

IUSLETTER

- periodico di informazione e aggiornamento giuridico -

SERIE V n. 27

NOVEMBRE 2004

La Scala & Associati

Milano Torino Vicenza Padova Verona Mantova

www.lascalaw.com www.thealliancelaw.com



THE EUROPEAN LEGAL
ALLIANCE

Servizi on-line

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**

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

SOMMARIO

ATTUALITA' NORMATIVE

- 1 Comunicato della Banca d'Italia: provvedimento in materia di riorganizzazione e governo societario di Sim e Sgr.
- 1 Privacy: prorogato il termine ultimo per l'adeguamento delle nuove misure di sicurezza ma molti adempimenti sono già obbligatori.

DOTTRINA: LETTURE E ORIENTAMENTI

- 3 Sul diritto dei cittadini di Stati terzi (coniugati con i cittadini di Stati membri) a soggiornare nella Comunità.
- 3 I limiti dell'autonomia privata nei rapporti coniugali: accordo di separazione, controllo giudiziale e simulazione.
- 4 L'indebito oggettivo nell'evoluzione giurisprudenziale.
- 4 Appunti sugli orientamenti giurisprudenziali in tema di minuta di puntuazione e "*preliminare di preliminare*".
- 4 Il nuovo diritto bancario tra riforma societaria e norme di vigilanza.
- 5 Prescrizione dell'azione del creditore sociale insoddisfatto contro i soci della società estinta.
- 5 Revocatoria fallimentare nei confronti del subacquirente.
- 5 Cessazione della società di fatto e fallimento.
- 6 Società artigiana e fallimento: percorrendo antichi e nuovi sentieri esegetici per provocazioni legislative e suggestioni giurisprudenziali.
- 6 Revocatoria e accertamento del passivo fallimentare.
- 7 Il Caso "*Peroni c. Italia*": spunti di riflessione sui rapporti tra i giudici interni e la Corte europea nella tutela dei diritti dell'uomo.
- 7 L'ipoteca giudiziale non si può cancellare con la richiesta di provvedimenti d'urgenza
- 8 Sulla legittimazione a proporre il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo.
- 8 Sulla legittimazione passiva all'azione revocatoria di fondo patrimoniale.
- 8 L'ammissibilità del sequestro conservativo *ante causam* a tutela delle ragioni di credito fondate su un giudizio di revocatoria fallimentare ed ordinaria aventi ad oggetto beni non determinati.
- 9 Il pagamento del terzo assegnato di fronte al fallimento del debitore esecutato.
- 9 Osservazioni sul mutuo ipotecario concesso per ripianare uno scoperto di conto corrente.

GIURISPRUDENZA

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

OSSERVATORIO

ESECUZIONI IMMOBILIARI

- 19** L'espropriazione immobiliare per credito fondiario nel d.lg. 385/1993: breve rassegna di opinioni in dottrina e giurisprudenza sugli aspetti di maggior rilievo.

MERCATI FINANZIARI

- 20** Consultazione CESR concernente le misure di attuazione delle direttive 2001/107/CE e 2001/108/CE sugli organismi di investimento collettivo del risparmio.
- 21** Regolamento Consob 119971/99: seconda fase di consultazione sulle proposte di modifica al regolamento emittenti in materia di sollecitazione all'investimento di quote o azioni di OICR.
- 21** Consultazione CESR sugli "*investimenti ammissibili*" per gli OICR armonizzati.

DIRITTO SOCIETARIO

- 22** Patrimoni destinati ad uno specifico affare: ammissibilità per le S.r.l..
- 23** Amministrazione di S.p.A: l'amministratore delegato.

INTELLECTUAL PROPERTY AND INFORMATION TECHNOLOGY

- 24** Il caso Parmalat e la pubblicità.
- 25** Le sanzioni penali in materia di Privacy:(art. 167 CP) non c'è reato senza documento "*apprezzabile*".

CONCILIAZIONE E "ADR"

- 26** Brevi cenni sull'*online dispute resolution*.

BREVISSIME

- 28** IVA Europea.
- 28** Cancellazione d'ufficio delle imprese.
- 28** Truffe con prelievi Bancomat.
- 28** Effetti della chiusura del fallimento.
- 28** Processo telematico.
- 28** Chiusura della Francia ai capitali stranieri.
- 28** Acqua Rocchetta.

CONVEGNI

- 29** Partecipazione dello Studio a convegni, seminari, conferenze.

COSE NOSTRE

- 30** Nuove dallo Studio.
- 30** European Legal Alliance.

ATTUALITA' NORMATIVE

COMUNICATO DELLA BANCA D'ITALIA: PROVVEDIMENTO IN MATERIA DI RIORGANIZZAZIONE E GOVERNO SOCIETARIO DI SIM E SGR, di Alessandro Pagano, in *Il Corriere Giuridico*, n. 10/04, pag. 1270.

La nuova disciplina del diritto societario e le modifiche apportate al T.U.F. con il D. Lgs. n. 37 del 6 febbraio 2004 riconoscono a **SIM e SGR** la possibilità di adottare (in alternativa al modello tradizionale) **i modelli di amministrazione e controllo** – dualistico e monistico – disciplinati dagli articoli 2409-*octies* e ss. c.c..

Ciò premesso, con il provvedimento in esame (in G.U. 1° settembre 2004, n. 205) Banca d'Italia osserva che l'assetto organizzativo e la ripartizione dei compiti fra gli organi sociali devono essere idonei a preservare la **sana e prudente gestione** degli intermediari, **l'efficienza** dell'amministrazione e l'efficacia dei controlli, tenuto conto delle dimensioni, della complessità operativa, delle strategie aziendali nonché dell'organizzazione dell'intermediario e del gruppo in cui esso è eventualmente inserito.

In altri termini, la composizione degli organi sociali deve essere quantitativamente e qualitativamente adeguata alle esigenze di gestione e di controllo e i flussi informativi devono essere idonei a consentire, a ciascun organo sociale e ai suoi componenti, di disporre delle informazioni necessarie allo svolgimento effettivo e consapevole dei compiti loro affidati.

In tale ottica, Banca d'Italia osserva che, nell'ipotesi in cui l'**intermediario mobiliare** opti per un **modello di governance** diverso dal tradizionale, si renderà necessario:

- garantire **idonee cautele** – statutarie, regolamentari e organizzative – volte a prevenire possibili effetti pregiudizievoli per la correttezza e la regolarità della gestione derivanti dalla compresenza nello stesso organo di funzioni gestorie e di controllo;

- attribuire agli **organi di controllo** compiti e poteri, anche ulteriori rispetto a quelli previsti in via ordinaria, necessari al pieno ed efficace svolgimento dell'obbligo di rilevare eventuali irregolarità nella gestione o violazioni di norme disciplinanti l'attività mobiliare.

Tutto ciò posto, nell'ipotesi in cui le SIM e le SGR - autorizzate all'esercizio dei servizi di investimento o di gestione collettiva - intendano modificare

il proprio modello di amministrazione e controllo dovranno predisporre un progetto concernente il nuovo assetto complessivo di governo societario, descrivendo analiticamente le scelte organizzative e statutarie che intendono adottare al fine di assicurare il rispetto dei principi sopra enunciati. Il progetto in questione e copia delle connesse modifiche statutarie dovranno essere trasmesse alla Banca d'Italia almeno novanta giorni prima della data fissata per la convocazione dell'assemblea. (m.v.)

* * *

PRIVACY: PROROGATO IL TERMINE ULTIMO PER L'ADEGUAMENTO DELLE NUOVE MISURE DI SICUREZZA MA MOLTI ADEMPIMENTI SONO GIÀ OBBLIGATORI.

Slitta di **ulteriori sei mesi** la data ultima per predisporre le nuove misure di sicurezza previste dal Decreto Legislativo n. 196 del 2003 (nuovo **Codice Privacy**, di seguito CP). Coloro invece che per obiettive ragioni tecniche – da documentarsi per iscritto - non riescano a rispettare tale data avranno tempo fino al 30 settembre 2005.

E' stata infatti spostata al **30 giugno 2005** la scadenza per l'adeguamento, prevista dall'art. 180 CP. Il testo dell'articolo, che originariamente riportava come riferimento temporale il "30 giugno 2004", era già stato modificato dal Decreto Legge n. 158 del 24 giugno 2004 al "31 dicembre 2004": ora l'art. 6 del Decreto Legge n. 266 del 9 novembre 2004, ha prorogato ulteriormente la scadenza al "30 giugno 2005".

La modifica interessa però **solo le misure di sicurezza introdotte dal CP**: non godono di alcuna dilazione gli adempimenti che avrebbero dovuto essere predisposti ai sensi della precedente normativa. Infatti la legge n. 675 del 31 dicembre 1996 (*Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali*) ed il DPR n. 318 del 28 luglio 1999 (*Regolamento recante norme per l'individuazione delle misure minime di sicurezza per il trattamento dei dati personali*), avevano già introdotto un numero consistente di obblighi per tutti i titolari che trattassero elettronicamente dati, in specie se "*sensibili*" (tra i quali vi sono dati comunemente

trattati dalle aziende, come trattenute sindacali e permessi di malattia dei dipendenti).

Anche il **DPS** (Documento Programmatico sulla Sicurezza, art. 34 CP e regola 19 Disciplinare Tecnico) rientrava tra gli adempimenti già dovuti ai sensi della precedente normativa: ai sensi dell'art. 6 del DPR 318/1999 tutti coloro che effettuino un trattamento di dati sensibili con strumenti elettronici "accessibili mediante una rete di comunicazione disponibile al pubblico" (quale, ad esempio, una semplice connessione internet) sono tenuti a tale adempimento. Il DPS doveva essere **redatto al più tardi entro il 31 dicembre 2000** ed essere revisionato ogni anno.

In seguito è intervenuto il Decreto Legislativo n. 196 del 30 giugno 2003, che ha abrogato la vecchia disciplina ed ha introdotto il Codice Privacy.

Il testo di legge, entrato in vigore il 1 gennaio 2004, introduce nuove misure di sicurezza e previsioni più ampie (includendo tra l'altro soggetti precedentemente esentati). Il DPS viene **arricchito di nuovi contenuti** e ne viene confermato **l'obbligo di aggiornamento**. Come regola generale, la scadenza periodica per provvedere a tale aggiornamento viene espressamente fissata al **30 marzo di ogni anno** (regola 19 del Disciplinare Tecnico).

Con riferimento al 2005, pertanto, tutti i soggetti individuati dalla legge avrebbero dovuto aggiornare il DPS - o redigerlo per la prima volta - entro il 30 marzo 2005.

Giova, infatti, precisare che le disposizioni transitorie del CP (art. 180) che prevedono la speciale scadenza al 30 giugno 2004 sono state adottate in vista delle difficoltà previste per il primo adeguamento alla nuova normativa e solo per gli adempimenti previsti dalle disposizioni "nuove" del CP.

E' ragionevole chiedersi, a seguito del nuovo slittamento della scadenza per l'adozione del DPS previsto dal D.L. 266/04 al 30 giugno 2005, **quale sia per il prossimo anno la scadenza per la redazione del DPS**: è dubbio infatti se si debba tenere fermo il riferimento al 30 marzo o sia possibile - per tutti coloro che, sia in sede di prima stesura che di suo aggiornamento, debbano redigerlo - ritenere applicabile la scadenza di giugno 2005.

La soluzione al riguardo è probabilmente deducibile da passati orientamenti del Garante (parere reso dall'Autorità Garante al Consiglio Nazionale Forense in data 22 marzo 2004) con riferimento ad una vicenda analoga, in cui il Garante si pro-

nunciò nel senso della applicazione estensiva di un termine prorogato.

Accedendo alla medesima linea interpretativa la nuova modifica dell'art. 180 - che nuovamente sposta in avanti le scadenze per l'adeguamento dal 31 dicembre 2004 al 30 giugno del 2005 - spiegherebbe effetti anche per l'anno successivo all'entrata in vigore del CP, rendendo inefficace la scadenza del 30 marzo prevista dal Disciplinare Tecnico del CP e consentirebbe a tutti i soggetti obbligati la **redazione del DPS fino al 30 giugno 2005**.

In questo contesto incerto, per tutti coloro che, pur essendo già tenuti alla redazione del DPS ai sensi della precedente normativa, non vi avessero mai provveduto, sarebbe tuttavia consigliabile di procedere quanto prima alla stesura del DPS. Esso, anche privo dei nuovi contenuti previsti dal CP, garantirebbe infatti la conformità dell'azienda alla normativa meno recente, mentre il suo aggiornamento e la sua integrazione potrebbero essere rimandati al 30 giugno 2005. (l.g.)

* * *

DOTTRINA: LETTURE E ORIENTAMENTI

SUL DIRITTO DEI CITTADINI DI STATI TERZI (CONIUGATI CON I CITTADINI DI STATI MEMBRI) A SOGGIORNARE NELLA COMUNITÀ, di Anna Belmonte, in *Giustizia Civile*, n. 8/04, I, pag. 1655.

L'Autore dell'articolo in commento analizza brevemente gli aspetti essenziali della sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 23 settembre 2003 (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza) relativamente alla disciplina della **libera circolazione** delle persone di cittadini di **Paesi Terzi** (estranei alla Comunità) **coniugati con un cittadino europeo**.

La pronuncia in oggetto ha posto in luce la dicotomia tra **diritto di soggiorno** (e di circolazione nello spazio comune) e **diritto di ingresso** dello straniero.

Infatti, mentre il primo aspetto è regolato dalle norme comunitarie, la disciplina del secondo è interamente devoluta alla competenza dei singoli stati membri.

Ciò con l'effetto – sovente riscontrato – di un sostanziale conflitto tra due filosofie contrapposte: (i) quella nazionale che predilige un sistema d'accesso dello straniero decisamente rigoroso e (ii) quella comunitaria che tende a sopprimere le restrizioni alla libera circolazione dei lavoratori.

Nel caso di specie la Corte ha riconosciuto il diritto del cittadino di uno Stato terzo, coniugato con una cittadina comunitaria, di entrare e soggiornare nel Paese di origine della propria moglie, dopo che quest'ultima abbia fruito del diritto alla libera circolazione dei lavoratori e dei rispettivi familiari. L'esigenza dei singoli Stati comunitari di controllare l'accesso degli stranieri cede dunque il passo alle libertà fondamentali riconosciute dalla Comunità.

Ciò nonostante le possibilità offerte dalla disciplina comunitaria non devono consentire di sottrarsi illegalmente all'effetto del rispetto del diritto nazionale. Quindi qualora siano accertati degli abusi del diritto comunitario la relativa disciplina dovrà essere disapplicata in favore di quella nazionale.

(p.a.)

* * *

I LIMITI DELL'AUTONOMIA PRIVATA NEI RAPPORTI CONIUGALI: ACCORDO DI SEPARAZIONE, CONTROLLO GIUDIZIALE E SIMULAZIONE, di Giuseppe Conte, *Famiglia e Diritto* n. 5/04, pag. 475.

L'Autore analizza brevemente la sentenza della Corte di Cassazione del 20 novembre 2003 n. 17607 (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza) con riguardo all'accertamento della rilevanza che il requisito del consenso ha nel procedimento di **separazione consensuale** ed, in particolare, dell'impugnabilità dell'eventuale **accordo simulatorio**.

Alla concezione istituzionalistica del matrimonio (in cui la funzione pubblica di tale istituto era ritenuta eminente) si è, lentamente, sostituita una concezione di carattere privatistico, per la quale il ruolo del consenso manifestato dai coniugi (quale atto di autonomia privata) è di per sé sufficiente a costituire, modificare o estinguere il rapporto.

Con ciò, sostanzialmente, riconoscendo all'atto di omologazione dell'accordo di separazione una funzione "*accessoria*" che incide esclusivamente sull'efficacia dell'accordo e non sulla sua conclusione.

La diretta conseguenza di questo mutato orientamento è l'applicazione, anche all'istituto matrimoniale, della disciplina elaborata in tema di negozio giuridico (e di cui il contratto costituisce il tipo normativo), con particolare riguardo al tema della simulazione dell'accordo.

Sul punto l'Autore si pone in controtendenza rispetto all'interpretazione sottesa alla statuizione della S.C.; questa, infatti, nonostante ritenga applicabile anche alla separazione consensuale le categorie elaborate per il negozio giuridico, ha considerato che – nel caso di specie – l'atto di omologazione escluda *tout court* la rilevanza della volontà dissimulata dei coniugi (argomentando l'incompatibilità delle volontà sottese al compimento di tali atti) e dunque l'impugnabilità dell'accordo.

Contrariamente, l'autore – abbracciando un'interpretazione recente del concetto di simulazione – sostiene che l'omologazione costituisca nient'altro che l'ultimo atto con cui si compie la volontà simulatoria dei coniugi; dunque, il negozio resta impugnabile. (p.a.)

* * *

L'INDEBITO OGGETTIVO NELL'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE, di Antonio Albanese, in *Il Corriere Giuridico*, n. 10/04, pag. 1369.

