

IUSLETTER

- periodico di informazione e aggiornamento giuridico -



Serie V

n. 24

maggio

2004

COPIA PER:

a cura di



LA SCALA & ASSOCIATI - STUDIO LEGALE
milano - torino - vicenza - padova - verona - mantova

www.lascalaw.com www.thealliancelaw.com

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 Riforma del diritto societario: indicazioni di vigilanza per il settore bancario.

DOTTRINA: LETTURE E ORIENTAMENTI

- 2 L'istituzione dell'amministratore di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione.
- 2 L'accordo "*gravemente iniquo*" nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie.
- 3 Cessione dei beni ai creditori e termine di efficacia.
- 3 Il *factoring*: causa del contratto e compensazione nel fallimento.
- 3 L'illegittimità del cumulo degli interessi corrispettivi con gli interessi moratori.
- 4 Sulla qualificazione dei componenti della "*Direzione Centrale*" di una banca e del direttore di una succursale bancaria.
- 4 Raggiunto un punto di equilibrio tra i contrapposti interessi di parte in tema di concordato preventivo.
- 5 Assoggettabilità a fallimento delle piccole società.
- 5 Il blocco delle esecuzioni, delle prescrizioni e decadenze e dell'acquisto dei diritti di prelazione nel concordato preventivo.
- 6 L'estinzione del processo esecutivo per insufficiente allegazione documentale dell'istanza di vendita *ex art. 567, 2° c.p.c.*: reclamo ai sensi dell'art. 630.
- 6 Effetti sostanziali del pignoramento dei crediti e sistema interbancario dei pagamenti (BI-REL).

GIURISPRUDENZA

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

OSSERVATORIO

ESECUZIONI IMMOBILIARI

- 16 L'espropriazione forzata dei beni in comunione legale tra i coniugi.

MERCATI FINANZIARI

- 17 Sulla c.d. gestione surrettizia di portafogli di investimento da parte di promotori finanziari.
- 17 Sull'abusiva attività di raccolta del risparmio presso i soci svolta da una società cooperativa finanziaria.

DIRITTO SOCIETARIO

- 18** La circolazione di azioni e quote di società di capitali.
- 19** La nuova disciplina dell'emissione di titoli di debito nelle S.r.l..

INTELLECTUAL PROPERTY AND INFORMATION TECHNOLOGY

- 20** La nuova direttiva sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale.

CONCILIAZIONE E "ADR"

- 21** La conciliazione in materia societaria.

BREVISSIME

- 23** Codici di condotta per i pagamenti.
Denuncia di smarrimento di assegno.
Cancellazione protesti.
Semplificazioni IVA per le banche.
Cancellazione del pignoramento immobiliare.
Termine di notifica delle multe.
Quantificazione del danno da parte degli arbitri.
Link a sito illecito.

CONVEGNI

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

COSE NOSTRE

- 25** Nuove dallo Studio.
- 26** Biblioteca di Studio: nuovi acquisti.

ATTUALITA' NORMATIVE

RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO: INDICAZIONI DI VIGILANZA PER IL SETTORE BANCARIO, comunicato della Banca d'Italia pubblicato sulla G.U. del 29 marzo 2004, n. 74, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 7/04, pag. 17.

Bankitalia, a seguito dell'emanazione del **d.lgs. n. 37/2004**, è intervenuta fornendo le prime indicazioni in merito alle iniziative da intraprendere a seguito dell'entrata in vigore, il 1° gennaio scorso, del **nuovo diritto societario**, istruzioni che, peraltro, seguono di poco la comunicazione del dicembre 2003 con cui la Banca Centrale aveva invece invitato le banche a sospendere l'adeguamento degli istituti al nuovo diritto delle società, in attesa della definizione della disciplina di coordinamento dei Testi Unici e delle disposizioni di vigilanza.

Con tale provvedimento, Banca d'Italia si è pronunciata in merito a quelle innovazioni legislative che comportano: a) **modifiche statutarie** di adeguamento alle norme civilistiche inderogabili; b) **adempimenti connessi alle norme civilistiche** direttamente applicabili salvo espressa deroga statutaria; c) eventuali introduzioni nello statuto di talune **previsioni facoltative** consentite dalle nuove previsioni del codice.

A titolo meramente esemplificativo, si segnala, con riferimento alle disposizioni derogabili della disciplina civilistica che introducono nuove **cause di recesso**, che Banca d'Italia ritiene opportuno che le banche integrino gli statuti con clausole volte ad escludere espressamente l'applicabilità delle cause di recesso in questione, mentre eventuali clausole volte ad introdurre nello statuto ipotesi di recesso ulteriori rispetto a quelle previste per legge saranno visionate secondo criteri estremamente restrittivi, alla luce di possibili effetti sulla stabilità e sulla sana e prudente gestione.

Bankitalia prende, inoltre, in considerazione anche la modifica della disciplina civilistica relativa **all'unico azionista**, essendo la stessa richiamata nelle istruzioni di vigilanza in materia di coefficiente di solvibilità e concentrazione dei rischi, nonché la normativa relativa all'attività di direzione e coordinamento di società la quale si affianca a quella regolamentante in **gruppo bancario** contenuta nel testo unico bancario (titolo III, capo II).

Di peculiare rilievo risultano, infine, le considera-

zioni svolte relativamente alle **banche di credito cooperativo e alle banche popolari**. In effetti l'Istituto di Vigilanza non si limita a constatare che il quadro normativo delle banche cooperative risulta essere di non agevole ricostruzione, (tenuto presente che la legge delega ha escluso le BCC dall'applicazione della riforma delle società cooperative) ed oltre a rilevare l'opportunità di sollecitare nelle sedi competenti gli opportuni ritiene necessario che, in una tale contesto disciplinare, le banche cooperative si astengano dall'effettuare interventi sugli statuti in conseguenza delle nuove norme civilistiche. (f.s.)

* * *

DOTTRINA: LETTURE E ORIENTAMENTI

L'ISTITUZIONE DELL'AMMINISTRATORE DI SOSTEGNO E LE MODIFICHE IN MATERIA DI INTERDIZIONE E INABILITAZIONE, di Giovanni Campese, in *Famiglia e Diritto*, n. 2/04, pag. 126.

La legge n. 6, del 9 gennaio 2004 in G.U., prevedendo la **nuova figura dell'amministratore di sostegno**, ha introdotto profonde ed articolate innovazioni nel settore della protezione delle persone fisiche, prive di autonomia fisica o psichica. L'obiettivo perseguito dalla legge è quello di colmare il vuoto normativo, introducendo una disciplina **che comprime al minimo i diritti e le possibilità di iniziativa** di chi, pur avendo difficoltà nel provvedere ai propri interessi, non necessita comunque di ricorrere all'interdizione o all'inabilitazione. L'amministratore di sostegno diventa quindi, la figura improntata alla più ampia facoltà di iniziativa, alla massima snellezza e celerità di procedura, unitamente alla più rigorosa garanzia di controllo sull'operato dell'amministratore, al fine di offrire al beneficiario tutta la protezione necessaria, evitandogli però, restrizioni che potrebbero risultare superflue se non addirittura dannose o ingiuste. Innovazione principale della nuova figura è il rovesciamento della prospettiva, relativa alla capacità del beneficiario di compiere, validamente, atti giuridici, rispetto a quella operante in tema di inabilitazione ed interdizione. Nel decreto di nomina dell'amministratore di sostegno, il **Giudice Tutelare** deve indicare, specificatamente, **gli atti che l'amministratore stesso "ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario"** nonché gli atti che il beneficiario *"può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno"*. Se nell'inabilitazione ed interdizione è stabilita una generale incapacità o semicapacità del soggetto, nell'amministrazione di sostegno è, invece, affermata una generale capacità di agire del beneficiario, che potrà compiere validamente tutti gli atti diversi da quelli indicati nel decreto del Giudice. La scelta dell'amministratore viene effettuata, o direttamente dal beneficiario, quando ancora non si trovi in stato di infermità, oppure dal Giudice che deve individuarlo, se possibile, tra i soggetti più vicini alla persona incapace, quali il coniuge (purché non separato legalmente), la persona stabilmente convivente, i genitori, i figli, i fratelli e le sorelle, i parenti entro il quarto grado. L'ufficio dell'amministrazione di sostegno dura dieci anni e può essere rinnovato ma se è attri-

buito ad un parente o al coniuge oppure alla persona stabilmente convivente dura per sempre, salvo rinuncia o richiesta da parte dello stesso interessato. (v.z.)

* * *

L'ACCORDO "GRAVEMENTE INIQUO" NELLA NUOVA DISCIPLINA SUL RITARDATO ADEMPIMENTO DELLE OBBLIGAZIONI PECUNIARIE, di Andrea Perrone, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, n. 1/04, I, pag. 64.

Nell'articolo qui annotato, viene preso in considerazione **l'art. 7 del d.lgs. n. 231, 9 ottobre 2002**, ovvero la norma che, in materia di **obbligazioni pecuniarie** derivanti da **transazioni commerciali**, disciplina le ipotesi di accordi sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento, in deroga al regime legale.

In particolare, detto articolo prevede che, qualora l'accordo risulti **"gravemente iniquo in danno del creditore"**, lo stesso sia **affetto da nullità**, con conseguente applicazione legale dei termini di adempimento ovvero riconduzione giudiziale del contenuto ad equità.

L'Autore, dopo aver valutato il significato della sopra citata disposizione di legge alla luce del contenuto delle altre norme del d.lgs. 231/02, nonché ponendola in rapporto ad altre disposizioni del nostro ordinamento giuridico, si sofferma ad esaminarla in una prospettiva economica.

La parte più importante dell'articolo è, tuttavia, dedicata al concetto di accordo **"gravemente iniquo"**. Al riguardo, l'Autore rileva che l'iniquità non deve necessariamente essere determinata da un'anomalia nel procedimento di formazione del contratto (es. stato di pericolo), che non è concesso al contraente forte di fornire una prova liberatoria e che il giudizio circa la gravità è rimesso alla valutazione del giudice.

Da ultimo, vengono analizzati i problemi pratici che l'applicazione dell'art. 7, d.lgs. 231/02 comporta, in particolare quelli legati alla notevole differenza nei tempi di pagamento sussistente tra i vari Stati membri dell'Unione Europea. (s.d.)

* * *

CESSIONE DEI BENI AI CREDITORI E TERMINE DI EFFICACIA, di Rosanna De Meo, in *I Contratti*, n. 3/04, I, pag. 229.

Segnaliamo ai lettori di *Iusletter* l'articolo di Rosanna De Meo, con cui la stessa offre una riflessione in tema di **cessione dei beni ai creditori** disciplinata dall'art. 1977 c.c..

Nel cogliere l'occasione per un commento alla sentenza n. 16013 del 24 ottobre 2003 della Corte di Cassazione Civile, Sez. III (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza), l'Autrice prende atto che l'operazione contrattuale in esame è diretta, contemporaneamente, alla **liberazione del debitore** dalle sue obbligazioni e alla **soddisfazione dei creditori** attraverso un procedimento di liquidazione che rafforza la garanzia patrimoniale dei creditori stessi. Essa ha come conseguenza la **non immediata liberazione** del debitore, il quale controlla la gestione dei creditori e rimane proprietario dei beni sino alla liquidazione.

Nel caso in esame, la considerazione della cessione dei beni ai creditori come un procedimento necessariamente e inevitabilmente composto dei tre momenti (cessione, liquidazione, riparto) che realizzano la funzione liquidativa ha indotto i ricorrenti, la parte debitrice cedente, a negare che possa essere inserito un **termine di efficacia** del contratto. Tale termine, infatti, ove impedisse la realizzazione dell'intera sequenza procedimentale, sottrarrebbe al contratto la sua stessa funzione, cioè la liquidazione dei beni, il soddisfacimento dei creditori, la liberazione del debitore.

È pur vero, però, che così ragionando, secondo l'Autrice si corre il rischio di protrarre la durata del contratto per un **tempo assolutamente indeterminato**, finché l'ultimo dei beni non sia venduto.

La dottrina ipotizza, in questi casi, la possibilità per le parti interessate di chiedere al giudice di **fissare un congruo termine**, ove il contratto nulla preveda.

Vero è che la cessione dei beni ai creditori, pur realizzando effetti simili a quelli perseguiti dall'ordinamento con le procedure esecutive e concorsuali, rimane sempre un contratto, voluto dalle parti e da esse predisposto in funzione dell'assetto di interessi perseguiti; ed anche la cessione dei beni, come qualunque altro contratto, soggiace alla regola dell'autonomia contrattuale delle parti nella predisposizione del programma contrattuale. Non ci sarebbe dunque motivo né logico né giuridico di ritenere che l'apposizione di un termine di durata alla cessione non possa essere validamente ed efficacemente convenuto fra le parti che, in questa vicenda contrattuale, sono le uniche sovrane delle decisioni che riguardano le operazioni di liquidazione e di riparto. (p.a.f.)

IL FACTORING: CAUSA DEL CONTRATTO E COMPENSAZIONE NEL FALLIMENTO, di Massimo Campa, in *I Contratti*, n. 3/04, II, pag. 265.

L'Autore commenta una recente sentenza della Suprema Corte di Cassazione, 10 luglio 2003, n. 10861 (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza) che ha ribadito l'orientamento della giurisprudenza di legittimità in tema di **compensazione nel fallimento** e di individuazione della causa nel **contratto di factoring**.

In merito a quest'ultimo punto, il commento traccia un breve quadro del dibattito esistente in materia tra coloro che sostengono che il contratto di *factoring* rivesta una **funzione gestoria** assimilabile al mandato e chi riconduce la natura di tale tipo contrattuale in una **causa vendendi**.

Dibattito esistente non solo in dottrina, ma addirittura tra la giurisprudenza di legittimità (favorevole alla tesi della vendita) e parte di quella di merito, in particolare il Tribunale di Genova, orientata verso la tesi del mandato.

Sempre in materia, il Commentatore rileva come nemmeno l'intervento del legislatore, con l'introduzione della l. n. 52/1991 (cessione di crediti di impresa), abbia consentito di risolvere il dibattito.

