetto alla tutela degli interessi dei creditori della cedente, deve ritenersi nulla la clausola con la quale le parti prevedono la limitazione della responsabilità del cessionario.

Carattere fondamentale del **contratto autonomo di garanzia**, che vale a distinguerlo dalla fideiussione, è l'**assenza dell'accessorietà della garanzia**, consistente nel fatto che il garante non può opporre al creditore le eccezioni che spettano al debitore principale, salva la facoltà di eccepire la mancanza di causa - in quanto l'obbligazione principale non è sorta o è nulla - ovvero l'avvenuto soddisfacimento del creditore: l'accertamento in ordine alla natura ed al contenuto del contratto sono riservate al giudice del merito e sono censurabili in sede di legittimità esclusivamente per violazione dei canoni legali di ermeneutica, ovvero per vizi della motivazione (nella specie, la Suprema Corte, ha ritenuto incensurabile la sentenza impugnata, che aveva qualificato una lettera di credito commerciale e la collegata fideiussione come contratto autonomo di garanzia e, interpretando la clausola che condizionava l'esperibilità dell'azione di garanzia al possesso di entrambi i documenti alla luce della natura e dell'oggetto del contratto, aveva ritenuto che, mirando alla pattuizione ad impedire il doppio pagamento a successivi cessionari della lettera di credito, l'azione era proponibile anche in caso di mancato possesso di detti documenti, una volta accertata l'inesistenza del rischio del doppio pagamento).

**Cass., 7 marzo 2003, Sez. I, n. 3389**, in *Danno e Responsabilità*, n. 11/03, pag. 1094, con nota di Gianfranco Liace.

Nel contratto per l'utilizzazione di cassette di sicurezza sono nulle, in quanto comportano una limi-

tazione della risarcibilità del danno nelle ipotesi di responsabilità della banca per dolo o colpa grave, le clausole che vietano il deposito di cose di valore superiore ad una cifra prestabilita.

Posto che, in vista della prevedibilità dell'evento, l'esimente del caso fortuito non ricorre nell'ipotesi di furto nelle cassette di sicurezza, la banca è responsabile per colpa grave per l'omessa o insufficiente predisposizione di cautele idonee a prevenire la sottrazione dei beni custoditi.

**Trib. Mantova, 18 marzo 2004**, in *I Contratti*, n. 7/04, II, n. 717.

**La banca** alla quale il cliente si rivolga per l'**acquisto di titoli sul mercato finanziario ha l'obbligo di informare** il cliente di tutte le caratteristiche del titolo e del rischio dell'investimento; tale obbligo va assolto in modo puntuale ed analitico, e non può ritenersi soddisfatto dalla generica rappresentazione di elementi di rischio dell'investimento, se non vengano espressamente rappresentati al cliente i rischi relativi sia alla remunerazione del capitale, sia al rimborso di esso. È **nullo ex art. 1418 c.c.**, in quanto contrario alla legge, il contratto di acquisto di titoli stipulato per il tramite di una banca, quando quest'ultima - in violazione degli obblighi di informazione imposti dall'art. 21 del d.lgs. 58/98 - non abbia informato il cliente sui rischi dell'operazione.

Qualora il cliente impartisca per iscritto alla banca l'ordine di acquistare titoli ad alto rischio, è sufficiente alla banca, per adempiere i propri obblighi di informazione, indicare sul modulo d'ordine la dicitura «*operazione non adeguata*» senza necessità di ulteriori indicazioni o spiegazioni.

**Trib. Catania, 20 febbraio 2003**, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 3/04, II, pag. 327, con nota di Ruggero Vigo.

Il nominativo del **traente di un assegno** emesso in mancanza della provvista non deve essere iscritto nell'archivio informatizzato della Centrale d'Allarme Interbancaria (**CAI**), se - pur restando inadempito il debito relativo agli interessi, alla penale di cui all'art. 3 l. n. 386, 15 dicembre 1990, e alle spese per il protesto - il traente dà la prova di aver **pagato l'importo dell'assegno nei sessanta giorni successivi alla scadenza** del titolo. In tal caso, la banca trattaria, che ha illegittimamente trasmesso il nominativo del traente all'archivio della CAI, è tenuta a revocare la segnalazione.

\* \* \*

## PRIVILEGI E GARANZIE

**Cass., 11 giugno 2004, Sez. I, n. 11093,** in *Guida al Diritto*, n. 33/04, pag. 66.

Al fine di stabilire la **onerosità o gratuità** della concessione di una **garanzia** vengono in considerazione due rapporti: quello tra il creditore e il terzo datore di ipoteca e quello tra quest'ultimo e il debitore del rapporto principale. Se il terzo garante riceve un vantaggio patrimoniale o un compenso dal credito per la prestazione della garanzia non vi è dubbio che il negozio di garanzia è oneroso: se non riceve alcun vantaggio patrimoniale o un compenso dal creditore o dal debitore del rapporto principale, il negozio deve ritenersi gratuito, avendo egli vincolato un suo bene al soddisfacimento di un interesse altrui senza alcun corrispettivo e, perciò, in modo gratuito. Se, invece, il terzo datore di ipoteca riceve un qualche vantaggio patrimoniale o compenso dal debitore principale, non è sufficiente tale circostanza per qualificare la concessione della garanzia come negozio a titolo oneroso, essendo necessario che il **vantaggio patrimoniale** offerto assurga a **causa del negozio** e non resti, invece, a livello di motivo. Deriva, da quanto precede, pertanto, che il negozio di garanzia è a titolo gratuito se il garante si è fatto promettere a parte un qualche compenso dal debitore principale, per facilitargli, con la garanzia prestata, la concessione di una dilazione per il pagamento del debito scaduto, senza che compenso al garante, prestazione della garanzia e dilazione per il pagamento del debito scaduto siano stati fatti oggetto di una complessiva pattuizione (alla quale abbiano partecipato creditore, debitore principale e garante), che abbracci in un nesso sinallagmatico tutte le prestazioni.

**Trib., Padova, 22 gennaio 2004,** in *Il Fallimento*, n. 8/04, pag. 941.

Gli **interessi moratori** accessori ad un **credito ipotecario** non trovano la stessa collocazione del capitale e **vanno ammessi in chirografo**, sia, per la dizione letterale della norma di cui all'art. 2855 c.c., che fa riferimento esclusivo agli interessi prodotti dal capitale (ma non a quelli dovuti per il ritardo), sia per il carattere eccezionale delle norme attributive dei privilegi.

\* \* \*

## DIRITTO SOCIETARIO

**Cass., 27 aprile 2004, Sez. I, n. 8001,** in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 15/04, pag. 69.

La verifica del rispetto del **principio di chiarezza nella redazione del bilancio**, correlato al diritto all'informazione finalizzato a consentire l'espressione in assemblea di un voto cosciente e meditato da parte dei soci, non può prescindere dalla considerazione delle **risposte** fornite dagli **amministratori alle richieste** di chiarimento **formulate nel corso dell'assemblea** e risultanti dal relativo verbale. Le informazioni fornite in assemblea soddisfano l'interesse a una conoscenza concreta dei reali elementi contabili recati dal bilancio e rendono evidente il rapporto strumentale che sussiste fra il diritto d'informazione e il principio di chiarezza. Attraverso le risposte alle domande avanzate dal socio in assemblea viene realizzato il diritto d'informazione, rimuovendo gli aspetti d'insufficienza o di oscurità che si possono cogliere nell'esposizione dei dati contabili; i chiarimenti in assemblea, se adeguati, fanno venire meno l'interesse del socio che li ha chiesti e ottenuti all'impugnazione della delibera di approvazione in relazione ai punti oggetto dei chiarimenti. Il potere di impugnazione della delibera di approvazione del bilancio da parte del socio dissenziente riguarda, al pari del socio assente, ogni violazione del principio di chiarezza, e non solo quelle per le quali sono state formulate richieste di chiarimenti formulate in assemblea, fermo restando l'onere della prova a carico dell'attore. (Massima non ufficiale).

\* \* \*

## FALLIMENTO

**Cass., 11 giugno 2004, Sez. I, n. 11099,** in *Guida al Diritto*, n. 27/04, pag. 50.

L'art. 162 della l.f., nell'esigere che il **pubblico ministero** sia sentito al fine della pronuncia sulla ammissibilità della **domanda di concordato preventivo**, fissa un principio di obbligatorietà del suo intervento da ritenersi operante anche nelle successive fasi della procedura. Deriva, da quanto precede, pertanto, che è **nulla la sentenza** resa nel giudizio in questione, in grado di appello, se il predetto organo non sia stato chiamato a partecipare a tale fase.