L'Autore coglie l'occasione per esaminare l'istituto dell'**indebito oggettivo** e coordinare i contenuti della normativa codicistica ad esso relativi con gli inerenti sviluppi giurisprudenziali.

Tale indagine ha consentito di rilevare che l'istituto dell'indebito oggettivo ha ormai acquisito un ambito di applicazione molto ampio, dovendosi individuare il suo presupposto nel semplice fatto oggettivo del pagamento, indipendentemente dalla natura obbligatoria in senso civilistico del rapporto sottostante.

Fermo restando quanto sopra, l'Autore approfondisce l'analisi dei **singoli elementi identificatori** delle fattispecie cui debba applicarsi la disciplina del suddetto istituto (dall'oggetto della prestazione indebitamente adempiuta, all'indifferenza dello status psicologico dell'autore del pagamento dell'indebito -quale l'errore-, al contenuto della prestazione restitutoria).

Al termine di tale dettagliata descrizione, l'indagine si concentra sulla compatibilità tra **l'azione di ripetizione** e le **azioni di caducazione** del contratto, cercando di verificare la possibilità di estendere la disciplina dell'indebito oggettivo anche ai casi di nullità o annullamento del contratto.

Proprio in ordine a tale tema, l'Autore conclude che, in conformità alla giurisprudenza ormai consolidata, nel caso di invalidità o di inefficacia sopravvenuta del rapporto contrattuale, la possibilità della ripetizione dell'indebito sarà subordinata ad una domanda specifica ed ulteriore a quella relativa all'impugnazione del contratto. (m.bi.)

* * *

APPUNTI SUGLI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI IN TEMA DI MINUTA DI PUNTUAZIONE E "PRELIMINARE DI PRELIMINARE", di Riccardo Conte, in *Il Corriere Giuridico*, n. 8/04, pag. 1067.

L'Autore, attraverso l'esame della sentenza del Tribunale di Monza, 31 gennaio 2004 (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza) nonché della ricca casistica giurisprudenziale, punta a determinare quando si possa ritenere stipulato un **contratto preliminare**, al di là di quello che le parti definiscono tale *expressis verbis*.

Nella pratica la formazione del contratto difficilmente si traduce *sic et simpliciter* nell'incontro della proposta e dell'accettazione, come previsto

dall'art. 1326, comma 1 c.c..

Nel corso delle trattative le parti possono addivenire ad un **documento ricognitivo** dei punti su cui hanno raggiunto un'intesa, che talvolta può consistere anche nella puntuazione completa di clausole, come possono, invece, scambiarsi altre dichiarazioni tra cui le c.d. lettere di intenti.

Occorre, pertanto, distinguere tra le ipotesi in cui le parti non abbiano volutamente regolato certi punti del loro contratto da quelle in cui le parti si siano riservate di decidere.

Nella nozione di **minuta di puntuazione** di un contratto rientrano sia i documenti che contengono intese parziali in ordine al futuro regolamento d'interessi (c.d. puntuazione di clausole), sia i documenti che predispongono con completezza un accordo negoziale in funzione preparatoria del medesimo (c.d. puntuazione completa di clausole).

Tale distinzione ha un riflesso immediato sull'onere della prova, poichè, nel secondo caso, la parte deve superare la presunzione semplice di avvenuto perfezionamento contrattuale, in virtù del principio secondo cui anche un documento dimostrante con completezza un assetto negoziale può essere soltanto preparatorio di un futuro accordo, una volta superata l'insussistenza di una volontà attuale di accordo negoziale. (m.l.)

* * *

IL NUOVO DIRITTO BANCARIO TRA RIFORMA SOCIETARIA E NORME DI VIGILANZA, di Federico Manfrin e Massimiliano Nicodemo, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 17/04, pag. 29.

Trattasi di un breve commento al decreto (d.lgs. n. 37, 6 febbraio 2004) con cui il Governo è intervenuto al fine di attuare il **coordinamento tra la riforma societaria e la disciplina bancaria** (vd. anche *Iusletter* n. 24).

Il provvedimento *de qua*, in effetti, è stato emanato anche al fine di evitare che i più flessibili meccanismi societari, previsti dalla riforma possano indebolire le garanzie ed i controlli posti a protezione dei piccoli risparmiatori, utenti primi del sistema bancario.

Tale intervento normativo, peraltro, è stato auspicato dalla Banca d'Italia, atteso che l'Istituto di Vigilanza, ancor prima dell'entrata in vigore della riforma del diritto societario, aveva invitato gli istituti di credito, gli intermediari finanziari, le Sim, le Sgr e le Sicav a sospendere le procedure di **adeguamento dei propri statuti** alle nuove previsioni del Codice Civile, in attesa della definizione della disciplina di coordinamento dei Testi Unici e

delle disposizioni di vigilanza, volte ad assicurare la conformità degli assetti societari ai criteri di sana e prudente gestione.

Per ciò che concerne l'articolo in esame, si segnala che gli Autori hanno attribuito peculiare rilievo a talune specifiche previsioni, in particolare quelle relative alle nuove categorie di **titoli rappresentativi di capitale introdotti**, (che hanno determinato la riformulazione della nozione di partecipazione rilevante), quelle concernenti l'esercizio del **diritto di regresso** (soprattutto al fine di tutelare gli azionisti di minoranza), quelle volte a chiarire le specifiche funzioni del Ccr e le deroghe alle competenze assembleari a favore del consiglio di amministrazione, nonché quelle che hanno innovato la disciplina relativa al gruppo bancario. Ulteriori e brevi considerazioni sono state formulate in merito all'inapplicabilità del nuovo diritto societario alle banche di credito cooperativo e sulle innovazioni apportate all'art. 28 TUB relativamente al requisito della mutualità prevalente. (f.s.)

* * *

PRESCRIZIONE DELL'AZIONE DEL CREDITORE SOCIALE INSODDISFATTO CONTRO I SOCI DELLA SOCIETÀ ESTINTA, di Marina Spiotta, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 4/04, II, pag. 393.

L'Autore commenta una recente pronuncia (per la cui massima si rimanda a *Iusletter* n. 18, Sezione Giurisprudenza) con la quale la Suprema Corte ha affermato che non è applicabile la **prescrizione breve** quinquennale, di cui all'art. 2949, comma 1 c.c., per l'esercizio del diritto relativo alle ragioni di credito vantate dal **creditore sociale insoddisfatto** nei confronti dei soci, a seguito della cancellazione della società dal Registro delle Imprese.

Dopo aver evidenziato quali sono le tre ricostruzioni relative alla natura giuridica dell'azione *de qua*, prevista ai sensi dell'art. 2456, comma 2, c.c. in capo ai creditori sociali nei confronti dei soci, la Cassazione, con argomentazione condivisa dal Commentatore, conclude affermando, ai fini della decisione, l'**irrilevanza** sia **dell'avvenuta cancellazione** dal Registro delle Imprese, sia della scelta tra le riportate tesi.

Infatti, secondo la Suprema Corte, il passaggio del credito dalla società al socio non costituirebbe ragione valida per sostenere la mutazione della natura giuridica del diritto originario a quella di azione che discende direttamente dai rapporti sociali; con la conseguente necessità di ricondurre anche tale azione nell'ambito normativo al qua-

le era soggetto il rapporto originario (ivi compresi il termine prescrizione e il regime delle eccezioni opponibili).

L'Autore condivide l'opinione della Corte di legittimità, argomentandone la correttezza sia alla luce della riforma del diritto societario, sia in considerazione delle varie possibili forme di interpretazione (testuale, sistematica e pragmatica) associabili al combinato disposto degli artt. 2456, comma 2, e 2949, comma 1 c.c.. (s.b.)

* * *

REVOCATORIA FALLIMENTARE NEI CONFRONTI DEL SUBACQUIRENTE, di Vincenzo Carbone, in *Il Corriere Giuridico*, n. 8/04, pag. 955.

Nella sentenza in esame (Cass., 11 giugno 2004, Sez. I, n. 11083, per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza) la Corte di Cassazione si occupa di individuare quali siano i presupposti a fondamento dell'azione **revocatoria fallimentare** promossa a carico di un **subacquirente** di un bene proveniente da un primo atto dispositivo, compiuto dal socio illimitatamente responsabile di società commerciale fallita.

In particolare, la Suprema Corte ritiene che lo **stato soggettivo** – di buona o malafede – del terzo sub-acquirente (da valutarsi secondo i criteri di cui all'art. 2901 c.c.) dipenda dalla conoscenza di qualsiasi condizione atta a rendere revocabile il primo atto dispositivo (quale la consapevolezza del pregiudizio arrecato ai creditori del disponente e il personale dissesto di quest'ultimo) e non necessariamente dello stato di insolvenza della società.

La Corte ritiene altresì che la prova di tali presupposti possa derivare dalla testimonianza resa dallo stesso soggetto fallito, non sussistendo in capo a quest'ultimo alcuna incapacità in tal senso. (m.bi.)

* * *

CESSAZIONE DELLA SOCIETÀ DI FATTO E FALLIMENTO, di Lorenzo Claris Appiani, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 4/04, II, pag. 377.

La sentenza in oggetto (Cass., 8 settembre 2003, n. 13070, per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza) pone a proprio fondamento due note pronunce della Consulta in materia di **termine** entro il quale può essere dichiarato il **fallimento di una società**, ovvero la n. 66

del 12 marzo 1999 e la n. 319 del 21 luglio 2000. In particolare con la seconda di dette sentenze, la Corte Costituzionale, dichiarando l'illegittimità dell'art. 10 della l.f., ha stabilito che il periodo di un anno entro il quale un'impresa collettiva può essere assoggettata a procedura concorsuale decorre dalla cancellazione della società stessa dal registro delle imprese.

I giudici di legittimità hanno cercato di applicare tale orientamento anche alle **società di fatto**, atteso che queste ultime, come tutte le società irregolari, non sono iscritte in alcun registro. La Corte di Cassazione, tenuto conto che l'obiettivo principale è di assicurare la tutela dell'affidamento dei terzi, ha asserito che il *dies a quo* dal quale far decorrere il termine di un anno è dato dal momento in cui viene rivelata la cessazione dell'attività d'impresa, mediante l'esteriorizzazione delle vicende estintive.

Al riguardo, l'Autore precisa come la **cessazione** delle società di fatto si verifica quando viene meno uno degli **elementi costitutivi di detta impresa**, che sono, sotto il profilo oggettivo, il conferimento di beni o servizi da parte dei presunti soci, e, sotto il profilo soggettivo, la presenza dell'*affectio societatis*. (s.d.)

* * *

SOCIETÀ ARTIGIANA E FALLIMENTO: PERCORRENDO ANTICHI E NUOVI SENTIERI ESEGETICI PER PROVOCAZIONI LEGISLATIVE E SUGGERIMENTI GIURISPRUDENZIALI, di Fabrizio Aprile, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 4/04, I, pag. 1019.

L'Autore traccia un interessante stato dell'arte relativamente alla questione dell'assoggettabilità a **fallimento dell'impresa artigiana**, precisando, però, che l'argomento dovrebbe essere destinato a perdere attualità a seguito dell'approvazione della riforma del diritto concorsuale, che dovrebbe abrogare l'art. 1, comma 2 l.f..

Il punto di partenza della trattazione è costituito dalla recente pronuncia della Suprema Corte (Cass., 21 dicembre 2002, n. 18235), la quale, oltre a ribadire che il parametro di riferimento per la qualificazione del **piccolo imprenditore** è l'art. 2083 c.c., afferma la caducazione della parte ancora vigente dell'art. 1, comma 2 l.f. a seguito dell'intervento giurisprudenziale (Corte Costituzionale) e legislativo in merito.

Tale interpretazione, che eliminerebbe l'espressa non riconducibilità alla nozione di piccoli imprenditori delle società commerciali, è, però, criticata dall'Autore, il quale, tra l'altro, ricorda anche una

recente pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte (Cass., S.U., 6 giugno 2003, n. 9102), che ha ribadito il concetto espresso dal capoverso in questione.

Viene poi analizzata la questione relativa alla fallibilità delle società artigiane, esclusa secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale (Corte Cost., 23 luglio 1991, n. 368), a seguito dell'entrata in vigore della Legge quadro sull'Artigianato. (s.b.)

* * *

REVOCATORIA E ACCERTAMENTO DEL PASSIVO FALLIMENTARE, di Giuseppe Bozza, in *Rivista dell'esecuzione Forzata*, n. 2/04, pag. 291.

Trattasi di un'approfondita relazione in merito alla vasta tematica della revocatoria fallimentare.

In particolare, l'Autore affronta la questione della **revocatoria c.d. incidentale**, attuata del giudice delegato allorché esclude un credito o una garanzia dall'ammissione allo stato passivo in ragione della revocabilità del titolo dal quale la pretesa creditoria o il titolo traggono origine. Nell'articolo vengono, pertanto, indicate ed esaminate le ragioni che legittimano il giudice a rilevare anche **d'ufficio** tale eccezione e che lo inducono ad escludere l'ammissione al passivo del credito (o della garanzia) azionati, nonostante il curatore non abbia sollevato alcuna eccezione al riguardo.

L'Autore ha, successivamente, esaminato un'ulteriore questione: quella della revocatoria incidentale nel **giudizio di opposizione allo stato passivo**, con particolare riferimento alla necessità o meno che il Curatore si costituisca nei termini di cui agli artt. 180 e 183 c.p.c. e sollevi l'eccezione di revocabilità, onde consentire che il provvedimento di esclusione emesso dal giudice delegato non subisca modificazioni; ciò fermo restando che allorché il giudice dell'opposizione accoglie l'eccezione di revocatoria sollevata dalla curatela, si limita a statuire sul rigetto del credito o della garanzia, ma non si pronuncia sull'inefficacia del titolo costitutivo di quel credito. (f.s.)

* * *

IL CASO "PERONI C. ITALIA": SPUNTI DI RIFLESSIONE SUI RAPPORTI TRA I GIUDICI INTERNI E LA CORTE EUROPEA NELLA TUTELA DEI DIRITTI DELL'UOMO, di Rosaria Giordano, in *Giustizia Civile*, n. 9/04, I, pag. 1901.

Con sentenza del 6 novembre 2003, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza, commentata da Rosaria Giordano in *Giustizia Civile*, n. 9/04, I, pagg. 1901 ss.) stigmatizza – ancora una volta – il comportamento dello Stato Italiano che ha condotto all'ennesima violazione del **principio della ragionevole durata del processo**.

La sentenza in commento è di particolare interesse sotto due profili: quello dell'accertamento della violazione del termine di durata ragionevole del processo e quello dell'eccessiva durata delle procedure fallimentari e dell'inaccettabile compromissione dei diritti del fallito.

In primo luogo, l'Italia è stata ritenuta responsabile semplicemente perché la procedura in discussione era stata troppo lunga (ben quindici anni e un mese per un unico grado di giudizio!) e a causa dell'esistenza nel nostro Paese di una pratica incompatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) con riferimento all'esigenza di durata ragionevole di cui all'art. 6, comma 1. Il che significa, ragionando in termini pratici, che il giudice di Strasburgo non chiede più al ricorrente italiano che lamenti l'eccessiva durata di un processo di dimostrare, affinché la sua pretesa sia accolta, la **condotta negligente** delle autorità competenti o disfunzioni strutturali del sistema giudiziario a fronte del proprio comportamento solerte e della relativa semplicità delle questioni giuridiche e dell'istruttoria. Dovrà essere il Governo, semmai, a far valere quelle circostanze particolari che abbiano reso **giustificabile la lunghezza della procedura** e che perciò lo esonerano da ogni responsabilità. Si tratta di un'autentica inversione dell'onere della prova *ex art. 2967 c.c.* avendo la Corte europea così enucleato una vera e propria **presunzione relativa di responsabilità** in capo allo Stato italiano alla luce delle innumerevoli condanne subite in precedenza per il medesimo motivo.

Consideriamo ora il secondo profilo di interesse dell'affaire Peroni c. Italia. Il giudice di Strasburgo ha ritenuto responsabile l'Italia perché, in concreto, le limitazioni subite dalla ricorrente alle proprie posizioni individuali erano state sproporzionate rispetto alla **legittima esigenza di proteggere i creditori** dell'imprenditore insolvente. L'irragionevolezza dell'ingerenza è stata proprio collegata alla lunghezza della procedura fallimentare in questione, durata - appunto - oltre quindici anni per un solo grado di giudizio! (p.a.f.)

L'IPOTECA GIUDIZIALE NON SI PUÒ CANCELLARE CON LA RICHIESTA DI PROVVEDIMENTI D'URGENZA, di Maurizio Tatarelli, in *Guida al Diritto*, n. 40/04, pag. 57.

Con ordinanza del 25 maggio – 3 giugno 2004 (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza) il Tribunale di Roma, in sede di reclamo, si è pronunciato sull'**ammissibilità di un provvedimento d'urgenza** che ordina al conservatore dei registri immobiliari di procedere alla **cancellazione dell'ipoteca giudiziale** o al creditore iscrivente di prestare il consenso all'adempimento, escludendo la praticabilità di entrambe le soluzioni.