Per quanto riguarda la compensazione nel fallimento, la Suprema Corte ha ribadito il proprio recente orientamento che individua nella **anteriorità** all'apertura del concorso della **radice causale** delle obbligazioni contrapposte l'unico presupposto per l'operatività, precisando che, per ciò che riguarda il contratto di *factoring*, tale momento si identifica nella sottoscrizione del contratto. (s.b.)

* * *

L'ILLEGITTIMITÀ DEL CUMULO DEGLI INTERESSI CORRISPETTIVI CON GLI INTERESSI MORATORI, di Angelo Riccio, in *Contratto e Impresa*, n. 3/03, pag. 1044.

Trattasi di un breve disamina relativa all'orientamento tenuto dalla Suprema Corte relativamente alle convenzioni con cui, in deroga all'art. 1224 c.c., viene pattuito che gli **interessi di mora** vadano **cumulandosi con quelli corrispettivi** già precedentemente dovuti. In particolare, l'Autore ha provveduto a segnalare il recente "*revirement*" della Corte di Cassazione (Cass., 20 febbraio 2003, Sez. III, n. 2593), la quale ha statuito che è nulla la clausola con cui i contraenti, prevedano in un **contratto di mutuo**, la debenza in favore del mutuante di interessi di mora sugli interessi corrispettivi già in precedenza dovuti e

compresi nelle rate di mutuo rimaste insolte alle rispettive scadenze. Ad una tale decisione la Corte è pervenuta rilevando che in ipotesi di un mutuo per il quale sia previsto un piano di restituzione differito nel tempo (c.d. piano di ammortamento), mediante il pagamento di rate costanti comprensive di parte di capitale e degli interessi, questi ultimi conservano la loro natura di **obbligazione accessoria** e non si trasformano invece in capitale da restituire al mutuante: cossichè la convenzione contestuale alla stipulazione di un contratto di mutuo che stabilisca che sulle rate scadute decorrono gli interessi sull'intera somma, integra un **fenomeno anatocistico**, vietato dall'art.1283 c.c.. (f.s.)

* * *

SULLA QUALIFICAZIONE DEI COMPONENTI DELLA "DIREZIONE CENTRALE" DI UNA BANCA E DEL DIRETTORE DI UNA SUCCURSALE BANCARIA, di Oreste de Nicola, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 1/04, II, pag. 106.

L'Autore trae spunto da una recente sentenza (Trib. Milano, 31 gennaio 2002, per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza) con la quale il Tribunale di Milano ha respinto **un'azione di responsabilità ex artt. 2395 e 2396 c.c.** promossa da una società di persone e dal suo amministratore nei confronti di alcuni alti funzionari di una Banca per l'illegittima gestione di un finanziamento.

La sentenza, pur avendo rigettato la domanda in quanto non provata, afferma che i **componenti della Direzione Centrale** dell'Istituto di credito (gli effettivi convenuti) possono considerarsi, in base al contenuto dello Statuto della Banca prodotto in giudizio, quali **Direttori Generali** (contemplati dall'art. 2396 c.c.), vale a dire *"funzionari dirigenti di più alto livello a cui spetti una funzione direttiva su tutti ovvero sulla maggior parte degli uffici e servizi, con funzioni di alta gestione e di vigilanza e controllo sull'andamento generale dell'impresa sociale"*.

La nota a sentenza si sofferma sull'analisi del ruolo del direttore generale, delle sue competenze e responsabilità, analizzando la compatibilità di tale figura con un organismo collegiale quale la *"Direzione Centrale"* di una Banca.

L'Autore afferma, inoltre, la non necessaria coincidenza tra il direttore generale e **l'istitutore**, posto che, nonostante le evidenti analogie relative al potere gestorio della società, al primo può anche della rappresentanza esterna che, invece, il secondo deve necessariamente possedere.

L'ultima analisi, infine, è dedicata alla figura del **direttore della succursale bancaria**, il quale, pur generalmente non ricondotto alla nozione di istitutore, non può certo essere privo di un potere, seppur limitato a determinati atti giuridici, di rappresentanza esterna. (s.b.)

* * *

RAGGIUNTO UN PUNTO DI EQUILIBRIO TRA I CONTRAPPOSTI INTERESSI DI PARTE IN TEMA DI CONCORDATO PREVENTIVO, di Giuseppe Finocchiaro, in *Guida al Diritto*, n. 15/04, pag. 58.

L'Autore commenta una recente ordinanza (Corte Cost., 24 marzo – 2 aprile 2004, n. 106 per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza) con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato la non fondatezza di una questione di legittimità costituzionale degli **artt. 137, 184 e 186 l.f.**, nella parte in cui impedirebbero al **creditore anteriore** al deposito della **domanda di concordato preventivo** del suo debitore, pretermesso dall'elenco dei creditori e non avvisato della proposta, di **richiedere il fallimento** del suo debitore nel caso di inadempimento del concordato, decorso l'anno dalla scadenza dell'ultimo pagamento, in difetto di risoluzione del concordato stesso.

La pronuncia della Corte Costituzionale dichiara la **non fondatezza della questione**, precisando come non possa condividersi la tesi seguita dal giudice rimettente, il quale ricorda come un indirizzo giurisprudenziale affermi, sulla scorta di un'interpretazione sistematica dell'art. 186 l.f., l'impossibilità di dichiarare il fallimento del debitore (per insolvenza anteriore al concordato) in difetto di risoluzione o nullità del concordato (da dichiararsi, però, nei termini previsti dagli artt. 136 e 137 l.f.).

Tale tesi, infatti, insuscettibile di essere considerata *"diritto vivente"*, in quanto propria di limitata giurisprudenza di merito ed osteggiata dalla dottrina minoritaria, deve, secondo il Giudice delle leggi, essere disapplicata dal giudice *a quo* in ragione di un'interpretazione più aderente al dettato costituzionale, che consenta di affermare la legittimità della **dichiarazione di fallimento del debitore inadempiente il concordato preventivo** anche in difetto di risoluzione o nullità del concordato, purché si abbia riferimento ad uno stato d'insolvenza anteriore alla proposta.

L'Autore concorda con l'opinione della Corte, aggiungendo che, una volta dichiarato il fallimento del debitore e non essendo venuta meno la vincolatività del concordato preventivo per tutti i credi-

tori anteriori alla proposta, questi ultimi possono essere ammessi al passivo fallimentare solo nella misura indicata nella domanda di ammissione al concordato preventivo. (s.b.)

* * *

ASSOGGETTABILITÀ A FALLIMENTO DELLE PICCOLE SOCIETÀ, di Enrico Bernini, in Rivista dell'Esecuzione Forzata, n. 4/03, pag. 671.

L'Autore si propone di verificare l'attualità dell'ultimo inciso dell'art. 1, comma 2 l.f., in base al quale "in nessun caso sono considerati **piccoli imprenditori le società commerciali**" (che pertanto non potrebbero fallire).

Dopo la sentenza della Consulta 21 dicembre 1989, n. 570, che ha dichiarato l'**incostituzionalità** del criterio del "**capitale investito**" per l'identificazione del piccolo imprenditore, la Corte Costituzionale è stata chiamata numerose volte a pronunciarsi sulla legittimità della disposizione di legge sopra citata. La Consulta, in tali occasioni, è arrivata ad affermare che le **società artigiane**, qualora siano di **piccole dimensioni**, non possono essere assoggettate a **fallimento**. Diversamente, la Corte ha dichiarato razionale la sottoponibilità a procedura concorsuale delle piccole società commerciali, poiché queste ultime lasciano presumere l'esistenza di un intento di speculazione e di profitto.

Tale orientamento, tuttavia, non è stato condiviso, né dai giudici di merito, né dalla Corte di Cassazione. Dette autorità estendono per analogia alle società commerciali la disciplina delle società artigiane, quando entrambe siano di piccole dimensioni, ritenendo ingiustificato un trattamento differente. Pare, infatti, irragionevole che la sola utilizzazione dello schema societario possa legittimare l'assoggettabilità a fallimento delle società commerciali, allorché in queste vi sia prevalenza del lavoro personale dei soci rispetto al capitale investito.

I giudici, pertanto, sono ormai orientati a considerare non fallibili le piccole società commerciali. Alla luce di quanto esposto, l'Autore, analogamente ad altri rappresentanti della dottrina, auspica un intervento legislativo, volto a modificare l'ultima parte dell'art. 1, comma 2 l.f. che, pur essendo tuttora in vigore, non viene in realtà applicato. (s.d.)

* * *

IL BLOCCO DELLE ESECUZIONI, DELLE PRESCRIZIONI E DECADENZE E DELL'ACQUISTO DEI DIRITTI DI PRELAZIONE NEL CONCORDATO PREVENTIVO, di Donato Plenteda, in // Fallimento, n. 2/04, pag. 182.

Per la prima volta, se si escludono alcune datate sentenze, la Suprema Corte (Cass., 17 aprile 2003, n. 6166, per la cui massima si rimanda a *Iusletter* n. 23, Sezione Giurisprudenza) offre una esplicita risposta alla questione del **limite temporale** del divieto di acquisire **diritti di prelazione** nel corso della procedura di **concordato preventivo**.

Nella sentenza annotata si legge che, al pari del divieto posto nel primo comma dell'art. 168 l.f. – per i creditori aventi titolo o causa anteriore al decreto di ammissione – di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore, quello previsto dal terzo comma, di acquistare diritti di prelazione senza l'autorizzazione del giudice delegato, ha gli stessi confini temporali del primo, che fissa il **dies a quo** nella data di **presentazione della proposta di concordato** e non in quella di ammissione del Tribunale, che segna l'apertura del procedimento, e il **dies ad quem** nel **passaggio in giudicato della sentenza di omologazione**.

Infatti, il triplice blocco delle esecuzioni, anche speciali – non contemplando l'art. 168 l.f. le eccezioni previste dall'art. 51 l.f. – delle prescrizioni e decadenze e dei diritti di prelazione opera, dal punto di vista temporale, in modo unitario, sebbene nulla a riguardo stabiliscano il capoverso dell'art. 168 l.f., per le seconde e le terze, ed il terzo comma per gli ultimi.

Posta tale premessa la Corte ritiene che tale termini siano **perentori** e, quindi, sia da escludersi che i divieti possano estendersi oltre il termine finale previsto sino a ricomprendere la fase dell'adempimento del concordato. In tale prospettiva non avrebbe alcun rilievo la distinzione tra concordato remissorio – solutorio ovvero con cessione dei beni. (l.c.)

* * *

L'ESTINZIONE DEL PROCESSO ESECUTIVO PER INSUFFICIENTE ALLEGAZIONE DOCUMENTALE DELL'ISTANZA DI VENDITA EX ART. 567, 2° C.P.C.: RECLAMO AI SENSI DELL'ART. 630, di Alessandro Rocchi, in Rivista dell'Esecuzione Forzata, n. 4/03, pag. 740.

L'Autore trae spunto dalla sentenza del Tribunale di Napoli, 16 ottobre 2002 (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza), per valutare il raggiungimento degli **obiettivi di semplificazione processuale** che il legislatore si è posto con la l. n. 302/1998.

Quest'ultima riforma, da un lato, ha introdotto un **termine finale acceleratorio** (60 giorni) per l'allegazione della **documentazione ipocatastale**, ad integrazione dell'istanza di vendita, nelle procedure esecutive immobiliari e, dall'altro, ha previsto la possibilità di coinvolgere l'istituzione notarile nello svolgimento delle operazioni di vendita all'incanto.

L'Autore, mostrando di condividerne l'orientamento, si sofferma ad esaminare le diverse questioni trattate dai giudici napoletani, che possono essere sintetizzate come segue:

- il **reclamo ex art. 630 c.p.c.**, dinanzi al collegio, è lo strumento di cui ci si deve avvalere avverso l'ordinanza che ha dichiarato **l'estinzione dell'esecuzione immobiliare** per mancata produzione della documentazione di cui all'art. 567 c.p.c.;
- sebbene non esplicitamente dichiarato dal legislatore, il termine di 60 giorni è perentorio e non sono ammesse proroghe del medesimo;
- la certificazione ipocatastale depositata deve essere idonea allo scopo e completa.

La *ratio* della normativa del 1998 è, infatti, quella di favorire il progresso della procedura esecutiva, evitando il crearsi di situazioni di acquiescenza e di lunghi periodi di inattività, come si è invece verificato negli anni precedenti la riforma.

Nell'ultima parte dell'articolo vengono, infine, esaminati il **ruolo** sempre più preponderante che il **Notaio** svolge nell'ambito delle esecuzioni forzate, nonché le conseguenze delle azioni, dallo stesso compiute, per il creditore procedente. (s.d.)

* * *

EFFETTI SOSTANZIALI DEL PIGNORAMENTO DEI CREDITI E SISTEMA INTERBANCARIO DEI PAGAMENTI (BI -REL), di Gioacchino La Rocca, in Banca Borsa e Titoli di Credito, n. 1/04, II, pag. 74.

Nel commentare la sentenza emessa in data 6 marzo 2002 dal Tribunale di Torino (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza), l'Autore non si limita ad esaminare gli aspetti e gli effetti propri del **pignoramento di un credito presso terzi**, quale l'inefficacia relativa degli atti posti in essere in pregiudizio dal creditore procedente e degli altri creditori intervenuti nell'esecuzioni.

Tale sentenza, infatti, diviene l'occasione per approfondire ulteriori aspetti relativi al **diritto delle obbligazioni pecuniarie** tra cui le modalità relative al corretto adempimento delle obbligazioni (ci si riferisce in particolare al bonifico bancario ed altri, più recenti, quali i sistemi di pagamento BI - REL e BI - COMP). In ordine ai menzionati **sistemi di pagamento**, si segnala, in particolare, che l'Autore ha proceduto ad un approfondito esame relativamente ai rapporti che intervengono, a seconda del sistema adottato per procedere al pagamento, fra banca - debitore e banca - creditore, alle controindicazioni che la partecipazione a ciascuno di essi comporta e alla determinazione dell'**istante in cui si perfeziona il pagamento** e diviene pertanto irrevocabile l'ordine sottostante ad un'operazione interbancaria.

