

IUSLETTER

INFORMAZIONE ED AGGIORNAMENTO GIURIDICO A CURA DI
LA SCALA & ASSOCIATI – STUDIO LEGALE
 MILANO - TORINO - VICENZA - PADOVA - VERONA - MANTOVA
www.lascalaw.com

COPIA PER

IN QUESTO NUMERO

ATTUALITA' NORMATIVE

- Approvata la legge di conversione sul contributo unificato.
- Nuove norme in materia di cancellazione dagli elenchi dei protesti cambiari.

DOTTRINA: LETTURE E ORIENTAMENTI

- Clausole vessatorie: direttiva comunitaria e prassi italiana.
- Commercio elettronico: profili giuridici nella conclusione dei contratti "on-line".
- Predisposizione e "scambi senza accordo" nei contratti bancari.
- Lettere di "patronage" impegnative e responsabilità del "patronnant".
- La fideiussione a termine nello scoperto di conto corrente.
- Note minime sul criterio della cosiddetta prevalenza nella nozione di "piccolo imprenditore virtuale".
- Sull'efficacia probatoria dell'estratto conto del fallito nell'accertamento del passivo fallimentare.
- Il fallimento di ufficio.
- Termini preclusivi per la costituzione del curatore nella verifica del passivo.

- Revoca di rimesse bancarie e inefficacia del pagamento del terzo.
- L'esecutorietà della sentenza di condanna restitutoria *ex art. 67 l.f.*.
- Credito litigioso ed azione revocatoria ordinaria.
- Un interessante caso di pignoramento di certificati di deposito e di compensazione con il credito della banca.
- "Leveraged buy out": la posizione dei soci di minoranza.
- L'impatto della "Information and Communication Technology" su alcuni aspetti della disciplina e della prassi societaria.

GIURISPRUDENZA: SELEZIONE DELLE DECISIONI PIÙ RECENTI

- della Corte di Cassazione e dei giudici di merito.

OSSERVATORIO

* **Anatocismo:**

La suprema corte conferma il proprio orientamento contrario alla capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori.

* **Usura:**

Corte di Cassazione: violazione dei decreti ministeriali determinativi del tasso di riferimento e natura di interpretazione autentica del d.l. n. 394/2000.

* **Mercati finanziari:**

Esercizio dell'attività di consulenza in materia di strumenti finanziari da parte dei promotori.

LO SAPEVATE CHE ...

- Fondazioni: Bankitalia vigilerà sulle dismissioni delle partecipazioni di controllo nelle banche.
- Progetto di governo per gli indennizzi dovuti a seguito dei ritardi nei processi.
- Esecuzione dei crediti non contestati in Europa.
- Ultimatum UE per la riforma della Legge Fallimentare.
- Ancora non recepita la direttiva sul ritardo dei pagamenti.

CONVEGNI

- Partecipazione dello Studio a convegni – seminari – conferenze.
- Incontri a tema.

COSE NOSTRE

- Nuove dallo studio.
- Biblioteca di studio: nuovi acquisti.

κ κ κ

ATTUALITA' NORMATIVE

APPROVATA LA LEGGE DI CONVERSIONE SUL CONTRIBUTO UNIFICATO

La Camera dei Deputati nella seduta dell' 8 maggio scorso ha approvato il testo definitivo della **legge di conversione del d.l. 11 marzo 2002, n. 28**, recante modifiche all'art. 9 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, in materia di **contributo unificato** di iscrizione a ruolo dei procedimenti giurisdizionali civili, penali ed amministrativi.

L'introduzione del d.l. n. 28/02, resasi necessaria in seguito ai dubbi interpretativi relativi al citato testo di legge, aveva risolto le problematiche relative alle sanzioni di irricevibilità ed improcedibilità previste nel caso

di omesso od inesatto pagamento del contributo, ma aveva contemporaneamente introdotto l'obbligo, a fronte del precedente regime facoltativo, del pagamento del contributo anche per i procedimenti introdotti prima dell' 1 marzo 2002, data di entrata in vigore della l. 488/99.

Tale disposizione, oggetto di aspra contestazione da parte delle associazioni professionali forensi, è stata ora riformata, prevedendo il ritorno all'originario regime di facoltatività della l. n. 488/99, per cui **per gli atti delle cause iscritte a ruolo prima di tale data sarà possibile avvalersi ancora delle vecchie marche da bollo.**

La transitorietà del regime non è stata oggetto di modifica, per cui **non è previsto rimborso per quanto versato in più** rispetto alle modifiche del d. l. nel periodo compreso tra l' 1 ed il 13 marzo 2002.

NUOVE NORME IN MATERIA DI CANCELLAZIONE DAGLI ELENCHI DEI PROTESTI CAMBIARI (L. 18 AGOSTO 2000, N. 235)

Nel n. 9 di *Iusletter* abbiamo segnalato ai lettori le norme che introducono l'archivio informatico assegni, avente funzione sanzionatoria e di monitoraggio degli assegni e delle carte di pagamento irregolari. In questo numero trattiamo invece dell'**archivio informatico - registro protesti** (che trova la propria fonte nella l. 18 agosto 2000 n. 235 recante "nuove norme in materia di cancellazione dagli elenchi dei protesti cambiari"), destinato a sostituire la pubblicazione su supporto cartaceo degli elenchi dei protesti cambiari. La finalità della legge, come emerge dai lavori preparatori e dalla relazione definitiva, è duplice. Da un lato, essa intende parificare ed allineare il trattamento normativo e giudiziario in tema di cancellazione dei protesti di cambiali a quello già in vigore per gli assegni bancari, a seguito dell'introduzione della l. n. 386 del 1990. Dall'altro, tende ad agevolare il debitore che esegua il pagamento del titolo successivamente al protesto, introducendo un meccanismo di

riabilitazione agile e snello, volto a cancellare il nominativo dall'elenco dei protesti che costituisce, come noto, un ostacolo pressoché insormontabile per l'accesso al credito bancario. Lo snellimento delle procedure di riabilitazione del soggetto protestato è stato attuato dalla nuova legge mediante il **trasferimento della competenza a decidere sulla domanda di cancellazione dagli elenchi** dal Presidente del Tribunale al Presidente della Camera di Commercio competente per territorio, mentre resta ferma la competenza del Tribunale (a norma della l. n. 108 del 1996) in materia di pubblicità della riabilitazione del debitore protestato.

Il registro informatico dovrà contenere **i dati identificativi del debitore** contro il quale il protesto è stato levato, quali: nome, domicilio, luogo e data di nascita, e ciò per “*rendere univocamente identificabile il soggetto protestato*”, garantendo, così, una maggiore precisione dell'informativa.

La nuova legge delinea un vero e proprio **diritto soggettivo alla cancellazione in capo al nominativo protestato** che abbia provveduto al pagamento nei termini e con le modalità previste. Ne deriva la possibilità per il richiedente, in caso di reiezione dell'istanza, di fare ricorso al Giudice di Pace del luogo di residenza del debitore.