Al riguardo, il Tribunale ritiene *"opportuno ricordare che qualora l'ipoteca sia stata iscritta in base ad una sentenza di primo grado, l'ordine di cancellazione potrebbe essere chiesto allo stesso giudice di appello, quale pronuncia accessoria sul merito dell'impugnazione (...). In mancanza, tale ordine può essere chiesto dalla parte contro cui l'ipoteca giudiziale è stata iscritta in un autonomo giudizio di cognizione, prima ancora del passaggio in giudicato della sentenza di appello che ha riformato la sentenza di primo grado che aveva costituito titolo per l'iscrizione in questione (...)."*

Ciò detto, rileva il Collegio che, in tema di cancellazione di ipoteche, l'art. 2886 c.c. prevede due strumenti giuridici per ottenere tale risultato: il **consenso delle parti interessate** (v. art. 2882 c.c.) ovvero, in mancanza di questo, una **sentenza passata in giudicato o altro provvedimento** definitivo emesso dalle autorità competenti (v. art. 2884 c.c.).

Orbene, proprio la natura dei provvedimenti di cui l'art. 2884 c.c. subordina esplicitamente l'esecuzione dell'ordine di cancellazione, da parte del conservatore, non pare consentire che gli stessi possano essere surrogati da un **provvedimento d'urgenza** *ex art. 700 c.p.c.*, atteso il **carattere intrinsecamente provvisorio ed interinale** di tale strumento.

Inoltre, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto possibile ordinare in via d'urgenza la cancellazione dell'iscrizione quando la stessa sia avvenuta illegittimamente in base a un titolo giudiziale inidoneo a costituirlo, in quanto la garanzia patrimoniale del creditore non ha ragione di operare quando l'iscrizione ipotecaria sia *ab origine* nulla. Alla stessa conclusione deve pervenirsi quando l'ipoteca sia nulla per essere stata iscritta per errore su di un bene di proprietà di un soggetto non debitore, al quale la Suprema Corte riconosce la legittimazione a chiedere la cancellazione. (p.a.f.)

* * *

SULLA LEGITTIMAZIONE A PROPORRE IL GIUDIZIO DI ACCERTAMENTO DELL'OBBLIGO DEL TERZO, di Raffaele Rossi, in *Il Foro Italiano*, n. 9/04, I, pag. 2232.

La sentenza in commento (Cass., 23 aprile 2003, n. 6449, per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza) ha per la prima volta affrontato in maniera esaustiva ed articolata il tema della **legittimazione** a proporre il giudizio di **accertamento dell'obbligo del terzo**. In dottrina si sono sviluppati in materia due diversi orientamenti:

- secondo il primo, l'azione proposta ex art. 548 c.p.c. è estrinsecazione di un **potere surrogatorio** e, come tale, può essere attribuito al solo creditore procedente;

- secondo altra parte della dottrina, invece, l'azione di accertamento è esperita in forza di un **diritto proprio ed autonomo**, riconosciuto sia ai creditori muniti di titolo, sia al debitore esecutato.

I giudici di legittimità hanno aderito al primo orientamento, asserendo che soltanto il creditore può instaurare il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo. Secondo la Suprema Corte detto giudizio è meramente strumentale rispetto alla soddisfazione della pretesa azionata in sede esecutiva, è cioè volto alla verifica della soggezione del bene staggito all'esecuzione e non ha nessuna rilevanza esterna all'ambito espropriativo.

L'Autore condivide la conclusione cui è giunta la Corte di Cassazione, ma critica le ragioni poste a fondamento della stessa. A suo parere, infatti, la causa ex art. 548 c.p.c. costituisce un giudizio di cognizione autonomo. Tuttavia, poiché rappresenta il mezzo propulsivo della procedura espropriativa, può essere instaurato dal solo creditore, atteso che unicamente quest'ultimo può provocare i singoli atti esecutivi. (s.d.)

* * *

SULLA LEGITTIMAZIONE PASSIVA ALL'AZIONE REVOCATORIA DI FONDO PATRIMONIALE, di Andrea Sabatini, in *Famiglia e Diritto*, n. 5/04, pag. 469.

L'Autore evidenzia come la sentenza della S.C. (Cass., 17 marzo 2004, n. 5402, per la cui massima si rimanda a *Iusletter* n. 26, Sezione Giurisprudenza) sia interessante, oltre che per il valore giuridico dell'argomento trattato, anche per le questioni di natura processuale affrontate.

Infatti, i giudici di legittimità hanno avuto modo di pronunciarsi sui profili di **competenza** e di **legittimazione passiva** legati all'azione **revo-**

catoria ordinaria di fondo patrimoniale, precisando quanto segue:

- il **valore della causa** deve essere determinato sulla base del credito per il quale si agisce e non dell'atto impugnato, poiché l'azione ex art. 2901 c.c. non tende a porre nel nulla l'atto revocando, ma solo a farne dichiarare l'inefficacia nei confronti dell'attore;

- la **legittimazione passiva** compete ad entrambi i coniugi e non solo a quello che abbia destinato un bene di sua esclusiva proprietà ai bisogni della famiglia, atteso che l'art. 168 c.c. dispone che la proprietà dei beni costituenti il fondo patrimoniale spetta a tutti e due i coniugi, salvo che sia diversamente stabilito. Non sono, invece, legittimati passivamente i figli.

Per quanto concerne la fattispecie su cui si è pronunciata la Corte di Cassazione, la sentenza in esame si segnala soprattutto perché ha ribadito che l'azione revocatoria ordinaria può essere promossa anche sulla base di un **diritto di credito eventuale**, non accertato giudizialmente, né sorretto da titolo esecutivo. (s.d.)

* * *

L'AMMISSIBILITÀ DEL SEQUESTRO CONSERVATIVO ANTE CAUSAM A TUTELA DELLE RAGIONI DI CREDITO FONDATE SU UN GIUDIZIO DI REVOCATORIA FALLIMENTARE ED ORDINARIA AVENTI AD OGGETTO BENI NON DETERMINATI, in *Il Fallimento*, n. 10/04, pag. 1129.

Il Tribunale di Catania, in forma collegiale, con la sentenza emessa in data 11 luglio 2003 (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza), ha accolto parzialmente il reclamo presentato avverso un provvedimento di rigetto di un sequestro conservativo, richiesto *ante causam* dalla Curatela fallimentare.

Con tale decisione il Collegio coglie l'occasione di esporre alcune riflessioni in ordine ai principi generali accolti dalla giurisprudenza maggioritaria, secondo i quali l'inammissibilità del **sequestro conservativo in funzione strumentale** alle azioni di natura **costitutiva e dichiarativa** – come sono quelle ex artt. 67, 64 e 65 l.f. – trova il proprio presupposto nel fatto che detta natura comporta che le relative sentenze non possano considerarsi esecutive sino al passaggio in giudicato.

Il Tribunale, in contrasto a tale maggioritario orientamento, sostiene che le azioni di merito prospettate dalla Curatela fallimentare possano ritenersi suscettibili di esecuzione forzata ai sensi dell'art. 282 c.p.c. (nuova formulazione) e per il loro carattere indubbiamente condannatorio, in

relazione alle restituzioni che seguiranno le dichiarazioni di inefficacia o di revocatoria. Pertanto, sempre secondo il Collegio, la richiesta di un sequestro conservativo *ante causam* non sarebbe incompatibile con le azioni di natura dichiarativa e costitutiva prospettate dalla Curatela fallimentare, posto che l'eventuale provvedimento provvisorio, emesso in sede cautelare, non sarebbe altro che una anticipazione degli effetti che comunque si realizzerebbero in seguito ad una futura sentenza di merito. (m.bi.)

* * *

IL PAGAMENTO DEL TERZO ASSEGNATO DI FRONTE AL FALLIMENTO DEL DEBITORE ESECUTATO, di Angelo Castagnola, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 4/04, I, pag. 966.

Trattasi di un breve saggio relativo ad una questione ancora molto dibattuta, attesa la difformità di opinioni manifestate sia dalla dottrina, sia dalla giurisprudenza di merito, ossia quella concernente la possibilità per il **creditore pignorante** di trattenere legittimamente il pagamento ricevuto dal *debitor debitoris* a seguito dell'assegnazione giudiziale *ex art. 553 c.p.c.*, qualora successivamente all'assegnazione, ma prima della *solutio*, sia stato dichiarato il **fallimento del debitore esecutato**.

L'Autore trae le proprie argomentazioni prendendo spunto dalla posizione della Suprema Corte, che ritiene si debba imporre al creditore procedente di restituire alla curatela quanto percepito, per poi procedere all'individuazione delle premesse necessarie al fine di addivenire ad una possibile soluzione della dibattuta questione, prima fra tutte quella relativa agli effetti prodotti dal provvedimento di assegnazione del credito pignorato (al riguardo la Cassazione ha ripetutamente affermato che l'assegnazione giudiziale del credito ha efficacia traslativa).

Da tale premessa, l'Autore trae fondamento per sostenere che a suo parere, nonostante le grandi resistenze manifestate sia in dottrina sia in giurisprudenza nei confronti della possibilità di sottoporre a revoca i provvedimenti emessi in sede di processo dell'esecuzione (basti pensare alla comunemente affermata irrevocabilità delle vendite giudiziali), nell'eventualità di successivo fallimento del debitore pignorato, sarebbe giuridicamente più corretto **revocare il provvedimento di assegnazione** che ha determinato effettivamente la fuoriuscita di capitale dal patrimonio del fallito, piuttosto che limitarsi ad imporre al creditore procedente l'obbligo di restituzione quanto percepito. L'Autore conclude le proprie osservazioni rilevan-

do che la riscossione di un credito effettuata posteriormente alla dichiarazione di fallimento non urta necessariamente contro il divieto di esecuzioni individuali (*ex art. 51 l.f.*), ciò perlomeno allorché il provvedimento di assegnazione giudiziale (quale atto finale e conclusivo del procedimento dell'espropriazione presso terzi) sia disposto antecedentemente al fallimento. (f.s.)

* * *

OSSERVAZIONI SUL MUTUO IPOTECARIO CONCESSO PER RIPIANARE UNO SCOPERTO DI CONTO CORRENTE, di Paola Barontini, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, n. 4/04, I, pag. 432.

L'Autore commenta una recente pronuncia della Corte di Appello di Milano (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza) che ha affermato che la garanzia reale, rilasciata dal debitore a seguito della concessione di un **mutuo ipotecario** rilasciato da una Banca al fine di garantire uno **scoperto di conto corrente**, è revocabile ai sensi dell'**art. 67, comma 1, l.f. n. 3**, in quanto costituita a tutela di un debito preesistente già scaduto.

Il commento, pur dando atto della correttezza formale della pronuncia, non ne condivide il presupposto giuridico di riferimento ed utilizza lo spunto offerto dalla sentenza per tracciare un breve stato dell'arte circa l'argomento.

Sono analizzate sia le tesi che affermano la revocabilità dell'ipoteca ai sensi dell'**art. 67, I comma, n. 3 e 4, l.f.**, in considerazione della ritenuta simulazione parziale del contratto di mutuo, sia quelle che sostengono la nullità di tali contratti in quanto negozi in frode alla legge, sia quella che ipotizza, in capo a tale operazione, l'esistenza di un procedimento solutorio anomalo (revocabile *ex art. 67, comma 1, n. 2, l.f.*), individuato dalla volontà delle stesse di novare l'esposizione chirografaria con una garantita.

L'Autore individua analiticamente le fondamentali giuridiche di tali ricostruzioni dottrinali, evidenziandone contestualmente i caratteri di maggiore criticità. (s.b.)

* * *

GIURISPRUDENZA

DIRITTO DI FAMIGLIA

Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 23 settembre 2003, C-109/01, in *Giustizia Civile*, n. 8/04, I, pag. 1655, con nota di Anna Belmonte.

Il soggetto appartenente a uno Stato terzo, **coniugato** con un **cittadino di uno Stato membro** con il quale coabita in altro Stato membro, che non fruisce del **diritto di ingresso** previsto dall'art. 10 del regolamento n. 1612/68/CEE (non avendo soggiornato legalmente nel territorio di uno Stato membro), non possiede il diritto di stabilirsi con il coniuge nel momento in cui essi intendono rientrare nello Stato membro di cittadinanza del coniuge stesso. Tuttavia, le autorità competenti dello Stato membro devono, al fine di valutare la domanda di ingresso e di soggiorno dello straniero nel territorio di quest'ultimo Stato, tener conto del diritto al rispetto della vita familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU, sempre che il matrimonio sia autentico.

Cass., 20 novembre 2003, Sez. I, n. 17607, in *Famiglia e Diritto*, n. 5/04, pag. 475, con nota di Giuseppe Conte.

Pur non potendosi dubitare della natura negoziale (quand'anche non contrattuale) dell'accordo che dà sostanza e fondamento alla **separazione consensuale** tra coniugi, e pur non essendo ravvisabile, nell'atto di omologazione, una funzione sostitutiva o integrativa della volontà delle parti o di governo dell'autonomia dei coniugi, è da escludere l'impugnabilità per **simulazione dell'accordo** di separazione una volta omologato, giacché l'iniziativa processuale diretta ad acquisire l'omologazione, e quindi la condizione formale di coniugi separati, con le conseguenti implicazioni giuridiche, si risolve in una iniziativa nel senso della efficacia della separazione che vale a superare il precedente accordo simulatorio, ponendosi in antitesi con esso, essendo logicamente insostenibile che i coniugi possano "*disvolere*" con detto accordo la condizione di separati ed al tempo stesso "*volere*" l'emissione di un provvedimento giudiziale destinato ad attribuire determinati effetti giuridici a detta condizione.

* * *

OBBLIGAZIONI

Cass., 7 luglio 2004, Sez. I, n. 12413, in *Guida al Diritto*, n. 34/04, pag. 74.

A norma dell'articolo 71 della legge cambiaria **l'atto di protesto** deve contenere, tra l'altro, l'oggetto delle richieste, il nome delle persone, le risposte avute o dei motivi per i quali non se ne ebbe alcuna. Le **dichiarazioni** in questione attingono al contenuto tipico dell'atto, il quale ha forza e valore di **atto pubblico**, e hanno a oggetto dati di fatto, la cui esistenza può essere oggetto non di apprezzamento soggettivo ma solo di contestazione per cui è controllabile secondo un metro obiettivo e la contestazione stessa - quindi - può essere effettuata solo mediante proposizione di **querela di falso**.

Cass., 24 maggio 2004, Sez. III, n. 9982, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 6/04, pag. 737.

Nell'**accollo cumulativo** (accollo esterno non liberatorio per il debitore originario, che si perfeziona comunque con il consenso del creditore), in analogia con quanto previsto per la delegazione dall'art. 1268, comma 2 c.c., l'obbligazione dell'accollato degrada ad **obbligazione sussidiaria** di tal che il creditore ha l'onere di chiedere preventivamente l'adempimento all'accollante, anche se non è tenuto ad escuterlo preventivamente, e solo dopo che la richiesta sia risultata infruttuosa può rivolgersi all'accollato.

* * *

CONTRATTI

Cass., 28 novembre 2003, Sez. III, n. 18229, in *Giustizia Civile*, n. 6/04, I, pag. 1505.

Ricorre la figura del **leasing di godimento**, pattuito con funzione di finanziamento, rispetto a beni non idonei a conservare un apprezzabile valore residuale alla scadenza del rapporto e dietro canoni che configurano esclusivamente il corrispettivo dell'uso dei beni stessi. Si ha invece **leasing traslativo** allorché la pattuizione si riferisca a beni atti a conservare a quella scadenza un valore residuo superiore all'importo convenuto per l'opzione e dietro canoni che scontano anche una quota del prezzo in previsione del successivo acquisto. L'accertamento della **volontà delle parti** trasfusa nelle clausole contrattuali in ordine al tipo di negozio posto in essere rientra nei poteri del giudice del merito e non è censurabile in sede di legittimità, se non per violazione dei criteri ermeneutici, ovvero per vizio di motivazione.

Ai contratti non espressamente disciplinati dal codice civile (**contratti atipici** o innominati) possono legittimamente applicarsi, oltre alle norme generali in materia di contratti, anche le **norme regolatrici dei contratti nominati**, quante volte il concreto atteggiarsi del rapporto, quale risulta dagli interessi coinvolti, faccia emergere situazioni analoghe a quelle disciplinate dalla seconda serie di norme (principio affermato dalla Suprema Corte con riferimento ad una vicenda di locazione finanziaria traslativa cui è stata ritenuta applicabile la norma, art. 1526 c.c., che disciplina la risoluzione del contratto di vendita con riserva di proprietà e, conseguentemente, inapplicabile il regime di cui all'art. 1458, comma 1, seconda ipotesi).

La l. n. 259 del 1993, che ha dato esecuzione in Italia alla convenzione UNIDROIT sul **leasing finanziario internazionale**, stipulata ad Ottawa il 28 maggio 1988, opera esclusivamente nei rapporti internazionali e limitatamente al **leasing** finanziario relativo a beni mobili, e non nei rapporti interni.