Le argomentazioni relative ai suddetti sistemi di pagamento risultano funzionali a garantire una comprensione più approfondita di quanto espresso dal Tribunale di Torino, consentendo di individuare, a seconda dei casi, quando si è effettivamente verificata l'estinzione dell'obbligazione, e dunque di identificare il momento oltre il quale divengono inefficaci l'ingiunzione di astensione e l'intimazione al terzo di non disporre delle somme pignorate. (f.s.)

* * *

GIURISPRUDENZA

DIRITTO DI FAMIGLIA

Cass., 16 ottobre 2003, Sez. lav., n. 15516, in *Famiglia e Diritto*, n. 2/04, pag. 157.

- Il **coniuge separato per colpa**, o al quale la separazione sia stata addebitata, è **equiparato** in tutto e per tutto al **coniuge superstite** (separato e non) ai fini della pensione di reversibilità, che gli spetta a norma dell'art. 13 del R.D.L. n. 63/1939, nel testo sostituito dall'art. 22 della l. n. 903/1965.

Trib. Milano, 30 dicembre 2003, Sez. IV, n. 18025, in *Guida al Diritto*, n. 15/04, pag. 82.

- Per iniziare una causa civile volta al **risarcimento di danni patrimoniali** sofferti da un **minore** soggetto alla potestà dei genitori, questi ultimi non necessitano dell'**autorizzazione** preventiva da parte del giudice tutelare, e ciò in quanto il risarcimento dei danni, mirando a far valere una pretesa creditoria del minore e quindi finalizzata alla tutela e alla conservazione del suo patrimonio, non integra un atto eccedente **l'ordinaria amministrazione**.

* * *

CONTRATTI

Cass., 24 ottobre 2003, Sez. III, n. 16013, in *I Contratti*, n. 3/04, I, pag. 229, con nota di Rosanna De Meo.

- La **cessione dei beni ai creditori** disciplinata dall'art. 1977 c.c. - ben diversa dalla cessione con la quale si realizza il concordato preventivo ex art. 160, comma 2 l.f. - può legittimamente essere oggetto di **apposizione di un termine finale**, in virtù della regola generale, valevole per tutti i contratti, secondo la quale le parti possono sempre limitare nel tempo l'efficacia del loro contratto.

Cass., 10 luglio 2003, Sez. I, n. 10861, in *I Contratti*, n. 3/04, II, pag. 262, con nota di Massimo Campa.

- L'art. 56 della l.f. prevede, quale unica condizione alla **compensabilità dei debiti verso il fallito-creditore**, l'antiorità rispetto al fallimento del **fatto genetico** della situazione giuridica estintiva delle obbligazioni contrapposte, con la conseguenza, in **tema di factoring**, che, se è vero che è la riscossione dei crediti a rendere esigibile il prezzo della cessione, per la frazione non anticipata, ciò non significa che il credito del cedente sorga con quell'evento, ma semmai, che è proprio esso a renderne possibile l'esazione, ferma restando l'antiorità del momento genetico e, conseguentemente, la suscettibilità di essere portata in compensazione con i concrediti del *factor*.

App. Napoli, 11 dicembre 2003, Sez. III, n. 3555, in *Guida al Diritto*, n. 14/04, pag. 63.

- La **transazione** non è riconducibile a un negozio di mero accertamento, presentando, invece, un carattere indubbiamente costitutivo o dispositivo, dato dall'attitudine a modificare la situazione giuridica cui si riferisce. Essa è **composizione contrattuale di una controversia** e il suo contenuto si traduce in un regolamento di interessi idoneo a modificare e a sostituire altro ai precedenti, con lo scopo di eliminare, mediante una reciprocità di concessioni, una lite che sia insorta tra le parti oppure di prevenirla ove vi sia pericolo di insorgenza.

Trib. Milano, 12 dicembre 2003, Sez. XII, n. 17238, in *Guida al Diritto*, n. 15/04, pag. 82.

- Qualora, a seguito di **furto di autovettura concessa in leasing** e verificatosi in data successiva alla mancata riconsegna da parte dell'utilizzatore a sua volta costituito in mora dalla società concedente, sorga il diritto all'indennizzo in base a polizza di assicurazioni contro il furto stipulata dall'utilizzatore con vincolo a favore della società concedente, sussiste in ogni caso la **legittimazione della società concedente**, in quanto proprietaria del veicolo, a **incassare l'indennizzo assicurativo** indipendentemente dalle vicende contrattuali del *leasing* svoltesi fra società concedente medesima e utilizzatore. (Nel caso di specie l'utilizzatore, inadempiente all'obbligo

della restituzione dell'autovettura poi rubata, era stato costituito in mora e querelato in sede penale per il reato di appropriazione indebita).

* * *

DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Cass., 24 febbraio 2004, Sez. I, n. 3613, in *Guida al Diritto*, n. 16/04, pag. 50.

• Nel vigore del Dpr n. 7 del 1976 (applicabile nella specie *ratione temporis*) i **mutui** stipulati dagli enti autorizzati all'esercizio del **credito fondiario** sono destinati ad avere **effetto** dopo che, avvenuta l'iscrizione ipotecaria ed eseguiti gli ulteriori adempimenti richiesti al mutuatario o al terzo datore di ipoteca, risulti **certificata l'inesistenza di altre iscrizioni** o trascrizioni pregiudizievoli e la **somma** mutuata è **consegnata al mutuatario**, perfezionati gli adempimenti di cui sopra, dietro rilascio di quietanza da redigersi per atto pubblico. Quanto precede, peraltro, non esclude - dovendo trovare applicazione l'articolo 2852 del c.c. in alcun modo derogato dalla normativa speciale - che l'ipoteca destinata a garantire l'erogazione della somma mutuata, abbia effetti e prenda grado al momento dell'iniziale iscrizione e non già in quello della successiva annotazione nei registri della quietanza relativa all'erogazione della somma mutuata, annotazione che assolve a una funzione meramente accessoria e servente, rispetto all'iscrizione originaria.

Cass., 5 dicembre 2003, Sez. I, n. 18626, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 11/03, pag. 1631.

• Nel contratto di conto corrente, la **manca contestazione dell'estratto conto** e la connessa, implicita approvazione delle operazioni in esso annotate non esclude l'ammissibilità di **censo concernenti la validità e l'efficacia dei rapporti obbligatori** dai quali esse derivino, alle quali non è però riconducibile la contestazione avente ad oggetto la mancata annotazione di un'operazione che, ai sensi dell'art. 1832, comma 2 c.c. deve essere proposta nel termine di sei mesi dall'approvazione del conto (in applicazione del succitato principio di diritto, la Suprema Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva confermato il decreto ingiuntivo emesso in favore di una banca, per il pagamento di una fattura emessa a

carico del titolare del conto corrente, benché l'operazione non risultasse annotata nell'estratto conto finale, non impugnato e non contestato nel termine di decadenza di sei mesi).

(*omissis*)

L'elemento caratterizzante la gestione d'affari (art. 2028 c.c.) è costituito dal compimento di atti giuridici, spontaneamente ed utilmente compiuti dal gestore, nell'altrui interesse in assenza di ogni rapporto contrattuale con l'interessato; pertanto la *negotiorum gestio* non è configurabile, qualora l'asserito gestore abbia adempiuto la prestazione in esecuzione di un contratto e sia decaduto dall'azione contrattuale proponibile per ottenere il rimborso delle somme pagate (nella specie, una banca aveva agito per ottenere il rimborso del debito pagato su delegazione di un suo correntista, benché l'operazione non risultasse annotata nell'estratto conto finale, non impugnato e non contestato nel termine di decadenza di sei mesi e, a fronte dell'eccezione di decadenza dall'azione di impugnazione dell'estratto conto - art. 1832, comma 2 c.c. - aveva agito *ex art.* 2028 c.c.; la suprema corte, in applicazione del succitato principio di diritto, ha ritenuto insussistenti i presupposti della *negotiorum gestio*).

Cass., 11 novembre - 4 dicembre 2003, Sez. I penale, n. 46543, in *Guida al Diritto*, n. 9/04, pag. 64.

• Poiché il legittimo detentore ha titolo per l'utilizzazione della **carta di credito** solo per effetto del rapporto contrattuale che ne ha autorizzato l'uso e in quanto il rapporto stesso perduri, la **revoca della concessione** da parte dell'emittente lo priva, dal momento della conoscenza dell'atto di revoca, della titolarità e del conseguente **diritto di utilizzarla**. Ne consegue che l'ulteriore utilizzazione della carta da parte sua integra il reato previsto dall'articolo 12 del d. l. n. 143, 3 maggio 1991, convertito dalla l. n. 197, 5 luglio 1991.

Cass., 27 novembre 2003, Sez. I, n. 18118, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 11/03, pag. 1595.

• Alle operazioni bancarie in conto corrente si applica il principio contenuto nell'art. 1829 c.c., richiamato dal successivo art. 1857, secondo cui **l'accreditamento**, sul conto corrente del cliente, dell'importo di un **assegno** trasferito alla banca per l'incasso deve ritenersi sempre effettuato **«salvo incasso»** (o «*salvo buon fine*», o «*con riserva di verifica*»), con la conseguenza che, se il credito portato dall'assegno non venga soddisfatto dal terzo obbligato, la banca può **eliminare la partita** dal conto reintegrando il correntista nelle

sue ragioni con la restituzione del titolo; la predetta presunzione di clausola «*salvo incasso*» non opera soltanto allorché risulti una **contraria volontà delle parti** che, ove l'inclusione nel conto corrente bancario avvenga mediante girata di un titolo di credito, può essere desunta non solo dal fatto che la girata medesima sia piena e non già per l'incasso, ma anche da altre circostanze di fatto, quale un inequivoco comportamento della banca.

La clausola «*salvo incasso*», inerente ad un versamento di un titolo di credito da parte di un cliente sul conto corrente bancario, non opera come condizione risolutiva del trasferimento della proprietà del titolo medesimo alla banca ricevente, ma, ricollegandosi ad un mandato conferito alla banca per la realizzazione del credito portato dal titolo, ha **effetto sospensivo** del trasferimento della proprietà del titolo - anche in caso di esito positivo della richiesta del c.d. «*benefondi*» - in attesa che il mandato sia compiutamente adempiuto con l'effettiva riscossione della somma menzionata nel titolo, con la conseguenza che il rimettente acquista la disponibilità della somma medesima solo dopo che il titolo sia stato effettivamente pagato.

Il c.d. «*benefondi*» - ossia l'uso interbancario di richiedere e dare, a mezzo del telefono o di altri strumenti di comunicazione, conferma dell'esistenza di una sufficiente provvista in relazione al pagamento di un assegno di conto corrente - può legittimamente ricondursi ad una **prassi interna** nei rapporti tra gli istituti di credito (fonte di affidamento reciproco e di responsabilità civile), ma non anche essere invocato al fine di farvi discendere un obbligo immediato di accreditamento da parte della banca, se non risulti che il versamento sul conto corrente di un titolo di credito tratto su altra banca avvenga secondo una regolamentazione pattizia tale da imporre alla banca ricevente di mettere immediatamente a disposizione del suo cliente correntista la relativa somma (con il superamento della presunzione di clausola «*salvo incasso*»).

Cass., 6 giugno 2003, Sez. I, n. 9101, in *Giustizia Civile*, n. 1/04, I, pag. 141.

• In tema di **contratto di mutuo fondiario**, stipulato ai sensi del Testo Unico approvato con R.D. 16 luglio 1905 n. 646, una volta **iscritta l'ipoteca** di primo grado sorge il **pieno diritto** dello stipulante a **fruire del mutuo**, che ben può dirsi gli sia stato concesso - nel senso dell'esistenza di un vincolo giuridico del mutuante alla relativa erogazione - con la prima stipulazione, onde l'istituto di credito non può più sottrarsi alla stipulazione dell'atto definitivo e alla concreta erogazione della somma; ne consegue che l'eventuale rifiuto ingiustificato di far luogo alla consegna al

mutuatario della somma mutuata contro il rilascio di quietanza da redigersi per atto pubblico (fase negoziale che il citato testo unico definisce come di stipulazione del contratto definitivo) si configura come vero e proprio **inadempimento** contrattuale e dà al mutuatario diritto di ottenere il risarcimento del danno ai sensi degli artt. 1218, 1223 c.c..

App. Milano, 19 novembre 2003, Sez. I, in *Giurisprudenza Milanese*, n.4/04, pag. 153.

• Nel **pagamento dell'assegno bancario**, la verifica della **firma** di traenza da parte della banca trattaria si risolve in un **giudizio soggettivo** di corrispondenza tra la sottoscrizione apposta sullo "*specimen*" e quella risultante sull'assegno. Pertanto essa non può essere ritenuta responsabile per il pagamento di un assegno con firma di traenza falsa allorché, per cogliere la falsificazione, sia necessario un esame grafologico approfondito (esame che va ben al di là della normale diligenza richiedibile al funzionario o impiegato di banca).

App. Milano, 4 novembre 2003, in *Giurisprudenza Milanese*, n. 2/04, pag. 50.

• Nel caso di **insolvenza non accertata giudizialmente o non conclamata** è demandato all'istituto di credito un ambito di **discrezionalità tecnica** ai fini della qualificazione "*in sofferenza*" della posizione e della conseguente decisione relativa alla comunicazione alla Centrale Rischi. Ne deriva che un'eventuale affermazione di **responsabilità della Banca** per violazione del contrapposto interesse del cliente a che non vi sia una irregolare segnalazione - potenzialmente produttiva, comunque, di conseguenze pregiudizievoli sull'attività economica finanziaria del soggetto segnalato e lesiva della sua reputazione - deve ancorarsi all'accertamento di **negligenza e imprudenza**, qualificate, specificatamente, dalla violazione di quell'ambito di discrezionalità attribuito dalle Istruzioni della Banca d'Italia, che vengono a costituire le "*regole professionali*" di comportamento dell'intermediario.

Ai fini della segnalazione alla Centrale rischi di una posizione non connotata da insolvenza conclamata o accertata giudizialmente, ma eventualmente ricompresa nella categoria delle situazioni sostanzialmente equiparabili cui fa riferimento, nelle sue istruzioni, la Banca d'Italia, **assumono rilevanza sia la "qualità" del debitore**, desumibile dalla sua condotta e valutata indipendentemente dall'esistenza di garanzie o dalla previsione di perdita (a prescindere quindi dalla sorte oggettiva del credito che potrebbe essere soddisfatto dalle garanzie stesse), **sia le concrete possibilità di recupero del credito**, da reputarsi "*in*

sofferenza qualora si prevedano serie difficoltà di realizzazione.