Nel sistema delineato dalla nuova disciplina, inoltre, **la cancellazione dall'elenco dei protesti produce un effetto di sanatoria totale dell'atto pregiudizievole che si considera come mai avvenuto**. Sempre nell'ottica del *favor debitoris*, viene stabilito che la notizia di ciascun protesto è conservata nel registro informatico fino alla cancellazione e, se questa non è avvenuta, per cinque anni dalla pubblicazione. In tal modo, la nuova disciplina prevede un **termine massimo improrogabile per la pubblicità dell'elemento pregiudizievole**, al fine di evitare che gli effetti negativi del protesto possano prolungarsi *ad libitum*.

La disciplina in esame lascia infine però una questione di grande rilevanza pratica, ossia, con quali criteri il Presidente della Camera di Commercio potrà accertare l'**illegittimità o l'errore di un protesto**, compito che oggi spetta ai giudici. Non essendo possibile ipotizzare

l'attribuzione in capo al predetto organo amministrativo di poteri propri della funzione giurisdizionale, da esercitare nel contraddittorio delle parti, dovrà invocarsi l'applicazione della norma in questione (comma 2° dell'art. 4) qualora, ad esempio, risulti immediatamente evidente l'errore sul nominativo della persona protestata, ovvero il disguido occorso alla banca (es. mancata esecuzione di un ordine di addebito del titolo impartito alla banca in presenza accertata di fondi liquidi e disponibili sul conto del nominativo protestato per disguido, ecc.).

κ κ κ

LETTURE E ORIENTAMENTI

Clausole vessatorie: direttiva comunitaria e prassi italiana, di Rossella De Negri, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, n. 4/01, pag. 835.

• Nell'articolo segnalato viene trattato il problema dell'adozione della Direttiva n. 93/13 in tema di **clausole vessatorie** avvenuta in Italia con la l. n. 52/96 del 25 febbraio 1996.

Se, da un lato, l'Autore non trascura il valore delle modifiche apportate alla disciplina nazionale a seguito di tale recepimento, dall'altro sottolinea come l'adattamento del sistema nazionale alla direttiva n. 93/13 non sia stato completamente positivo.

In particolare lo Stesso evidenzia come gli **strumenti di controllo** esistenti siano di fatto insufficienti (come noto il legislatore ha optato, in sede di recepimento dell'art. 7 della direttiva, per il solo controllo giudiziario) e rinnova l'interesse per forme di controllo amministrativo.

L'Autore non trascura, poi, di porre l'attenzione su un problema di carattere processuale nascente dall'inesistenza, nel sistema italiano, di forme di **class action** (la possibilità di estendere gli effetti della pronuncia anche ai consumatori che non

abbiano partecipato all'azione è stata recentemente discussa in sede di adozione della l. n. 281/98, ma non accolta nel testo definitivo). Infine viene sottolineato come permanga un problema di *ius variandi* (cioè dell'applicabilità della disciplina ai contratti in corso al momento dell'entrata in vigore delle legge) e residuino dubbi sul **rapporto fra la disciplina di cui all'art. 1469 bis c.c. ed alcune normative speciali** tra cui quella sulla trasparenza bancaria.

Commercio elettronico: profili giuridici della conclusione dei contratti "on line", di Gerardo Pizzirusso, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 4/02, pag. 37.

• Nell'articolo segnalato l'Autore tratta della tematica dell'*e-commerce* inteso, in linea generale, come la conclusione di contratti di vendita o di acquisto, in via telematica, di beni o servizi.

In quest'ottica viene distinto l'*e-commerce diretto* (acquisto di beni o servizi immateriali che possono essere consegnati in via telematica) dall'*e-commerce indiretto* (acquisto di beni o servizi che debbono essere consegnati nei modi tradizionali) il *business to business* (riguardante rapporti tra soggetti professionisti ovvero tra soggetti che agiscono nell'ambito della loro attività professionale) dal *business to consumer* (riguardante rapporti tra professionisti e consumatori).

L'Autore non trascura, peraltro, di affrontare una serie di problematiche sottese alla conclusione del contratto telematico nonché relative al momento di perfezionamento ed al luogo di conclusione del contratto stesso.

L'attenzione si sofferma, infine, sulla presenza di **clausole vessatorie** all'interno di un **contratto concluso on-line** precisando che in caso di *business to business* sarà necessaria una specifica approvazione del professionista ovvero l'apposizione della c.d. firma digitale, mentre nel caso di *business to consumer* troveranno applicazione le disposizioni di cui agli art. 1469 bis e 1469 *quinques* in combinato disposto con le disposizioni di cui al d.lgs. 22 maggio 1999 n. 185, di attuazione della direttiva n. 97/7 Ce relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza.

Predisposizione e "scambi senza accordo" nei contratti bancari, di Marcello Maggiolo, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 1/02, pag. 31.

• L'Autore prende spunto da un saggio di Natalino Irti che, evidenziando **come un sempre maggior numero di moderne transazioni commerciali si realizzi mediante la predisposizione di moduli o formulari** (ed è evidente che tale fenomeno riceve rilevante impulso anche per via della diffusione dell'*e-commerce* e dell'*e-banking*), analizza il **fenomeno dei c.d. "scambi senza accordo"**.

La dottrina attribuisce tale definizione a quei particolari contratti la cui proposta è articolata in formule standardizzate.

Il loro esame è stato condotto dalla particolare prospettiva della disciplina prevista per i contratti bancari, di cui agli articoli 115 e seguenti del T.U.B., per i quali la predisposizione delle condizioni in essi contenute è informata all'obbligo di trasparenza.

L'obbligo di trasparenza, inoltre, impone che le clausole uniformi siano redatte prefigurando la massima tutela (fornita al consumatore dall'operatore professionale) in ogni fase della formazione del contratto. Tale principio trova la propria sede normativa nel combinato disposto degli articoli 116, 1° comma; 117, 6° comma e 117, 7° comma; *lett. b)* T.U.B..

In altri termini: **l'obbligo per la banca di pubblicizzare "i tassi d'interesse, i prezzi, le spese per le comunicazioni alla clientela e ogni altra condizione economica relativa alle operazioni e ai servizi offerti"** è **presidiato dalla sanzione della nullità** per tutte quelle condizioni contrattuali apposte nei contratti negoziati individualmente con i clienti e che prevedano un **trattamento deteriore rispetto a quello pubblicizzato**.

Ciò che, conclude l'Autore, opera sia a tutela dell'esigenza di parità di trattamento sia a tutela dell'interesse pubblico a che le condizioni generali di contratto prevalgano sulle negoziazioni individuali.

Lettere di “patronage” impegnative e responsabilità del “patronnant”, di Nicola Soldati, nota a Cass. Sez. I, 25 settembre 2001, n. 11987, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 4/02, pag. 62.

- La sentenza annotata (resa in una causa di risarcimento danni per mancato adempimento di alcuni obblighi contenuti in una lettera di *patronage*) offre lo spunto per approfondire la tematica dell'efficacia vincolativa delle lettere di *patronage* nell'ordinamento giuridico italiano. Le lettere di *patronage* sono uno strumento giuridico mediante il quale una società, di solito la “capogruppo”, si impegna nei confronti dei finanziatori di una propria controllata all'**esecuzione di un *facere* variabile**, comunque volto all'**esercizio di un controllo sulla solidità della società “garantita”**.