**Cass., 11 giugno 2004, Sez. I, n. 11090**, in *Guida al Diritto*, n. 31/04, pag. 41.

Ove il **commissario straordinario** abbia chiesto, con la citazione introduttiva, la revoca - ai sensi dell'art. 67, comma 2, n. 1 della l.f. - di rimesse solutorie anteriori alla data di ammissione del debitore alla precedente procedura di amministrazione controllata, integra una domanda nuova (oltre che infondata) la **richiesta di revoca** delle rimesse avvenute tra detta data e la successiva apertura della procedura di amministrazione straordinaria.

**Cass., 11 giugno 2004, Sez. I, n. 11084**, in *Guida al Diritto*, n. 27/04, pag. 50.

Il **fallimento sociale** e i **fallimenti dei soci illimitatamente responsabili** costituiscono, a onta dell'unicità della sentenza dichiarativa e dell'unicità degli organi, **entità giuridiche diverse**, centri diversificati d'imputazione giuridica degli effetti della dichiarazione di fallimento, atteso che le norme suindicate impongono una distinzione tra i patrimoni dell'una e quelli degli altri, tra gli stati passivi e le masse che siano da riferire agli uni o agli altri, ciò che inevitabilmente si riflette sulla posizione del curatore, il quale sarà legittimato a stare in giudizio quale organo del fallimento di ciascuno dei soci a seconda della riferibilità della controversia, della direzione e dell'incidenza degli effetti della pronuncia giurisdizionale destinata a regolarla.

**Cass., 24 febbraio 2004, n. 3615**, in *Il Fallimento*, n. 8/04, pag. 934.

Agli effetti della revocatoria di cui all'art. 67 l.f., al fine di stabilire se la **prestazione di garanzia** sia stata o meno contestuale alla erogazione del credito, il concetto di **contestualità** deve essere inteso non in senso formale o semplicemente cronologico, bensì in **senso sostanziale e causale**, sicché la eventuale riferibilità della garanzia ad un credito preesistente va accertata in concreto, avendo riguardo alla specifica genesi del contratto (Nella specie, concernente una fideiussione prestata dal terzo in favore di una banca, quando l'indebitamento precedente aveva raggiunto il livello massimo del precedente affidamento e l'istituto aveva concesso un più elevato affidamento, la Suprema Corte ha ritenuto incensurabile la sentenza di merito, che aveva escluso la contestualità, reputando che la garanzia fosse destinata, almeno in parte, a coprire il rischio già assunto).

**Cass., 20 febbraio 2004, Sez. I, n. 3397**, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 3/04, pag. 214.

L'art. 95 l.f. contiene una previsione specifica dei **tipi di credito** che possono essere **ammessi con riserva al passivo**, così da non lasciare margini ad interventi additivi per equipollenza; ne consegue che le eventuali riserve diverse da quelle previste devono ritenersi come non apposte e l'ammissione del credito al passivo deve considerarsi come pura e semplice (nella fattispecie, la Suprema Corte ha confermato la decisione del giudice di merito, che aveva considerato come pura e semplice l'ammissione di un credito al passivo «con riserva perché in corso di acclaramento»).

**Cass., 20 febbraio 2004, Sez. I, n. 3379**, in *Il Fallimento*, n. 8/04, pag. 933.

Non è configurabile come «*datio in solutum*», qualificabile come mezzo anormale di pagamento revocabile a norma dell'art. 67, comma 1, n. 2, della l.f., l'ipotesi in cui la possibilità di una prestazione diversa dal denaro sia stata prevista originariamente, all'atto di stipulazione del contratto, versandosi in tal caso nella diversa fattispecie dell'**obbligazione alternativa**, nella quale entrambe le prestazioni sono dedotte in obbligazione, ed al debitore è lasciata la scelta dell'una o dell'altra. In simili ipotesi non si può infatti presupporre che la prestazione diversa sia dipesa dalle difficoltà economiche del debitore, ma si deve invece ritenere che sia stata il frutto di una scelta nell'ambito di quanto già stabilito in origine.

**Cass., 13 febbraio 2004, Sez. I, n. 2787**, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 3/04, pag. 173.

I provvedimenti con cui il giudice delegato, in sede di **approvazione dello stato passivo** del fallimento, ammette i **singoli crediti** vanno interpretati in correlazione alla domanda ed alla documentazione che la sorregge; pertanto, qualora il creditore, con l'istanza di ammissione, abbia invocato la **prelazione ipotecaria** su immobili, l'accoglimento dell'istanza stessa con generico riferimento al «*rango privilegiato*», senza alcuna esclusione o limitazione, deve **intendersi comprensiva** della detta ragione di prelazione.



**Cass., 20 novembre 2003, Sez. I, n. 17597**, in *Il Fallimento*, n. 8/04, pag. 911.

La sostituzione di un **precedente credito chirografario** con altro **credito ipotecariamente garantito**, se attuata per un **accordo** tra le parti avente appunto tale scopo ed indipendentemente dalla forma esteriore che esso assuma, dà vita ad una situazione corrispondente a quella contemplata dall'art. 67, comma 1, n. 3 o n. 4, l.f.: quindi, in caso di successivo fallimento del debitore, ove ricorrano anche le ulteriori condizioni al riguardo previste dalle citate norme, è suscettibile di determinare la revoca della garanzia ipotecaria.

**App. Bologna, 19 settembre 2003**, in *Il Fallimento*, n. 8/04, pag. 939.

Agli effetti della revocatoria di cui all'art. 67 l.f., non può ritenersi **contestuale** al debito la **garanzia** pignoratizia concessa dalla banca in occasione dell'**aumento del fido**, quando esista già una **situazione debitoria** della banca corrispondente all'affidamento elevato, giacché il concetto di contestualità deve essere inteso non in senso formale o semplicemente cronologico, bensì in senso preminentemente sostanziale e causale.

**App. Bologna, 24 maggio 2003**, in *Il Fallimento*, n. 8/04, pag. 939.

L'attribuzione di un **mandato in rem propriam all'incasso di crediti** nei confronti di un terzo con il conferimento della **facoltà di utilizzare le somme** incassate per l'estinzione, totale o parziale, di un debito verso il mandatario, benché non ancora sorto, anche attraverso la compensazione delle rispettive ragioni creditorie, producendo effetti sostanzialmente analoghi alla cessione di crediti, riveste, oltre ad uno scopo di garanzia, soprattutto **funzione solutoria**, risolvendosi nella preconstituzione di un mezzo sicuro di pagamento in favore del mandatario in ordine ai finanziamenti che devono essere effettuati al mandante; ne consegue che, trattandosi di un mezzo satisfattorio diverso dal danaro ed estraneo alle comuni relazioni commerciali, è suscettibile di revocatoria fallimentare ai sensi dell'art. 67, comma 1, n. 2 l.f., se pattuito nel biennio, a nulla rilevando che tale convenzione sia coeva al sorgere del rapporto.

**Trib. Milano, 17 maggio 2004, Sez. II**, in *Il Corriere Giuridico*, n. 7/04, pag. 951, con nota di Vittorio Colesanti.

L'art. 65, l.f. non si applica al caso di pagamento di **debito scaduto** ante fallimento per effetto dell'esercizio da parte del debitore della facoltà di

anticipare la scadenza originaria, qualora il contratto di finanziamento preveda fin dall'origine una clausola che attribuisca al debitore la facoltà di determinare in via unilaterale l'anticipazione della predetta scadenza.

**Trib. Milano, 18 marzo 2004**, in *Il Fallimento*, n. 8/04, pag. 939.

**La delegazione attiva** di pagamento che, con la prestazione del delegato, produca sia l'estinzione dell'obbligazione del delegante verso il delegatario, sia quella del delegato verso il delegante, costituisce **mezzo anormale di pagamento**.

**Trib. Milano, 16 marzo 2004**, in *Il Fallimento*, n. 8/04, pag. 940.

La **definitiva ammissione** al passivo in via privilegiata pignoratizia del saldo attivo del conto corrente vincolato preclude la **successiva revoca della garanzia reale**.

**Trib. Milano, 16 marzo 2004**, in *Il Fallimento*, n. 8/04, pag. 940.

La domanda formulata nella **memoria ex art. 183**, comma 5 c.p.c., avente ad oggetto **rimesse diverse** da quelle indicate in citazione, è prescritta se la memoria sia stata depositata oltre il quinquennio dalla dichiarazione di fallimento, a nulla rilevando in senso contrario la pretesa interruzione della prescrizione avvenuta con la notifica dell'atto di citazione, essendo questa riferibile ad altre operazioni.

**Trib. Brescia, 4 febbraio 2004, Sez. fall., n. 33**, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 15/04, pag. 76.

Mentre va esclusa la fallibilità del semplice "**socio tiranno**" di società di capitali, deve ritenersi **assoggettabile a fallimento** colui che, per l'attività svolta, realizzata attraverso una propria organizzazione di mezzi e finalizzata ad un proprio scopo di lucro, risulti **titolare di un'autonoma impresa** commerciale a mezzo della quale lo stesso, di fatto, ponga in essere un disegno imprenditoriale di **controllo e di direzione di società di capitali**, sia pure non formalmente al medesimo facente capo, volto al perseguimento di un risultato economico ulteriore e distinto da quello della società stessa.