Trib. Milano, 25 gennaio 2003, Sez. VI, in *Giurisprudenza Milanese*, n. 2/04, pag. 55.

• È pienamente legittimo il **calcolo trimestrale degli interessi bancari** considerato che la delibera 9 febbraio 2000 del comitato interministeriale per il credito e il risparmio ha espressamente ribadito la legittimità del **calcolo anatocistico** degli interessi a **condizione di reciprocità** e, cioè, con applicazione della riferita modalità sia agli interessi attivi che ai passivi.

Trib. Bassano del Grappa, 23 aprile 2002, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, n. 1/04, II, pag. 35.

• Nella **cessione di azienda bancaria** la norma di riferimento è unicamente l'art. **58 del d.lgs. n. 385 - t.u.b.**, 1° settembre 1993. Mentre nella cessione ordinaria d'azienda l'effetto liberatorio per la cedente richiede il consenso del creditore ed il subentro è limitato alle obbligazioni iscritte in contabilità, nella cessione di azienda bancaria, in cui prevalgono le esigenze di speditezza dell'operazione, si prescinde da tale consenso e decorsi tre mesi dalla pubblicazione il **creditore** può rivalersi **unicamente sull'ente cessionario**.

Trib. Milano, 31 gennaio 2002, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 1/04, II, pag. 106, con nota di Oreste De Nicola.

• All'**azione di responsabilità** ex art. 2395 c.c., avente **natura extracontrattuale**, soggiacciono anche i **componenti della «Direzione centrale»** di una **banca** in quanto qualificabili come *«direttori generali»*.

La figura del direttore generale ricorre in quei funzionari dirigenti di più alto livello cui spetti una funzione direttiva su tutti ovvero sulla maggior parte degli uffici e servizi, con funzioni di alta gestione nonché di vigilanza e controllo sull'andamento generale dell'impresa sociale.

* * *

GARANZIE

Cass., 4 luglio 2003, Sez. I, n. 10574, in *I Contratti*, n. 3/04, II, pag. 271, con nota di Nicola Monticelli.

• La **deroga all'art. 1957** c.c. non può ritenersi implicita nell'inserimento, nella fideiussione, di una **clausola di «pagamento a prima richiesta»** o di altra equivalente, sia perché detta norma è espressione di un'**esigenza di protezione** del fideiussore, che prescinde dall'esistenza di un vincolo di accessorietà tra l'obbligazione di garanzia e quella del debitore principale e può essere considerata meritevole di tutela anche nelle ipotesi in cui tale collegamento sia assente, sia perché, comunque, la presenza di una clausola siffatta non assume **rilievo decisivo** ai fini della qualificazione di un negozio come *«contratto autonomo di garanzia»* o come *«fideiussione»*, potendo tali espressioni riferirsi sia a forme di garanzia svincolate dal rapporto garantito (e quindi autonome) sia a garanzie, come quelle fideiussorie, caratterizzate da un vincolo di accessorietà, più o meno accentuato, nei riguardi dell'obbligazione garantita, sia infine a clausole, il cui inserimento nel contratto di garanzia è finalizzato, nella comune intenzione dei contraenti, (non all'esclusione, ma) a una deroga parziale della disciplina dettata dal cit. art. 1957, ad esempio limitata alla previsione che una semplice richiesta scritta sia sufficiente ad escludere l'estinzione della garanzia, esonerando il creditore dall'onere di proporre azione giudiziaria. Ne consegue che, non essendo la clausola di pagamento a prima richiesta di per sé incompatibile con l'applicazione della citata norma codicistica, spetta al giudice di merito accertare, di volta in volta, la volontà in concreto manifestata dalle parti con la stipulazione della detta clausola.

App. Milano, 5 marzo 2003, in *Giurisprudenza Milanese*, n. 2/04, pag. 49.

• La clausola che prevede l'obbligo del **fideiussore di rimborsare** all'azienda di credito le **somme** che da questa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere **restituite** a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, per quanto legittima, va inquadrata tra le **pattuizioni di tipo vessatorio** per il contraente c.d. più debole in quanto la stessa rappresenta indubbiamente un limite per il fideiussore alla facoltà di opporre eccezioni.

* * *

DIRITTO SOCIETARIO

Cass., 12 dicembre 2003, Sez. I, n. 19036, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 7/04, pag. 62.

• Ai sensi del combinato disposto degli artt. 2191 e 2297 c.c. **i soci della società di fatto** sono solidalmente e **illimitatamente responsabili**, di fronte ai terzi, dei debiti della società; **non** sussiste quindi una ipotesi di **litisconsorzio necessario**, perché ogni obbligato solidale può essere chiamato a rispondere per l'intero, salvo il diritto di regresso nei confronti dei coobbligati, nei limiti previsti dagli accordi interni.

Cass., 8 agosto 2003, Sez. I, n. 11957, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 5/04, pag. 60.

• **L'esistenza della società di fatto** deve essere provata almeno in relazione a tutti **gli elementi** necessari a configurare la sussistenza di una società, cioè il fondo comune, l'attività comune, la partecipazione agli utili e alle perdite, il vincolo di collaborazione tra i soci. E', altresì, possibile desumere l'esistenza del rapporto sociale dai **comportamenti tenuti** nei confronti dei terzi da ciascuno dei soci nell'esercizio collettivo dell'impresa. L'onere della prova è di colui che il rapporto medesimo allega quale fatto costitutivo di una pretesa.

Trib. Gela, 6 giugno 2003, in *Il Foro Italiano*, n. 2/04, I, pag. 628, con nota di N. De Giorgi.

• **L'abusiva attività di raccolta del risparmio presso i soci**, svolta da una società cooperativa finanziaria, non comporta, di per sé, la nullità dei relativi contratti di finanziamento.

* * *

FALLIMENTO

Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 24 luglio 2003, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, n. 1/04, II, pag. 1.

• Un **regime transitorio**, quale quello previsto dall'art. 106 del d.lgs. n. 270, 8 luglio 1999, contenente una **nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria** delle grandi imprese in stato d'insolvenza, che proroga l'efficacia di un

regime nuovo di **aiuti di Stato**, a suo tempo dichiarato incompatibile con il diritto comunitario, costituisce esso stesso un regime nuovo di aiuti di Stato ai sensi degli artt. 87 CE e 88 CE.

Il **giudice nazionale** non può, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale *ex art. 234 CE*, **interrogare la Corte di Giustizia** sulla compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato comune in relazione all'art. 87, n. 3 Tratt. CE o con riguardo ai principi generali del diritto comunitario, dal momento che tali decisioni rientrano nella competenza esclusiva della Commissione.

Compete al giudice nazionale determinare la portata dell'art. 106, d.lgs. n. 270 8 luglio 1999, se del caso, alla luce dell'art. 7, l. n. 273, 12 dicembre 2002, avendo cura di dare delle norme interne un'**interpretazione** quanto più **conforme** possibile al **diritto comunitario**, e cioè un'interpretazione che non consenta di concedere nuovi aiuti di Stato.

Corte Cost., 24 marzo - 2 aprile 2004, n. 106, in *Guida al Diritto*, n. 15/04, pag. 54, con nota di Giuseppe Finocchiaro.

• Non è fondata, in riferimento agli artt. 3, 24 e 41 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 137, 184 e 186 della l.f., nella parte in cui precluderebbero al **creditore anteriore alla proposta di concordato preventivo** del suo debitore, e **non avvisato** della proposta concordataria, né inserito nell'elenco dei creditori, di **richiedere il fallimento** del suo debitore, nel caso d'inadempimento del concordato, e anche in mancanza di risoluzione, decorso l'anno dalla scadenza dell'ultimo pagamento indicato nel concordato preventivo omologato, atteso che le norme censurate possono essere interpretate nel senso che il concordato, anche se non risolto o annullato, non impedisce di attribuire successivamente rilevanza, ai fini di cui all'articolo 5 della l.f., ai debiti - ferma l'obbligatorietà della falcidia concordataria sui crediti anteriori - esistenti al momento dell'apertura della procedura.

Cass., 24 febbraio 2004, Sez. I, n. 3624, in *Guida al Diritto*, n. 13/04, pag. 51.

• **L'art. 108 della l.f.** non **consente** la vendita di un bene immobile a trattativa privata ma **soltanto l'alienazione nelle forme della vendita forzata**, con o senza incanto, che si concludono con il decreto di trasferimento del bene, onde è nulla per contrarietà a norma imperativa la suddetta vendita non pienamente corrispondente a uno dei due tipi, con o senza incanto, espressamente previsti e disciplinati dall'art. 108 suddetto.

Cass., 17 dicembre 2003, Sez. I, n. 19313, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 11/03, pag. 1685.

- **L'inefficacia dei pagamenti** ricevuti dal fallito dopo la sentenza dichiarativa del fallimento, prevista dall'art. 44, comma 2, l.f., comporta che per tale ragione il debitore non è liberato dalla sua obbligazione ed è pertanto tenuto a **rinnovare l'adempimento** nei confronti della curatela, la quale, però, non può pretendere la prestazione anche dall'istituto di credito eventualmente delegato dal debitore per il pagamento, perché l'istituto è estraneo al rapporto sostanziale fatto valere ed al titolo azionato, essendo invece vincolato (da un rapporto di mandato) esclusivamente al debitore.

Cass., 5 dicembre 2003, Sez. I, n. 18629, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 11/03, pag. 1631.

- **L'art. 179 l.f.** non prevede che, prima della dichiarazione di fallimento quale effetto del mancato raggiungimento delle maggioranze richieste per **l'approvazione del concordato preventivo, il debitore sia chiamato** ad interloquire anche nei riguardi del provvedimento del giudice delegato che di quel mancato raggiungimento dà atto.

Cass., 3 dicembre 2003, Sez. I, n. 18428, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 11/03, pag. 1617.

- La **compensazione in materia fallimentare**, regolata dall'art. 56 l.f., presenta elementi di specialità rispetto alla disciplina ordinaria, in quanto opera **anche se il credito vantato nei confronti del fallito non è esigibile**, ferma restando la necessità che sussistano gli ulteriori requisiti previsti dal codice civile e, tra questi, che non ricorra alcuno dei casi per i quali l'art. 1246 c.c., stabilisce che essa non opera (nella specie, la suprema corte ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso la compensazione del credito vantato da un agente assicurativo nei confronti di un'impresa sottoposta a liquidazione coatta amministrativa con il debito verso quest'ultima, in quanto esclusa dagli artt. 23 e 24 dell'accordo nazionale di categoria).

Cass., 2 dicembre 2003, Sez. I, n. 18380, in *Giustizia Civile*, n. 1/04, pag. XI.

- Nel caso di assoggettamento dell'imprenditore alle procedure di **amministrazione controllata**, alla quale sia seguita l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, il **pagamento dei debiti preesistenti** alla data del

decreto bancario di ammissione alla prima procedura per scoperto di conto corrente bancario - contratto che non è sciolto dall'apertura di detta procedura concorsuale, non essendo a questa applicabile l'art. 72 l.f. - **non può costituire oggetto di azione revocatoria fallimentare** (art. 67 l.f.), in quanto detto pagamento deve ritenersi inefficace nei confronti della massa dei creditori, in virtù dei principi ricavabili dall'art. 188 l.f., nel caso in cui sia effettuato nel corso della prima procedura, e, in forza dell'art. 44 l.f., applicabile ex art. 1 d.l. n. 26 del 1979, e degli artt. 200 e 201 l.f., qualora avvenga nel corso della seconda procedura (nell'enunciare siffatto principio, la Suprema Corte ha cassato la sentenza impugnata che, a fronte della domanda diretta ad ottenere la dichiarazione di inefficacia delle rimesse aventi carattere solutorio effettuate nel corso della seconda procedura, aveva limitato il proprio esame alle rimesse anteriori all'apertura della procedura, ritenendole peraltro revocabili ex art. 67 l.f., anziché inefficaci).

Cass., 12 novembre 2003, Sez. I, n. 17023, in *Il Foro Italiano*, n. 2/04, I, pag. 410.

- L'atto di citazione per la revoca di rimesse in conto corrente bancario non è affetto da nullità per vizio del *petitum* se l'attore ha identificato **una somma minima** e ha chiesto **la revoca di tutte le rimesse affluite**, non essendo necessaria per l'individuazione della domanda l'indicazione di ciascuna singola rimessa revocabile.

Cass., 11 novembre 2003, Sez. I, n. 16914, in *Il Foro Italiano*, n. 2/04, I, pag. 410.

- **L'azione revocatoria fallimentare** volta a far dichiarare inefficace un pegno di titoli costituito nel biennio anteriore al fallimento per un debito scaduto, può essere paralizzata dalla eccezione con la quale il creditore oppone che la garanzia da impugnare deve essere individuata in quella originaria se vi è stata una mera sostituzione di titoli (c.d. pegno rotativo).

App. Milano, 5 marzo 2003, Sez. I, in *Giurisprudenza Milanese*, n. 2/04, pag. 63.

- Le **rimesse del terzo** sul conto corrente dell'imprenditore devono essere **equiparate alle rimesse o ai versamenti del correntista** medesimo ai fini della revocabilità **ex art. 67 l.f.** Ciò in quanto detti versamenti si inseriscono nel meccanismo del rapporto di conto corrente, cosicché il versamento del terzo è attratto tra le poste

attive del correntista, nella cui titolarità confluisce l'importo accreditato, con la conseguenza che, in tal caso, le rimesse del terzo sono "tout court" equiparabili, ai fini della revocatoria, alle rimesse ed ai versamenti del correntista.

L'esistenza di protesti cambiari, soprattutto se numerosi e frequenti, è idonea a determinare a carico del creditore una **presunzione di conoscenza dello stato di insolvenza**.