Proprio la variabilità di tale impegno rappresenta un importante *discrimen* relativo alla vincolatività dell'impegno assunto, avendo la dottrina distinto tra lettere di *patronage* “deboli”, con le quali l'**holding** si impegna a garantire le banche da qualsivoglia **modificazione dell'assetto dirigenziale** della controllata, e “forti”, generalmente caratterizzate da un impegno del *patronnant* teso a **tutelare gli istituti di credito dal rischio di insolvenza della patrocinata**.

E' sicuramente in relazione a quest'ultima categoria che la giurisprudenza ha individuato l'esistenza di un **obbligo di natura patrimoniale** assunto dalla *patronnant*, in seguito all'effettiva insolvenza della controllata, considerata la natura di garanzia assoluta da questi impegni.

Ciò nonostante le lettere di *patronage* – a detta dell'Autore - non possono assurgere al rango di vere e proprie garanzie giuridiche, stante il **principio di tipicità** in materia previsto dall'ordinamento italiano, e non sono comunque suscumbibili in altre fattispecie contrattuali, per difetto di alcuni dei requisiti essenziali, quali il mandato al credito e il contratto con obbligazioni del solo proponente.

La fideiussione a termine dello scoperto di conto corrente, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 1/02, pag. 88.

- La pronuncia del Tribunale di Milano si segnala in quanto affronta la questione della **determinazione del *dies ad quem* per l'escussione del fideiussore** nei casi in cui **al contratto di garanzia** sia stata apposta la **clausola di validità fino a certa data**.

Il giudice di merito si conforma all'orientamento della Suprema Corte, oggi prevalente, che ribadisce il vincolo indissolubile tra insorgenza dell'obbligazione di garanzia ed esigibilità dell'obbligazione garantita, anche nel caso di fideiussione rilasciata per scoperto di conto corrente. L'interpretazione del Tribunale **distingue nettamente la validità della fideiussione dalla escussione**, che implica un comportamento ulteriore e successivo da parte del creditore.

Ove il creditore accetti di proseguire il rapporto con il garantito oltre la durata della fideiussione, **l'importo massimo cui il fideiussore potrà essere tenuto deve dunque corrispondere all'esposizione del debitore scoperto al momento della scadenza della obbligazione di garanzia**, sempre che tale importo non ecceda il massimale convenuto.

Note minime sul criterio della cosiddetta prevalenza nella nozione di “piccolo imprenditore virtuale”, di Pasquale Pilla, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 5/01, pag. 619.

- L'Autore tratta la problematica relativa all'individuazione della **nozione di piccolo imprenditore**, *ex art. 2083 c.c.*, fondamentale ai fini di individuare l'ambito di applicazione soggettivo della l.f..

La prima parte dell'articolo è dedicata all'analisi delle decisioni giurisprudenziali che, facendo leva sull'art. 2083 c.c., hanno introdotto una lunga, e spesso eterogenea, lista di strumenti atti ad individuare nel concreto la figura del piccolo imprenditore, tra cui il **capitale impiegato**, **l'ammontare dell'esposizione debitoria** e **l'ampiezza del volume d'affari**, cui vanno aggiunti (pur

estranei alla lettera codicistica) l'eventuale **ampiezza del dissesto** (con il conseguente allarme sociale) e la **distinzione tra guadagno e profitto**, individuando solo nel perseguimento del primo l'applicabilità dell'art. 2083 c.c.. Successivamente l'articolo tratta la questione, ormai risolta, del rapporto tra le figure tipizzate di piccolo imprenditore, nonché la problematica legata al c.d. **criterio della prevalenza**, cioè se il concetto di prevalenza del **lavoro proprio sul capitale impiegato** le cui nozioni sono peraltro oggetto di attenta analisi debba intendersi in senso **qualitativo** od in senso **quantitativo**.

Sull'efficacia probatoria dell'estratto conto del fallito nell'accertamento del passivo fallimentare, di Edoardo Staunovo Polacco, in *Il Fallimento*, n. 4/02, pag. 395.

• L'Autore analizza criticamente due sentenze emesse in materia di **efficacia probatoria dell'estratto conto** nell'ambito dei **giudizi di accertamento del passivo fallimentare**.

Si tratta in particolare di **Cassazione 9 maggio 2001 n. 6465** (cfr. *Iusletter*, n. 9, pag. 13), secondo la quale l'estratto conto – ancorchè approvato dal fallito – non sarebbe idoneo a provare l'esistenza del credito, e di **Tribunale Padova, 18 maggio 2001** secondo il quale tale inidoneità probatoria riguarderebbe solo l'estratto conto parziale (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza).

L'Autore pur condividendo, in linea di principio, l'orientamento della Suprema Corte, mostra di non ignorare le conseguenze pratiche che deriverebbero laddove questo si consolidasse, imponendo agli istituti di credito di fornire una **dimostrazione “piena” del proprio credito** da fornirsi tramite la prova dell'esecuzione di ciascuna singola operazione annotata in conto.

Si rischierebbe di arrivare, infatti, ad una *probatio diabolica* ove si consideri che, in teoria, neppure la produzione delle contabili giustificative di ciascuna operazione in dare e avere potrebbe essere ritenuta sufficiente stante la mancanza del requisito della data certa e, conseguentemente, l'inopponibilità di tali documenti alla procedura.

Il fallimento di ufficio, di Amedeo Bassi, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 6/01, pag. 631.

• L'Autore svolge una dettagliata indagine sull'istituto del **fallimento d'ufficio**, cartina al tornasole per l'esame della **spesso difficile dialettica tra potere giudiziario e libero esercizio dell'attività economica**.

Dopo un rapido ma efficace *excursus* storico, ci si sofferma, in primo luogo, sulle varie ipotesi di fallimento d'ufficio, dedicando notevole spazio all'**interpretazione dell'art. 6 della l.f.** Il tentativo di inquadrare il delicato rapporto tra l'istituto in esame e il **carattere inquisitorio del procedimento** porta quindi l'Autore ad identificare quelli che sono i **diritti ed i poteri spettanti ai creditori**, specialmente nell'eventualità in cui questi ultimi esprimano un **dissenso circa l'iniziativa officiosa dell'Autorità Giudiziaria** o nell'ipotesi in cui vi siano **accordi tra l'imprenditore ed i creditori per evitare il fallimento**.

Non vengono comunque risparmiate critiche all'ordinamento vigente, soprattutto ove pretende di ridurre le molteplici manifestazioni della crisi di impresa, e le differenti dimensioni di questa, ad un unico concetto di insolvenza.

Termini preclusivi per la costituzione del curatore nella verifica del passivo, di Alfonso Badini Confalonieri, in *Il Fallimento*, n. 2/02, pag. 185.

• L'Autore, prendendo spunto dalla sentenza del Tribunale di Monza del 12 febbraio 2001 (la cui massima è pubblicata nella Sezione Giurisprudenza), approfondisce il tema relativo alla possibilità di introdurre - da parte del fallimento - nel giudizio di opposizione allo stato passivo **nuove** domande, mediante una formale azione riconvenzionale, ovvero mediante deduzione delle stesse unicamente quali mere eccezioni dei fatti costitutivi dedotti dal creditore ricorrente.

Il Tribunale monzese riconosce la *“necessità che l'azione revocatoria fondata su presupposti giuridici diversi da quelli posti dal giudice delegato a base del provvedimento di esclusione debba proporsi nel successivo*

giudizio di opposizione a stato passivo sotto forma di domanda riconvenzionale”.