Trib. Monza, 31 gennaio 2004, in *Il Corriere Giuridico*, n. 8/04, pag. 1067, con nota di Riccardo Conte.

L'accordo raggiunto sugli **elementi essenziali** di un **contratto** non è sufficiente per ritenere lo stesso concluso laddove le espressioni usate dalle parti rivelino la loro volontà di fissare semplicemente i punti rilevanti dell'affare senza ritenersi già vincolati contrattualmente.

Laddove nel corso di **trattative** per una compravendita una parte subordini la conclusione del

contratto ad una condizione il cui avveramento dipende dalla controparte, l'incapacità di questa di realizzare detta condizione rende giustificato il rifiuto dell'altra di addivenire alla conclusione del contratto, escludendo un profilo di responsabilità precontrattuale.

* * *

DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Cass., 7 ottobre 2004, S.U., n. 21095.

Gli usi contrari, idonei a derogare il precetto stabilito nell'art. 1283 c.c., sono solo gli usi normativi in senso tecnico. Se ne desume per conseguenza, la nullità delle clausole bancarie anatocistiche, la cui stipulazione corrisponde ad un uso meramente negoziale che incorre quindi nel divieto di cui al citato art. 1283 c.c..

Nonostante la giurisprudenza di legittimità abbia riconosciuto carattere normativo agli usi bancari in materia di anatocismo, il riformato orientamento giurisprudenziale che esclude la normatività degli stessi ha portata retroattiva e, pertanto, opera anche nei confronti dei rapporti conclusi antecedentemente al menzionato *revirement*. (Inedita - Massima non ufficiale)

Cass., 6 settembre 2004, n. 17961, in *Guida al Diritto*, n. 44/04, pag. 44.

Il debitore che sostituisca il **mezzo di pagamento** pattuito costituito dall'**assegno circolare** con un versamento tramite **bonifico bancario** compie un inesatto adempimento privo, ai sensi dell'art. 197 del c.c., di effetto liberatorio in quanto non solo effettua il pagamento con un mezzo non equivalente al denaro contante ma lo effettua in un luogo diverso da quello pattuito.

App. Torino, 7 maggio 2004, n. 741.

La consuetudine negoziale della **capitalizzazione trimestrale**, anche in conseguenza del ripetuto avallo giurisprudenziale intervenuto sino al 1998 e successivamente certificata dallo stesso legislatore, ha assunto carattere di **diritto vivente**, venendo utilizzata e rispettata per oltre un secolo nel convincimento di conformità all'ordinamento giuridico.

L'addebito per interessi operato in sede di chiusura periodica del conto bancario appare

un'operazione puramente contabile, che non indice sulla realtà giuridica sottostante.
(Inedita - Massima non ufficiale)

App. Torino, 10 febbraio 2004, n. 203.

La capitalizzazione degli interessi passivi nei contratti di conto corrente bancario operata in sede di chiusura periodica del conto, costituisce un'operazione meramente contabile, che non incide sulla realtà giuridica sottostante.
(Inedita - Massima non ufficiale)

Trib. Milano, 17 settembre 2004, n. 10778 e n. 10788.

La giurisprudenza di legittimità che ha sostanzialmente declassato gli usi bancari in materia di anatocismo da usi normativi ad usi negoziali è giurisprudenza di carattere innovativo, che non può essere estesa ai rapporti precedenti esauritisi. Stante il canone di buona fede che presiede all'esecuzione dei contratti, e l'esigenza di certezza nei rapporti giuridici, non pare del tutto rispondere a correttezza la condotta della parte che ha usufruito delle linee di credito in conformità alla situazione giuridica allora vigente, senza riserve di sorta, e successivamente a rapporto concluso, intende usufruire dei benefici derivanti dal successivo mutamento giurisprudenziale. Essendo la corresponsione degli interessi anatocistici rispondente a ciò che quanto meno era configurabile come un dovere sociale, tale fattispecie è configurabile quale obbligazione naturale, con la conseguente irripetibilità di quanto pagato ex art. 2034 c.c..

(Inedita - Massima non ufficiale)

Trib. Lecce, 5 aprile 2004, n. 52, in *Giurisprudenza di Merito*, n. 9/04, I, pag. 1674.

La mancata **contestazione** tempestiva dell'**estratto** conto trasmesso dalla banca al cliente rende inoppugnabili addebiti e accrediti solo sotto il profilo contabile, salva ogni obiezione su validità ed efficacia dei rapporti obbligatori dai quali derivano le partite di dare e avere inserite sul conto. La disciplina ex l.n. 154/1992 circa la previsione di interessi in misura superiore al tasso legale, secondo usi bancari su piazza, si applica anche ai **contratti stipulati prima** dell'entrata in vigore di detta legge.

Sono nulle le clausole del contratto di conto corrente bancario circa capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, e circa applicazione d'una «*provvigione di massimo scoperto*», stipulate con riferimento ad **usi bancari** sulla piazza.

Trib. Reggio Calabria, 18 febbraio 2004, in *Giurisprudenza di Merito*, n. 10/04, I, pag. 2000.

Nel caso di azione per **risarcimento dei danni** da illegittima segnalazione alla **Centrale allarme interbancaria**, può aversi riguardo, ai fini della determinazione della competenza per territorio, anche al luogo in cui ha **sede l'azienda** del soggetto (asseritamente) danneggiato.

E' ammissibile la domanda cautelare volta a ottenere la condanna della banca a rettificare la illegittima segnalazione fatta alla Centrale allarme interbancaria, anche se si tratta di un **fare infungibile**.

E' legittima la segnalazione alla Centrale allarme interbancaria in caso di assegno emesso senza autorizzazione, anche se sia provato che esso era stato consegnato con la data in bianco, e che è stata indicata una data in violazione dei patti contrattuali tra emittente e prenditore.

* * *

PRIVILEGI E GARANZIE

Cass., 1-27 luglio 2004, n. 14083, in *Guida al Diritto*, n. 34/04, pag. 56.

In presenza di una **prelazione prevista** in via **convenzionale** deve escludersi che il diritto del prelazionario resti caducato o sia reso comunque inoperante con l'apertura della procedura di **concordato preventivo**, ancorché con cessione dei beni. Tale diritto non viene meno neppure dopo l'omologazione del concordato stesso, con il trasferimento della disponibilità dei beni al liquidatore, dato che gli effetti della liquidazione conseguono, in ogni caso (anche) alle determinazioni del debitore.

Cass., 24 maggio 2004, Sez. III, n. 10000, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 6/04, pag. 738.

La costituzione di un **pegno irregolare** rende inoperante il divieto di **patto commissorio** di cui all'art. 2744 c.c., atteso che, a mente del disposto del precedente art. 1851, ed in coerenza con l'intento del legislatore di evitare indebite locupletazioni, deve ritenersi consentito al creditore, nell'ipotesi di inadempimento della controparte, di fare definitivamente propria la (sola) somma corrispondente al credito garantito e, quindi, di compensarlo con suo debito di restituzione del tantundem, nel legittimo esercizio del proprio diritto di prelazione e senza richiesta di assegnazione al

giudice dell'esecuzione.

In tema di interpretazione dell'art. 1851 c.c. – norma che, riferita all'anticipazione bancaria, costituisce tuttavia la regola generale di ogni altra ipotesi di pegno irregolare – deve ritenersi che, qualora il debitore, a garanzia, dell'adempimento della sua obbligazione, abbia vincolato al suo creditore un **titolo di credito** o un **documento di legittimazione** individuati conferendo a quest'ultimo anche la facoltà di disporre del relativo diritto, si esuli dall'ipotesi di **pegno regolare** (artt. 1997, 2748 c.c.) e si rientri, viceversa, nella disciplina, delineata dal predetto art. 1851, del pegno irregolare, in base alla quale il creditore garantito acquisisce la somma portata dal titolo o dal documento, che dovrà restituire al momento dell'adempimento o, in caso di inadempimento, dovrà vendere per quella parte eccedente l'ammontare del credito garantito, determinata in relazione al valore delle cose al tempo della relativa scadenza.

* * *

FALLIMENTO

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 6 novembre 2003, in *Giustizia Civile*, n. 9/04, I, pag. 1901.

Sussiste violazione dell'art. 6, della CEDU, sotto il profilo della **durata ragionevole del processo**, ove la procedura fallimentare si sia protratta per oltre quindici anni senza che il governo abbia fornito alcun argomento idoneo a giustificare una tale durata.

Gli effetti negativi del fallimento sulla persona del fallito sono sproporzionati rispetto alla sua legittima esigenza di tutelare i creditori qualora la procedura concorsuale perduri per un tempo eccessivamente lungo.

Cass., 8 luglio 2004, Sez. II, n. 12256, in *Guida al Diritto*, n. 34/04, pag. 71.

Quando il conto corrente affidato, intrattenuto dal debitore (successivamente dichiarato fallito) con l'istituto di credito presenta un saldo negativo, la **funzione solutoria** di una **cessione** non può essere esclusa in virtù della mera contestuale concessione di un ulteriore credito.

L'esistenza di una **pregressa esposizione**, infatti, implica di per sé che la cessione possa svolgere anche una funzione solutoria che viene esclusa solo nel momento della concreta erogazione di ulteriore credito, sino alla concorrenza dell'importo del credito ceduto.

Cass., 11 giugno 2004, Sez. I, n. 11083, in *Il Corriere Giuridico*, n. 8/04, pag. 995, con nota di Vincenzo Carbone.

In tema di revocatoria fallimentare di un **atto a titolo oneroso** compiuto dal **socio illimitatamente responsabile** di società commerciale, con successivo trasferimento del bene ad un terzo da parte dell'acquirente, lo **stato soggettivo** - di buona o malafede - del terzo subacquirente, rilevante ai sensi dell'art. 2901, ult. comma c.c., può avere riferimento anche a situazioni di fatto diverse dalla insolvenza della società. (Massima non ufficiale)

Cass., 12 maggio 2004, Sez. I, n. 8980, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 6/04, pag. 678.

In tema di fallimento, la norma di cui all'**art. 67, comma 1, n. 2 l.f.** (revocabilità degli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili effettuati con mezzi anormali di pagamento) deve ritenersi legittimamente applicabile, in via di interpretazione estensiva, anche ai **debiti non ancora scaduti**, purché aventi scadenza anteriore alla dichiarazione di fallimento; se la legge sancisce, difatti, la revocabilità degli adempimenti "anormali" di debiti scaduti, a più forte ragione devono considerarsi revocabili i medesimi atti estintivi (sempre compiuti con mezzi anormali) prima della scadenza del debito, risultando in tal caso ancor più fondato il sospetto della consapevolezza, *ex latere creditoris*, del carattere pregiudizievole dell'atto.

Cass., 28 aprile 2004, Sez. I, n. 8096, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 5/04, pag. 607.

E' inammissibile il ricorso incidentale per cassazione proposto dalla parte vittoriosa non già per ottenere l'annullamento, nemmeno parziale, della sentenza impugnata, ma soltanto il mutamento della motivazione.

In tema di revocatoria fallimentare, nel caso di pagamento di un credito effettuato tramite la **liquidazione di un pegno** regolarmente costituito e non più revocabile, l'azione revocatoria deve ritenersi ammissibile, ma il curatore deve dimostrare **l'interesse della procedura** alla proposizione dell'azione stessa, cioè la sussistenza di un pregiudizio per la massa creditoria, in ragione della circostanza che il credito soddisfatto tramite la garanzia non avrebbe trovato capienza, totale o parziale, per la concorrenza dei crediti privilegiati poziori.

Cass., 27 febbraio 2004, Sez. I, n. 3983, in *Il Foro Italiano*, n. 8/04, I, pag. 2126.

Non possono essere **revocati**, i pagamenti dei **canoni di locazione effettuati** nel periodo sospetto se il curatore è subentrato nel contratto.

Cass., 22 gennaio 2004, Sez. II, n. 1010, in *Giustizia Civile*, n. 8/04, I, pag. 1761.

A seguito della sottoposizione a **liquidazione coatta amministrativa** di una società si determina per un verso, la perdita della capacità (anche) processuale degli organi societari e per altro verso, la temporanea improcedibilità, fino alla conclusione della fase amministrativa di accertamento dello stato passivo, della domanda azionata in sede di cognizione ordinaria prima dell'inizio della procedura concorsuale; ne consegue che l'eventuale costituzione in giudizio del commissario liquidatore pone rimedio alla **perdita di capacità della parte** evitando l'interruzione del processo ma non può influire sull'effetto impeditivo della perseguibilità del giudizio determinato dall'attivazione sulla procedura concorsuale, essendo tale effetto, posto a salvaguardia della *par condicio creditorum*, non disponibile dalle parti.

Cass., 8 settembre 2003, Sez. I, n. 13070, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 4/04, II, pag. 377, con nota di di Lorenzo Claris Appiani.

La assoggettabilità al **fallimento** di una **società irregolare** dura sino a quando le vicende estintive della società stessa non siano esteriorizzate, a nulla rilevando la interruzione o cessazione dell'attività commerciale svolta.

App. Milano, 20 maggio 2003, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, n. 4/04, I, pag. 432, con nota di Paola Barantini.

Uno **scoperto di conto** corrente deve considerarsi un debito immediatamente **esigibile** e, quindi, scaduto: pertanto, ai fini della revocatoria fallimentare, non rientra nella fattispecie dell'art. 67 comma 1, n. 3 l.f., bensì in quella del n. 4, l'**ipoteca** concessa per garantire uno scoperto di conto corrente (nella specie la garanzia ipotecaria non è stata ritenuta soggetta a revocatoria fallimentare, perché costituita oltre un anno prima della sentenza dichiarativa di fallimento).

Trib. Torino, 2 aprile 2004, in *Giurisprudenza di Merito*, n. 10/04, I, pag. 1952.

La sentenza che accoglie la domanda revocatoria ha **natura costitutiva** (e non dichiarativa) in quanto modifica *ex post* una situazione giuridica preesistente, sia privando di effetti, nei confronti del creditore attore, un atto perfettamente valido che aveva già conseguito piena efficacia tra le parti, sia determinando, conseguentemente, la restituzione dei beni o delle somme oggetto di revoca alla funzione di generale garanzia patrimoniale ed alla soddisfazione del creditore di una delle parti dell'atto. In conseguenza, non è possibile l'emanazione di **provvedimenti d'urgenza** strumentali all'accoglimento della domanda revocatoria, poiché la tutela urgente **ex art. 700 c.p.c.** deve ritenersi ammissibile solo in presenza di diritti perfetti preesistenti alla stessa pronuncia richiesta al giudice, visto che altrimenti si risolverebbe nella produzione di un anomalo effetto costitutivo anticipato.

Trib. Milano, 16 ottobre 2003, Sez. II, in *Giurisprudenza Milanese*, n. 10/04, pag. 370.

Ai sensi dell'art. 15 l.f. non vi è la necessità di porre a carico dell'istante un **onere notificatorio** - quale quello prescritto dall'art. 145 c.p.c. - allorché sia notoria la **chiusura delle sede sociale**.

Il dato rilevante cui ancorare il limite di fallibilità è rappresentato dalla cancellazione della società dal registro delle imprese e non già dalla semplice cessazione dell'attività. Non rileva quindi il fatto che la declaratoria di fallimento sia intervenuta ad oltre un anno dalla notifica infruttuosa, per chiusura dei locali dell'impresa, del titolo esecutivo e del precetto.

Trib. Catania, 11 luglio 2003, in *Il Fallimento*, n. 10/04, pag. 1129.

E' ammissibile il **sequestro conservativo ante causam** a tutela di ragioni di credito fondate su giudizio di **revocatoria fallimentare** ed ordinaria aventi ad oggetto beni non determinati.

* * *

PROCEDIMENTO CIVILE

Corte Cost., 18 marzo 2004, n. 98, in *Giustizia Civile*, n. 8/04, I, pag. 1681.

È costituzionalmente **illegittimo l'art. 22 l. n. 689 del 1981**, nella parte in cui non consente l'utilizzo del **servizio postale** per la proposizione dell'opposizione all'ordinanza-ingiunzione con cui è irrogata **sanzione amministrativa**, con la precisazione che l'opposizione dovrà ritenersi tempestiva purché la spedizione del plico sia intervenuta entro il termine previsto dal comma 1 del medesimo art. 22.

Cass., 16 luglio 2004, n. 13183, in *Guida al Diritto*, n. 38/04, pag. 65.

Ancorché la notificazione effettuata ai sensi dell'articolo **140 del c.p.c.** debba ritenersi perfezionata al compimento delle formalità ivi indicate restando irrilevante l'effettiva consegna della raccomandata al destinatario o l'allegazione dell'originale dell'avviso di ricevimento, la circostanza non esclude ma, anzi, postula, che sia stato esattamente **individuato il luogo di residenza**, dimora o domicilio del destinatario stesso e che la copia da notificare non sia stata consegnata per mere difficoltà di ordine materiali, quali la momentanea assenza, l'incapacità o il rifiuto delle persone indicate nell'art. 139 del c.p.c.. Deriva, da quanto precede, pertanto che ove dalla documentazione prodotta in giudizio dal notificante eventualmente relativa anche all'attività svolta dall'agente postale nel procedere alla consegna del piego raccomandato contenente l'avviso di deposito, emergano elementi idonei a sollevare il dubbio che il luogo nel quale l'ufficario giudiziario ha svolto l'attività prevista dall'art. 140 c.p.c. non sia quello di effettiva residenza, dimora o domicilio del destinatario, il giudice è tenuto ad **accertare tale circostanza**, in base agli elementi offerti dal notificante ai fini della pronuncia sulla validità della notifica effettuata e a disporre, eventualmente, il **rinnovo** della stessa.