Nel caso di revocatoria in sede fallimentare del pagamento effettuato dal debitore principale non si assiste ad un'automatica reviviscenza dell'obbligazione fideiussoria in quanto l'azione revocatoria fallimentare non è un'azione di nullità, bensì un rimedio a carattere recuperatorio e restitutorio, mirato a reintegrare la garanzia patrimoniale dei creditori, in modo da porre il bene alienato o le somme già versate a disposizione della massa dei creditori.

App. Milano, 31 gennaio 2003, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, n. 1/04, II, pag. 35.

- Nel **conferimento di azienda bancaria** che faccia riferimento a tutti i rapporti attivi e passivi esistenti in capo alla conferente, con esclusione di singoli cespiti specificamente individuati, è possibile ritenere ricomprese anche le **situazioni di soggezione rispetto ad eventuali azioni revocatorie** esercitabili dal fallimento, in quanto nel trasferimento delle poste attive, pur se non specificamente menzionate, sono certamente ricomprese le soggezioni e gli oneri connessi con i rapporti giuridici precedenti, tra i quali, dunque, anche le eventuali azioni revocatorie.

Le azioni revocatorie esercitabili dal fallimento ai sensi dell'art. 67 l.f., devono essere considerate posizioni giuridiche connesse al rapporto giuridico precedentemente intrattenuto dalla banca con la società poi fallita anche in ragione dell'effettuato pagamento, contabilmente risultante, da parte della medesima società *in bonis* in favore della banca, di rilevanti importi.

Trib. Milano, 15 dicembre 2003, Sez. III, n. 17387, in *Guida al Diritto*, n. 15/04, pag. 84.

- Non è ammissibile l'**opposizione agli atti esecutivi**, prevista dall'articolo 617 del c.p.c., avverso il **decreto** emesso dal giudice delegato in una **procedura fallimentare** e statuente il trasferimento di immobile già di proprietà del fallito e aggiudicato a terzi a seguito di incanto, essendo invece possibile, avverso detto decreto, unicamente il **reclamo al tribunale fallimentare** a norma dell'articolo 26 della l.f..

Trib. Milano, 24 giugno 2003, in *Giurisprudenza Milanese*, n. 4/04, pag. 142.

- Ai fini dell'azione revocatoria fallimentare, la prova dell'esistenza di protesti a carico del fallendo non costituisce, in assenza della relativa **pubblicazione nel Bollettino Ufficiale dei Protesti**, elemento presuntivo di per sé sufficiente ad integrare la prova della conoscenza da parte dei creditori dello stato di insolvenza del debitore; infatti, solo nel caso di protesti relativi a titoli rilasciati dallo stesso convenuto in revocatoria il protesto, di per sé, e dunque a prescindere dalla sua pubblicazione, è idoneo a fornire tale prova.

Con riguardo ai presupposti dell'azione revocatoria fallimentare, l'esistenza di procedure esecutive mobiliari a carico del debitore non costituisce prova sufficiente della conoscenza dello stato di insolvenza da parte del soggetto convenuto in revocatoria, non essendo, dette procedure soggette a forme di pubblicità.

In tema di azione revocatoria fallimentare, l'esistenza di protesti a carico del fallendo, pubblicati nel Bollettino Ufficiale dei Protesti, costituisce elemento idoneo a provare in via presuntiva la conoscenza da parte dei creditori dello stato di insolvenza dell'imprenditore.

* * *

PROCEDIMENTO CIVILE INGIUNTIVO ESECATIVO

Cass., 24 marzo 2004, Sez. III, n. 5850, in *Guida al Diritto*, n. 17/04, pag. 68.

- L'articolo 82 comma 3, delle disposizioni di attuazione del c.p.c. (nella formulazione attualmente vigente) al fine di rendere uniforme il sistema dei **rinvii delle udienze** sia di prima comparizione che di istruzione secondo una prescrizione applicabile anche alle udienze di discussione prevede che se nel giorno fissato non si tiene udienza di istruzione per festività sopravvenuta o impedimento del giudice istruttore, ovvero per qualsiasi altro motivo, la causa si intende **rinvia-ta d'ufficio alla prima udienza di istruzione immediatamente successiva**. Ne segue, pertanto, che se il rinvio d'ufficio, è disposto alla udienza immediatamente successiva, secondo il calendario previsto, a quella non tenuta, **la cancelleria non deve effettuare alcuna comunicazione alle parti costituite** perché si presume che esse conoscano la data dell'udienza successi-

va, rilevandola dal calendario giudiziario e hanno, quindi, l'onere di presentarsi ancorché non avviate del rinvio. (Nella specie, in applicazione dei riferiti principi, la Suprema Corte, accertato che la causa era stata rinviata - alla prima udienza, successiva a quella non tenuta, sulla base del calendario giudiziario senza che ne fosse data comunicazione alle parti e rilevato che il giudizio era proseguito, e concluso, senza la partecipazione di una delle parti, ha escluso l'esistenza di una nullità del procedimento così svoltosi e della sentenza resa a conclusione di questo).

Cass., 3 dicembre 2003 - 19 febbraio 2004, Sez. III, n. 3325, in *Guida al Diritto*, n. 12/04, pag. 27.

- In sede di **opposizione al precetto** per l'espropriazione per una somma di denaro di valore non eccedente il limite di cui all'articolo 113, comma 2 del c.p.c., **il giudice di pace**, per decidere la questione dell'esistenza del titolo esecutivo (nella specie giudiziale) deve far uso dell'**equità** necessaria, con la conseguenza che la relativa decisione può essere **impugnata soltanto con ricorso per cassazione**, con il quale è possibile denunciare esclusivamente la violazione della Costituzione (come accadrebbe ove venisse negata efficacia esecutiva alla sentenza passata in giudicato).

Cass., 19 febbraio 2004, Sez. III, n. 3326, in *Guida al Diritto*, n. 13/04, pag. 51.

- Nell'ambito del procedimento innanzi al **giudice di pace**, comparso il convenuto, nella **prima udienza** se egli non chieda di **chiamare in causa un terzo** il giudice lo deve considerare **decaduto** dal diritto di farlo e può, quindi, rifiutare lo spostamento dell'inizio della trattazione della causa se il convenuto dichiara in una successiva udienza di volere chiamare in causa un terzo. Quanto precede, peraltro, non esclude che il convenuto possa richiedere di chiamare il terzo in causa successivamente alla prima udienza qualora detto convenuto sia comparso di persona ma nessuna attività è stata svolta in tale udienza e il giudice, senza opposizione dell'altra parte, abbia spostato l'udienza stessa per consentire al convenuto di costituirsi e quindi di proporre le sue domande ed eccezioni, in esse comprese quella di chiamata in causa del terzo.

Cass., 17 febbraio 2004, Sez. III, n. 3030, in *Guida al Diritto*, n. 14/04, pag. 54.

- La regola, generale, secondo cui in caso di **giudicato esterno** il giudice di legittimità ne accerta l'esistenza e la portata con cognizione

piena, che si estende al diretto riesame degli atti del processo e alla diretta interpretazione e valutazione degli atti processuali, mediante indagini e accertamenti anche di fatto, indipendentemente dall'interpretazione datane al riguardo dal giudice di merito, **non trova applicazione** in caso di **giudizio di esecuzione**. In questo, infatti, la sentenza, anche se passata in giudicato, non è che **uno dei titoli**, in virtù dei quali, può aver luogo l'esecuzione, insieme alle cambiali, agli altri titoli di credito e agli altri atti ai quali la legge attribuisce espressamente la stessa efficacia e agli atti ricevuti da notaio e da altro pubblico ufficiale relativamente alle obbligazioni di denaro. In questo caso la **sentenza non opera come decisione della lite**, pendente davanti a quel giudice e che lo stesso avrebbe il dovere di accertare e decidere, se non fosse stata già decisa, ma come titolo, esecutivo, in un procedimento, quale è quello esecutivo, che non ha la funzione di accertare e decidere su una *res litigiosa*, ma solo di porre in esecuzione un titolo già costituito. La sentenza passata in giudicato, quale titolo esecutivo, in altri termini, **opera come un fatto**, come operano il titolo di credito e l'atto notarile e in tale senso l'indagine sul contenuto e sulla efficacia di tale titolo da parte del giudice dell'opposizione costituisce interpretazione affidata al giudice del merito incensurabile in cassazione ove la motivazione sia immune da vizi logici e giuridici.

Cass., 23 gennaio 2004, Sez. III, n. 1168, in *Guida al Diritto*, n. 11/04, pag. 74.

- In tema di **procura alle liti**, ove il mandato sia conferito a **più difensori**, ciascuno di essi è **autonomamente legittimato** alla sottoscrizione dell'atto introduttivo del giudizio in assenza di un'espressa volontà delle parti circa il carattere congiuntivo del mandato stesso, con conseguente esclusione di ogni profilo di nullità dell'atto dovuto all'eventuale mancanza della firma degli altri difensori. Il mandato alle liti conferito a più difensori ne lascia presumere il carattere disgiunto, laddove, invece, il carattere congiunto deve inequivocabilmente emergere dalla manifestazione di volontà della parte.

Cass., 9 dicembre 2003, n. 18741, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 11/03, pag. 1640.

- Qualora l'originario attore riconosca il fondamento dell'eccezione di difetto di legittimazione attiva, dedotta dalla parte convenuta, e chieda di essere estromesso dal giudizio, si ha una **rinunzia all'azione**, disciplinata dall'art. 306 c.p.c., che può dar luogo non ad estromissione dal giudizio ma all'estinzione del giudizio stesso, in caso

di accettazione da parte del convenuto e previa offerta di rimborso delle spese di giudizio; **estromissione, ex art. 109 c.p.c.**, ricorre invece nella diversa ipotesi in cui due o più soggetti richiedano l'adempimento di una stessa obbligazione nei confronti di una medesima persona, che non contesti di dovere la prestazione, ma si dichiari disponibile ad eseguirla in favore di chi risulterà averne diritto all'esito del giudizio.

E' inammissibile l'istanza proposta in appello volta all'ammissione di una prova testimoniale dalla quale la parte è già stata dichiarata decaduta in primo grado (nel caso di specie, per mancanza di una tempestiva indicazione dei testi), non vertendosi in una ipotesi di prova nuova ex art. 345 c.p.c.. (non massimata).

Cass., 28 novembre 2003, Sez. III, n. 18228, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 11/03, pag. 1600.

• Per le controversie di competenza del **giudice di pace**, la regola di **decisione secondo equità** per le cause di valore entro i milletrecento euro, prevista dall'art. 7 c.p.c. (come riformato dall'art. 1 d.l. n. 18/2003, conv. in l. n. 63/2003), **vale soltanto per le cause decise in base al criterio del valore**, con la conseguenza che, se una causa relativa all'accertamento dell'obbligo del terzo (per la quale sussiste la competenza funzionale del giudice unico del tribunale) è portata alla cognizione del giudice di pace e la questione di competenza è rimasta preclusa ai sensi dell'art. 38 c.p.c., la regola decisionale sarà in ogni caso secondo diritto e non secondo equità, anche se riguardante una causa di valore non eccedente milletrecento euro, sicché, essendo proponibile solo l'appello, è inammissibile il ricorso per cassazione.

Cass., 12 novembre 2003, Sez. I, n. 17016, in *Guida al Diritto*, n. 12/04, pag. 50.

• Ove si assuma che una parte abbia provveduto all'**illegittima iscrizione di ipoteca giudiziale** ai danni dell'altra **in virtù di provvedimento presidenziale di separazione dei coniugi**, la domanda diretta all'accertamento della responsabilità processuale aggravata di questa, a causa della operata iscrizione, nonché al risarcimento dei danni, ai sensi dell'articolo 96, comma 2 del c.p.c, deve essere proposta **innanzi allo stesso giudice** chiamato a pronunciarsi sulla illegittimità dell'iscrizione, trattandosi di competenza esclusiva e inderogabile e senza che sia possibile limitare la richiesta a una condanna generica.

Trib. Napoli, 16 ottobre 2002, in *Rivista dell'Esecuzione Forzata*, n. 4/03, pag. 840, con nota di Alessandro Rocchi.

• **L'integrazione dell'istanza di vendita** nel pignoramento immobiliare, compiuta nel termine perentorio ai sensi dell'art. 567, comma 2 c.p.c., ma con **documentazione non idonea** allo scopo, determina **l'estinzione della procedura esecutiva**, dovendosi equiparare l'ipotesi di allegazione incompleta all'omissione *tout court* della stessa.

In tal senso, l'indagine d'ispezione ipocatastale deve estendersi, almeno, al primo atto di acquisto anteriore al ventennio che precede la trascrizione del pignoramento immobiliare.

Costituisce altresì elemento indispensabile dell'allegazione (e comunque non surrogabile a mezzo di certificato sostitutivo notarile), la certificazione di destinazione urbanistica, se richiesta ai sensi dell'art. 18, comma 2, l. n. 47/1985.

Trib. Torino, 6 marzo 2002, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, n. 1/04, II, pag. 74, con nota di Gioacchino La Rocca.

• In ipotesi di **pignoramento del credito**, il trasferimento mediante **bonifico** delle somme pignorate è inopponibile al creditore precedente se il terzo debitore non prova che l'accredito sul conto del destinatario è avvenuto prima della notifica del pignoramento allo stesso terzo debitore.

* * *

OSSERVATORIO

ESECUZIONI IMMOBILIARI

L'ESPROPRIAZIONE FORZATA DEI BENI IN COMUNIONE LEGALE TRA I CONIUGI.

Benché di non recentissima emissione, segnaliamo ai lettori di *Iusletter* una sentenza del Tribunale di Bari, 18 dicembre 2001 (in Rivista dell'Esecuzione Forzata, n. 2/02, pag. 298) sulla legittimazione del **creditore personale del coniuge ad espropriare il bene oggetto della comunione legale** di pertinenza di quest'ultimo. Prima di analizzare in concreto la sentenza di cui sopra, è opportuno premettere alcuni brevi cenni sulla **differenza tra comunione legale e comunione ordinaria**. Come infatti affermato dalla Corte Costituzionale (sent. n. 311, 17 marzo 1988 in *Il Foro Italiano*, 1990, I, pag. 2146), nella **comunione ordinaria** le quote sono oggetto di diritto individuale dei singoli partecipanti (art. 2825 c.c.) e delimitano il potere di disposizione di ciascuno sulla cosa comune (art. 1103 c.c.), mentre ciò non si verifica nella comunione legale nella quale i coniugi non sono individualmente titolari di un diritto sulla quota, bensì solidalmente titolari di un diritto avente ad oggetto i beni della comunione. Dispone l'art. 189, comma 2 c.c. che *"i creditori particolari di uno dei coniugi, anche se il credito è sorto anteriormente al matrimonio, possono soddisfarsi in via sussidiaria sui beni della comunione, fino al valore corrispondente alla quota del coniuge obbligato. Ad essi, se chirografari, sono preferiti i creditori della comunione"*.