A tale conclusione si perviene ove si consideri che nel giudizio di opposizione, il fallimento, qualora intenda ampliare l'area del *decidendum* - mediante l'inserimento di una ulteriore domanda revocatoria fondata su una *causa petendi* diversa - è necessariamente tenuto a proporre una autonoma e distinta domanda revocatoria.

Non solo. La sentenza *de qua* affronta anche il connesso problema dell'applicabilità nei procedimenti relativi alla verifica dello stato passivo fallimentare dei **termini preclusivi** stabiliti dal codice di rito, fra l'altro, per la proposizione di **domande riconvenzionali**, mostrando di condividere l'orientamento secondo il quale il termine entro il quale il curatore deve proporre tale domanda coincide con la **prima udienza**.

Revoca di rimesse bancarie e inefficacia del pagamento del terzo, di Paolo Bosticco, Tribunale di Palermo, 11 marzo 2001, in *Il Fallimento*, n. 2 /02, pag. 191.

• Nella sentenza annotata (di cui riportiamo la massima nella Sezione Giurisprudenza) il Tribunale palermitano, prendendo le mosse da un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (secondo cui la mera **dimostrazione dell'apertura di credito** concessa non è l'elemento primario e definitivo ai fini della valutazione circa la natura solutoria delle rimesse), si esprime in favore della domanda di revoca della curatela, sul presupposto che la banca non avrebbe dimostrato che il fido, concesso con una scadenza indicata nella stessa lettera di richiesta del cliente, fosse ancora operativo al momento delle rimesse effettuate in data successiva a quella di scadenza.

In sostanza, **perché si possa escludere l'esistenza di un conto “scoperto”, non basta dimostrare che il fido fu concesso, ma occorre potersi affermare che il fido sussisteva alla data di compimento degli atti revocandi.**

La sentenza in commento nega quindi l'ipotizzabilità di una proroga non formalizzata del termine sino al quale era concesso l'affidamento, stabilendo che, se la richiesta di

concessione del fido ne indicava la scadenza, e quindi l'accordo tra le parti si è formato su un affidamento a tempo determinato, l'istituto bancario non può invocare consuetudini o deroghe (come, ad esempio, la codifica del fido nella categoria c.d. “sino a revoca”), non percepibili coscientemente dal correntista, per sostenere la permanenza in vita dell'affidamento.

L'esecutorietà della sentenza di condanna restitutoria ex art. 67 l. f., di Massimo Fabiani, in *Il Fallimento*, n. 2/02, pag. 202.

• La questione della **esecutorietà delle statuizioni di condanna “appoggiate” su pronunce costitutive** (cfr. *Iusletter*, n. 10, pag. 6) è stata esaminata dal Tribunale di Bari con la sentenza del 13 marzo 2001, il quale si è soffermato sul quesito circa la configurabilità di una esecuzione provvisoria per le sentenze costitutive in pendenza di successivi gravami, in particolare alla luce della riforma del 1990 dell'art. 282 c.p.c.. L'interpretazione di tale articolo viene effettuata coordinandola con il disposto dell'art. 2909 c.c., che subordina al momento del passaggio in giudicato la produzione degli effetti della sentenza, senza distinzione fra le diverse categorie di sentenze. L'Autore prende quindi posizione a favore dell'estensione della **provvisoria esecutività** a tutte le sentenze nei casi in cui sussista effettivamente una volontà del legislatore in tal senso, esplicitata in generale o nelle singole fattispecie, come avverrebbe anche per i giudizi di revocatoria fallimentare.

Credito litigioso ed azione revocatoria ordinaria, di Giovanni Esposito, in *Corriere Giuridico*, n. 1/02, pag. 58.

• In una lunga nota alla sentenza della Corte di Cassazione, Sez. II, 30 luglio 2001, n. 10414 (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza) l'Autore ripercorre le motivazioni e i precedenti giurisprudenziali che hanno portato i giudici ad escludere la

possibilità di esperire l'azione revocatoria ordinaria sulla base di un credito c.d. litigioso. Il legislatore del 1942 ha perseguito l'obiettivo di rafforzare la posizione del creditore e ha quindi ritenuto tutelabile *ex art.* 2901 c.c. anche un **credito eventuale**, come quello sottoposto a condizione sospensiva o a termine, in quanto trattasi pur sempre di una reale aspettativa di diritto. Al contrario, nel caso di **credito contestato**, vi è soltanto un mero *fumus di posizione creditoria, privo di attualità e di concretezza*. Pertanto, il **giudizio di revocatoria ordinaria promosso a fronte di un credito** la cui fondatezza è **oggetto di accertamento**, deve essere **sospeso** in attesa di conoscere l'esito di quest'ultima causa, che ne costituisce l'antecedente logico – giuridico.

Un interessante caso di pignoramento di certificati di deposito e di compensazione con il credito della banca, di Federico Briolini, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, n. 1/02, pag. 58.

- La sentenza oggetto di nota (Corte d'Appello di Milano, 13 marzo 2001, la cui massima è riportata nella Sezione Giurisprudenza) affronta il problema relativo alle modalità esecutive del **sequestro conservativo e del pignoramento** aventi ad **oggetto certificati di deposito**.

La giurisprudenza è solita accomunare questi ultimi ai libretti di deposito e attribuire loro natura giuridica di **titoli di credito**. Pertanto, in base a quanto prescritto dall'art. 1997 c.c., l'esecuzione e il sequestro "*non hanno effetto se non si attuano sul titolo*". Secondo l'Autore, da tale premessa discenderebbe che il **pignoramento** va eseguito **presso il debitore o presso il terzo**, a seconda di chi sia concretamente in possesso del certificato da sottoporre a vincolo.

Per tale ragione egli ritiene criticabile la conclusione cui sono giunti i giudici milanesi, i quali, mentre ammettono il pignoramento presso il debitore per i titoli cambiari, lo escludono invece per i certificati di deposito, trascurando che gli stessi possono anche essere detenuti dal debitore cartolare.

“Leveraged buy out”: la posizione dei soci di minoranza, di Nicola Soldati, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 5/02, pag. 12.

- L'Autore tratta la tematica del "*leveraged buy out*", strumento giuridico teso all'acquisizione di società commerciali tramite la creazione di una nuova compagine sociale, c.d. *newco*, costituita con l'unico obiettivo di rilevare la società c.d. *target*, ponendo a **garanzia del finanziamento** concesso per tale operazione **il patrimonio della società acquisita**, analizzandone la compatibilità rispetto alle norme dettate in tema di tutela dei soci di minoranza.

In tale prospettiva è necessario distinguere le due modalità tramite cui detta operazione viene concretamente effettuata, cioè **l'acquisto, parziale o totale, del capitale sociale della target o l'acquisizione dei beni** della società bersaglio con la successiva messa in liquidazione della stessa.

Nell'ipotesi in cui l'acquisizione sia svolta attraverso l'acquisto parziale del capitale sociale rischia di essere lesa la posizione dei soci di minoranza.

La loro tutela viene quindi demandata agli istituti già presenti nel diritto societario italiano, in particolare la determinazione del **rapporto di cambio delle azioni** a seguito della fusione e la conseguente necessità di acquisire un'**informazione completa**.