**Trib. Roma, 4 dicembre 2003, n. 38811**, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 15/04, pag. 92.

**Al creditore istante** per la dichiarazione di **fallimento** del suo debitore **non può essere riconosciuto, con riferimento alle spese** di giustizia all'uopo sostenute, **il privilegio** di cui agli artt. 2755, 2770 c.c. in quanto non risulta individuato alcun bene specifico sul quale il privilegio speciale di cui ai citati articoli possa attuarsi.

**Trib. Catania, 22 aprile 2003**, in *Il Diritto Fallimentare*, n. 2/04, II, pag. 315, con nota di Pasqualina Farina.

L'estinzione del **giudizio di insinuazione tardiva** per mancata **costituzione** del ricorrente non preclude la riproposizione della domanda.

**Trib. Roma, 10 aprile 2003, Sez. fall., n. 12447**, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 15/04, pag. 90.

L'inopponibilità alla curatela, ex art. 52 l.f., di **documenti** (nella specie, quietanze rilasciate dal fallito) privi di **data certa anteriore** alla dichiarazione di fallimento è circostanza rilevabile d'ufficio dal Tribunale investito di un ricorso ex art. 101 l.f. giacché la anteriorità del credito è un fatto costitutivo del diritto di partecipare al concorso dei creditori la cui esistenza deve essere provata dal ricorrente in ossequio al disposto dell'art. 2697 c.c.. Conseguentemente il suo difetto non integra una eccezione in senso proprio e deve essere **rilevato d'ufficio** dal Tribunale anche nella contumacia della curatela ed anche se non abbia costituito il fondamento del parere contrario all'ammissione del credito reso dal curatore all'udienza non contenziosa di comparizione delle parti, il cui contenuto non vale a delimitare l'onere probatorio gravante sul ricorrente nella successiva fase contenziosa.

**Trib. Tivoli, 3 gennaio 2003**, in *Il Diritto Fallimentare*, n. 2/04, II, pag. 327, con nota di Andrea Gangemi.

La valutazione dello **stato di insolvenza** si basa su indizi gravi precisi e concordanti nel senso della dimostrazione, secondo un giudizio probabilistico presuntivo ed in base a massime di esperienza in materia di economia e di tecnica commerciale, **dell'impotenza di un imprenditore commerciale funzionale**, e non meramente transitoria, a **soddisfare** regolarmente e con mezzi normali **le proprie obbligazioni** per il venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie per lo svolgimento dell'attività commerciale. Nel corso del giudizio di opposizione possono essere acqui-

siti ulteriori elementi che facciano riferimento alla situazione anteriore al momento della dichiarazione del fallimento. Lo stato di insolvenza non sussiste qualora le cause dei mancati pagamenti siano da ricondurre ad una condotta negligente dell'imprenditore.

\* \* \*

## PROCEDIMENTO CIVILE INGIUNTIVO ESECUTIVO

**Cass., 8 giugno 2004, Sez. II, n. 10832**, in *Guida al Diritto*, n. 27/04, pag. 55.

In caso di **discordanza**, tra la **copia e l'originale** dell'atto di citazione la **prima prevale sul secondo**, gravando, per un verso, sull'attore l'onere di verificare l'effettiva conformità dell'atto originale di citazione a quello che, per suo conto viene notificato in copia e dovendosi, per altro verso, garantire l'affidamento del destinatario sull'atto scritto che gli è stato consegnato. Ove la copia notificata, pertanto, non consenta per la sua **incompletezza**, la cognizione di elementi essenziali relativi alla *editio actionis* e alla *vocatio in ius*, ne consegue la **nullità della citazione** ai sensi degli artt. 163 e 164 del c.p.c.. Ove detta nullità sia stata rilevata, per la prima volta (nella specie con riguardo a controversia di valore inferiore a lire due milioni svoltasi innanzi al giudice di pace) da parte della Suprema Corte questa deve cassare la pronuncia con rinvio della causa al giudice *a quo* (in persona di diverso magistrato) ai fini dell'applicazione dell'articolo 164 del c.p.c..

**Cass., 10 marzo 2004, Sez. lav., n. 4922**, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 4/04, pag. 334.

La richiesta di **restituzione delle somme** corrisposte in esecuzione della sentenza di primo grado, essendo conseguente alla richiesta di modifica della decisione impugnata, non costituisce **domanda nuova** ed è perciò ammissibile in appello; la stessa deve, peraltro, essere formulata, a pena di decadenza, con l'atto di appello, se proposto successivamente all'esecuzione della sentenza, essendo ammissibile la formulazione nel corso del giudizio soltanto qualora l'esecuzione della sentenza sia avvenuta successivamente alla proposizione dell'impugnazione; ne consegue che è onere della parte che formuli tale domanda pre-

cisare puntualmente, da un lato, in quale data ha provveduto al pagamento della somma portata dalla sentenza di primo grado oggetto di impugnazione, e dall'altro, specie quando controparte non riconosca l'avvenuta esecuzione della sentenza di primo grado, dimostrare il proprio assunto.

**Cass., 10 marzo 2004, Sez. III, n. 4909**, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 4/04, pag. 333.

**Il giudice del rinvio** cui la causa sia stata rimessa anche per provvedere sulle **spese del giudizio** di legittimità deve attenersi al principio della soccombenza applicato all'**esito globale del processo**, piuttosto che ai diversi gradi del giudizio e al loro risultato, con la conseguenza che la parte vittoriosa nel giudizio di cassazione e tuttavia soccombente in rapporto all'esito finale della lite può essere legittimamente condannata al rimborso delle spese in favore dell'altra parte anche per il grado di cassazione.

**Cass., 10 marzo 2004, Sez. I, n. 4900**, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 4/04, pag. 332.

Il ricorrente per cassazione, il quale abbia richiesto la **notifica del ricorso a mezzo del servizio postale**, se ha, da un lato, la possibilità, a norma dell'art. 5, comma 3, primo periodo, l. n. 890/1982, di farsi consegnare dall'ufficiale giudiziario, anche prima del ritorno dell'avviso di ricevimento, l'originale dell'atto per eseguirne il deposito in giudizio, ha, dall'altro, l'onere - ove l'intimato non si sia costituito - di **produrre** successivamente, osservate le modalità di cui all'art. 372, comma 2, c.p.c., **l'avviso di ricevimento**, altrimenti, a norma del secondo periodo dello stesso comma «*la causa non potrà essere messa in decisione*» (formula che sta a ribadire la regola - stabilita dagli artt. 149 c.p.c. e 4, comma 3 l. cit. - della indispensabilità dell'avviso di ricevimento ai fini della prova del perfezionamento della notifica, e non certo a determinare lo stallo del processo) e il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per l'inesistenza della notifica; né detta inesistenza può essere esclusa a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 149 c.p.c. e 4, comma 3 l. cit. «*nella parte in cui prevede che la notificazione si perfeziona, per il notificante, alla data della ricezione dell'atto da parte del destinatario anziché a quella, antecedente, di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziaria*» (Corte Cost., 26 novembre 2002, n. 477), incidendo la pronuncia del giudice delle leggi sulla sola disciplina del momento («*quando*») in cui la notifica si considera efficace, non anche su quella dei requisiti del suo perfezio-

namento («*an*»).

**Cass., 2 marzo 2004, Sez. III, n. 4189**, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 4/04, pag. 283.

Il requisito della **novità di un documento**, agli effetti della sua produzione in grado d'appello, alla stregua dell'art. 345, comma 3 c.p.c. nel testo anteriore alla novella del 1990, va apprezzato in relazione alla **sua avvenuta o non avvenuta esibizione** in primo grado, senza che abbia influenza alcuna la circostanza che la parte la quale avrebbe potuto o dovuto esibirlo in prima istanza, non vi abbia invece provveduto, o che vi abbia provveduto tardivamente, potendo ciò influire soltanto agli effetti della ripartizione dell'onere delle spese, ma non in ordine alla ritualità della produzione del documento stesso in secondo grado.

**Cass., 25 febbraio 2004, Sez. III, n. 3817**, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 4/04, pag. 250.

Le comparse contenenti **domande riconvenzionali** devono essere **notificate alla parte** rimasta **contumace**, qualora siano dirette contro la stessa o in qualche modo la coinvolgono, ma, trattandosi di obbligo stabilito nell'interesse esclusivo di quest'ultima, la **nullità** conseguente alla mancata notifica può essere eccepita soltanto dal contumace successivamente costituitosi o da lui fatta valere con uno specifico motivo d'impugnazione della sentenza, e **non può essere rilevata d'ufficio dal giudice**.