La quota nella comunione legale ha, pertanto, solo la funzione di stabilire la misura entro cui i beni della comunione possono essere aggrediti dai creditori particolari, e la proporzione in cui, sciolta la comunione, l'attivo e il passivo saranno ripartiti tra i coniugi e i loro eredi (art. 194 c.c.). Corollario al principio di indisponibilità della quota nella comunione legale deriva **l'inespropriabilità da parte del creditore personale del coniuge della quota di pertinenza di quest'ultimo**, in quanto se si ammettesse l'espropriazione della quota si giungerebbe alla sostituzione del coniuge con un terzo estraneo al rapporto coniugale, quale sarebbe l'aggiudicatario della quota escussa. Se la comunione legale non può, alla luce di quanto appena esposto, conciliarsi con l'espropriabilità della quo-

ta, la stessa non è da ritenersi conciliabile neppure con la divisione prevista dall'art. 601 c.p.c., stante la tassatività dei casi di scioglimento disposti dall'art. 191 c.c. tra i quali non figura l'espropriazione forzata.

In considerazione di ciò, si è quindi, sostenuto che il creditore personale del coniuge **può solo espropriare l'intero bene in comunione legale** e che ciononostante la comunione legale sopravviva sui beni residui in parti uguali tra i coniugi. Di conseguenza, se il bene oggetto dell'espropriazione forzata costituisce l'unico bene della comunione legale (ovvero se il valore del medesimo è superiore alla metà del valore complessivo dei beni in comunione legale), quest'ultima sopravvive in parti uguali tra i coniugi sulla metà del ricavato della vendita.

Se invece, il bene oggetto dell'espropriazione forzata è di valore inferiore alla metà del valore complessivo dei beni in comunione legale, l'intero ricavato della vendita è destinato all'espropriazione forzata, mentre la comunione legale sopravvive sui restanti beni in parti uguali tra i coniugi.

Si deve pertanto concludere nel senso che oggetto dell'azione esecutiva deve essere l'intero bene comune e non la quota indivisa. Nella sentenza in esame il Giudice di Bari ritiene, coerentemente a quanto in precedenza esposto, che la comunione legale (in quote uguali) sopravviva sulla metà del ricavato della vendita ovvero sui restanti beni non oggetto di espropriazione forzata. Da ciò deriva che il coniuge non debitore sia terzo responsabile per debito altrui e che il creditore sia tenuto a soddisfarsi sui beni della comunione, nei limiti dell'art. 189, comma 2 c.c., nelle forme dell'espropriazione contro il terzo proprietario ai sensi degli artt. 602-604 c.p.c.. Di conseguenza il pignoramento e gli atti dell'espropriazione forzata si compiono anche nei confronti del coniuge non debitore al quale si applicano tutte le disposizioni relative al debitore, tranne il divieto di formulare offerte all'incanto di cui all'art. 579, comma 1 c.p.c..

A conferma della legittimità dell'interpretazione offerta dal Tribunale di Bari si pone l'art. 192, comma 2 e 4 c.c., allorché prevede l'obbligo del coniuge debitore di rimborsare alla comunione il valore dei beni aggrediti dal creditore personale del coniuge, obbligo che può essere coattivamente eseguito solo al momento dello scioglimento della comunione. Tale disciplina presuppone necessariamente che, all'esito del soddisfacimento coatto da parte del creditore personale del coniu-

ge ai sensi dell'art. 189 c.c., la comunione legale sopravviva in parti uguali tra i coniugi.

All'orientamento espresso da tale sentenza si stanno adeguando alcuni giudici milanesi i quali, sempre più frequentemente nel corso della procedura esecutiva immobiliare, richiedono l'estratto di matrimonio dei debitori esecutati al fine di valutare se tali soggetti siano in comunione legale e se sia pertanto espropriabile l'intero bene. (i.r.)

* * *

MERCATI FINANZIARI

SULLA C.D. GESTIONE SURRETTIZIA DI PORTAFOGLI DI INVESTIMENTO DA PARTE DI PROMOTORI FINANZIARI, di Andrea Tucci, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, n. 1/04, II, pag. 16.

L'Autore commenta la sentenza della **Corte di Cassazione, 20 marzo 2003, n. 4081** (per la cui massima si rimanda a *Iusletter* n. 21, Sezione Giurisprudenza).

La Cassazione ha confermato una decisione del Tribunale di La Spezia, che aveva annullato i **provvedimenti sanzionatori** pronunciati dalla Consob **nei confronti di tre promotori finanziari, "rei"** di avere sostanzialmente gestito il patrimonio dei propri clienti, in assenza di qualsiasi autorizzazione ed in violazione delle norme imperative di settore.

Le differenti valutazioni della Consob e della Suprema Corte dipendono dall'individuazione della sottile linea di demarcazione che corre tra la fattispecie della **"gestione su base individuale di portafogli di investimento"**, quale servizio di investimento attualmente previsto e disciplinato dall'art. 1, n. 5, lett. d del TUF, e la figura della **consulenza in materia finanziaria**, che ogni promotore non può non fornire ai clienti in occasione della propria attività istituzionale di offerta fuori sede di prodotti e strumenti finanziari.

In particolare, la Corte di Cassazione ha chiarito che elementi essenziali della gestione patrimoniale, al di là delle differenze lessicali riscontrabili nella normativa comunitaria ed in quella nazionale, sono da ritenersi: (i) l'esistenza di un mandato conferito *ad hoc* dal cliente; (ii) la discrezionalità lasciata all'intermediario circa la scelta degli investimenti da effettuare.

Secondo la Cassazione, qualora il promotore si limiti a suggerire al cliente, tra un ventaglio di diverse possibilità, alcuni investimenti, lasciando a questi la decisione finale circa l'operazione da

effettuare, tale attività non integrerebbe gli estremi della fattispecie della gestione patrimoniale, ma quelli della mera consulenza.

La Consob attribuisce invece grande rilevanza alla circostanza della contemporanea esecuzione, da parte di un promotore, di numerose operazioni identiche a favore di diversi clienti: criterio che non viene condiviso dal Giudice di legittimità, in quanto la conclusione pressoché contestuale di operazioni dal contenuto analogo da parte di più investitori potrebbe anche semplicemente dimostrare la correttezza dell'operato del promotore, che ha consigliato ai clienti gli investimenti più corretti in relazione all'andamento del mercato in un dato momento e alle caratteristiche degli investitori. (f.m.)

* * *

SULL'ABUSIVA ATTIVITÀ DI RACCOLTA DEL RISPARMIO PRESSO I SOCI SVOLTA DA UNA SOCIETÀ COOPERATIVA FINANZIARIA, di N. De Giorni, in *Il Foro Italiano*, n. 2/04, I, pag. 628.

L'Autore commenta una sentenza del Tribunale di Gela del 6 giugno 2003, per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza.

Una società cooperativa finanziaria aveva concluso alcuni contratti di finanziamento con i propri soci, in spregio alle disposizioni di cui all'art. 11 del Testo Unico Bancario (che vieta la raccolta del risparmio tra il pubblico a soggetti diversi dalle banche) e al punto 1 della deliberazione del Ccir del 3 marzo 1994 (che vieta espressamente alle società cooperative finanziarie la raccolta di risparmio presso i soci).

I soci avevano quindi agito per far valere gli impegni assunti dalla Cooperativa con i suddetti contratti di finanziamento, ottenendo un decreto ingiuntivo a carico della società.

La Cooperativa ha proposto opposizione, eccependo, in particolare, la nullità dei contratti per violazione delle disposizioni sopra ricordate, ritenute inderogabili.

Nella pronuncia in commento – sostanzialmente condivisa dal Commentatore -, il Tribunale di Gela, discostandosi da un precedente orientamento, ha ritenuto che i contratti di finanziamento dovessero considerarsi pienamente validi ed efficaci, pur se conclusi in violazione del TUB e della delibera Ccir, sulla base delle seguenti considerazioni:

- un'attività imprenditoriale illegale non comporta di per sé la nullità di tutti gli atti compiuti nell'esercizio della stessa, fatte salve le eventuali sanzioni penali ed amministrative;

- la contrarietà ad una norma imperativa non comporta necessariamente – contrariamente a quanto porterebbe la piana lettura dell'art. 1418 c.c. – la nullità del contratto. (f.m.)

* * *

DIRITTO SOCIETARIO

LA CIRCOLAZIONE DI AZIONI E QUOTE DI SOCIETÀ DI CAPITALI, di Salvatore Mariconda, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 3/04, pag. 41.

L'Autore delinea alcune delle più rilevanti novità in materia di circolazione delle partecipazioni in società di capitali, con particolare riguardo al rapporto tra il trasferimento della partecipazione e la vicenda concernente l'esercizio dei diritti sociali (amministrativi e patrimoniali).

- In tema di partecipazioni azionarie la norma di riferimento è senz'altro **l'art. 2355 c.c.** a mente del quale la cessione delle azioni è immediatamente efficace tra le parti. Infatti (i) **l'esercizio dei diritti sociali è consentito a prescindere dall'avvenuta iscrizione del trasferimento nel libro soci.** Adempimento questo che – nella previgente disciplina – costituiva, invece, la *condicio sine qua non* per l'esercizio dei diritti sociali. (ii) **Il trasferimento di azioni nominative** consente quindi al giratario legittimato in base ad una serie continua di girate l'esercizio delle prerogative patrimoniali ed amministrative connaturate alla sua partecipazione.

* * *

I tre sistemi per regolare la circolazione delle partecipazioni.

La società può scegliere fra tre possibili sistemi di circolazione delle partecipazioni, infatti potrà:

1. **emettere titoli che circoleranno secondo le regole generali dei titoli di credito.** L'art. 2355 codifica, ora anche per le società, quanto già previsto **dall'art. 2003, comma 1 c.c.**, per i titoli al portatore - consegna del titolo - e **dall'art. 2022 c.c.**, per i titoli nominativi -

trasferimento mediante girata autenticata e il diritto del cessionario di ottenere l'iscrizione nel libro soci in base ad una serie continua di girate;

2. **non emettere titoli con la conseguente operatività della disciplina prevista dall'art. 2355, comma 1 c.c..** In questa ipotesi resta ferma tra le parti la piena efficacia ed operatività del trasferimento perfezionatosi attraverso il semplice consenso; ai fini dell'iscrizione del cessionario nel libro soci dovrà poi essere prodotta alla società emittente la documentazione comprovante l'avvenuto trasferimento nelle forme richieste. Tale documentazione potrà consistere, oltre che nel titolo del trasferimento, anche in una dichiarazione congiunta di cedente e cessionario che attesti l'avvenuto trasferimento della partecipazione;

3. **affidarsi ad una circolazione intermedia attraverso la registrazione contabile dei diversi trasferimenti operata da un sistema di gestione centralizzato** (analoga a quella prevista in tema di azioni dematerializzate). In tal caso la scritturazione sul conto tenuto dall'intermediario equivale alla girata e legittima l'esercizio dei diritti sociali da parte del cessionario.

La nuova disciplina dunque risolve definitivamente l'inconveniente della sospensione dei diritti sociali, per le azioni trasferite, nel periodo di interregno tra la cessione e l'iscrizione della cessione nel libro soci (che oggi mantiene una funzione esclusivamente storica ed informativa) e - giusta quanto previsto **dall'art. 2370 c.c. – rende facoltativo il deposito delle azioni presso la sede sociale prima della partecipazione all'assemblea.**

* * *

Libera trasferibilità delle quote di s.r.l..

L'art. 2469 c.c. conferma il principio generale di libera trasferibilità per atto tra vivi e a causa di morte delle quote di s.r.l., salva contraria disposizione dell'atto costitutivo.

Restano fermi i principi dettati dalla legge n. 310/1993 e i conseguenti adempimenti di carattere pubblicitario demandati al notaio per i trasferimenti delle quote.

Inoltre **l'annotazione sul libro soci, a differenze che nelle S.p.a., resta il presupposto per l'esercizio dei diritti sociali.**

Contrariamente che in passato **il momento dell'iscrizione della cessione nel Registro delle imprese diviene il criterio discrezionale per determinare chi prevale tra più acquirenti della medesima quota.**

La priorità spetterà, infatti, (i) sulla base del dato oggettivo **all'anteriorità dell'iscrizione** – da intendersi quale deposito presso il competente Registro delle imprese della documentazione necessaria - accompagnata (ii) sotto il profilo soggettivo dalla **buona fede dell'acquirente** (che è comunque presunta).

Degno di nota sul punto il rilievo ermeneutica che dovrebbe colmare quella che a prima vista pare essere una svista del legislatore: ovvero *quid iuris* per l'ipotesi che il cessionario acquisti in buona fede, ma venga poi a conoscenza, prima di effettuare l'iscrizione sul Registro delle imprese, dell'acquisto altrui. In tal caso, infatti, l'acquirente non sarebbe in buona fede al momento dell'iscrizione, ma tenuto conto che al momento dell'atto della cessione ignorava l'acquisto altrui, apparirebbe ugualmente meritevole di tutela.

Pegno, usufrutto e sequestro di quota di s.r.l.

Altra novità di rilievo è quella prevista dall'**art. 2471-bis** c.c. che prevede che la **quota di s.r.l. può essere oggetto di pegno, usufrutto e sequestro**.

Tale norma richiama l'**art. 2352** in tema di s.p.a. per la disciplina del diritto di voto e di opzione relativi a quote oggetto di pegno o di usufrutto.