Cass., 11 giugno 2004, Sez. lavoro, n. 11140, in *Il Foro Italiano*, n. 9/04, I, pag. 2356.

È tempestiva la **notificazione** del ricorso per cassazione consegnato all'ufficiale giudiziario al fine della notificazione a mezzo posta entro il **termine di impugnazione**, ancorché l'atto sia stato ricevuto dal destinatario dopo la scadenza del predetto termine.

La nullità della notificazione del ricorso per cassazione causata dall'asserita **incompetenza territoriale dell'ufficiale giudiziario** notificante,

per il fatto che egli ha notificato il ricorso a mezzo posta fuori dalla circoscrizione della corte d'appello alla quale è addetto, è sanata dalla costituzione della parte intimata, pur avvenuta dichiaratamente al solo fine di eccepire la nullità.

La nullità della notificazione del ricorso per cassazione dovuta alla sua esecuzione presso il domicilio eletto dalla controparte per il giudizio d'appello, anziché presso il domicilio eletto dalla medesima nell'atto di notificazione della sentenza impugnata, è sanata dalla **costituzione della parte** intimata, pur avvenuta dichiaratamente al solo fine di eccepire la nullità.

Cass., 19 maggio 2004, Sez. III, n. 9474, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 6/04, pag. 710.

(omissis)

La domanda rivolta all'attribuzione degli **interessi c.d. anatocistici** di cui all'art. 1283 c.c. è **nuova** rispetto a quella in precedenza proposta per il riconoscimento degli interessi principali scaduti e, pertanto, non può essere formulata per la prima volta in sede d'appello o di rinvio; ai fini dell'applicabilità del principio predetto non rileva la natura degli interessi, corrispettivi o moratori, atteso che la disposizione di cui all'art. 1283 c.c. si riferisce agli interessi di qualsiasi natura.

Cass., 2 aprile, Sez. Trib., n. 6528, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 5/04, pag. 492.

La facoltà di produrre **nuovi documenti in appello** è ammessa dall'art. 345, comma 3 c.p.c. nella formulazione di cui all'art. 52 l. 26 novembre 1990 n. 353, atteso che il divieto di nuovi mezzi di prova va riferito alle prove cosiddette costituenti e non anche a quelle cosiddette preconstituite, come i documenti; tuttavia la produzione deve avvenire, a pena di **decadenza**, con la **costituzione in giudizio** della parte che la esegue ed entro il termine all'uopo fissato dagli artt. 165 e 166 c.p.c., espressamente recepiti, anche con riferimento ai termini, dall'art. 347 c.p.c., mentre non a caso il codice di rito non richiama, nella disciplina del giudizio di appello, la disposizione dell'art. 184 c.p.c. sulla facoltà del giudice di primo grado di assegnare un ulteriore termine (dopo la costituzione delle parti) per la produzione di documenti, atteso che l'esigenza di concentrare le attività assertive e probatorie nella fase iniziale del procedimento (secondo lo spirito della riforma del 1990) si accentua in sede di impugnazione.

Cass., 1 aprile 2004, Sez. Trib., n. 6409, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 5/04, pag. 481.

In caso di proposizione del **ricorso per cassazione** nei confronti di **società incorporata** in altra società, posteriormente alla iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese, l'inesistenza del soggetto indicato nell'atto comporta l'**assoluta incertezza** circa l'identità della parte, e quindi una **nullità** dell'atto inerente alla costituzione del contraddittorio, inquadrabile nell'ambito del combinato disposto, applicabile per analogia degli artt. 163 n.2, e 164 c.p.c.; tale nullità è sanabile *ex nunc* per effetto della instaurazione del contraddittorio mediante la notifica del controricorso della società incorporante entro il termine utile per l'impugnazione.

Cass., 1 aprile, Sez. I, n. 6383, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 5/04, pag. 476. (*omissis*)

Il **documento tardivamente prodotto** nel corso del giudizio di primo grado può essere **nuovamente prodotto** in secondo grado di giudizio mediante deposito, all'atto della costituzione, del fascicolo di parte di primo grado nel quale era stato tardivamente inserito.

Cass., 12 febbraio 2004, Sez. II, n. 2702, in *Il Foro Italiano*, n. 8/04, I, pag. 2150.

Colui che si afferma successore a titolo particolare nel diritto controverso e che non abbia partecipato al giudizio all'esito del quale è stato emanato il provvedimento che **intende impugnare**, deve dare **prova** della situazione sostanziale idonea a fondare la sua legittimazione.

L'esame di un documento attinente all'ammissibilità del ricorso per cassazione (nella specie, i documenti comprovanti la successione nel diritto controverso) resta precluso dal fatto che non sia stato indicato nel ricorso, né il relativo deposito notificato all'altra parte a norma dell'art. 372 c.p.c..

App. Milano, 25 novembre 2003, Sez. IV, n. 3204, in *Giustizia a Milano*, n. 3/04, pag. 18.

L'esistenza di **trattative**, di **proposte transattive** per un bonario componimento e ogni altra manifestazione di semplice buona volontà, se non raggiungono l'effetto desiderato non hanno **efficacia interruttiva della prescrizione**, ne possono assurgere a rinuncia tacita a far valere la prescrizione stessa perché non costituiscono fatti incompatibili in maniera assoluta con la volontà di avvalersi della causa estintiva del diritto altrui.

PROCESSO ESECUTIVO E PROCEDIMENTI SOMMARI

Corte Cost., 24 marzo 2004, n. 107, in *Il Corriere Giuridico*, n. 10/04, pag. 1309.

È inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'**art. 647 c.p.c.** nella parte in cui prevede che l'opposizione a decreto ingiuntivo non possa essere proseguita in caso di **tardiva costituzione** in giudizio dell'opponente, anche quando il mancato rispetto del termine per l'iscrizione a ruolo derivi dalla **ritardata consegna dell'originale** notificato dell'atto di opposizione da parte dell'ufficiale giudiziario, per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., in quanto, coerentemente ai principi già affermati dalla Corte circa il momento perfezionativo della notificazione per il notificante al momento della consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario, è possibile da questo momento il compimento delle attività (tra cui appunto, l'iscrizione a ruolo) che presuppongono la notificazione dell'atto introduttivo del giudizio, ferma restando, in ogni caso, la decorrenza del termine finale dalla consegna al destinatario.

Cass., 16 giugno - 6 agosto 2004, Sez. III, n. 15183, in *Guida al Diritto*, n. 36/04, pag. 26.

Poiché la trascrizione sui registri immobiliari è informata al criterio della ricerca per nome del soggetto a cui si riferisce, essendo le modalità pratiche di attuazione della **pubblicità immobiliare** impiantate su base personale, che consente di effettuare le visure delle note di trascrizione solo sulla base degli esatti dati d'identificazione delle persone, qualora, per **errore della conservatoria** la trascrizione, ancorché la nota sia stata correttamente redatta, venga registrata a **carico di altra persona** diversa dall'effettivo alienante dell'immobile e quindi imputata in diverso conto individuale, ciò può in conseguenza comportare per il terzo in buona fede l'infruttuosità della ricerca del titolo reso pubblico. Anche in tale ipotesi di responsabilità è necessario che sussista un nesso causale tra il comportamento omissivo o errato del conservatore e il danno subito dal soggetto danneggiato.

Cass., 21 novembre 2003, Sez. III, n. 17722, in *Rivista dell'Esecuzione Forzata*, n. 2/04, pag. 481.

Il **terzo pignorato** è **parte necessaria** nei processi di opposizione all'esecuzione o di opposizio-

ne agli atti esecutivi in cui si contesti la validità dell'ordinanza di assegnazione e deve, pertanto, essere chiamato in causa dall'opponente e, in mancanza, il giudice deve ordinare l'integrazione del contraddittorio nei suoi confronti.

Cass., 23 aprile 2003, Sez. III, n. 6449, in *Il Foro Italiano*, n. 9/04, I, pag. 2232, con nota di Raffaele Rossi.

Nell'**espropriazione presso terzi**, in ipotesi di mancata o contestata dichiarazione del terzo, il **debitore esecutato** non è legittimato a domandare l'accertamento dell'obbligo del terzo.

Nell'atto di pignoramento presso terzi non può ritenersi implicitamente ricompresa una domanda di accertamento per il caso di eventuale dichiarazione negativa del terzo.

App. Roma, 14-21 luglio 2004, Sez. Lavoro, in *Guida al Diritto*, n. 35, pag. 39.

Allorché la **tutela cautelare** sia invocata in appello, l'adozione di un provvedimento d'urgenza in temporaneo contrasto con la sentenza impugnata è consentita, sotto il profilo del *fumus boni iuris*, quando la sentenza gravata presenti **argomentazioni ictu oculi censurabili** con riferimento al materiale istruttorio esaminato o ai principi di diritto applicati, nel quadro di una valutazione meramente prognostica in ordine all'esito del giudizio e, comunque, nei limiti di un accertamento sommario. (Nella fattispecie, il tribunale aveva escluso, in contrasto con la giurisprudenza consolidata e univoca della Suprema Corte, la possibilità di riconoscere al Consorzio di Bonifica datore di lavoro la natura di ente pubblico economico, così sottraendo i licenziamenti intimati a nove dipendenti per giustificato motivo oggettivo al regime normativo della riduzione di persona, la cui inosservanza era stata eccepita dai ricorrenti).

Trib. Roma, 25 maggio - 3 giugno 2004, Sez. II Lavoro, in *Guida al Diritto*, n. 40/04, pag. 57, con nota di Maurizio Tatarelli.

La **cancellazione dell'ipoteca giudiziale** iscritta in forza di una sentenza integralmente riformata in appello non può essere ordinata con provvedimento d'urgenza **ex art. 700** del c.p.c., né è ammissibile l'ordine all'originario creditore di prestare il consenso alla cancellazione.

Trib. Napoli, 14 gennaio 2004, in *Giurisprudenza di Merito*, n. 9/04, I, pag. 1681.

L'**accoglimento parziale della domanda cautelare** implica il rigetto per la parte non accolta, con la conseguenza che, per tale parte, la ripro-

posizione della domanda è ammissibile solo a condizione che si verifichino **mutamenti delle circostanze** o la deduzione di nuove ragioni di fatto o di diritto.

Nell'ipotesi in cui la domanda cautelare sia stata rigettata, in presenza di nuove deduzioni probatorie, si deve ritenere che abiliti alla riproposizione della domanda, l'allegazione difatti storici diversi, pur se preesistenti, esclusi quindi gli stessi fatti già allegati, ancorché presentati alla luce di nuovi mezzi di prova, poiché l'elemento di novità richiesto dall'art. 669 *septies* c.p.c., impone un effettivo mutamento degli strumenti attraverso i quali portare all'attenzione del giudice la realtà fattuale esterna (nella specie, il giudice aveva ritenuto di non ammettere l'audizione di sommari informativi, e il ricorrente aveva riproposto la domanda allegando alcune dichiarazioni scritte degli informatori non sentiti).

Trib. Caltanissetta, 20 ottobre 2003, in *Giurisprudenza di Merito*, n. 10/04, I, pag. 2007.

Colui che ha beneficiato di un **provvedimento di urgenza** può, alternativamente rivolgersi al medesimo giudice che ha emesso il provvedimento perché assuma la **direzione dell'esecuzione**, oppure ricorrere alla procedura ordinaria *ex art. 612* c.p.c.. Nel primo caso, non costituisce vizio della procedura la mancanza della notifica del titolo in forma esecutiva da parte della parte interessata all'esecuzione e la mancata notifica del precepto, essendo, gli adempimenti in questione, tipici dell'esecuzione ordinaria *ex art. 612* c.p.c..

* * *

MARCHI E BREVETTI

App. Torino, 2 gennaio 2004, in *Giurisprudenza di Merito*, n. 10/04, I, pag. 2006.

Il **marchio** di forma deve rispondere al requisito della significanza nel senso che la forma tutelata deve presentare una valenza specifica rispetto al prodotto che la incorpora; deve cioè presentare i requisiti della **novità** e della **originalità** di per sé.

Una indagine demoscopica volta a dimostrare l'acquisto di capacità distintiva non può ribaltare il giudizio di nullità condotto sulla base della forma così come registrata, specie laddove tale indagine sia eseguita su richiesta e ad onore del titolare del marchio.

Nel campo dei marchi di forma l'**Ufficio italiano brevetti** e marchi deve svolgere un **esame ap-**

profondito delle domande sottopostegli, nel senso che deve accertare se la forma presenti effettivamente i requisiti di novità ed originalità, per evitare che un operatore industriale possa, attraverso un'abile opera di predisposizione di marchi, monopolizzare il settore di mercato con una strumentale difesa dei titoli ottenuti.

Trib. Bologna, 17 maggio 2004, Sez. IV, n. 1479, in *Guida al Diritto*, n. 41/04, pag. 49.

La **competenza** per le azioni in **materia di brevetti**, stabilita dalla legge speciale, determina un sistema analogo e coerente rispetto al sistema degli artt. 18-20 del c.p.c., con la conseguente applicazione del **principio generale del foro del convenuto** anche nel caso di accertamento negativo della contraffazione. L'accertamento dell'inesistenza degli estremi di illiceità industriale e concorrenziale inevitabilmente muove da una ricognizione, sia pure *incidenter tantum*, dei requisiti di novità e capacità distintiva, oggetto di rivendicazione da parte della società convenuta. Un suo generalizzato di un termine proprio nel settore di riferimento imprenditoriale di parte convenuta, caduca ogni portata innovativa rivendicata in brevetto ex articolo della legge marchi.

* * *

ANTITRUST

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 13 marzo 2003, n. 11795, in *Giustizia Civile*, n. 6/04, I, pag. 1625.

Rappresentano un'**intesa restrittiva** della concorrenza quelle condotte poste in essere tra l'Ente tabacchi italiano ed una compagnia multinazionale di sigarette che abbiano come oggetto e per effetto quello di determinare le conseguenze delle **strategie commerciali** delle due imprese e di alterare le dinamiche concorrenziali sul prezzo di vendita di sigarette al pubblico nel mercato nazionale, mantenendo un'artificiale stabilità del mercato in violazione dell'art. 2, comma 2, lett. a e b, l. n. 287 del 1990. Infatti, tali comportamenti si sono sostanziati principalmente nell'aver applicato aumenti di prezzo contestuali ed omogenei riuscendo a mantenere la loro quota congiunta di mercato al di sopra del 90 per cento del mercato della vendita delle sigarette anche attraverso azioni volte a limitare iniziative concorrenziali degli altri operatori. L'intesa così realizzata dalle due imprese leader ha eliminato l'incertezza circa il

reciproco comportamento tra imprese concorrenti e costituisce una restrizione su uno degli aspetti essenziali attraverso le quali si sviluppa la concorrenza nel mercato delle sigarette. Infatti, è proprio il prezzo che rappresenta nel mercato della vendita di sigarette lo strumento competitivo più efficace.

* * *

PROPRIETA' INTELLETTUALE

Trib. Verona, 13 marzo 2004, in *Giurisprudenza di Merito*, n. 10/04, I, pag. 1954.

Il contratto con cui una società di calcio ceda ad una radio locale il diritto di trasmissione della radiocronaca di una partita, di per sé, non autorizza la stazione radio a trasmettere la **radiocronaca via Internet**.

Un sito internet, come strumento di diffusione della cronaca di un evento, costituisce un mezzo di comunicazione di massa del tutto distinto dalla televisione e dalla radio, e ciò anche quando il sito sia utilizzato da emittenti televisive o radiofoniche per la trasmissione della propria programmazione.

Trib. Napoli, 16 marzo 2004, in *Giurisprudenza di Merito*, n. 10/04, I, pag. 1996.

La condotta dell'editore che cambi radicalmente l'**indirizzo culturale e politico di una rivista**, facendola divenire espressione di orientamenti che nulla più hanno a che vedere con la scuola di pensiero del suo fondatore, proprietario della testata, è astrattamente idonea a **ledere diritti propri della personalità umana** ed in particolare, nell'ambito di questi, il diritto all'identità personale, all'onore ed alla reputazione. Trattandosi di lesione di diritti costituzionalmente protetti, agli eredi del proprietario della testata compete, iure proprio, il risarcimento del danno non patrimoniale subito per aver visto tradita l'opera del *de cuius*.