Sono questi gli unici strumenti posti a difesa del socio di minoranza della società *target*, specie in considerazione del fatto che qualsivoglia tutela viene meno nel caso l'acquisizione sia effettuata tramite l'acquisto dei beni aziendali, considerato che tale operazione rientra nei poteri degli amministratori della società, il cui comportamento non è suscettibile di censure nel merito economico, se non nel caso in cui si riscontri una **violazione di norme di legge o dello statuto sociale** o che essi abbiano agito in **conflitto di interessi**.

L'impatto della "Information and Communication Technology" su alcuni aspetti della disciplina e della prassi societarie, di Eddy Wymeersch, in *Rivista delle Società*, n. 5/01, pag. 1374

• Si segnala il presente articolo per la lucidità con cui l'Autore affronta il tema dell'innovazione tecnologica ("**Information and Communication Technology**"), d'ora in poi **ITC**). Wymeersch, infatti, concentra la propria attenzione sulle imprese operanti entro il mercato interno dell'Unione Europea; sulle direttive comunitarie in materia di armonizzazione societaria, emanate fin dal 1968; sull'adozione, trent'anni dopo, del c.d. **programma "SLIM"** (*Simplification of the Legislation for the Internal Market*) da parte della Commissione Europea; infine sull'attuale (e potenziale) impatto, soprattutto in termini di **trasparenza delle comunicazioni**, a presidio della *democrazia azionaria*, prodotto dalle nuove tecnologie, in primo luogo il quotidiano utilizzo di Internet. L'Autore, in particolare, distingue la disciplina delle **società non quotate** (per le quali l'ITC rileva sotto i profili del procedimento di costituzione, della convocazione delle assemblee e dello svolgimento delle procedure di votazione delle delibere, più in generale di ogni tipo di **comunicazione bidirezionale azionista – società**) da quella delle **società quotate** nei mercati regolamentati. Per queste ultime, il profilo sotto il quale è più significativo l'impatto dell'ITC è quello dell'**informazione finanziaria**: le reti telematiche si candidano, per una propria vocazione *ontologica*, a rappresentare il più efficiente ambiente di condivisione delle informazioni contabili, dei dati (già contenuti nella versione cartacea) dei prospetti informativi, delle comunicazioni delle partecipazioni rilevanti, e così via.

К К К

GIURISPRUDENZA

CONTRATTI

Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 19 febbraio 2002, Causa C-256/00, in *Guida al Diritto*, n. 10/02, pag. 97.

• La norma di competenza speciale in materia contrattuale, enunciata dall'articolo 5, punto 1, della Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968, concernente la **competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale**, come modificata dalla Convenzione 9 ottobre 1978, relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, **non si applica** nell'ipotesi in cui **il luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio non possa essere determinato**, per il motivo che l'obbligazione contrattuale controversa consiste in un impegno di non fare che non comporta alcuna limitazione geografica e che, pertanto, è caratterizzato da una pluralità dei luoghi in cui essa è stata o deve essere eseguita; in un caso del genere, la competenza non può essere determinata che applicando il criterio generale di competenza previsto dall'articolo 2, comma 1, della detta Convenzione.

Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 20 settembre 2001, n. C-453/99, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, n. 4/01, pag. 698.

• Una parte di un contratto idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza ai sensi dell'art. 85 del Trattato Ce (divenuto art. 81 Ce) può dedurre la violazione di tale norma al fine di ottenere una tutela giurisdizionale ("*relief*") nei confronti della controparte.

L'art. 85 del Trattato osta ad una norma di diritto nazionale che vieti a chi è parte di un contratto che può restringere o falsare il gioco

della concorrenza, ai sensi di tale articolo, di chiedere il risarcimento di un danno causato dall'esecuzione di tale contratto per il solo motivo che il richiedente è parte di quest'ultimo. Il diritto comunitario non osta ad una norma di diritto nazionale che neghi a chi è parte di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza il diritto di fondarsi sui propri atti illeciti per ottenere un risarcimento danni, qualora sia accertato che tale parte ha una responsabilità significativa nella distorsione della concorrenza.

Cass. 25 settembre 2001, Sez.I, n. 11987, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 4/02, pag. 62.

- Come fattispecie negoziale con causa di garanzia, diretta a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (che oltre alle tipiche garanzie reali e personali riconosce nell'art. 1179 c.c. altre forme di "sufficiente tutela", rimettendone il regolamento alla autonomia contrattuale), la lettera di *patronage* c.d. impegnativa, in ragione del suo carattere "unilaterale", non crea una posizione di obbligo nel destinatario circa l'erogazione del credito, ma comporta nel patrocinate l'assunzione della obbligazione – di un promesso determinato "fare" – in caso di esecuzione (perciò spontanea) della prestazione da parte del beneficiario, con conseguente responsabilità indennitaria del patrocinate inadempiente, esposto all'azione risarcitoria del creditore anziché alla pretesa di adempimento della stessa prestazione cui è tenuto il patrocinate. (Massima non ufficiale).

Cass. 28 agosto 2001, Sez. I, n. 11282, in *Corriere Giuridico*, n. 2/02, pag. 215.

- In materia di **contratti conclusi tra consumatori e professionisti**, la disposizione dettata, in tema di **competenza territoriale**, dall'art. 1469 *bis*, n. 19 c.c. – a mente del quale la competenza a conoscere dell'eventuale controversia insorta tra le parti si radica presso l'autorità giudiziaria del foro di residenza o domicilio del consumatore – si applica, attese la natura processuale, anche ai **giudizi instaurati dopo l'entrata in vigore**, ma concernenti rapporti sorti precedentemente.

L'art. 1469 *bis* comma 3, **presumendo** nei rapporti fra **professionista e consumatore** la **vessatorietà della clausola contrattuale** che stabilisca **"come sede del foro competente nelle controversie località diversa da quella di residenza o di domicilio eletto del consumatore"**, ha introdotto un **foro esclusivo**, anche se derogabile a seguito di trattativa individuale (art. 1469 *ter* comma 4 c.c.), che esclude in quanto tale, sia sotto il profilo dell'incompatibilità che per il principio della successione delle leggi nel tempo, ogni altro e in particolare anche quelli di cui l'art. 20 c.p.c., indipendentemente della posizione processuale assunta dal consumatore, ponendosi rispetto alla normativa codicistica come foro speciale.

(Massima non ufficiale)

Cass. 26 giugno 2001, Sez. I, n. 8704, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 4/02, pag. 82.

- Nelle **società di fatto**, in virtù del richiamo alla disciplina della società semplice, **tutti i soci**, e non i soli autori di atti di gestione, **rispondono** ai sensi dell'art. 2297 c.c. **delle obbligazioni sociali**, l'irregolarità della società trovando sanzione nella inopponibilità dei patti limitativi, consentita invece, ai soci della società in nome collettivo.

Cass. 8 maggio 2001, Sez. III, n. 6389, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 5/02, pag. 69.