Per quanto riguarda i meccanismi costitutivi di tali diritti essi sono analoghi a quelli concernenti la cessione: l'atto di costituzione del diritto di pegno o di usufrutto - autenticato dal notaio - dovrà essere iscritto nel Registro delle imprese; il creditore pignoratizio o l'usufruttuario otterranno quindi l'iscrizione nel libro soci che, come detto, costituisce il presupposto per l'esercizio dei diritti sociali a tali soggetti riconosciuti attraverso il richiamo all'art. 2352 c.c..

Diritti al socio per l'amministrazione della società e la percezione degli utili.

In tema di trasferimento delle quote di s.r.l. merita poi particolare attenzione la previsione dell'**art. 2468, comma 3 che consente che al singolo socio vengano attribuiti particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società e la percezione degli utili**.

Quale è dunque la sorte di tali diritti nell'ipotesi di trasferimento della partecipazione alla quale essi accedono?

Nonostante l'impronta fortemente personalistica che caratterizza il tessuto della nuova s.r.l. e che suggerirebbe una soluzione restrittiva ovvero la non acquisibilità di tali diritti in capo al terzo cessionario, da un punto di vista tecnico non esiste alcun divieto al trasferimento di tali partecipazioni

fornite dei particolari diritti in parola. Tanto meno si può sostenere che la quota circoli separatamente dai diritti che le sono connessi.

Sembra perciò che l'unica possibilità di evitare la circolazione di tali partecipazioni - unitamente ai diritti particolari - sia quella di introdurre pattizamente nello statuto delle previsioni *ad hoc* che ne regolino le vicende traslative. (p.a.)

* * *

LA NUOVA DISCIPLINA DELL'EMISSIONE DI TITOLI DI DEBITO NELLE S.R.L., di Daniele Fico, *Diritto e Pratica delle Società*, n. 5/04, pag. 33.

L'Autore dell'articolo in commento si occupa di delineare sinteticamente i punti cruciali concernenti l'emissione di obbligazioni, possibile ora anche per le srl, analogamente a quanto già stabilito per le Spa dall'art. 2410 c.c., **laddove tale facoltà sia espressamente prevista nell'atto costitutivo**.

I titoli di debito di cui all'art. 2483 c.c. sono considerati valori mobiliari – ai sensi dell'art. 129 Tub – il cui **rapporto sottostante la loro emissione è un contratto di mutuo attraverso il quale** è consentito alla società di ricorrere al capitale di terzi.

Ecco in sintesi gli elementi caratterizzanti questo nuovo strumento finanziario:

- Si tratta di titoli di massa ovvero rivolti ad una pluralità di sottoscrittori;
- L'atto costitutivo deve:
 1. **indicare a chi spetti la competenza all'emissione dei titoli di debito, ponendo, infatti, la scelta ricadere** alternativamente sull'assemblea dei soci oppure sull'organo amministrativo;
 2. determinare i limiti quantitativi e le modalità di emissione dei titoli nonché le maggioranze necessarie per assumere la decisione;
 3. la tipologia di titoli di debito emettabili. Si ritiene, infatti, ammissibile l'emissione di **titoli postergati, con diritto alla restituzione subordinato** al soddisfacimento degli altri creditori sociali, nonché di **titoli di debito indicizzati, rispetto ai quali i tempi e l'entità del rimborso sono parametrati all'andamento economico della società**.
- **Non è ammissibile l'emissione di titoli di debito convertibili** in partecipazioni sociali.

In caso contrario, infatti, si violerebbe il divieto che le quote siano oggetto di sollecitazione all'investimento;

- La decisione di emissione dei titoli di debito deve determinare le **caratteristiche del prestito, ovvero condizioni, modalità del rimborso, misura degli interessi** etc.;

- L'atto costitutivo può prevedere, per la successiva modifica delle condizioni di prestito, il consenso della maggioranza dei possessori dei titoli (art. 2483, comma 3 del c.c.). A tal fine i soci possono prevedere **l'istituzione di un'apposita assemblea speciale dei possessori dei titoli di debito, precisando: (i) la materia su cui l'assemblea speciale è chiamata a deliberare** (per esempio: modalità di nomina e di revoca del rappresentante comune, modifica delle condizioni di prestito); (ii) le norme di funzionamento dell'assemblea speciale;

- Per quanto riguarda la loro circolazione l'art. 2483, comma 2 del c.c. prevede **che i titoli emessi possono essere sottoscritti esclusivamente da "investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciall"**. In caso di successivo trasferimento, l'alienante risponde della solvenza della società nei confronti degli acquirenti, ad eccezione dell'ipotesi in cui gli acquirenti siano investitori professionali oppure soci della stessa società emittente. (p.a.)

* * *

INTELLECTUAL PROPERTY AND INFORMATION TECHNOLOGY

LA NUOVA DIRETTIVA SUL RISPETTO DEI DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE.

Il 19 aprile 2004 è stata **approvata** in via definitiva la **proposta di direttiva** presentata dalla Commissione Europea in materia di rispetto dei **diritti di proprietà intellettuale** (*IP Enforcement*). Tale Direttiva concerne le misure, le procedure e i mezzi di ricorso necessari ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, intendendosi come tali anche i c.d. diritti di proprietà industriale.

Questa iniziativa si inserisce in un più ampio contesto di **armonizzazione degli ordinamenti**

dei singoli Stati membri in materia di diritti di proprietà intellettuale, onde favorire la libera circolazione nel mercato interno ed evitare l'indebolimento del diritto sostanziale della proprietà intellettuale e la frammentazione del mercato interno, dovuti ad una perdita di fiducia degli operatori economici nei confronti del mercato interno, con conseguente riduzione del volume degli investimenti.

La Direttiva **non** si propone invece di **armonizzare** le diverse normative **in materia di cooperazione giudiziaria, di competenza giurisdizionale, di riconoscimento e di esecuzione delle pronunce in materia civile e commerciale, né di occuparsi della legge applicabile**. Essa non incide altresì sull'applicazione delle regole in materia di concorrenza (artt. 81 e 82 Trattato CE).

La Direttiva, inoltre, andando oltre gli accordi TRIPs (approvati dal Consiglio con decisione 94/800/CE), i quali stabiliscono delle disposizioni volte a garantire il rispetto di standard giuridici minimi in materia di diritti di proprietà intellettuale negli scambi commerciali, affronta diversi temi processualmente rilevanti per garantire una tutela effettiva dei diritti oggetto della Direttiva. Tale direttiva infatti non ha per oggetto il diritto sostanziale della proprietà intellettuale.

Ai sensi della presente Direttiva, gli Stati membri sono tenuti, entro due anni dalla data di adozione, a definire le misure, le procedure e i mezzi di ricorso necessari ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, i quali dovranno ispirarsi a criteri di lealtà, equità, semplicità ed economicità. Occorre sottolineare come legittimati attivamente a chiedere l'applicazione delle misure, delle procedure e dei mezzi di ricorso, di cui in Direttiva, siano, oltre al titolare del diritto, il suo licenziatario e le società di gestione collettiva dei diritti, ciascuno in conformità della legge applicabile, anche *"gli organi di difesa professionali regolarmente conosciuti come aventi la facoltà di rappresentare i titolari dei diritti di proprietà intellettuale"*, in altre parole, le associazioni di categoria.

Per quanto riguarda le **misure provvisorie e cautelari** le competenti autorità giudiziarie possono, su richiesta dell'attore, emettere *"ingiunzioni interlocutorie"* volte a prevenire violazioni dei diritti o a vietare provvisoriamente il proseguimento di dette violazioni, disponendo, se del caso, una pena pecuniaria reiterabile, sia nei confronti dell'asserito contraffattore, sia, giova notarlo, nei confronti dell'intermediario i cui servizi sono utilizzati da terzi per violare un diritto di proprietà intellettuale. Analogamente è possibile ottenere il sequestro o la consegna dei beni sospettati, oltre al sequestro conservativo dei beni del responsabile, ivi compreso il suo conto in banca, a garanzia della sua solvibilità. Queste misure possono essere subordinate alla prestazione di

una cauzione o di una garanzia per il ristoro di eventuali danni patiti dal soggetto colpito dall'ingiunzione o dal sequestro.

A seguito della decisione sul merito, ove accertante l'avvenuta violazione dei diritti tutelati, sono ammesse **misure "correttive"** che possono ricomprendere il ritiro dei prodotti contraffattori dal circuito commerciale, l'esclusione definitiva dai circuiti commerciali o la loro distruzione. Gli Stati Membri devono altresì assicurare che in presenza di una decisione giudiziaria che abbia accertato una violazione le autorità giudiziarie possano emettere nei confronti del responsabile un'ingiunzione diretta a vietare il proseguimento della violazione, ingiunzione il cui mancato rispetto può anche condurre al pagamento di una pena pecuniaria reiterabile. Queste misure possono non venire applicate a fronte di un indennizzo pecuniario laddove la sentenza di condanna accerti tuttavia il difetto di dolo e di negligenza (*rectius*: colpa) e l'applicazione di dette misure sia suscettibile di cagionare un danno sproporzionato. Il risarcimento dei danni dovrà essere liquidato avendo riguardo a tutte le conseguenze economiche patite dal titolare del diritto, ivi compreso un eventuale danno morale. In alternativa il Giudice sarà libero di liquidare una somma forfettaria in base ad elementi desunti *aliunde* ma senza scendere al di sotto della somma che il contraffattore avrebbe comunque dovuto corrispondere per ottenere una licenza per l'uso dei diritti in questione. Le spese giudiziarie seguiranno la soccombenza. Una novità rispetto ai TRIPs (ma non per il diritto italiano) è la possibilità di ottenere la pubblicazione della sentenza, secondo modalità adeguate. Resta in ogni caso ferma la facoltà per ciascuno Stato membro di applicare altre appropriate sanzioni per le violazioni in esame. Con questa generica disposizione si supera il dibattito, molto acceso, che si era scatenato a seguito dell'introduzione, nella prima versione della proposta di direttiva, dell'obbligo per gli Stati membri di prevedere sanzioni penali per i contraffattori. Analogamente ai TRIPs, si è preferito porre uno standard minimo di tutela, con piena libertà per gli Stati membri di elevare il grado di protezione dei suddetti diritti, anche con misure penali. (p.a.)

* * *

CONCILIAZIONE E "ADR"

LA CONCILIAZIONE IN MATERIA SOCIETARIA.

La legge n. 366 del 3 ottobre 2001, con la quale il Parlamento ha delegato il Governo ad adottare una **riforma organica della disciplina delle società di capitali e cooperative**, ha disposto, all'art. 12, che l'organo esecutivo dovesse anche emanare una nuova normativa diretta ad assicurare una più **rapida ed efficace definizione dei procedimenti** in tutte le materie riguardanti il diritto societario, ivi comprese le controversie relative al trasferimento delle partecipazioni sociali ed ai patti parasociali.

Con lo stesso art. 12, il legislatore aveva già previsto, oltre alla possibilità per il giudice di operare un tentativo preliminare di conciliazione, una maggior estensibilità del ricorso all'arbitrato e la prospettazione di **nuove forme di conciliazione** anche dinanzi ad organismi istituiti da enti privati, opportunamente regolamentati. La portata innovativa di queste previsioni, per ciò che concerne il fenomeno conciliativo, è di assoluto rilievo.

La procedura di conciliazione prevista e disciplinata agli artt. nn. 38, 39 e 40 del d.lgs. n. 5/2003 (entrata in vigore: 1° gennaio 2004), ricade quindi senz'altro nell'ambito della conciliazione stragiudiziale e la si può ragionevolmente definire come una **conciliazione extraprocessuale amministrata**, "*esterna*" al processo e priva di ogni collegamento con esso (se non a livello di valutazione dei risultati della mancata conciliazione).

Tra gli aspetti positivi della riforma in parola, è senza dubbio da lodare l'inversione di tendenza espressa nella scelta tra **conciliazione obbligatoria e facoltativa**: il legislatore si è pronunciato – finalmente – a favore di quest'ultima, nonostante in precedenza numerosi interventi sul punto, avessero già introdotto la conciliazione nella sua forma obbligatoria (con risultati non esaltanti).

Altra felice scelta è stata quella di favorire la conciliazione amministrata da **enti "registrati"**, privilegiandola – essa soltanto – con la previsione dei meccanismi degli incentivi, di cui all'art. 39: impostazione questa che si traduce in un'indubbia opzione di garanzia, a condizione, però, che i meccanismi di selezione non siano eccessivamente stringenti per l'iniziativa privata, principale propulsore della risoluzione consensuale delle contro-

versie.

Le norme di apertura del Titolo VI del d. lgs. n. 5/2003 sono dedicate ai soggetti cui sarà demandata l'amministrazione delle procedure. Così il primo comma dell'art. 38 prescrive che "**gli enti pubblici o privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza, sono abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire un tentativo di conciliazione delle controversie nelle materie di cui all'art. 1 del presente decreto**". Non saranno pertanto gli enti in sé ad identificarsi con gli organismi, bensì quegli enti saranno abilitati, ove ne ricorrano i presupposti, ad istituire organismi di gestione delle conciliazioni. Saranno poi gli organismi ad essere "**iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della Giustizia**". Secondo la formulazione testuale dell'articolo, il controllo sulle "**garanzie di serietà ed efficienza**" sarà effettuato dagli enti fondatori degli organismi di gestione.

La previsione generica dei requisiti "**..che diano garanzie di serietà ed efficienza**", non consente di riconoscere la tipologia di enti, per cui si impone il rinvio al regolamento che il ministro è tenuto ad emanare. E' auspicabile, tuttavia, che sulla scelta degli enti, la normativa societaria in esame gli altri progetti di legge in cantiere, vengano ad uniformarsi, al fine di evitare le irragionevoli contraddizioni che allo stato si riscontrano. Basti pensare che il progetto di legge n. 2436, presentato alla Camera - On. Cola - che prefigura, tra i privati gestori, soggetti costituiti in forma di società per azioni, con capitale conferito per oltre il 50% da iscritti agli albi professionali di avvocati e dottori commercialisti ed, eventualmente, altre figure professionali. All'opposto, il progetto finale della Commissione Vaccarella (per la riforma del processo civile), nell'ambito della conciliazione delegata dal giudice (anch'essa stragiudiziale), ammette le organizzazioni private, ma solo a carattere non lucrativo.