L'editore che abbia continuato a stampare una rivista dopo la **morte del suo autore**, nonostante tale evento costituisca causa di estinzione del contratto di edizione, è tenuto a risarcire il danno patrimoniale subito dagli eredi per non aver potuto utilizzare in proprio la testata o, comunque, per non aver ricevuto adeguato compenso per la sua utilizzazione.

* * *

OSSERVATORIO

ESECUZIONI IMMOBILIARI

L'ESPROPRIAZIONE IMMOBILIARE PER CREDITO FONDIARIO NEL D.LG. 385/1993: BREVE RASSEGNA DI OPINIONI IN DOTTRINA E GIURISPRUDENZA SUGLI ASPETTI DI MAGGIOR RILIEVO, di Corrado Croci, in *Rivista dell'Esecuzione Forzata*, n. 2/04, pag. 349.

Con l'articolo in esame l'Autore offre un'accurata analisi degli "aspetti di maggior rilievo" disciplinati in materia di **credito fondiario** nell'ambito del c.d. T.U. Bancario, letto attraverso una panoramica delle decisioni della giurisprudenza, nonché delle valutazioni espresse dalla dottrina.

Con l'entrata in vigore, il 1°-1-1994, del d.lg. n. 385 del 1° settembre 1993 recante il Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, l'intera materia del credito fondiario è stata semplificata e concentrata negli **artt. 38, 39, 40 e 41** del medesimo decreto, in virtù dell'unificazione delle categorie del credito fondiario e del credito edilizio. Le nuove norme rappresentano delle semplici eccezioni al **processo di esecuzione ordinario**, le cui regole troveranno quindi applicazione in via sussidiaria per tutto quanto non espressamente previsto dalla disciplina speciale.

Dal punto di vista oggettivo, i **requisiti del credito fondiario**, rinvenibili dal testo dell'art. 38 comma 1 e 2., sono i seguenti: a) il credito deve inerire ad un'operazione di **finanziamento a medio e lungo termine** (l'opinione prevalente identifica i crediti a medio a lungo termine, che possono essere oggetto della disciplina fondiaria, in quelli con durata superiore ai diciotto mesi); b) il credito deve essere **garantito da ipoteca di primo grado**, salve le deroghe stabilite dalla Banca d'Italia (art. 38, comma 2.). L'ipoteca assume in questo modo un'importanza centrale, configurandosi come elemento della fattispecie; ciò tuttavia non impedisce che le parti convengano delle garanzie aggiuntive; c) il finanziamento fondiario non può superare un **limite massimo** rimesso alla determinazione della Banca d'Italia in conformità con le direttive del C.I.C.R., in rapporto al valore dei beni ipotecati od al costo delle opere da eseguirsi sugli stessi (art. 38, comma 2). Tale limite è stato fissato nell'80% del valore della garanzia reale o delle opere.

Per quanto attiene alla fase preliminare, l'art. 41 comma 1, d.lg. 385/1993 esenta la banca creditrice fondiaria, in deroga all'art. 479, comma 1 c.p.c., dall'**obbligo di notifica** del titolo esecutivo contrattuale, costituito dal contratto recante l'operazione di finanziamento rateale a medio o lungo termine, redatto in forma pubblica. La deroga all'obbligo di notifica del titolo è formulata in modo ampio, e comprenderebbe anche i casi in cui si proceda contro gli **eredi del debitore**, contro il terzo proprietario nelle forme degli artt. 602 ss. c.p.c., o contro il terzo accollante – sempre che si ammetta un'azione esecutiva contro di lui sulla base del titolo contrattuale formato contro l'originario debitore.

In merito al soddisfacimento diretto della banca, a norma dell'art. 41, comma 3, d.lg. 385/1993, il custode, l'amministratore giudiziario e il curatore del fallimento del debitore versano alla banca le **rendite degli immobili** oggetto di ipoteca fondiaria, dedotte le spese di amministrazione e i tributi, fino al soddisfacimento del credito vantato. Il versamento diretto dei redditi dell'immobile costituisce piuttosto un'attribuzione provvisoria che dovrà essere confermata nel riparto finale e restituita, in tutto o in parte, se superiore alle somme di cui l'istituto risulterà creditore in quella sede. Per l'art. 41, comma 4, d.lg. 385/1993, il giudice dell'esecuzione, con il provvedimento che dispone la vendita, stabilisce, indicando il termine, che **l'aggiudicatario o l'assegnatario versino direttamente alla banca** parte del prezzo corrispondente al complessivo suo credito; l'aggiudicatario o l'assegnatario che non eseguano il pagamento nel termine sono considerati inadempienti agli effetti dell'art. 587 c.p.c. L'inserimento dell'ordine di pagamento diretto non è subordinato ad un'esplicita istanza della banca che affermi l'applicabilità dell'art. 41, comma 4., ma costituisce un vero e proprio obbligo del giudice che prescinde da una specifica richiesta di parte. Nel caso di omissione, potrà pertanto essere proposta opposizione agli atti esecutivi contro l'ordinanza o il decreto di vendita, oppure si potrà porvi rimedio attraverso un'integrazione del provvedimento ai sensi dell'art. 487 c.p.c..

L'art. 41, comma 5 d.lg. 385/1993 offre all'aggiudicatario o all'assegnatario l'opportunità del **subingresso nel contratto di finanziamento** stipulato dal debitore esecutato, senza autorizzazione del giudice od il consenso della banca, purché entro quindici giorni dal decreto di vendita emesso ai sensi dell'art. 574 c.p.c., o dalla data dell'aggiudicazione o dell'assegnazione,

paghi all'istituto le rate scadute, gli accessori e le spese. La norma introdurrebbe un vero e proprio diritto potestativo all'acquirente, il cui esercizio è sottoposto alla condizione risolutiva del mancato pagamento di quanto dovuto alla banca per rate scadute, interessi e spese, ed alla condizione sospensiva dell'emanazione del decreto di trasferimento, secondo la previsione dell'art. 41, comma 6. La dichiarazione di subentro deve esser accompagnata, nei quindici giorni dal decreto di vendita (nel caso di vendita senza incanto) o nell'identico termine dalla data dell'ordinanza di aggiudicazione (nella vendita con incanto) o del decreto di assegnazione, dal pagamento alla banca delle rate scadute, degli accessori e delle spese.

Nell'ambito dei rapporti tra azione esecutiva e fallimento, il capoverso dell'art. 41, d.lg. 385/1993 riconosce in modo espresso che l'**azione esecutiva** sui beni ipotecati a garanzia di crediti fondiari può essere iniziata o proseguita dalla banca **nonostante la dichiarazione di fallimento del debitore**; si tratta di una facoltà e non di un obbligo, ben potendo l'istituto scegliere di far valere i suoi diritti attraverso la partecipazione alla procedura concorsuale. La seconda parte della disposizione, stabilendo che il ricavato della vendita nell'esecuzione individuale vada assegnato al curatore detratto quanto spettante alla banca in sede di riparto, conferma poi la natura meramente processuale del privilegio fondiario, e cioè che la banca non è sottratta alle regole ordinarie del concorso con gli altri creditori. Le maggiori problematiche che nascono dalla contestuale presenza delle due procedure esecutive, individuale e concorsuale, concernono le modalità della vendita dei beni oggetto della garanzia fondiaria. La procedura espropriativa avviata o proseguita dalla banca a tutela del credito fondiario non comporta la formazione di una massa separata, ma gli immobili pignorati ricadono comunque nel fallimento; non vi è perciò ragione per escludere a priori la possibilità che la loro liquidazione avvenga nella sede fallimentare. (p.a.f.)

* * *

MERCATI FINANZIARI

CONSULTAZIONE CESR CONCERNENTE LE MISURE DI ATTUAZIONE DELLE DIRETTIVE 2001/107/CE E 2001/108/CE SUGLI ORGANISMI DI INVESTIMENTO COLLETTIVO DEL RISPARMIO.

Il 13 febbraio 2004 è **scaduto il termine** a disposizione degli Stati membri per dare **attuazione alle direttive 2001/107/CE** (cosiddetta "*direttiva gestore*") e **2001/108/CE** (cosiddetta "*direttiva prodotto*"), entrambe entrate in vigore il 13 febbraio 2002, con la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee.

Come prevedibile, non tutti gli Stati membri hanno provveduto ad adottare, nel termine di cui sopra, le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alle Direttive.

L'Italia, purtroppo, rientra tra gli **Stati ancora parzialmente inadempienti**, avendo unicamente provveduto ad emanare il decreto legislativo 1° agosto 2003 n. 274, con il quale sono state apportate alcune modifiche al Decreto Legislativo 24 febbraio 1998 n. 58 (di seguito, "*TUF*").

Quanto alle disposizioni regolamentari indispensabili per dare completa attuazione al decreto legislativo 274/2003, e quindi alle Direttive, sia **Consob** che **Banca d'Italia** hanno provveduto a diffondere dei **documenti di consultazione** riguardanti rispettivamente (i) le modifiche dirette ad adeguare le disposizioni del Regolamento Consob 14 maggio 1999 n. 11971 (cd. Regolamento Emittenti) ed i relativi Allegati alle nuove disposizioni in tema di sollecitazione di OICR di diritto italiano, esteri armonizzati e non armonizzati, *Exchange Traded Funds* e fondi pensione aperti a contribuzione definita e (ii) la bozza di un nuovo regolamento in materia di gestione collettiva del risparmio. Entrambi detti documenti sono ora all'attenzione degli operatori del settore e se ne attende, nei prossimi mesi, la approvazione.

Entrambe le Direttive prevedono un **periodo transitorio** entro cui le società di gestione e gli organismi di investimento collettivo in valori mobiliari (o.i.c.v.m.) che non siano ancora conformi alla direttiva 85/611/CEE (di seguito "*UCITS I*"), così come modificata dalle Direttive (di seguito, "*UCITS III*") debbano adeguarsi alle disposizioni in vigore nello Stato membro di origine ed adottate in attuazione delle Direttive medesime.

Come prevedibile, l'applicazione e l'interpretazione di tali disposizioni transitorie ha dato origine a molte incertezze, anche per quanto riguarda aspetti fondamentali, quali, a titolo esemplificativo, la promozione e la distribuzione di

o.i.c.v.m., il prospetto semplificato, l'ambito di applicazione del cosiddetto passaporto europeo, le attività che possono beneficiare del passaporto europeo nel periodo di transizione.

In considerazione di tale stato di incertezza, il **CESR** (*Committee of European Securities Regulators*), di cui la Consob fa parte, nell'aprile 2004, ha incaricato un gruppo di esperti (*"Gruppo di esperti"*), presieduto da Lamberto Cardia, di lavorare sull'applicazione delle Direttive nel periodo transitorio.

Nell'adempimento di tale compito, il Gruppo di esperti si è prefisso il compito di **predisporre delle linee guida** (*"Linee Guida"*) alle quali le Autorità di Vigilanza dei singoli Stati membri, in una logica di dialogo e collaborazione, si dovrebbero attenere nel **periodo transitorio** al fine di realizzare una significativa convergenza nelle **diverse pratiche amministrative** che si sono sviluppate negli Stati membri nell'interpretazione delle Direttive, così riducendo l'incertezza propria dei regimi transitori.

Sulle Linee Guida si è tenuta un'audizione a Parigi, nella sede del CESR, il 18 novembre 2004. I commenti al documento dovranno pervenire entro l'8 dicembre 2004 e potranno essere inoltrati via internet tramite la sezione consultations del sito del CESR. (s.g.)

* * *

REGOLAMENTO CONSOB 119971/99: SECONDA FASE DI CONSULTAZIONE SULLE PROPOSTE DI MODIFICA AL REGOLAMENTO EMITTENTI IN MATERIA DI SOLLECITAZIONE ALL'INVESTIMENTO DI QUOTE O AZIONI DI OICR.

La Consob ha avviato la seconda fase di consultazione sulle proposte di modifica del regolamento emittenti in materia di **sollecitazione all'investimento di quote o azioni di OICR di diritto italiano, esteri armonizzati e non armonizzati**, *Exchange Traded Funds* e **fondi pensioni** aperti a contribuzione definita.

Il testo del documento è disponibile sul sito internet della Consob (www.consob.it) nella sezione Regolamentazione/Tuf e regolamenti Consob attuativi/Lavori preparatori.

Il documento di consultazione riporta:

- a) **le osservazioni fatte pervenire da Associazioni** di categoria, Associazioni di Consumatori, Studi legali e privati circa le proposte contenute nel primo documento di consultazione di modifica al regolamento 11971/99, pubblicato sul sito internet della Consob il 9 giugno 2004;
- b) **le valutazioni svolte dalla Consob** in

merito;

c) **i testi delle disposizioni regolamentari** e degli allegati al Regolamento predisposti per la seconda consultazione. (s.g.)

* * *

CONSULTAZIONE CESR SUGLI "INVESTIMENTI AMMISSIBILI" PER GLI OICR ARMONIZZATI.

Il **CESR** (*Committee of European Securities Regulators*) è stato incaricato dalla Commissione Europea di predisporre un **parere** avente ad oggetto alcuni chiarimenti sulle tipologie di beni in cui può essere investito il **patrimonio di un OICR** armonizzato (*eligible investments*) ai sensi della Direttiva UCITS III, per tale intendendosi al Direttiva 85/611/CEE così come modificata dalle Direttive 2001/107/CE e 2001/108/CE.

Il parere del CESR, che dovrà essere fornito alla Commissione Europea entro il 25 ottobre 2005, dovrà toccare le seguenti cinque aree:

- la definizione degli strumenti finanziari (art. 1, paragrafo 8, della Direttiva UCITS III), con particolare riferimento ai criteri di ammissibilità e alle modalità di classificazione degli strumenti finanziari strutturati, delle quote di fondi chiusi e degli *"altri strumenti finanziari"* diversi da quelli di cui all'art. 19 paragrafo 1, della Direttiva UCITS III;
- la definizione degli strumenti del mercato monetario (art. 1, paragrafo 9, della Direttiva UCITS III);
- gli *"altri organismi di investimento collettivo"* in cui può investire un OICR armonizzato (art. 19, paragrafo 1, lett. e), della Direttiva UCITS III);
- gli strumenti finanziari derivati (art. 19, paragrafo 1, lett. g), della Direttiva UCITS III);
- le caratteristiche degli indici che possono essere replicati da un OICR armonizzato (art. 22 bis, paragrafo 1, della Direttiva UCITS III). (s.g.)

* * *

DIRITTO SOCIETARIO

PATRIMONI DESTINATI AD UNO SPECIFICO AFFARE: AMMISSIBILITÀ PER LE S.r.l., di Edoardo Adducci, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 18/04, pag. 32.

La recente riforma del diritto societario, sebbene abbia avuto il merito di rinnovare la normativa delle società di capitali, ha introdotto molteplici problematiche tutt'oggi oggetto di aperti dibattiti. Tra queste merita particolare attenzione la questione della **possibilità, per le S.r.l.**, di costituire **patrimoni destinati ad uno specifico affare**. La domanda si pone sulla base della circostanza che il legislatore della riforma ha previsto la disciplina dei patrimoni destinati solo ed esclusivamente nell'ambito delle norme relative alle S.p.A., in particolare negli artt. 2447-*bis* e seguenti del Codice Civile. Il silenzio del legislatore sembrerebbe escludere ogni possibilità di applicazione di tali articoli alle nuove S.r.l., lasciando gli operatori privi degli strumenti idonei a risolvere tale dubbio.

I sostenitori dell'applicazione anche alle S.r.l. della disciplina dei patrimoni destinati ritengono che tale facoltà, nonostante il silenzio del legislatore, trovi fondamento nella nuova impostazione codicistica che considera **l'autonomia dei privati come elemento centrale** della nuova società a responsabilità limitata.