- L'art. 1759, comma 1, c.c., laddove impone **al mediatore di comunicare alle parti le circostanze a lui note**, relative alla valutazione e alla sicurezza dell'affare, che possono influire sulla sua conclusione, **deve essere letto** in coordinazione con gli artt. 1175 e 1176 dello stesso Codice, nonché al lume della disciplina dettata dalla l. n. 39/1989 che ha posto in risalto **la natura professionale dell'attività del mediatore**, subordinandone l'esercizio all'iscrizione in un apposito Ruolo, che richiede determinati requisiti di cultura e competenza (art. 2), e condizionando all'iscrizione stessa la spettanza del compenso (art. 6), con la conseguenza che il **mediatore**, pur non essendo tenuto, in difetto di un incarico particolare in proposito, a svolgere

nell'adempimento della sua prestazione (che si svolge in un ambito contrattuale), specifiche indagini di natura tecnico-giuridica (come l'accertamento della libertà dell'immobile oggetto del trasferimento, mediante le cosiddette misure catastali e ipotecarie), al fine di individuare circostanze rilevanti circa la conclusione dell'affare a lui non note, è gravato, tuttavia, di un **obbligo di corretta informazione**, secondo il criterio della **media diligenza professionale** il quale comprende, in senso positivo, l'obbligo di comunicare le circostanze a lui note o comunque conoscibili con la comune diligenza che si richiede al mediatore, nonché, in senso negativo, il divieto di fornire non solo informazioni su circostanze delle quali non abbia consapevolezza e che non abbia controllato, poiché il dovere di correttezza e quello di diligenza gli imporrebbero in tal caso di astenersi dal darle.

DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Consiglio di Stato, 2 marzo 2001, Sez. VI, n. 1153, in *Giustizia Civile*, n. 12/01, pag. 3145.

- Incide su **posizioni di interesse legittimo l'atto di approvazione emanato da un'autorità amministrativa**, al quale la legge subordina l'efficacia di un atto negoziale, in quanto si tratta di **provvedimento autoritativo** espressione di un potere pubblicistico previsto dalla legge (nella specie si trattava dell'atto di approvazione del piano di liquidazione del fondo per il personale della Isveimer s.p.a., previsto dalla l. n. 588 del 1996, che deve essere emanato dalla Banca d'Italia).

Appartengono alla **giurisdizione del giudice amministrativo tutte le controversie proposte nella materia della "vigilanza sul credito"**, in cui cioè la legge attribuisce a un ente poteri di vigilanza nei confronti di soggetti che gestiscono professionalmente capitali, anche quando la vigilanza è esercitata nei confronti di istituti bancari o di fondi di liquidazione.

Cass. 27 novembre 2001, Sez. I, n.15024, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 11/01, pag. 1192.

- In tema di **pagamento** da parte della banca di **assegni** emessi da un proprio correntista, dal principio secondo il quale **solo la sede o filiale o agenzia o dipendenza trattaria** può assolvere gli obblighi e gli oneri giuridici relativi a detto pagamento, ed in particolare quello di **pagare** gli assegni pervenuti in tempi diversi secondo **l'ordine di presentazione** diretta o di ricezione, discende che tale ordine può essere stabilito solo dalla stessa sede o filiale o agenzia o dipendenza trattaria, tenendo conto della data in cui ad essa pervengano uno o più assegni, presentati per l'incasso ad altra diversa agenzia, filiale o sportello della stessa banca ovvero ad altra banca (alla stregua del richiamato principio, la suprema corte ha cassato la decisione della corte di merito che, in riforma della sentenza di primo grado, aveva affermato la responsabilità *ex art. 2043 c.c.* di un istituto di credito per il mancato pagamento di un assegno tratto su di una filiale dello stesso, a fronte dell'avvenuto pagamento di altri assegni presentati per l'incasso in epoca successiva, emessi dallo stesso traente, poi fallito senza che l'assegno in questione venisse pagato, ritenendo erroneamente violato l'obbligo di tenere conto, nel pagamento degli assegni, dell'ordine di presentazione, individuato dal giudice di seconde cure in base alla data in cui l'assegno era pervenuto al centro contabile della banca, anziché in base alla data di presentazione alla filiale presso la quale era acceso il conto di traenza).

Cass. 23 novembre 2001, Sez. II, n. 14912, in *Guida al Diritto*, n. 5/02, pag. 72.

- Il tasso convenzionalmente stabilito con le condizioni generali di vendita per gli interessi, qualora non usurario, e quindi *contra legem*, può essere applicabile solamente agli interessi sulle somme dovute, e non anche agli interessi anatocistici, aventi carattere eccezionale e quindi non rientranti nelle previsioni contrattuali, e per i quali non può che valere l'ordinario tasso legale.

Cass. 26 giugno 2001, n. 8742, Sez. III, in *I Contratti*, n. 11/01, pag. 1021.

• In tema di **tasso di riferimento degli interessi**, è **inammissibile il motivo di ricorso per cassazione** con il quale si deduca la **violazione di decreti ministeriali determinativi del suddetto tasso**, **allorché essi non risultino acquisiti agli atti del giudizio di merito**, in quanto – fermo restando che la loro produzione non può avvenire per la prima volta nel giudizio di legittimità, in forza del divieto di cui al primo comma dell’art. 372 Codice di procedura civile – la loro **natura di atti amministrativi rende inapplicabile** il principio ***iura novit curia***, di cui all’art. 113 Codice di procedura civile, che va coordinato con l’art. 1 delle preleggi al Codice civile, il quale non comprende detti atti nelle fonti del diritto (principio affermato con riferimento a motivi di ricorso afferente alla violazione di decreti emanati *ex artt.* 20 del D.P.R. n. 902 del 1976, 2 e 3 della legge n. 108 del 1996 e 15 della legge n. 183 del 1976).

Cass. 4 aprile 2001, Sez. I, n. 4946, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 5/02, pag. 76.

• Il contratto bancario riguardante **le cassette di sicurezza è un contratto consensuale, a prestazioni corrispettive** (l’uso della cassetta in locali “idonei e sicuri” a fronte del pagamento di un canone), **non aleatorio** (per previsione legislativa e per volontà delle parti), rientrante nei contratti cosiddetti di consumo o di massa o *standard*, come tale caratterizzato dalla preventiva predisposizione del contenuto contrattuale. Ne consegue che la previsione contrattuale di un limite al valore dei beni nella cassetta inseriti non può logicamente riferirsi a dette prestazioni ma è agevolmente riconducibile al disposto dell’art. 1229 c.c.

La recente disciplina in tema di **clausole vessatorie tra un professionista o un’impresa ed un consumatore** (di cui agli artt. 1469 *bis* e segg. c.c., introdotti con la l. n. 52/1996) deve ritenersi estesa, versandosi, tra l’altro, in tema di “prestazioni di servizi”, alla vicenda contrattuale tra l’utente della banca e quest’ultima in relazione a cassette di sicurezza. La clausola che limita il valore dei beni posti in cassetta di sicurezza, ove ricondotta nell’ambito del

sinallagma o contenuto contrattuale, è ugualmente da ritenersi inefficace (*rectius*: nulla) non solo perché comporta uno squilibrio a carico del cliente-consumatore *ex art.* 1469 *bis* c.c. ma, ancor più specificatamente, perché, quand’anche oggetto di trattativa, determina, in caso di inadempimento della banca, una limitazione nella proposizione dell’azione risarcitoria nei confronti della stessa, così come previsto nell’art. 1469 *quinquies* c.c., al punto 2. (Massima non ufficiale).