Tutti i progetti concordano, invece, nel ricomprendere le Camere di Commercio tra gli enti autorizzati ad amministrare procedure non contenziose. Alla stessa stregua, anche il comma n. 2 dell'art. 38 in esame, riconosce *ex officio* il diritto ad ottenere l'iscrizione nel registro ministeriale alle Camere di Commercio che abbiano già costituito organismi di Conciliazione, ai sensi della legge n. 580/1993. Il successivo comma 3 al fine di valutare la serietà delle strutture di gestione, sulla base dell'organizzazione e della trasparenza delle procedure, dispone che l'organismo di conciliazione, che voglia ottenere l'iscrizione nel predetto registro, debba depositare, unitamente alla domanda, il proprio regolamento di procedura, con allegate le tabelle delle indennità spettanti agli organismi (per quelli costituiti da enti privati),

tabelle che devono essere approvate ai sensi del successivo art. 39, comma 3.

Nel prossimo numero, esamineremo la procedura di conciliazione prevista nell'art. 40. (p.v.)

* * *

BREVISSIME

Codici di condotta per i pagamenti.

Il Governatore della Banca d'Italia, con provvedimento del 24 febbraio 2004, ha definito un **decalogo** per aumentare la sicurezza e l'efficienza delle **transazioni monetarie**, indirizzato a banche, istituti di credito, finanziarie ed a tutti i gestori dei servizi e degli strumenti di pagamento. (s.d.)

* * *

Denuncia di smarrimento di assegno.

Chi denuncia di aver smarrito un assegno, che invece è stato consegnato in pagamento ad un altro soggetto, commette **calunnia**. Il principio è stato affermato dalla Corte di Cassazione, Sez. VI penale, con sentenza 9 febbraio 2004, n. 13912. (s.d.)

* * *

Cancellazione protesti.

La Corte Costituzionale, con ordinanza 23 febbraio – 2 marzo 2004, n. 84, ha confermato la legittimità delle disposizioni di legge che, in caso di pagamento del titolo entro 12 mesi dalla levata del protesto, consentono la **cancellazione del protesto medesimo solo per le cambiali** e non per gli assegni. (s.d.)

* * *

Semplificazione Iva per le banche.

Con D.M. n. 75, 12 febbraio 2004, è stato disposto che **le banche possano emettere le fatture**, a richiesta della controparte, **non solo dalla sede centrale**, ma anche dal centro elettrocontabile, dalle dipendenze e dai servizi e uffici. (s.d.)

* * *

Cancellazione del pignoramento immobiliare.

Il Garante, in una recente decisione, ha precisato che scopo della **normativa sulla privacy** è quello di **disciplinare il flusso di dati** e non quello di introdurre generalizzati diritti all'anonimato e alla segretezza. Pertanto, il cittadino non può abusare delle disposizioni sulla riservatezza per ottenere la cancellazione di regolari trascrizioni di pignoramento. (s.d.)

* * *

Termine di notifica delle multe.

La Suprema Corte, con sentenza 18 febbraio 2004, n. 3140, ha affermato che, in tema di sanzioni amministrative per **violazioni al codice della strada**, il **termine di 180 giorni** entro cui il Prefetto deve emettere l'ordinanza – ingiunzione deve essere inteso ai fini della sola **emissione** e non della notifica di tale atto. (s.d.)

* * *

Quantificazione del danno da parte degli arbitri.

La Corte di Cassazione, con sentenza dell'8 aprile 2004, n. 6931, ha stabilito che i **collegi arbitrali**, analogamente ai giudici, **possono liquidare il danno utilizzando criteri equitativi**, nell'ipotesi in cui manchi la prova dell'ammontare del pregiudizio o sia estremamente difficile quantificarne l'entità. (s.d.)

* * *

Link a sito illecito.

Il **provider non è responsabile del contenuto illecito del sito di terzi**, a cui sia collegato con un link, atteso che non sussiste nessun obbligo giuridico di verificare il materiale contenuto negli altri siti. Ciò è stato affermato dal Tribunale di Milano, sez. V penale, con sentenza 18 marzo 2004, n. 1993. (s.d.)

CONVEGNI

NEGOZIARE CON LE BANCHE ALLA LUCE DEL NUOVO ACCORDO DI BASILEA - Reggio Emilia, 8 aprile 2004 - Organizzato da IPSOA.

Partecipazione di:
Paolo Antonucci
(p.antonucci@lascalaw.com)
Materiale già disponibile per i clienti dello Studio.

* * *

SUBSTANTIVE PATENT LAW TREATY: ONE GLOBAL PATENT SYSTEM - DIRETTIVA EUROPEA SU "ENFORCEMENT OF IP RIGHTS" - Milano, 5 maggio 2004 - Organizzato da AICIPI ed AIPPI.

Partecipazione di:
Daniela De Pasquale
(d.depasquale@lascalaw.com);
Federico Morelli
(f.morelli@lascalaw.com).

* * *

INTELLECTUAL PROPERTY ENFORCEMENT: CURRENT PERSPECTIVES AND STRATEGIES IN USA - Milano, 20 aprile 2004 - Organizzato dal MIP Politecnico di Milano e dallo Studio Legale Clifford Chance.

Partecipazione di:
Federico Morelli
(f.morelli@lascalaw.com)
Materiale già disponibile per i clienti dello Studio.

* * *

LA GESTIONE DEI CREDITI DELLE PROCEDURE CONCORSUALI. ANALISI DELLE ESPERIENZE OPERATIVE E PROSPETTIVE DI SVILUPPO - Verona, 31 marzo 2004 - Organizzato da UGC Banca e dall'AEDBF.

Partecipazione di:
Giacomo Rigoni
(g.rigoni@lascalaw.com)

* * *

ENERGIA EOLICA - PROJECT FINANCING - Amburgo, 12 - 13 maggio 2004 - Organizzato da HAMBURG MESS und CONGRESS GMBH.

Il 12 ed il 13 di maggio, il nostro collega Fabio Gianisi (f.gianisi@lascalaw.com) ed alcuni colleghi di ELA, hanno partecipato alla Wind Energy Exhibition tenutasi in Germania, ad Amburgo, tra l'11 ed il 14 di maggio, in occasione della fiera internazionale del commercio. In tale occasione si sono incontrati oltre 400 protagonisti tra produttori, fornitori, investitori e consulenti per discutere le questioni principali connesse alla produzione di energia eolica in Europa. Durante le due giornate frequentate si sono tenuti numerosi convegni (con interventi di tecnici, analisti finanziari, rappresentanti di istituzioni pubbliche, ecc. ecc.) ognuno avente ad oggetto temi di primaria importanza per tale settore del mercato energetico sempre più oggetto di interesse. Tra i temi approfonditi sembra opportuno citare le questioni connesse al volume del mercato di produzione eolica in Italia, ai protagonisti del mercato, alle procedure autorizzative ed alla realizzazione di progetti *on* ed *off shore* in *project financing*. Su tale ultimo punto è emerso un forte interessamento per tale tipologia di investimenti da parte di investitori istituzionali, non solo internazionali, e fondi d'investimento.

* * *

INCONTRI A TEMA

Giovedì **15 luglio 2004** alle 17.00,
presso il nostro studio, in Milano, Corso
Magenta 42.

Partecipazione aperta a tutti i lettori di
Iusletter.

**“LE RECENTI PRONUNZIE DELLA
CORTE COSTITUZIONALE IN
MATERIA DI NOTIFICAZIONI.
COSA È CAMBIATO?”**

(R.S.V.P.)

* * *

COSE NOSTRE

NUOVE DALLO STUDIO

L'INGRESSO DELLO STUDIO NELLA EUROPEAN LEGAL ALLIANCE.

La Scala & Associati ha il piacere di comunicare il proprio ingresso in **European Legal Alliance**. Nuovo e prestigioso traguardo per lo Studio, questa scelta nasce dal desiderio di ampliare gli orizzonti professionali e di offrire ai propri clienti soluzioni specializzate anche a livello internazionale.

European Legal Alliance è **un'associazione internazionale di sette studi legali indipendenti** attivi rispettivamente in Inghilterra, Scozia, Irlanda, Germania, Francia, Spagna e Italia. Oggi ne fanno parte oltre 600 avvocati, dei quali 180 partners, specializzati nelle aree del diritto più strategiche per l'impresa.

L'ammissione in European Legal Alliance è riservata ad un solo studio legale per ogni paese europeo.

* * *

FINE STAGIONE AMARO PER I CALCIATORI DELLO STUDIO.

Dopo le luci e le ombre della parte iniziale delle *regular season*, la squadra di calcio di La Scala & Associati aveva bisogno di una primavera straordinaria per evitare l'esclusione dai *play off* del torneo "La Legge nel Pallone", al quale hanno partecipato ben 19 tra i più importanti studi legali italiani.

E' così è stato: dopo la sonante vittoria su Toffoletto (6-1) della quale si è raccontato nel precedente numero di Iusletter, i nostri valorosi pedatori sono stati sconfitti solo nel recupero contro Santamaria (5-7).

Poi tre vittorie consecutive nelle ultime tre giornate, contro Jonesday (9-3), McDermott (6-4) e Pirola, letteralmente schiantata dalla grande giornata del nostro attacco (12-3).

Ma anche quest'anno la migliore condizione, finalmente raggiunta al momento giusto, non è

bastata contro la sfortuna.

Il primo turno dei *play off* ci ha visto sconfitti da Baker (che nella stagione regolare era riuscita a pareggiare con noi solo all'ultimo minuto ed in superiorità numerica) per un solo gol di scarto (4-5): fine dei sogni di gloria.

Peccato: quest'anno la squadra - grazie soprattutto alle prove straordinarie di Pier Ponso (vicecapocannoniere del Torneo con ben 38 reti!) - ha vantato il secondo attacco del campionato per numero di gol realizzati (e se pure Faggella ha segnato 9 reti vuol dire che i moduli offensivi sono proprio azzeccati).

Ma la difesa, punto forte lo scorso anno, è stata assai meno efficiente, e i problemi del reparto arretrato sono stati aggravati dalla poca concentrazione di tutta la squadra in fase di copertura.

Un grazie però ai nostri "stranieri", che si sono alternati brillantemente nelle nostre fila e che hanno partecipato fraternamente alle nostre gioie e ai nostri dolori: Francesco Del Stabile, regista impareggiabile, il brillantissimo Fabrizio Romeo, gli inesauribili fratelli Monteleone e Leonardo Cammarata.

Anche a loro promettiamo (come al solito) che l'anno prossimo ... non ce ne sarà per nessuno! (g.l.s.)

* * *

BIBLIOTECA DI STUDIO: NUOVI ACQUISTI

- BORTOLUZZI A., *La riforma delle società. Aspetti applicativi*, UTET, 2004.

Il volume rappresenta un'approfondita analisi degli aspetti applicativi concernenti la nuova disciplina delle società di capitali.

- CAFARO R., PAGLIARO P., *L'accesso al credito*, GIUFFRÈ, 2004.

Nel testo sono analizzati i diversi aspetti legati alla problematica dell'accesso al credito, con particolare attenzione alla materia del trattamento dei dati personali e di tutela della privacy.

- DE ANGELIS L. (a cura di), *La società tra avvocati*, GIUFFRÈ, 2003.

L'opera rappresenta un'approfondita riflessione sui principi introdotti dal d.lgs n. 96, 2 febbraio 2001, il quale ha previsto la possibilità di costituire società tra professionisti e precisamente tra avvocati.

- PETTINARI A., *Le società di capitali unipersonali*, GIUFFRÈ, 2004.

Il testo offre una trattazione delle società di capitali unipersonali nei diversi aspetti civilistici e fiscali introdotti dalla riforma del diritto delle società.

- REBECCA G., SIMONI M., *Gli statuti delle nuove s.r.l.*, GIUFFRÈ, 2004.

Il testo offre un aggiornato panorama delle soluzioni adottabili in materia di redazione dello statuto di s.r.l. con particolare attenzione alle ampie possibilità "creative" introdotte dalla riforma del diritto societario.

- ROSSI M. L., *Il comportamento delle parti nel processo*, GIUFFRÈ, 2003.

Vademecum comportamentale dell'avvocato giudiziario corredato di utili consigli in tema di contegno e responsabilità affermatesi nella prassi civilista.

* * *

In questo numero la selezione delle riviste è aggiornata ai numeri ricevuti sino al 17 maggio 2004:

Banca Borsa e Titoli di Credito, n. 1/2004;
Banche e Banchieri, n. 4/2003;
Contratto e Impresa, n. 3/2003;
Contratto e Impresa/Europa, n. 2/2002;
Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali, n. 4/2002;
Diritto dell'Informazione dell'Informatica, n. 5/2003;
Diritto e Giustizia (supplemento), n. 40/2003;
Diritto e Pratica delle Società, n. 7/2004;
Famiglia e Diritto, n. 2/2004;
Giurisprudenza Commerciale, n. 1/2004;
Giurisprudenza Milanese, n. 4/2004;
Giustizia a Milano, n. 11/2003;
Giustizia Civile, n. 1/2004;
Guida al Diritto, n. 17/2004;
I Contratti, n. 3/2004;
Il Corriere Giuridico, n. 1/2004;
Il Diritto Fallimentare, n. 5/2003;
Il Fallimento, n. 2/2004;
Il Foro Italiano, n. 2/2004;
Il Massimario del Foro Italiano, n. 11/2003;
Int'l Lis, n. 1/2004;
Le Nuove Leggi Civili e Commentate, n. 5/2003;
Rivista delle Aste Giudiziarie, n. 138/2003;
Rivista dell'Esecuzione Forzata, n. 4/2003;
Rivista delle Società, n. 5/2003.

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

Massimario del Foro Italiano.

Questo numero è aggiornato alla **sentenza n. 19869 del 30 dicembre 2003** (n. 11/2003 - fasc. n. 21-22).

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 maggio 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
Paolo A. Faraone
Massimo Lattuada
Francesco Mocci
Isabella Rago
Flora Schiavenato
Valentina Zanelli

Segreteria di Redazione

Cristiana Cianfagna

Viene distribuita gratuitamente

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

In copertina: Ravenna, Basilica di San Vitale,
l'imperatore Giustiniano (particolare).