A tale interpretazione se ne **contrappone una diversa** che fonda la propria posizione sulle seguenti riflessioni:

- sia la legge delega (art. 4, comma 4, lett. b) che il d.lgs. n. 6/2003, prevedendo i patrimoni destinati solo ed esclusivamente con riferimento alle S.p.A., non contemplano alcun richiamo o rimando a tale disciplina in sede di S.r.l.;
- in tema di patrimoni destinati, il legislatore non ha voluto predisporre un'unica normativa applicabile a tutte e tre le società di capitali, come invece ha espressamente previsto in tema di attività di direzione e coordinamento e di scioglimento e liquidazione;
- un altro sentore di inapplicabilità è lo spiccato carattere personalistico che pervade la struttura e la disciplina della nuova S.r.l. Essa diviene un tipo societario a sé stante, propriamente autonomo, da considerarsi non più quale "sorella minore" della S.p.A. ma modello societario in cui gioca un ruolo preminente la rilevanza centrale della persona del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci. In una struttura dotata di così ampia autonomia, consentire la costituzione di patrimoni destinati sarebbe davvero antieconomico;
- altri due elementi che giustificerebbero

l'inapplicabilità della disciplina in esame alle S.r.l. sono la limitazione contenuta nell'art. 2447-*bis*, comma 2 c.c., secondo la quale i patrimoni destinati non possono essere costituiti per un valore complessivamente superiore al 10% del patrimonio netto della società e la circostanza che la società mantiene la responsabilità illimitata per le obbligazioni derivanti da fatto illecito, ai sensi ed agli effetti dell'art. 2447-*quinquies*, comma 3 c.c. In entrambi i casi si potrebbe opporre che il capitale minimo della S.r.l. - pari a 10.000 Euro - mal si concilia con la disciplina dei patrimoni destinati. Nel primo caso, infatti, il limite del 10% del patrimonio netto della società potrebbe portare ad un investimento davvero irrisorio per la realizzazione dello specifico affare e, nel secondo caso, le tutele dei creditori da fatto illecito diverrebbero minime, potendo gli stessi contare solo ed esclusivamente su un capitale di gran lunga inferiore rispetto a quello delle S.p.A.;

- l'estensione della disciplina alle S.r.l. non sembrerebbe poi possibile alla luce delle linee guida della normativa, confluita nella XII direttiva comunitaria, relativa al diritto societario (attuata in Italia con d.lgs. n. 88/1993), la quale prevedeva lo strumento dei patrimoni destinati come alternativo alla S.r.l. unipersonale. Nel 1993 il legislatore italiano, decidendo di introdurre la disciplina delle S.r.l. unipersonali, ha implicitamente escluso l'ammissibilità dei patrimoni destinati, sostenendo al riguardo l'inutilità di estendere la previsione di tali strumenti alle S.r.l.;

- a tutto ciò si aggiunga la considerazione che la ragione che ha condotto il legislatore ad introdurre nel nostro ordinamento giuridico i patrimoni destinati è stata la necessità di ampliare il novero dei canali di finanziamento dell'impresa, rappresentati, fino ad oggi, sostanzialmente dal ricorso al mercato di credito bancario. La previsione introdotta dalla riforma circa la possibilità per le S.r.l. di emettere titoli di debito ha spazzato dal campo ogni dubbio sull'applicabilità della nuova disciplina. La S.r.l. è, infatti, in grado di reperire i mezzi finanziari utili e necessari per la propria attività mediante l'emissione di titoli di debito, senza che sia necessaria la costituzione di patrimoni destinati.

Alla luce di tali valutazioni sembra inammissibile per le S.r.l. la costituzione di patrimoni destinati ad uno specifico affare. Al fine di dirimere i dubbi sorti sarà comunque necessario attendere l'evoluzione ed i futuri orientamenti che la giurisprudenza e la dottrina assumeranno in materia. (v.z.)

* * *

**AMMINISTRAZIONE DI S.P.A:
L'AMMINISTRATORE DELEGATO, di Silvio
D'Andrea e Luca Orlandoni, Umberto
Testoni e Guido Guffanti, in *Diritto e
Pratica delle Società*, n. 17/04, pag. 14.**

Nelle **società medie o di grandi dimensioni**, il consiglio di amministrazione è di solito composto da un numero elevato di membri che può determinare la difficoltà di affrontare, efficacemente e tempestivamente, la cura quotidiana degli affari sociali. Diventa, quindi, utile ed a volte necessario delegare parte delle attribuzioni del consiglio di amministrazione o ad un organo più ristretto, denominato comitato esecutivo, oppure ad uno o più amministratori o consiglieri delegati. L'amministratore delegato costituisce, infatti, un organo, non collegiale, facoltativo e non obbligatorio. Con la delega, il consiglio di amministrazione attribuisce, ad uno o più dei suoi membri, la facoltà di esercitare alcuni dei propri poteri. La delega avendo natura di autorizzazione diretta, attribuisce all'amministratore delegato la facoltà di esercitare da solo i poteri di amministrazione delegati.

Nomina: l'organo competente a nominare l'amministratore delegato è il consiglio di amministrazione, il quale lo sceglierà nella cerchia dei suoi membri. Anche se vengono nominati più amministratori delegati essi non costituiscono un organo collegiale. In tal caso, l'atto di nomina stabilirà se essi devono agire in modo disgiunto, congiunto o mediante ripartizione delle competenze. Nonostante la legge riservi la nomina al consiglio di amministrazione, parte della giurisprudenza ritiene valida la designazione fatta dall'assemblea solo se sussiste la duplice condizione che gli amministratori:

- vi partecipino tutti in qualità di soci;
- abbiano tutti votato favorevolmente.

Poteri: tutti i poteri di amministrazione che spettano al consiglio possono essere delegati con l'atto di nomina stessa. Sono pertanto esclusi i poteri che competono ai singoli amministratori, quale, ad esempio, la rappresentanza.

Durata della delega: dato che l'organo delegato è scelto tra i membri del consiglio di amministrazione, la durata della delega dipende innanzitutto dallo stato di amministratore e cessa con la sua perdita o in caso di revoca da parte del consiglio. Inoltre l'amministratore delegato decade dalla carica nel momento in cui il termine stabilito nell'atto di nomina scade.

Responsabilità: solo gli amministratori delegati sono responsabili in solido verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza dei doveri, ad essi imposti, dalle funzioni delegate. Gli altri amministratori restano solidamente responsabili a titolo diverso e cioè per mancata vigilanza sull'andamento della gestione sociale del comitato

o per non aver fatto quanto potevano per impedire il compimento di fatti pregiudizievoli alla società o eliminare o attenuare le conseguenze dannose.

Potere di rappresentanza: il potere di rappresentanza spetta all'amministratore delegato solo se gli è stato attribuito dallo statuto o dall'assemblea dei soci. Di norma il potere di rappresentanza coincide con l'ambito delle attribuzioni a lui delegate.

Rappresentanza congiunta: le clausole statutarie che conferiscono agli amministratori la rappresentanza congiunta sono efficaci ed opponibili ai terzi di buona fede se sono state iscritte nel Registro delle Imprese.

Falsus Procurator: è tale l'amministratore che agisce all'esterno, in nome della società, senza averne il potere di rappresentanza. Se la società ha regolarmente provveduto alla pubblicazione dei nomi dei rappresentanti, gli atti compiuti dal *falsus procurator* sono inefficaci e non vincolano la società. E' comunque possibile la ratifica, espressa o tacita, da parte dell'assemblea degli atti compiuti dal falsus procurator.

Atti eccedenti l'oggetto sociale: nel caso in cui gli amministratori violino il divieto di compiere atti che eccedono l'oggetto sociale, tali atti vincolano la società nei confronti dei terzi contraenti, soltanto se questi hanno agito in buona fede.

Atti eccedenti i poteri di rappresentanza: vi è differenza tra gli atti posti in essere dal falsus procurator e gli atti compiuti dagli amministratori in violazione dei limiti del potere di rappresentanza. Questi atti, infatti, sono efficaci e vincolano la società nei confronti dei terzi, secondo le condizioni ed i termini indicati nell'art. 2384 c.c.. Di conseguenza, il compimento di atti eccedenti i poteri di rappresentanza, oltre a comportare responsabilità per i danni e revoca per giusta causa degli amministratori, vincolano la società e sono inopponibili ai terzi, salvo si provi che quest'ultimi abbiano intenzionalmente agito a danno della società (c.d. *exceptio doli*). Anche per essi è ammessa la ratifica che avrà valore di rinuncia della società alla richiesta di danni nei confronti di chi ha agito esorbitando dai propri poteri.

Procura rilasciata a terzi: il legale rappresentante di una società di capitali può conferire ad altro soggetto, anche estraneo alla società, la rappresentanza processuale e negoziale per singoli atti, salvo che tale attribuzione non sia espressamente vietata dall'atto costitutivo o dallo statuto. Infatti, il principio "*delegatus delegare non potest*" trova rigorose applicazioni solo nel campo del diritto pubblico ma non opera tra i privati ove è certamente consentito il conferimento di singoli poteri rappresentativi nei rapporti con i terzi. Di conseguenza, anche l'organo delegato della società, se fornito del potere di rappresentanza, può conferire delega a terzi per singoli atti,

salvi i limiti previsti nell'articolo 2381 cod. civ. e quelli previsti nell'atto costitutivo e nello statuto della società. (v.z.)

* * *

INTELLECTUAL PROPERTY AND INFORMATION TECHNOLOGY

IL CASO PARMALAT E LA PUBBLICITÀ.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella sua adunanza del 23 settembre u.s. ha reso due provvedimenti in materia pubblicitaria a proposito di due messaggi promozionali diffusi rispettivamente da Granarolo S.p.A. e dal Gruppo Capitalia.

I due messaggi promozionali in questione hanno la comune caratteristica di contenere un riferimento (più o meno esplicito) al noto caso Parmalat.

Nel primo provvedimento (n. 13614/2004), l'Autorità Garante ha ritenuto che il messaggio di Granarolo **"Anni di trasparenza. Senza distrazioni"** configuri un'ipotesi di **pubblicità comparativa illecita**. Esso – si dice in sintesi – appare finalizzato ad ingenerare nei consumatori la convinzione che Granarolo sia un'impresa caratterizzata da solidità e serietà finanziaria, non priva di attenzione ai temi del sociale e della qualità in tutti i settori. Tale ipotesi, tra l'altro, sarebbe avvalorata anche dall'approvazione, proprio in quei mesi, del bilancio di sostenibilità della Società, in cui si è dato notevole risalto ad un intento solidaristico e di **imprenditoria etica** che l'attività commerciale di Granarolo si prefiggeva di perseguire. Tuttavia – prosegue l'Autorità – il fatto stesso che si enfatizzino la serietà e la solidità finanziaria di Granarolo evocherebbe, secondo l'Autorità, a contrario *"in ragione dei noti fatti di cronaca e distrazione di fondi"* il diretto concorrente Parmalat (a seguito della cui richiesta di intervento l'Autorità emana il provvedimento che qui si commenta). Di conseguenza, poiché il concorrente Parmalat deve ritenersi evocato (ancorché non esplicitamente), la fattispecie deve essere sussunta nell'ipotesi di cui all'art. 2 lett. b-bis) del D. Lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, ossia di

pubblicità comparativa (che viene ivi definita come *"ogni pubblicità che identifica in modo esplicito o implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente"*). L'Autorità ha infatti valutato alla stregua dell'art. 3-bis del Decreto la sussistenza delle condizioni di liceità della pubblicità comparativa. E l'esito della valutazione è stato negativo sulla base della lett. c) dell'art. 3-bis in quanto il messaggio pubblicitario di Granarolo non avrebbe confrontato oggettivamente le caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative dei beni o dei servizi offerti. Questo il decum dell'Autorità.

E' tuttavia curioso che l'Autorità non prenda in considerazione la lett. f) del citato art. 3-bis, per affermare coerentemente che la pubblicità di Granarolo causi *"discredito o denigrazione di [...] attività o circostanze di un concorrente"*. Sarebbe a questo punto inevitabile: ad esito del ragionamento dell'Autorità, non può escludersi che il messaggio si concreti in un danno all'immagine e all'attività industriale – più sana di quella finanziaria – di Parmalat. Ma forse, per un messaggio promozionale del tutto lecito, almeno agli occhi di chi scrive, sarebbe stato eccessivo.

Con il secondo provvedimento (n. 13615/2004) l'Autorità afferma non costituire una fattispecie di pubblicità ingannevole il messaggio contenuto in una brochure informativa e in diversi manifesti diffusi ed esibiti da Capitalia e recanti la foto di un sorridente signore di mezz'età e l'indicazione: **"Ha comprato bond Cirio, Giacomelli e Parmalat. Ed è sereno. E' un cliente Capitalia"**. L'associazione di consumatori Adiconsum Sicilia ha segnalato la presunta ingannevolezza di tale messaggio sulla base del fatto che nella brochure informativa Capitalia lascerebbe intravedere una possibilità di ristoro economico integrale del valore dell'investimento, mentre nella realtà dei fatti nessun cliente Capitalia aveva ottenuto rimborsi che eccedessero il 30% della perdita subita. Tuttavia l'Autorità, a seguito di un'attenta attività istruttoria, giunge a ritenere che l'operatore pubblicitario abbia in realtà illustrato in modo adeguato le modalità di calcolo dell'ammontare della perdita subita (la differenza tra l'investimento iniziale e il valore medio di mercato dell'obbligazione tra la data in cui l'iniziativa è stata annunciata al mercato e la data in cui l'iniziativa è stata approvata dal CdA di Capitalia). La brochure consentirebbe quindi al cliente della Banca di valutare correttamente l'entità del rimborso. Rimane irrisolta la questione di fondo, di probabile interesse per il consumatore. Se la brochure è veritiera, ma viene diffuso e sfruttato uno slogan *"iperbolico"*, si ha pubblicità ingannevole o lo slogan ha solo il ruolo di suscitare l'interesse del consumatore ma è sulla base dell'intero testo della brochure, ovviamente più dettagliata, che il

consumatore si decide ad acquistare il servizio? Nel caso di specie, data la scarsa portata significativa dello slogan, non è stata ravvisata una forma di pubblicità ingannevole. Si noti tra l'altro che l'Adiconsum Sicilia aveva avanzato richiesta d'intervento sulla intera brochure e non dello slogan. (f.m.)

* * *

LE SANZIONI PENALI IN MATERIA DI PRIVACY: (ART. 167 CP) NON C'È REATO SENZA NOCUMENTO "APPREZZABILE", in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica, n. 3/04, pag. 433.

Col nuovo Testo Unico sulla protezione dei Dati Personali (d.lgs. n. 196/2003, Codice Privacy, di seguito CP) sono state riviste le sanzioni penali precedentemente previste per la violazione di alcuni precetti della legge 675/96. In particolare, come è noto **l'art. 167 CP sanziona penalmente la violazione di alcune norme** (artt. 18, 19, 23, 123, 126 e 130), tra cui la mancata richiesta del consenso e l'invio di comunicazioni indesiderate (che include i casi di *spamming*). In base alla nuova formulazione perché sia integrata la fattispecie penale di cui all'art. 167 CP non è sufficiente la sussistenza del fine di procurare per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno (dolo specifico): la norma prevede che dal fatto debba anche derivare "*nocumento*".

Sul significato di questa formulazione il 9 luglio 2003 si è pronunciata la Terza Sezione della Cassazione penale. Al di là del caso di specie (un caso di utilizzo di liste di soggetti per scopi elettorali) la Corte coglie l'occasione per fornire del concetto di "*nocumento*" una **interpretazione sostanzialmente restrittiva**, in controtendenza rispetto alla precedente dottrina sul punto.

In primo luogo l'introduzione dell'elemento "*nocumento*" avrebbe trasformato il reato – precedentemente di pericolo - in un **reato di evento**. Dall'ambito di applicazione della norma dovrebbero però secondo la Corte essere escluse non solo le semplici violazioni formali e le irregolarità, ma anche quelle inosservanze che "*non determinino alcun danno patrimoniale apprezzabile*" nei confronti dell'interessato. Il "*vulnus*" dovrà quindi essere concreto e direttamente causato dalla violazione della relativa normativa, escludendo le ipotesi del semplice "*fastidio*" prive di tale tangibile spessore.

Quest'ultimo punto è al tempo l'aspetto più rilevante e contestato della pronuncia: a detta di

molti ancorare la punibilità della violazione ad aspetti patrimonialistici trascura l'essenzialità dei diritti della persona che verrebbero offesi, principi che hanno un riconoscimento costituzionale a livello nazionale ed europeo (art. 8 Carta Europea dei diritti dell'uomo). Subordinare la punibilità della loro violazione ad un riscontro patrimonialistico è parso ad alcuni riduttivo. Altrettanto vero è però che la repressione penale in materia di trattamento dei dati personali è da sempre ritenuta eccessiva e sproporzionata alla offensività delle condotte sanzionate. Le pene previste per il trattamento illecito di dati (art. 167 CP) sono piuttosto severe: nel caso di trattamento senza il consenso del soggetto (art. 23 CP) o di comunicazioni non sollecitate, incluso lo *spamming* (art. 130 CP), la pena è della reclusione dai sei ai diciotto mesi (pena che può giungere a tre anni nel caso di dati sensibili).

Infine vale la pena di ricordare che, in difetto dei presupposti per la applicazione dell'art. 167 CP, dal trattamento illecito di dati personali possono comunque derivare sanzioni amministrative, come nel caso di "*inidonea od omessa informativa*" (art. 161 CP). L'Autorità Garante in questi casi può condannare al pagamento di una somma da 3.000 a 30.000 euro. (l.g.)

* * *

CONCILIAZIONE E "ADR"

BREVI CENNI SULL'ONLINE DISPUTE RESOLUTION.

Tra il 1999 e il 2000 abbiamo assistito alla rapida crescita di **siti online nati per diffondere l'ADR** e, nel contempo, per risolvere online le controversie.

Digitando la parola "*mediation*" dal motore di ricerca www.google.com si ottengono circa 167.000 risultati informativi. Pur nella enorme dispersività del web, questi numeri appaiono già significativi per comprendere la dimensione del fenomeno che rimane, soprattutto, un fenomeno statunitense, anche se primi casi di mediazione online cominciano a rilevarsi anche in Italia.

Da un primo rapido esame dell'**ODR americano** è possibile individuare **due sistemi di risoluzione** predominanti: il modello 'cieco' o a offerta cieca (*blind offer*) e il modello aperto.