**Cass., 25 febbraio 2004, Sez. III, n. 3809**, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 4/04, pag. 249.

Stante l'inapplicabilità dell'art. 164 c.p.c. - sia nel testo precedente che in quello attuale - al **giudizio di appello, la nullità dell'atto di citazione in appello** dipendente da vizi della *vocativo in ius* non può essere **sanata con la costituzione** dell'appellato né con la rinnovazione della citazione, ed è rilevabile anche d'ufficio, in quanto solo l'atto conforme alle prescrizioni di cui all'art. 342 c.p.c. è idoneo ad impedire la decadenza dall'impugnazione e quindi il passaggio in giudicato della sentenza impugnata; ne consegue che il giudizio di appello introdotto a mezzo di un atto di citazione nullo deve essere dichiarato inammissibile.

**Cass., 24 febbraio 2004, Sez. II, n. 3646**, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 4/04, pag. 235.

La **procura speciale** rilasciata dal controricorrente **in calce o a margine della copia notificata** del ricorso od a questa spillata **non è idonea** alla valida proposizione del controricorso, né per la formulazione di memorie, in quanto non dimostra l'avvenuto conferimento del mandato anteriormente o contemporaneamente alla notifica dell'atto, ma è idonea solo per la costituzione in giudizio del controricorrente e per consentire la partecipazione del difensore alla discussione orale, non potendovi essere in tal caso incertezza circa l'antiorità del conferimento del mandato.

**Cass., 13 novembre 2003, Sez. III, n. 17146**, in *I Contratti*, n. 7/04, I, pag. 678, con nota di Cristina Menichino.

Nella domanda di ripetizione di **indebito oggettivo** l'onere della **prova** grava sul **creditore** istante, il quale è tenuto a provare i fatti costitutivi della sua pretesa, perciò, sia l'avvenuto pagamento sia la mancanza di una causa che lo giustifichi (ovvero il venir meno di questa), prova che può essere fornita dimostrando l'esistenza di un fatto negativo contrario, o anche mediante presunzioni.

**Cass., 23 aprile 2001, Sez. III, n. 5961**, in *Rivista dell'Esecuzione Forzata*, n. 2-3/04, pag. 578, con nota di Michele Belli.

Posto che la diversità tra **l'opposizione ex art. 512 c.p.c.** e quella **ex art. 615 c.p.c.** è data dal differente oggetto dei due rimedi, l'uno concernente il diritto a partecipare alla distribuzione e l'altro il diritto a procedere ad esecuzione forzata, quando la procedura esecutiva sia validamente approdata alla fase della distribuzione, ove non sussista questione circa l'"*an exequendum*", **ogni controversia** che in detta fase insorga **tra creditori e debitori** circa la sussistenza o l'ammontare di uno o più crediti o circa la sussistenza di diritti di prelazione, costituisce una controversia da risolvere con il **rimedio indicato all'art. 512 c.p.c.**

Contro il creditore precedente che, nella esecuzione da lui promossa e proseguita, sia intervenuto in forza di un secondo credito, del quale soltanto si intenda contestare la sussistenza, la misura o la collocazione, il rimedio offerto si qualifica necessariamente come azione **ex art. 512 c.p.c.**

**Trib. Milano, 16 marzo 2004, Sez. X, n. 3492**, in *Guida al Diritto*, n. 33/04, pag. 73.

L'accoglimento di una domanda di **condanna per lite temeraria** avanzata dalla parte convenuta nei confronti della parte attrice presuppone che la parte convenuta dia prova del danno subito con l'azione giudicata temeraria, non essendo sufficiente una valutazione equitativa del danno da parte del giudicante.

\* \* \*

## PRIVACY

**Trib. Roma, 10 dicembre 2003**, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, n. 2/04, pag. 281.

La nozione di svolgimento di attività economica di cui all'art. 20 l. n. 675/96 comprende anche la esposizione debitoria di un soggetto nei confronti di un istituto di credito. Non integra pertanto il reato di cui all'art. 35 l. n. 675/96 **il funzionario** di banca che **comunichi al terzo** l'esistenza di tale esposizione al fine di giustificare il diniego della concessione di un mutuo ipotecario stante la posizione debitoria del terzo datore di ipoteca.

\* \* \*

# OSSERVATORIO

## ESECUZIONI IMMOBILIARI

**OPPOSIZIONE ALL'ESECUZIONE E CONTESTAZIONE DEI CREDITI NELLA FASE DI DISTRIBUZIONE DEL RICAVATO, di Michele Belli, in *Rivista dell'Esecuzione Forzata*, n. 2-3/04, pag. 578.**

Con sentenza n. 5961 del 23 aprile 2001 (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza), la Corte di Cassazione affronta il dibattuto problema della distinzione tra **l'opposizione all'esecuzione** disciplinata dall'art. 615 c.p.c. e le **contestazioni dei crediti** sollevate dal debitore in sede di riparto di cui all'art. 512 c.p.c..

Nella fattispecie in esame, in particolare, il creditore procedente, dopo aver promosso un'esecuzione immobiliare nella quale erano intervenuti altri creditori, faceva valere, nella stessa procedura, un altro credito, assumendo quindi al contempo le **vesti di creditore procedente e di intervenuto**. A seguito della predisposizione del progetto di distribuzione del ricavato dalla vendita all'asta del compendio pignorato, i debitori esecutati proponevano opposizione *ex art.* 512 c.p.c., contestando la complessiva entità del credito azionato dal procedente; questi si costituiva in giudizio eccependo l'inammissibilità della contestazione mossa dai debitori in quanto l'unico rimedio da questi esperibile avrebbe dovuto essere l'opposizione di cui all'art. 615 c.p.c..

Posto che la diversità tra l'opposizione *ex art.* 615 c.p.c. e quella *ex art.* 512 c.p.c. è data dal differente **oggetto delle due impugnazioni**, il primo concernente il diritto di procedere all'esecuzione forzata e il secondo il diritto a partecipare alla distribuzione, stabilire in concreto di quale impugnazione si tratti quando a proporla sia il debitore esecutato, è questione notevolmente discussa in giurisprudenza.

La Suprema Corte veniva, pertanto, chiamata a risolvere il già dibattuto problema della qualificazione giuridica delle opposizioni proposte dal debitore esecutato e dei criteri discretivi idonei a delineare una linea di confine tra i due istituti che presentano notevoli affinità tra loro. Qualificare l'iniziativa del debitore come "*opposizione all'esecuzione*" anziché come "*controversia in sede di distribuzione*" implica una differente conseguenza

sul piano della sospensione del procedimento esecutivo in corso: nel primo caso (art. 615 c.p.c.) trova applicazione il comma 1 dell'art. 624 c.p.c. che attribuisce al Giudice, concorrendo gravi motivi, il potere discrezionale di sospendere o meno la procedura esecutiva; nel secondo caso (art. 512 c.p.c.) si applica, invece, il comma 2 dell'art. 624 c.p.c. in base al quale il Giudice sospende necessariamente la procedura esecutiva in corso. Ne consegue, quindi, che, mentre nel primo caso la **sospensione è discrezionale ma totale**, nel senso che paralizza l'intera procedura, nel secondo caso, invece, la **sospensione è obbligatoria ma parziale**, essendo limitata alle somme in contestazione e non coinvolgendo le ragioni degli altri creditori non soggette a contestazione.

Inoltre, mentre l'opposizione all'esecuzione deve necessariamente proporsi, ai sensi dell'art. 615 c.p.c., con atto di citazione o ricorso, la controversia in sede distributiva può essere instaurata anche oralmente, ad esempio, all'udienza fissata per l'approvazione del progetto di distribuzione.

In merito al coordinamento tra gli artt. 615 c.p.c. e 512 c.p.c., in giurisprudenza si è costantemente affermata l'esperibilità del rimedio di cui all'art. 512 c.p.c. ogni volta che la contestazione riguardi la sussistenza o l'ammontare dei crediti o la collocazione privilegiata di questi e si stabilisce la proponibilità di tale mezzo solo in sede di riparto; ma quando l'opposizione concerne l'esercizio stesso dell'azione esecutiva da parte del creditore, ovvero l'impignorabilità del bene, si esulerebbe dall'ambito dell'art. 512 c.p.c. e si avrebbe un'opposizione all'esecuzione in senso proprio, esperibile sino alla fine del procedimento esecutivo (Cfr. Cass., 29/04/61, n. 686, in Foro It. 1962, I, 114 ss; Cass., 28/04/56, n. 1330, in Foro It. 1957, I, 1253; Cass., 17/08/65, n. 1962, in Foro It. 1965, I, 1833). La sentenza in questione si inserisce in tale quadro giurisprudenziale offrendo una soluzione per certi versi innovativa alla questione sopra delineata. Essa, innanzitutto, respinge la tesi di quella parte della dottrina secondo cui il rimedio accordato al debitore che intenda contestare la sussistenza o l'entità del credito del procedente o di quelli intervenuti muniti di titolo esecutivo consisterebbe sempre nell'opposizione *ex art.* 615 c.p.c., mentre il rimedio dell'opposizione *ex art.* 512 c.p.c. in sede di distribuzione riguarderebbe solo le contestazioni mosse ai creditori privi di titolo esecutivo. Sembra, pertanto, possibile dedurre che la presenza del titolo esecutivo sia del tutto irrilevante ai fini della distinzione tra i due istituti in esame. La Cassazione poi prosegue so-

stenendo che: "quando non occorre più stabilire, mediante l'opposizione di merito *ex art.* 615 c.p.c., se l'intero processo esecutivo debba irrimediabilmente venire meno per effetto di preclusioni o decadenze ricollegabili alla pretesa invalidità del titolo esecutivo nei confronti del creditore precedente o di quello intervenuto munito di titolo esecutivo che abbia compiuto atti propulsivi alla procedura, e quando perciò la procedura sia validamente approdata alla fase della distribuzione, ogni controversia che in detta fase insorga tra creditore e debitore circa la sussistenza o l'ammontare di uno o più crediti o circa la sussistenza di diritti di prelazione costituisce una controversia prevista dall'art. 512 c.p.c."