App. Lecce, 22 ottobre 2001, in *Il Foro Italiano*, n. 2/02, pag. 555.

• In tema di contratti bancari regolati in conto corrente, **la mancata impugnatione dell’estratto conto** nei termini previsti comporta **l’approvazione tacita delle operazioni materiali** e della loro conformità agli accrediti ed addebiti, ma **non pregiudica le contestazioni sulla validità ed efficacia dei rapporti obbligatori** da cui tali operazioni derivano: pertanto, non si può ritenere precluso il reclamo proposto dal correntista, che faccia valere la nullità della clausola relativa alla determinazione degli interessi secondo il **c.d. uso piazza**.

Il reclamo, da parte del correntista, di somme indebitamente trattenute dalla banca su un’apertura di credito in conto corrente, a titolo di interessi, è soggetto a **prescrizione decennale**, che inizia a decorrere **dalla chiusura del rapporto**.

Per i **contratti bancari** conclusi **anteriamente** all’entrata in vigore della normativa sulla **trasparenza bancaria**, la clausola che rinvia, per la determinazione del tasso ultralegale degli interessi, alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza, può ritenersi **valida solo** in presenza di **discipline vincolanti** fissate su larga scala con accordi interbancari (nella specie, la validità della clausola è stata esclusa, posto che da oltre sedici anni mancano accordi di cartello, che il *prime rate* non è vincolante per gli istituti bancari e che, comunque, il contratto non richiamava una fonte dotata di sufficiente grado di univocità).

E’ nulla la clausola, contenuta in un contratto bancario regolato in conto corrente, con cui si prevede la capitalizzazione trimestrale degli

interessi dovuti dal correntista nella specie, la nullità è stata pronunciata in relazione ad un contratto stipulato anteriormente all'entrata in vigore della delibera con la quale il comitato interministeriale per il credito e il risparmio ha stabilito, in attuazione dell'art. 120, 2° comma, d.l. 385/93, introdotto dall'art. 25, 2° comma, d.l. 342/99, modalità e criteri per la disciplina dell'anatocismo nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria.

Trib. Milano, 24 gennaio 2002, in *Giurisprudenza Milanese*, n. 4/02, pag. 139.

- L'istituto dell'**apertura di credito documentale irrevocabile**, di cui all'art. 1530, comma 2, c.c., si inquadra in una **delegazione obbligatoria di pagamento** costituita da un triplice rapporto: ossia un rapporto delegante-delegatario di compravendita, un rapporto delegante-delegato (compratore-banca) di mandato e da un rapporto delegato-delegatario (banca-venditore), con il quale la banca apre il credito verso il venditore si obbliga a pagargli il prezzo contro la consegna dei documenti.

- In materia di **apertura di credito documentale irrevocabile, ex art. 1530, comma 2, c.c.**, il **rapporto obbligatorio fra Banca e beneficiario è astratto**, cioè indipendente dal contratto di compravendita tra mandante e beneficiario. Ne consegue che nei confronti della banca sono irrilevanti le vicende del rapporto sottostante fra venditore e compratore.

Trib. Milano, 19 luglio 2001, Sez. II, in *Giurisprudenza Milanese*, n. 3/02, pag. 100.

- A seguito della l. n. **154/1992** il contratto di **apertura di credito** deve intendersi, ancorché accessorio al contratto di conto corrente, contratto formale che va **stipulato** necessariamente per **iscritto**. L'istituto di credito convenuto in revocatoria deve pertanto fornire la prova del contratto stipulato per iscritto e poiché il contratto è rappresentato da un documento deve anche fornire la prova della sua opponibilità al fallimento. La prova della stipulazione presuppone la dimostrazione di un incontro di volontà, fra il cliente che vuole accedere al credito e la banca che delibera l'affidamento. In questa prospettiva la **prova** che la banca abbia **deliberato** entro una certa

data la concessione dell'affidamento è **sicuramente rilevante**, anche se **non decisiva** qualora non si dimostri che il cliente è venuto a conoscenza della deliberazione.

Trib. Verona 1 marzo 2001, in *Il Foro Italiano*, n. 01/02, pag. 284.

- Nell'ipotesi in cui vi sia stata **distrazione di fondi da parte del promotore finanziario, la Sim per la quale egli abbia operato risponde solidalmente del danno subito dall'investitore**, senza che quest'ultimo debba fornire la prova di aver contrattato con un rappresentante o con un soggetto apparentemente munito di poteri di rappresentanza; di contro, incombe sulla Sim l'onere di dimostrare che l'investitore aveva consapevolmente richiesto prodotti finanziari estranei all'attività svolta dal promotore per conto dell'impresa di cui era mandatario.

GARANZIE

Cass. 23 novembre 2001, Sez. II, n. 14912, in *Guida al Diritto*, 5/02, pag. 72.

- Il tasso convenzionalmente stabilito con le condizioni generali di vendita per gli interessi, qualora non usurario, e quindi *contra legem*, può essere applicabile solamente agli interessi sulle somme dovute, e non anche agli interessi anatocistici, aventi carattere eccezionale e quindi non rientranti nelle previsioni contrattuali, e per i quali non può che valere l'ordinario tasso legale.

Cass. 5 novembre 2001, Sez. III, n. 13647, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 10/01, pag. 1088.

- Le **cambiali c.d. di garanzia**, anche se non contemplate dal sistema normativo come forma autonoma di titolo esecutivo, hanno la **funzione lecita di rafforzare un rapporto sottostante**, che, quindi, non può essere aprioristicamente escluso; pertanto, il debitore cambiario, che si oppone all'esecuzione forzata fondata su detto titolo e che intende sottrarsi all'azione esecutiva, deve dare la prova dell'inesistenza del rapporto obbligatorio per come questo è indicato dal creditore esecutante.

Trib. Cassino, 21 gennaio 2001, in *Giustizia Civile*, n. 01/02, pag. 225.

• Le **fideiussioni** e gli avalli, se realizzati in **maniera sistematica**, possono costituire sufficiente elemento di **prova** circa la **sussistenza di una società di fatto** tra i coniugi e legittimare l'estensione del fallimento, ai sensi dell'art. 147 l.f., anche a quello tra i due che non risulta titolare dell'impresa.

FALLIMENTO

Corte Costituzionale, 19 marzo 2002, n. 75, in *Diritto e Giustizia* (supplemento), n. 14/02, pag. 75.

• Il **giudice delegato** al fallimento può partecipare alla **decisione** nei giudizi di **opposizione** allo stato passivo.

Cass. 20 dicembre 2001, Sez. U., n. 16060, in *Il Fallimento*, n. 4/02, pag. 416.

• **L'ammissione del passivo fallimentare di un credito in via privilegiata non presuppone, ove si tratti di privilegio speciale su determinati beni**, che questi siano **già presenti nella massa**, non potendosi escludere la loro acquisizione successiva all'atto fallimentare; ne consegue che è a tal fine sufficiente, in sede di verifica dello stesso passivo, l'accertamento dell'esistenza del credito e della correlativa causa di prelazione, dovendosi domandare alla successiva fase del riparto la verifica della sussistenza o meno dei beni stessi, da cui dipende l'effettiva realizzazione del privilegio speciale.