Modello cieco: la negoziazione automatica.

Il modello cieco o automatico è un modello di negoziazione che **non prevede** l'intervento di un **terzo neutrale fra le due parti**. Solo la macchina (cioè il software) mette in comunicazione i due soggetti. Il sistema è '*cieco*' in quanto le parti non vedono mai, fino alla fine, l'ammontare dell'offerta inviata online dall'altra parte, ma sanno solo che questa ha migliorato la propria offerta (i siti più conosciuti che funzionano secondo questo modello sono: www.clicknsettle.com, www.cybersettle.com e www.settleonline.com).

Il sistema si attiva con una istanza dell'attore che viene compilata e inviata online. Se il 'convenuto' accetta, la procedura parte.

Il software assegnato alle parti prevede che, alternativamente, attore e convenuto si scambino offerte e controfferte monetarie. Il tentativo resta attivo per 60 giorni e, in quel periodo, il numero di offerte scambiabili è illimitato.

L'attore, dunque, ha inviato una domanda di risarcimento, il convenuto risponde con una controfferta, a cui l'attore replica con una nuova domanda. Ogni nuova offerta deve essere migliorativa di almeno il 5% (in più o in meno, a seconda di chi è la parte).

Tutte le offerte fatte sono 'cieche', ossia il loro ammontare non è conosciuto dalle parti: Ciascuna parte viene avvisata automaticamente, di volta in volta, che l'altra ha fatto una nuova offerta migliorativa della precedente (di almeno il 5%).

Alla risoluzione si arriva se la domanda dell'attore rientra nel 30% dell'offerta del convenuto. Tale previsione (l'area del 30%) viene accettata dalle

parti in via preventiva, cioè all'inizio del tentativo. Tutto si basa su un software che mostra un sistema di calcolo piuttosto semplice e che avvisa le parti dell'arrivo di una nuova offerta, senza precisarne l'ammontare. Si tratta di un modello evidentemente indicato per liti di contenuto monetario. In particolare, il modello ha rivelato una specifica capacità verso le controversie in materia assicurativa, ossia tra assicurato e compagnia di assicurazione. Ma anche le controversie commerciali e industriali in genere potrebbero beneficiare di una simile strumentazione. Sono anche evidenti, nello stesso tempo, i limiti rispetto a tutte quelle controversie che necessitano di approfondimenti più articolati e diversi da quello puramente monetario.

Il punto di forza del modello di negoziazione cieca consiste nel fatto che esso consente di superare uno dei principali ostacoli alla riuscita di una trattativa tra due parti, ossia il timore di ciascuna di esse di scoprire le proprie carte e di apparire debole agli occhi dell'altra.

Grazie alla presenza di un **software "calcolatore"** (anziché di un conciliatore "*fisico*") il sistema fa sì che le parti comunichino informazioni senza tuttavia comunicare direttamente tra loro, ovvero trattino senza in realtà negoziare apertamente.

Modello Aperto: la mediazione on line.

Questa diversa concezione è più fedele all'immagine tradizionale della conciliazione non virtuale; prevede la **presenza del conciliatore** il quale deve utilizzare tutta una serie di tecniche per indurre le parti ad assumere un atteggiamento di collaborazione e cooperazione reciproca per cercare di superare le reticenze e le diffidenze delle parti.

Ovviamente riprodurre questo modello sulla rete presenta delle grosse difficoltà, almeno allo stato attuale della tecnica informatica. I sistemi di conciliazione online che si ispirano a questo modello aperto, infatti, sono fortemente limitati dalla scarsa "*comunicatività*" degli attuali software disponibili. Essi utilizzano prevalentemente le comunicazioni via email o i sistemi di chatroom conference, cercando per quanto possibile di ricreare in un ambiente virtuale la tipica situazione di un'udienza di conciliazione. Al pari di quanto potrebbe fare un'istituzione arbitrale reale, il fornitore del servizio di conciliazione mette a disposizione delle parti il luogo virtuale della riunione (resolution room) ed un conciliatore qualificato ed esperto (tra i principali siti che applicano questo modello vi sono: www.eresolution.com, www.onlineresolution.com e www.resolutionforum.com).

Il provider, in base al modello aperto, predispone sulla sua pagina web un modulo da compilare per iniziare la procedura, nel quale la parte deve indicare oltre ai dati personali e della controparte,

anche le questioni controverse e la natura e il valore della controversia. Dopo aver ricevuto il modulo compilato (ovviamente via email) il fornitore provvede a contattare l'altra parte. Se questa accetta viene nominato il conciliatore e viene creata una linea di comunicazione riservata (cui solo le parti e il conciliatore possono accedere con le rispettive passwords), sulla quale si svolgerà l'intera procedura.

Il sistema è predisposto in modo tale da consentire alle parti di scegliere il tipo di conversazione che esse intendono utilizzare: solo con il conciliatore (utilizzando il comando disponibile in tutte le email di *reply to message*); con il conciliatore e con l'altra parte (utilizzando il comando *reply to all*). Analogamente a quanto avviene nelle conciliazioni tradizionali, anche questi sistemi consentono infatti al conciliatore di "riunirsi" separatamente con ciascuna parte, per discutere in privato gli aspetti più delicati e confidenziali della controversia.

Il sistema così predisposto offre certamente dei vantaggi: la rapidità delle comunicazioni e l'assenza dei costi di trasferimento, per esempio. Presenta tuttavia gravi inconvenienti: le comunicazioni virtuali - almeno allo stato attuale - sono assai poco "comunicative" soprattutto sotto il profilo emotivo o non verbale.

I primi operatori in questo settore concordano nel ritenere insufficiente questo modello e assolutamente necessari nuovi sforzi per migliorare il livello delle comunicazioni virtuali.

Le prospettive dell'ODR.

E' evidente che la filosofia del web, improntata alla velocità di informazione, non può non incidere nel settore dell'ADR, che ha fatto, prima e indipendentemente dal web, della velocità il suo fattore fondamentale di sviluppo. ADR e internet parlano la stessa lingua.

L'eventuale incremento del commercio elettronico, comporterà la necessità di creare **nuovi strumenti online di soluzione delle liti di e-commerce**. E la sensazione è che la *mediation*, molto più che l'arbitrato, possa adattarsi ad una espansione sul web. L'arbitrato, ancora oggi, ha bisogno di un livello formale superiore, di più 'carta' firmata e di maggiori discussioni giuridiche. L'informalità favorisce la mediazione.

In sintesi, ciò che intravediamo nel campo dell'*online dispute resolution* è un futuro articolato e curioso:

la tendenza apparentemente contraddittoria a comprimere, in taluni casi, il ruolo del terzo (il modello di negoziazione 'cieca'), ma anche la scoperta che il conciliatore può ricevere un aiuto dalla macchina nel mediare ed attenuare i contrasti (il modello 'aperto' di mediazione online, soprattutto con la prospettiva di futuri miglioramenti nel software). Il segreto della riuscita dell'*online*

dispute resolution sta forse nel saper combinare queste due prospettive;

la tendenza verso il global: le controversie di *e-commerce* si svolgono tra parti geograficamente lontanissime, che non si sono mai viste, che hanno concluso un affare tra loro e hanno risolto, senza 'scontrarsi' fisicamente la loro eventuale lite. Queste parti non hanno nemmeno bisogno di sapere dov'è localizzato il loro 'foro';

la tendenza verso il local: le parti sono all'interno di un ambiente (internet) che crea il contesto in cui si svolge il business e trova il metodo per risolvere le eventuali controversie. Internet è il contesto più allargato che ci sia, ma è un ambiente e nell'ambiente funziona la giustizia 'corporativa' dei partecipanti: se sei corretto e risolvi i contenziosi secondo le regole deontologiche dell'ambiente ne continui a far parte, altrimenti ne vieni espulso. I *marketplaces*, da questo punto di vista, non sono altro che la continuazione storica delle curie dei mercanti.

Sono solo possibili indicazioni e la realtà del web è variegata e, ancora oggi, un po' nebulosa: fa intuire macro tendenze ma non permette definizioni certe ed assolute, oltre un certo grado di precisione. Più o meno come il mondo di tutti i giorni. (p.v.)

* * *

BREVISSIME

IVA Europea.

La Commissione Europea ha predisposto e approvato il **nuovo Testo Unico dell'IVA**, composto di ben 402 articoli, il cui scopo è quello di riunire insieme, coordinandole, tutte le disposizioni che i diversi Stati membri hanno emanato in materia. (s.d.)

* * *

Cancellazione d'ufficio delle imprese.

Il Dpr 23 luglio 2004, in vigore dal 19 ottobre u.s., ha consentito la **cancellazione d'ufficio delle aziende individuali e delle società di persone** che si trovano in situazioni tali da essere considerate ormai inesistenti (ad esempio in caso di decesso, irreperibilità dell'imprenditore, mancato compimento di atti di gestione, perdita di requisiti). (s.d.)

* * *

Truffe con prelievi Bancomat.

Il Tribunale di Mantova (sentenza 31 agosto 2004) ha ritenuto inidonee le mere registrazioni contabili effettuate dalla banca, e tratte dal proprio archivio informatico, a fondare la dimostrazione che la tessera bancomat è stata emessa e consegnata ai clienti. La **prova** può essere tratta unicamente dai **modelli contenenti la richiesta** di rilascio della tessera e l'**attestazione** della sua consegna. (s.d.)

* * *

Effetti della chiusura del fallimento.

La Corte di Cassazione, con sentenza 28 settembre 2004, n. 19394, ha esplicitamente sostenuto che il giudizio di **ammissione tardiva al passivo** trova nella procedura fallimentare il suo necessario presupposto e, quindi, **con la chiusura del fallimento**, viene inevitabilmente a perdere la propria ragione d'essere ed è **inefficace** per improseguibilità. (s.d.)

Processo telematico.

Con il decreto del ministero della giustizia 14 ottobre 2004, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 272 del 19 novembre 2004, Supplemento ordinario n. 167, sono state dettate le regole tecniche del processo telematico. Più precisamente, il nuovo regolamento prescrive gli adempimenti cui dovranno sottostare gli avvocati e i consigli degli ordini, al fine di avviare il rito on - line. (s.d.)

* * *

Chiusura della Francia ai capitali stranieri.

Il Parlamento francese ha dato nuovi poteri al ministro dell'economia, al fine di controllare gli investimenti stranieri nel Paese. Gli investitori esteri pertanto, prima di entrare nel capitale di un'azienda francese "*protetta*", dovranno ottenere dal Governo le necessarie autorizzazioni. (s.d.)

* * *

Acqua Rocchetta.

Il Giurì ha sanzionato la campagna pubblicitaria dell'acqua Rocchetta per ingannevolezza, laddove veniva affermato "*l'Associazione italiana donne medico la consiglia*". Quest'ultima, infatti, non si era mai pronunciata sulla sussistenza delle proprietà reclamizzate e non aveva neppure autorizzato l'uso del proprio logo. (s.d.)

* * *

CONVEGNI

RIFORMA DEL DIRITTO FALLIMENTARE A TRE ANNI DALL'INSEDIAMENTO DELLA TENDENZA - Carate Brianza, 22 e 23 ottobre 2004 - Organizzato da Centro Monzese di studi giuridici ed economici e da Banca Credito Cooperativo Carate Brianza.

Partecipazione di:

Luciana Cipolla (l.cipolla@lascalaw.com);
Daniela Calvano (d.calvano@lascalaw.com);
Simone Bertolotti (s.bertolotti@lascalaw.com).

Materiale già disponibile per i clienti dello Studio.

* * *

L'ENFORCEMENT DEI DIRITTI DI PROPRIETA' INTELLETTUALE - Milano, 29 ottobre 2004 - Organizzato da American Chamber of Commerce in Italy.

Partecipazione di:

Federico Morelli (f.morelli@lascalaw.com).

Materiale già disponibile per i clienti dello Studio.

* * *

I PATTI PARASOCIALI NEL DIRITTO E NELLA PRASSI DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE - Milano, 8 ottobre 2004 - Organizzato dall'ISDADI.

Partecipazione di:

Valentina Zanelli (v.zanelli@lascalaw.com);
Walter Di Monte (w.dimonte@lascalaw.com).

Materiale già disponibile per i clienti dello Studio.

* * *

CONCILIAZIONE ED ARBITRATO: UN'OPPORTUNITA' PER LE IMPRESE - Piacenza, 12 novembre 2004 - Organizzato dalla Camera di Commercio di Piacenza.

Partecipazione di:

Valentina Zanelli (v.zanelli@lascalaw.com).

Materiale già disponibile per i clienti dello Studio.

* * *

TRASPARENZA, CONCORRENZA E SOGLIE USURARIE - Milano, 6 ottobre 2004 - Organizzato da ADUSBEF.

Partecipazione di:

Simona Daminelli;
Monica Biella;
Raffaella Tavacca.

* * *

NUOVI MODELLI ORGANIZZATIVI PER GLI STUDI LEGALI - LA COMUNICAZIONE E IL MARKETING PER GLI STUDI LEGALI - Bologna, 11 novembre 2004 - Organizzato da MF Conference.

Partecipazione di:

Monica Buttignol (m.buttignol@lascalaw.com).

Materiale già disponibile per i clienti dello Studio.

* * *

Gli **Incontri a Tema di Iusletter** riprenderanno dopo le festività natalizie. Nel prossimo numero segnaleremo data e titolo del nuovo incontro.

* * *

COSE NOSTRE

NUOVE DALLO STUDIO

Dal mese di novembre collabora con Christian Faggella, nell'ambito del Dipartimento Mercati Finanziari e Private Banking, **Sabrina Galmarini**. Sabrina è nata a Busto Arsizio il 29 febbraio 1972 e si è laureata presso l'Università di Milano con una tesi in diritto penale commerciale "*La responsabilità penale delle persone giuridiche*". Risponde all'interno 311 e il suo indirizzo e-mail è s.galmarini@lascalaw.com

* * *

Federico Morelli e **Pierluigi Ponso** hanno brillantemente superato anche la prova orale dell'esame di avvocato conseguendo l'abilitazione professionale. Da tutti noi i più vivi complimenti!

* * *

EUROPEAN LEGAL ALLIANCE

Lo scorso 14 ottobre, lo Studio ha festeggiato l'ingresso in European Legal Alliance con numerosi colleghi provenienti dagli altri Studi del network, nell'ambito di una due giorni che ha visto lo Studio ospitare a Milano, tra l'altro, il Corporate Client Development Group (gruppo di studio e business development transnazionale specializzato nell'area Corporate / M&A) e l'Executive Committee (il Comitato Esecutivo dell'Alliance).

Il 19 e 20 novembre, Marco Pesenti e Christian Faggella hanno rappresentato lo Studio allo Strategy Meeting di Field Fisher Waterhouse; nel corso dell'evento, tenutosi a Londra, i settanta soci dello studio partner inglese hanno illustrato le strategie ed il Business Plan di Field Fisher per il triennio 2004/2006. In tale occasione, i rappresentanti dei vari Studi membri di European Legal

Alliance hanno presentato i propri piani di sviluppo ai colleghi inglesi.

Dall'11 al 22 ottobre, nell'ambito del programma di *secondment* organizzato tra gli Studi membri di European Legal Alliance, lo Studio ha ospitato l'Avvocato Siriana Baldini di Field Fisher Waterhouse per un periodo di stage.

All'interno dello stesso programma, Francesco Mocci, Fabio Gianisi e Mara Beretta del nostro Studio hanno effettuato il loro *secondment* rispettivamente presso gli studi Beauchamps a Dublino, Buse Heberer Fromm a Francoforte e Field Fisher Waterhouse a Londra.

* * *

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

Banca Borsa e Titoli di Credito, n. 4/2004;
Banche e Banchieri, n. 4/2004;
Contratto e Impresa, n. 2/2004;
Contratto e Impresa/Europa, n. 1/2004;
Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali, n. 1/2004;
Diritto dell'Informazione dell'Informatica, n. 2/2004;
Diritto e Giustizia (supplemento), n. 40/2003;
Diritto e Pratica delle Società, n. 18/2004;
Famiglia e Diritto, n. 5/2004;
Giurisprudenza Commerciale, n. 4/2004;
Giurisprudenza di Merito, n. 10/04;
Giurisprudenza Milanese, n. 10/2004;
Giustizia a Milano, n. 5/2004;
Giustizia Civile, n. 9/2004;
Guida al Diritto, n. 44/2004;
I Contratti, n. 7/2004;
Il Corriere Giuridico, n. 10/2004;
Il Diritto Fallimentare, n. 4/2004;
Il Fallimento, n. 10/2004;
Il Foro Italiano, n. 9/2004;
Il Massimario del Foro Italiano, n. 6/2004;
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. 2/2004;
Rivista delle Società, n. 4/2004.

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. 10582 del 3 giugno 2004** (n. 6/2004 - fasc. n. 11-12).

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 24 novembre 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
Laura Garbati
Massimo Lattuada
Francesco Mocci
Federico Morelli
Isabella Rago
Flora Schiavenato
Matilde Vergallo
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.