Quindi, quando nella fase di distribuzione non sussiste questione circa *l'an exequendum* ma si discuta solo sulla esistenza o sulla entità dei crediti è di tutta evidenza che l'opposizione da proporsi è quella di cui all'art. 512 c.p.c. (i.r.)

\* \* \*

## MERCATI FINANZIARI

**CONTRATTI DI "OPTION" PER LA GESTIONE DEI RISCHI FINANZIARI, di Vanessa Del Sole, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 15/04, pag. 33.**

L'Autrice effettua una veloce disamina dell'istituto del **contratto di option**, rientrante nella categoria dei cosiddetti "**strumenti finanziari derivati**", di cui all'art. 1, comma 2, lettere f) - j) del d.lgs. n. 58 del 1998 (c.d. Testo Unico della Finanza).

Dopo aver sommariamente chiarito cosa si intenda per strumenti derivati (contratti il cui valore economico dipende dal prezzo di un'attività sottostante o dal valore di un altro parametro finanziario di riferimento) e più specificamente per *option* (il contratto con il quale una delle parti, dietro pagamento di un corrispettivo, acquista la facoltà di acquistare – *call option* – o di vendere – *put option* – alla o entro la data di scadenza, un certo quantitativo dell'attività sottostante ad un prezzo prestabilito – *strike price*), l'Autrice passa ad analizzare il funzionamento economico del contratto, evidenziando le sue finalità e, soprattutto, l'asimmetria nelle posizioni delle parti.

**Il venditore** è infatti in una posizione di soggezione rispetto alla decisione dell'acquirente dell'opzione di esercitarla o meno, valutato l'anda-

mento del mercato; ciò vale a distinguere l'opzione da un normale contratto "*a termine*", ove si verifica solo la posticipazione di prestazione e di controprestazione cui entrambi i contraenti sono, in ogni caso, tenuti.

L'articolo prosegue con l'individuazione della disciplina codicistica sul contratto in generale come disciplina giuridica applicabile, una volta qualificato il contratto *de quo* come opzione *ex art.* 1331 c.c.. (f.m.)

\* \* \*

## DIRITTO SOCIETARIO

La rivista "*Giurisprudenza Commerciale*" ha pubblicato un supplemento al numero 3/04, che segue la numerazione progressiva della Parte I. Tale numero speciale è interamente dedicato ai contributi sulla recente riforma delle società di capitali ed, in particolare, focalizza l'attenzione sulla disciplina dell'amministrazione ed il controllo nelle S.p.A. e sulle novità che la riforma ha introdotto in tema di società cooperative.

\* \* \*

**COMPRAVENDITA DI QUOTE SOCIALI, MANCANZA DI QUALITÀ E ALIUD PRO ALIO, in *I Contratti*, n. 7/04, II, pag. 687, di Ugo Carnevalli.**

Le norme di cui agli artt. 1470 c.c. devono trovare applicazione anche al contratto tramite il quale le **quote di una società** vengono **trasferite dietro pagamento del prezzo**. In particolare, a tale tipologia contrattuale potranno essere riferiti, anche, i principi riguardanti la distinzione tra **mancanza delle qualità promesse** o essenziali della cosa venduta e la **vendita "aliud pro alio"**.

La sentenza in esame analizza il caso in cui due soci di una società X, proprietaria di un'azienda costituita da un albergo, un bar, un ristorante e dalle relative licenze, avevano venduto tutte le quote alla società Y, la quale ne era divenuta unico socio, subentrando nella proprietà dell'azienda alberghiera. Successivamente, Y non era riuscita ad ottenere dal Comune la volturazione della licenza per l'esercizio dell'attività di ristorazione e

di bar, in favore di clienti diversi da quelli ospitati nell'albergo, nonostante il contratto di cessione quote prevedesse esplicitamente la suddetta voltura. Convenuta in giudizio X per risarcimento dei danni, il Tribunale competente dopo aver accertato che quest'ultima non era mai stata titolare di tale licenza e che la circostanza era stata volutamente taciuta dai venditori, ha condannato quest'ultimi al risarcimento dei danni, derivanti dai minori guadagni conseguiti nell'esercizio dell'azienda. I due venditori hanno, successivamente, proposto appello avverso tale sentenza, eccependo l'avvenuta prescrizione dei rigidi termini previsti dall'art. 1495 c.c.. La Corte distrettuale ha, però, respinto l'appello sulla base della considerazione che, nel caso di specie, gli stringenti termini di decadenza e di prescrizione eccepiti dai venditori non potevano trovare applicazione, dato che l'inadempienza dei cedenti era stata talmente grave da integrare gli estremi della consegna di "aliud pro alio". La Corte Suprema, oltre ad affermare il principio di diritto che alla cessione delle quote di una società di capitali si applicano le norme sulla vendita, ha rilevato che la mancanza della licenza per l'esercizio dell'attività di ristorazione e di bar, a favore di persone diverse dai clienti dell'albergo, aveva avuto una modesta incidenza economica e non aveva compromesso in modo sostanziale la funzionalità del complesso aziendale. Di conseguenza, non si poteva parlare di consegna di beni "radicalmente diversi" da quelli pattuiti ed assolutamente privi di quelle capacità funzionali, atte a soddisfare i bisogni dell'acquirente.

La cessione delle partecipazioni sociali è il mezzo giuridico tramite il quale l'acquirente entra nella disponibilità economica di uno specifico bene che costituisce il patrimonio sociale. Partendo da questa considerazione, risulta chiaro che l'affidamento legittimamente fatto dall'acquirente - a seguito delle trattative intercorse e sulla base dello stesso atto di cessione di partecipazioni sociali - su una determinata consistenza qualitativa o quantitativa del patrimonio sociale appare meritevole di tutela giuridica. A tal fine sia la giurisprudenza che la dottrina hanno individuato, quale possibile strumento di tutela, **l'applicazione delle norme sulla compravendita** ed in particolare quelle relative alla garanzia per la mancanza delle qualità - espressamente od implicitamente - promesse o essenziali, nonché l'applicazione della disciplina dell'*aliud pro alio*. L'utilizzo di tale rimedio presuppone l'accettazione delle seguenti considerazioni, in particolare:

1. dato che la quota sociale viene considerata quale bene immateriale, parificata ai beni mobili materiali, la cessione delle quote può rientrare tra i possibili oggetti della compravendita;
2. la parificazione delle quote sociali ai beni mobili materiali ha permesso di superare l'impas-

se determinato dal dato letterale dell'art. 1497 c.c., il quale riferisce le qualità promesse ed essenziali solamente ad una "cosa";

3. le azioni e le quote sociali costituiscono beni "di secondo grado", in quanto rappresentativi di diritti su beni che, pur essendo ricompresi nel patrimonio della società, sono oggetto di "appartenenza" da parte dei singoli soci. Di conseguenza, i beni facenti parte del patrimonio sociale non possono essere considerati estranei all'oggetto del contratto di cessione delle quote di una società di capitali e ciò non solo nell'ipotesi in cui le parti abbiano fatto esplicito riferimento - mediante specifiche garanzie contrattuali - alla consistenza del patrimonio sociale ma anche quando l'affidamento da parte del cessionario sulla ricorrenza di tali requisiti debba ritenersi giustificato in base al principio della buona fede. E' necessario specificare che perché si possa parlare di vendita "aliud pro alio" la difformità deve riguardare quei dati caratterizzanti, in via tipica, lo *status socii*, che incidono giuridicamente sul medesimo, quali l'avvenuta dichiarazione di fallimento della società, il suo scioglimento o la sua trasformazione. Di conseguenza, con riferimento alla fattispecie in oggetto, la Corte Suprema, peraltro avvalorando l'orientamento giurisprudenziale e dottrinario prevalente, dopo aver valutato che la non sussistenza della licenza non aveva determinato la impossibilità assoluta per la società di funzionare, ha stabilito che non si poteva parlare di vendita "aliud pro alio" ma di semplice mancanza delle qualità promesse o essenziali. Concludendo, si può affermare che la mancanza o l'inesattezza delle qualità, relative alle quote sociali, costituisce **inesattezza della prestazione traslativa**, con conseguente applicazione del regime previsto per l'inadempimento. Si tratta in sostanza dell'inadempimento di un'obbligazione, volontariamente, assunta dal venditore o comunque risultante dall'interpretazione del contratto, anche alla stregua del criterio di buona fede di consegnare all'acquirente un bene (quote sociali) conforme al contratto di vendita. (v.z)

\* \* \*

**GRUPPI SOCIETARI E AZIONI DI RESPONSABILITÀ, di Barbara Carera e Enrico**

**Holzmilller, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 15/04, pag. 52.**

Per la prima volta nell'ordinamento italiano, il **d.lgs. n. 6/2003** ha introdotto una disciplina organica per i **gruppi d'impresa** che impone alla società o all'ente, che esercita un'attività di direzione e coordinamento, di agire nel rispetto dei principi di **corretta gestione societaria** ed imprenditoriale dei soggetti controllati, al fine di contemperare adeguatamente l'interesse del gruppo con quello delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime. Sebbene il legislatore non abbia fornito una definizione di gruppo, l'art. 2497-*sexies* c.c. dispone che l'attività di direzione e coordinamento deve presumersi, salvo prova contraria, nelle società e negli enti che controllano altre società e sono tenuti al consolidamento dei loro bilanci ovvero nel caso in cui il collegamento tra società/enti controllanti e le società controllate si basi su un c.d. "*contratto di dominio*". Tale tipologia contrattuale, fino ad oggi considerata incompatibile con i principi di diritto societario italiano, sembra essere consentita nei limiti in cui tali contratti non escludano ogni autonomia di valutazione e decisione degli organi preposti a ciascuna delle singole società controllate.

L'articolo 2497 c.c. dispone che, nel caso di violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, le società che esercitano un'attività di direzione e coordinamento possono incorrere in due differenti tipologie di responsabilità:

- ◆ una **responsabilità diretta verso i soci** della società soggetta a direzione e coordinamento "*per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale*";
- ◆ una **responsabilità, altrettanto diretta, nei confronti dei creditori della società stessa** "*per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società*".

Il legislatore ha comunque disposto un'importante limitazione alla responsabilità in esame, prevedendo che quest'ultima non ricorre nell'ipotesi in cui il danno provocato dalla capogruppo risulti mancante "*alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, ovvero sia integralmente eliminato, anche a seguito di specifiche operazioni a ciò dirette*". Si parla in tal caso, della teoria dei c.d. "**vantaggi compensativi**", secondo la quale deve escludersi la possibilità di ravvisare una lesione del bene "*partecipazione*" nel caso essa sia stata compensata da benefici. Ai sensi del comma 2 dell'art. 2497 c.c., nell'eventualità che si configuri la responsabilità della capogruppo, risponderà in solido con la società controllante chiunque abbia preso parte al fatto lesivo, nei limiti del vantaggio conseguito. (v.z.)

\* \* \*

## INTELLECTUAL PROPERTY AND INFORMATION TECHNOLOGY

### OMESSA ADOZIONE DELLE MISURE MINIME DI SICUREZZA: LE SANZIONI PENALI ED IL RAVVEDIMENTO.

Il nuovo Codice Privacy (d.lgs. n. 196 del 30 giugno 2003, per brevità CP) si preoccupa non solo di garantire che i dati personali vengano acquisiti secondo liceità e correttezza, ma anche che essi siano assistiti, lungo tutto l'arco dell'attività di trattamento, da "**idonee e preventive misure di sicurezza**", in grado di ridurre al minimo i rischi di distruzione o perdita (artt. 31 e ss. CP).

All'interno di questo più vasto gruppo il Codice individua poi alcune precauzioni essenziali, qualificate misure "*minime*", che costituiscono la soglia di sicurezza comunque da garantirsi in ogni attività di trattamento (art. 33 CP).

Se la **mancata disposizione delle misure "idonee"** espone il titolare del trattamento - nel caso in cui l'interessato abbia subito un danno - a **mera responsabilità civile** (comunque da non sottovalutarsi, essendo il trattamento di dati personali equiparato alle attività pericolose, art. 15 CP e art. 2050 c.c.), **trascurare le misure "minime"** - espone il soggetto inadempiente alla più grave **responsabilità penale** (arresto sino a due anni o, in alternativa, ammenda da diecimila a cinquantamila euro: art. 169, comma 1 CP).

Le concrete modalità di adozione di tali "*misure minime di sicurezza*" sono specificate nel **Disciplinare tecnico (allegato B del Codice)**, oggetto di periodico aggiornamento a cura del Ministro della Giustizia di concerto con il Ministro delle innovazioni tecnologiche.

Il termine previsto per la loro adozione, inizialmente fissato al 30 giugno 2004, è stato "*prorogato*" al **31 dicembre 2004** con il d.l. n. 158 del 24 giugno 2004, limitatamente a quelle misure di sicurezza "*nuove*" (non previste nel precedente D.P.R. 318/1999): tra queste risulta incluso anche quel **Documento Programmatico sulla Sicurezza** cui sono tenuti tutti coloro che trattano dati sensibili o giudiziari con l'ausilio di strumenti elettronici (art. 19 del Disciplinare Tec-



nico, allegato B del Codice), che coinvolge la stragrande maggioranza delle aziende.

E' "concesso" quindi più tempo per adempiere, ma è confermata la sanzione penale per chi non provvede. Si ricorda al proposito che, trattandosi di reato contravvenzionale, anche la semplice inadempienza colposa è sanzionabile.

In sé la norma, che delinea un reato proprio, riguarda **tutti i titolari di trattamento di dati personali**, inclusi quindi i soggetti privati (per la definizione di titolare: art. 4 lett. f) CP).

Nel caso titolare sia una persona giuridica, occorrerà individuare al suo interno il soggetto effettivamente destinatario della norma penale, cui competono gli obblighi in questione. Al riguardo, **l'art. 33 CP individua direttamente l'obbligo nella figura del titolare** del trattamento, il che induce ad escludere che questi possa liberarsi tramite la semplice preposizione di un responsabile cui trasferire il rischio penale.

Non pare sanzionata la parallela fattispecie di **rimozione di misure di sicurezza** precedentemente apprestate, apparentemente priva di previsione.

In realtà è qui evidente l'uso in funzione preventiva e deterrente della sanzione penale: il vero obiettivo è non è tanto punire, quanto indurre il titolare inadempiente ad una sorta di **"ravvedimento operoso"**.

Al soggetto inadempiente è infatti contestualmente offerta la possibilità di **evitare la sanzione** (art. 169 comma 2 CP): il titolare potrà liberarsi da ogni conseguenza penale mettendosi in regola secondo le indicazioni puntualmente fornite dal Garante e pagando una somma pari ad un quarto del massimo dell'ammenda stabilita.

L'inadempimento può emergere nel contesto degli accertamenti e dei controlli realizzati direttamente dall'Ufficio del Garante (artt. 157-159 CP) oppure giungere autonomamente a conoscenza del PM.

Nel primo caso, all'atto stesso dell'accertamento (o, per i casi più complessi, con successivo separato atto) **il Garante impartisce** immediatamente al titolare una **prescrizione** per provvedere alla rimozione della situazione dannosa o pericolosa.

E' contestualmente fissato un **termine per adempiere**, che non può eccedere il tempo tecnicamente stimato come necessario: può essere prorogato, se l'adempimento si rivela di particolare complessità od oggettivamente difficoltoso, ma **non può in ogni caso superare i sei mesi**.

Ove il titolare provveda, nei 60 giorni successivi alla scadenza sarà ammesso dal Garante al pagamento della somma sopracitata.

**Adempimento e pagamento estinguono il**

**reato**: sarà lo stesso Garante, effettuate le dovute verifiche, a dare al PM comunicazione dell'esito della procedura entro 120 giorni dalla scadenza del termine imposto alla prescrizione (giorni che si riducono a 90 nel caso di inadempimento: art. 21 d.lgs. n. 758/1994).

Ove la contravvenzione si sia così estinta, il PM procederà di conseguenza alla richiesta di archiviazione.

Il procedimento penale rimane sospeso dal momento dell'iscrizione della notizia di reato nel registro delle notizie di reato (art. 335 c.p.p.) fino al momento in cui il PM non riceve tale comunicazione. La sospensione non osta peraltro alla richiesta di archiviazione, né all'acquisizione delle prove con incidente probatorio (artt. 392 ss. c.p.p.).

Nel caso in cui invece la notizia di reato giunga autonomamente alla conoscenza dell'autorità inquirente (per sua iniziativa, per comunicazione da parte di privati o da PU o incaricati di un pubblico servizio diversi dal Garante), sarà il PM stesso a doverne dare immediata comunicazione al Garante, perché questi proceda ad impartire la necessaria prescrizione.

Il Garante a sua volta informerà il PM delle proprie determinazioni entro 60 giorni dalla comunicazione (art. 22 d.lgs. 758/1994): nel caso in cui ometta tale comunicazione, o non ritenga di impartire una prescrizione, il procedimento riprenderà immediatamente il suo corso.

Nella stragrande maggioranza dei casi tuttavia sarà offerta l'opportunità della regolarizzazione, **sempre subordinata a tempi e modalità precise**. Un adempimento comunque congruo ma realizzato in un tempo superiore o con modalità diverse da quelle indicate, sarà valutato ai fini dell'applicazione dell'oblazione (art. 162-bis c.p.): in questo caso la somma da versarsi sarà ridotta alla metà del massimo dell'ammenda.

Pare quindi più prudente attenersi alle indicazioni operative fornite dal Garante, anche nel caso in cui si sia tecnicamente in grado di rimuovere i rischi o le conseguenze dannose o pericolose oggetto del rilievo con soluzioni oggettivamente più efficaci, ma diverse.

Nulla toglie poi che queste possano essere implementate in un secondo momento, mettendo al riparo da futuri rilievi. (l.g.)

\* \* \*

**CONCILIAZIONE E  
"ADR"**

## IL RUOLO DEGLI AVVOCATI NELLA CONCILIAZIONE.

Si rende necessaria, nell'ambito dell'analisi proposta negli scorsi numeri con riguardo alle procedure di conciliazione, una breve parentesi di "riflessione" sul **ruolo che** in tale procedura **gli avvocati rivestono**.

Innanzitutto, va ribadito che la presenza di legali in una procedura di conciliazione, quantunque assai frequente, **non** rappresenta una **necessità**.

Il ruolo di conciliatore può ben essere ricoperto da altre figure professionali, mentre le parti possono decidere di partecipare da sole, senza assistenza legale, all'incontro di conciliazione.

Ciò posto, l'importanza e l'influenza sul risultato finale che un operatore del diritto può avere in una conciliazione è difficilmente sminuibile. Scopo del presente scritto è investigare, senza pretese di completezza, luci ed ombre di tale presenza, con riferimento sia alla figura del legale interno, sia a quella del professionista esterno.

Entrambe possono svolgere una **rilevante funzione preparatoria** nei confronti dei rispettivi interlocutori i quali, prendendo soprattutto in considerazione la conciliazione tra imprese, saranno normalmente dei dirigenti o quadri.

In tesi generale ed in via di sintesi, il legale dovrebbe occuparsi di:

- illustrare al cliente gli scopi e i contenuti di una procedura conciliativa;
- preparare insieme al cliente l'incontro di conciliazione;
- assistere il cliente durante lo svolgimento della conciliazione.

Sofferamoci brevemente su questi tre passaggi. Il primo è importante per partire con il piede giusto e sfruttare al meglio le opportunità che la conciliazione offre. L'avvocato dovrà soffermarsi in particolare sul carattere non decisionale della procedura (il che non coincide con la natura facilitativa o valutativa della procedura medesima) e sui vantaggi ai quali può portare un atteggiamento cooperativo nei confronti del conciliatore.

Per far questo, naturalmente, occorre che il legale abbia studiato o praticato la procedura conciliativa, dal momento che è difficile spiegare correttamente qualcosa che non si conosce.

Il secondo punto (preparare insieme al cliente l'incontro di conciliazione) richiede la conoscenza, sia nel legale che nel suo interlocutore, di tecniche negoziali. Si tratterà infatti, di delineare il possibile svolgimento della conciliazione, definendo una o più strategie di trattativa e tenendo presenti quelle che possono essere le alternative, commerciali, giuridiche e, se presenti, tecniche.

Al legale competerà anche spiegare che il ruolo dell'avvocato nella conciliazione è più quello di un **assistente o co-negoziatore**, che quello di difensore. Infine, andrà stabilito chi terrà la prima descrizione del caso al conciliatore, tenendo presente che, in genere, il conciliatore preferisce che a parlare sia la parte piuttosto che l'avvocato.

Se i due passaggi illustrati hanno la loro rilevanza, il terzo (assistere il cliente durante la conciliazione) può addirittura risultare cruciale per l'esito della procedura.

Un avvocato preparato, sul caso e sulla conciliazione, che abbia compreso la natura non avversariale del proprio ruolo nella procedura, sarà in grado di dare vari contributi positivi, ad esempio:

- smussare certe asperità, caratteriali o di posizione, del proprio cliente;
- contribuire al cambiamento del punto di vista, conferendo dinamicità alla procedura;
- allargare il ventaglio delle possibili soluzioni negoziali;
- redigere l'eventuale accordo conciliativo, insieme all'avvocato di controparte.

Viceversa, un legale che assuma un atteggiamento ostile alla procedura renderà assai più difficile il compito del conciliatore, con il possibile esito negativo della conciliazione.

Un atteggiamento del genere può essere dettato da ignoranza della procedura, da precedenti negativi o dalla (comprensibile ma non scusabile) preferenza per procedimenti professionalmente più lucrosi. Quest'ultimo "difetto" dovrebbe naturalmente affliggere il solo professionista esterno, mentre gli altri atteggiamenti si ritrovano anche nel legale dipendente.

Oltre a quanto indicato, il legale **manterrà** di regola i **rapporti con l'istituzione**, pubblica o privata, che organizza e fornisce il servizio di conciliazione. Ciò significa, in concreto, presentare la domanda di conciliazione, selezionare la documentazione da allegare, concordare la data per la conciliazione. Talora, ma piuttosto raramente, questa attività viene svolta insieme all'avvocato della controparte.

La trattazione sin qui condotta non ha differenziato il ruolo del legale interno rispetto al professionista esterno. In verità, la differenza sussiste e si può esprimere anche nella attività precedentemente descritte.

L'avvocato, interno, dell'impresa si troverà probabilmente in una miglior posizione per tutto quanto concerne la fase informativa e preparatoria del proprio interlocutore. Ciò, in virtù della verosimile conoscenza pregressa del dirigente o quadro che parteciperà alla conciliazione in rappresentanza dell'impresa.

Quanto, invece, all'affiancamento durante la procedura, si tratterà di decidere (di regola sulla base della maggior esperienza maturata) chi, tra legale interno e quello esterno, è più adatto a

partecipare.

La presenza di tutti e tre i soggetti (manager, legale interno e professionista esterno) si giustifica, forse, soltanto nella conciliazioni più delicate e impegnative.

Una tentazione alla quale il manager dell'impresa dovrà resistere è quella di inviare soltanto il legale, ancorché munito dei necessari poteri, alla conciliazione. Il conciliatore, infatti, preferisce la presenza della parte "reale", perché ciò gli consente di accertare meglio gli effettivi interessi e "sentimenti" in gioco.

E' proprio con riferimento al punto di vista del conciliatore che si vogliono concludere queste sintetiche riflessioni.

La domanda, non poco delicata, è la seguente: la presenza di legali nella conciliazione è apprezzata o "temuta" dalla maggior parte dei conciliatori?

Premesso che l'opinione qui espressa impegna solo chi scrive, la risposta è in una certa misura lapalissiana: il conciliatore (che, ricordiamolo, è un facilitatore) apprezza chi lo aiuta e non apprezza chi lo osteggia.

L'apporto dei legali, come ci si augura di aver chiarito, può essere estremamente positivo e, quanto alla redazione dell'accordo finale, ove raggiunto, sollevare il conciliatore da un compito non facile. (p.v.)

\* \* \*

## BREVISSIME

### Conseguenze della illeggibilità delle sentenze.

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 12931/04 (*Il Sole 24 Ore* del 13 maggio 2004), ha stabilito che deve essere **annullata la sentenza scritta a mano e illeggibile**. Il giudice, infatti, deve rendere comprensibili le ragioni delle sue scelte, mediante un'esposizione chiara delle motivazioni in fatto e in diritto che le hanno determinate. (s.d.)

\* \* \*

### Diritto di famiglia e regole UE.

Il 1° agosto u.s. è entrato in vigore il regolamento n. 2201/2003 (*Italia Oggi* del 29 luglio 2004 ma sarà a pieno regime solo dal 1° marzo 2005), che per la prima volta prevede una **disciplina comunitaria unitaria** in materia di competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in **materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale**. (s.d.)

\* \* \*

### Privacy e reato.

Intervenendo per la prima volta in materia, la terza sezione penale della Corte di Cassazione, con sentenza n. 30134 del 9 luglio 2004 (*Italia Oggi* del 21 luglio 2004), ha precisato che il **trattamento illecito di dati personali**, attuato in violazione della normativa sulla privacy, non **costituisce reato** se dal fatto non è **derivato un concreto nocumento**. (s.d.)

\* \* \*

### Ausiliari e multe.

Come è stato stabilito dal Giudice di Pace di Roma, con sentenza n. 3046 del 15 gennaio 2004 (*Italia Oggi* del 18 maggio 2004), è **nullo il verbale** emesso dagli **ausiliari del traffico** ove non contenga l'espresso riferimento ai **poteri** agli stessi attribuiti. (s.d.)

## CONVEGNI

**I NUOVI STATUTI DELLA S.R.L. E DELLA S.P.A. (L'AUTONOMIA STATUARIA DEL NUOVO DIRITTO SOCIETARIO)** - Reggio Emilia, 13 e 20 luglio 2004 - Organizzato da IPSOA.

Partecipazione di:

Valentina Zanelli

(v.zanelli@lascalaw.com)

Materiale già disponibile per i clienti dello Studio.

**CLASS ACTION E TUTELA DEI CONSUMATORI** - Milano, 27 settembre 2004 - Organizzato dalla Camera di Commercio di Milano.

Partecipazione di:

Paola Ventura (p.ventura@lascalaw.com);

Luciana Cipolla (l.cipolla@lascalaw.com);

Francesco Mocci (f.mocci@lascalaw.com);

Matilde Vergallo (m.vergallo@lascalaw.com).

Materiale già disponibile per i clienti dello Studio.

\* \* \*

## INCONTRI A TEMA

Martedì **30 novembre 2004** alle **17.00**, presso il nostro Studio, in Milano, Corso Magenta n. 42.

Partecipazione aperta a tutti i Lettori di Iusletter.

**"PROFILI PRATICI DEL NUOVO RITO SOCIETARIO ANCHE IN RELAZIONE ALLA PROCEDURA CONCILIATIVA"**

**(R.S.V.P.)**

\* \* \*

# COSE NOSTRE

## NUOVE DALLO STUDIO

Dalla fine di luglio collabora con la sede vicentina dello studio **Lisa Bevilacqua**.

Lisa è nata a Valdagno il 20 gennaio 1978 e si è laureata presso l'Università di Verona il 26 giugno 2003, con una tesi in diritto pubblico comparato dal titolo "*Poteri di guerra e Costituzione della difesa: Italia USA*".

La sua e-mail è: [l.bevilacqua@lascalaw.com](mailto:l.bevilacqua@lascalaw.com).

\* \* \*

Il 14 settembre, **Paolo Faraone** ha brillantemente superato anche la prova orale dell'esame di avvocato conseguendo l'abilitazione professionale. Da tutti noi i più vivi complimenti!

\* \* \*

## EUROPEAN LEGAL ALLIANCE

Dopo l'ingresso in European Legal Alliance ed in Ecomlex, di cui abbiamo reso conto negli scorsi numeri, il nostro Studio è entrato a far parte di **European Franchising Network**, un network di Studi europei volto a fornire consulenza on-line in materia di *franchising*.

Gli Studi legali che fanno parte di European Franchising Network hanno sedi in Austria, Belgio, Bulgaria, Cipro, Danimarca, Francia, Finlandia, Germania, Irlanda, Olanda, Norvegia, Polonia, Portogallo, Romania, Russia, Spagna, Svezia, Svizzera, Ucraina e Regno Unito.

Nel mese di settembre si è tenuto, presso il Ronald Reagan Center di Washington e la John Marshall Law School di Chicago, *l'Intellectual Property Europe Summit 2004*, organizzato con il patrocinio di European Legal Alliance. **Daniela De Pasquale**, in rappresentanza del nostro Studio e del dipartimento di Proprietà Intellettuale, è intervenuta ad entrambe le conferenze tenendo due lezioni che hanno ad oggetto la nuova direttiva europea sul copyright nella *Information Society*.

Materiale già disponibile per i clienti dello Studio.

# BIBLIOTECA DI STUDIO:

## NUOVI ACQUISTI

- GALGANO F., RICCARDI GENGHINI, **Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia, Il nuovo diritto societario**, (VOL .29°), Le nuove società di capitali e cooperative (tomo I); Gli statuti delle nuove società di capitali (tomo II), CEDAM, 2004.

Il volume, in due tomi, è un manuale completo ed approfondito del diritto societario aggiornato alla recente riforma della materia. Grande cura è dedicata a tutti gli aspetti della nuova normativa sia dal punto di vista teorico che pratico.

- COTTINO G., ORESTE B., ORESTE C., MONTALENTI P. (commentario diretto da), **Il nuovo diritto societario**, VOL . 2, ZANICHELLI, 2004.

Il volume contiene un commento analitico degli articoli dei codici così come modificati dai decreti che hanno attuato la legge di riforma del diritto societario, fornendo un quadro puntuale delle nuove regole sostanziali e processuali in materia.

\* \* \*

In questo numero la selezione delle riviste è aggiornata ai numeri ricevuti sino al 20 settembre 2004:

*Banca Borsa e Titoli di Credito*, n. 2/2004;  
*Banche e Banchieri*, n. 3/2004;  
*Contratto e Impresa*, n. 1/2004;  
*Contratto e Impresa/Europa*, n. 2/2003;  
*Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, n. 4/2002;  
*Diritto dell'Informazione dell'Informatica*, n. 2/2004;  
*Diritto e Giustizia (supplemento)*, n. 40/2003;  
*Diritto e Pratica delle Società*, n. 16/2004;  
*Famiglia e Diritto*, n. 4/2004;  
*Giurisprudenza Commerciale*, n. 3/2004;  
*Giurisprudenza di Merito*, n. 5/04;  
*Giurisprudenza Milanese*, n. 9/2004;  
*Giustizia a Milano*, n. 2/2004;  
*Giustizia Civile*, n. 5/2004;  
*Guida al Diritto*, n. 35/2004;  
*I Contratti*, n. 7/2004;  
*Il Corriere Giuridico*, n. 7/2004;  
*Il Diritto Fallimentare*, n. 4/2004;  
*Il Fallimento*, n. 8/2004;  
*Il Foro Italiano*, n. 6/2004;  
*Il Massimario del Foro Italiano*, n. 4/2004;  
*Int'l Lis*, n. 1/2004;  
*Le Nuove Leggi Civili e Commentate*, n. 4/2004;  
*Rivista delle Aste Giudiziarie*, n. 138/2003;  
*Rivista dell'Esecuzione Forzata*, n. 3/2004;  
*Rivista delle Società*, n. 6/2003.

I redattori di IUSLETTER esaminano inoltre tutte le massime della Cassazione Civile pubblicate dal

**Massimario del Foro Italiano.**

Questo numero è aggiornato alla **sentenza n. 6043 del 26 marzo 2004** (n. 4/2004 - fasc. n. 7-8).

Tutti i numeri di *Iusletter*, dal n. 1 della V° serie (febbraio 2000), sono disponibili in formato elettronico sul sito **www.lascalaw.com**

Questo numero è stato chiuso il giorno 27 settembre 2004.

# IUSLETTER

E' una testata registrata il 24.9.2001 presso il Tribunale di Milano, al n. 525/01.

E' di proprietà dell'Associazione Professionale

**LA SCALA VENTURA PESENTI  
FAISSOLA GUIDI FAGGELLA  
CIPOLLA DE PASQUALE & ASSOCIATI  
STUDIO LEGALE**

**MILANO** 20123, Corso Magenta, 42 - TEL. 02/43925.1 - FAX 02/48011624 - milano@lascalaw.com  
**TORINO** 10143, Via Beaumont, 2 - TEL. 011/489418 - FAX 011/4371068 - torino@lascalaw.com  
**VICENZA** 36100, Contrà Do Rode, 14 - TEL. 0444/541689 - FAX 0444/546778 - vicenza@lascalaw.com  
**PADOVA** 35131, Via Niccolò Tommaseo, 70/D - TEL. 049/661780 - FAX 049/655813 - padova@lascalaw.com  
**VERONA** 37122, Vicolo S. Domenico, 16 - TEL. 04/8008182 - FAX 045/8008484 - verona@lascalaw.com  
**MANTOVA** 46100, Via Principe Amedeo, 33 - TEL. 0376/222626 - FAX 0376/382346 - mantova@lascalaw.com

## Direttore Responsabile

Giuseppe La Scala

## Redattore Capo

Luciana Cipolla

## Comitato di Redazione

Simona Daminelli (coordinamento)  
Mara Beretta (editing)  
Paolo Antonucci  
Simone Bertolotti  
Monica Biella  
Paolo A. Faraone  
Massimo Lattuada  
Francesco Mocci  
Isabella Rago  
Flora Schiavenato  
Valentina Zanelli

## Segreteria di Redazione

Cristiana Cianfagna

## Viene distribuita gratuitamente

ai clienti dello studio  
a cura di Cristiana Cianfagna  
(c.cianfagna@lascalaw.com)  
alla quale ci si può rivolgere  
per riceverla (anche via e-mail),  
per ottenere copia di tutto il materiale  
citato e per ogni relativo approfondimento.