Cass. 28 novembre 2001, Sez. I, n. 15102, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 11/01, pag. 1202.

• Nella **procedura di amministrazione straordinaria** delle grandi imprese in crisi, la **formazione dello stato passivo**, in quanto viene eseguita dai liquidatori **senza il rispetto del contraddittorio** e l'obbligo di motivare l'esclusione del credito, come avviene, invece, nel fallimento, **non** può assumere **valore preclusivo**, con la conseguenza che, quando un credito non viene preso in esame (nella specie, quello per interessi e rivalutazione spettanti ad

ex dipendente per ritardato pagamento dell'indennità di anzianità), la mancata inclusione nel predetto elenco non configura un provvedimento implicito di rigetto né comporta l'applicabilità dei rimedi previsti per il caso di omessa pronuncia da parte del giudice, ed il creditore non è tenuto a proporre opposizione a stato passivo, *ex* art. 98 l.f., per ottenere l'ammissione al passivo della propria ragione creditoria, ma è legittimato a proporre domanda d'insinuazione tardiva ai sensi dell'art. 101 detta legge.

Cass. 27 novembre 2001, Sez. I, n. 15018, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 11/01, pag. 1191.

• Il provvedimento di **rigetto dell'istanza di fallimento** è **privo** di attitudine al **giudicato** e non è configurabile una preclusione da cosa giudicata, bensì una mera preclusione di fatto, in ordine al credito fatto valere, alla qualità di soggetto fallibile in capo al debitore ed allo stato di insolvenza dello stesso, di modo che è possibile, dopo il rigetto, **dichiarare il fallimento sulla base della medesima situazione** – d'ufficio o su istanza di un diverso creditore – **ovvero** sulla base di **elementi sopravvenuti**, preesistenti ma non dedotti e anche di prospettazione identica a quella respinta su istanza dello stesso creditore; pertanto, trattandosi di provvedimento non definitivo né decisorio, il decreto emanato in sede di reclamo ai sensi dell'art. 22 l.f. non è impugnabile con ricorso straordinario per cassazione.

Cass. 23 novembre 2001, Sez. I, n. 14856, in *Il Fallimento*, n. 4/02, pag. 456.

• La **temporanea improseguibilità** della domanda giudiziale di condanna per effetto della sottoposizione a **liquidazione coatta amministrativa** della società debitrice **viene meno** se nel corso del processo **sopraggiunge la chiusura** della procedura concorsuale.

Cass. 30 luglio 2001, Sez. II, n. 10414, in *Corriere Giuridico*, n. 1/02, con nota di Giovanni Esposito, pag. 55.

• La natura del **credito eventuale** – che costituisce condizione dell'azione revocatoria sotto il profilo della legittimazione *ad causam*

dell'attore – **non** può riconoscersi al **credito litigioso**, non essendo configurabile un'aspettativa di diritto allorchè il fatto genetico del vantato credito sia in contestazione e la fondatezza della pretesa creditoria sia ancora in corso di accertamento giudiziale; ne deriva, pertanto, che, costituendo l'esito di tale accertamento con efficacia di giudicato l'antecedente logico-giuridico necessario della pronuncia dell'azione revocatoria, il giudizio relativo a quest'ultima è soggetto a sospensione necessaria, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., per il caso di pendenza di controversia nella quale venga contestata l'esistenza del predetto credito, salva la valutazione della ricorrenza dei presupposti per la riunione dei due giudizi ove pendenti innanzi al medesimo giudice. (Nella specie, adita con regolamento necessario di competenza, la S.C. ha confermato l'impugnata ordinanza di sospensione del processo di revocatoria ordinaria, emessa dal giudice ex art. 295 c.p.c., stante la pendenza, dinanzi ad altra sezione dello stesso tribunale, del giudizio di accertamento del credito, derivante dall'azione sociale di responsabilità esperita nei confronti di amministratori e sindaci, credito in funzione della cui tutela era stata promossa l'azione pauliana.)

Cass. 8 maggio 2001, Sez. I, n. 6373, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 4/02, pag. 80.

- La **conoscenza** da parte del creditore dello **stato di insolvenza** del debitore, al fine della revocabilità dei pagamenti ex art. 67, comma 2, l.f., pur dovendo essere effettiva e non meramente potenziale, può essere desunta da elementi e circostanze oggettive esterne, qualificabili secondo i caratteri della gravità, della precisione e della concordanza e attinenti alla conoscibilità dell'insolvenza stessa da parte di un soggetto di ordinaria prudenza e avvedutezza, in quanto idonei a fornire presunzioni sull'effettiva situazione psicologica del creditore medesimo. Tale conoscenza **non** può essere **esclusa** per il fatto che il **destinatario** del pagamento **abbia mantenuto** – nonostante la sussistenza di elementi presuntivi quali i protesti cambiari – **rapporti commerciali** con il fallito, secondo una **scelta** di per sé **non idonea a evidenziare una**

ignoranza incolpevole dello stato di insolvenza, in quanto riconducibile a valutazioni diverse.

Cass. 22 marzo 2001, Sez. I, n. 4089, in *Il Fallimento* n. 2/02, pag. 151.

- In tema di **società di fatto**, per la configurabilità **della responsabilità delle persone o dell'ente**, anche in sede fallimentare, **non** è necessaria la **prova dell'esistenza** della società, essendo **sufficiente** la cosiddetta **“apparenza di società”**, ossia il comportamento di due o più persone che, pur non essendo legate da vincoli sociali, operano nel mondo esterno in modo da generare il convincimento che esse agiscono come soci. L'apparenza, tuttavia, non è oggetto di tutela in se stessa, ma solo in quanto strumentale alla tutela dell'affidamento dei terzi di buona fede, onde essa non può essere invocata da chi sia consapevole dell'inesistenza del vincolo sociale.

Cass. 21 febbraio 2001, n. 2483, in *Il Fallimento*, n. 4/02, pag. 373.

- Ai fini **dell'azione revocatoria** di cui all'art. 67 l.f., atteso che l'**ipoteca volontaria** si ha per costituita con l'iscrizione nei registri immobiliari e non invece con l'atto di concessione, per l'**accertamento della scientia decoctionis** nonché della preesistenza e scadenza del credito deve farsi riferimento al **momento dell'iscrizione**, in cui garanzia ipotecaria viene ad esistenza.

Trib. Trieste, 14 gennaio 2002, in *Il Fallimento*, n. 4/02, pag. 441.

- A seguito della sentenza 17 giugno 1999 della Corte di Giustizia CE, e della successiva decisione 16 maggio 2000 della Commissione CE, la **l. n. 95/79** va **dichiarata incompatibile** con la normativa comunitaria e **quindi disapplicata**, con il conseguente rigetto dell'azione revocatoria proposta dal commissario di **un'amministrazione straordinaria**, senza che occorra, a tal fine, sottoporre all'interpretazione pregiudiziale della Corte di Giustizia CE anche l'ultrattività della suddetta legge, disposta per le procedure già pendenti dall'art. 106 del D.Lgs. n. 270/99.

Trib. Milano 15 novembre 2001, in *Il Fallimento*, n. 4/02, pag. 485.

- Ai fini della **revocatoria fallimentare** delle rimesse in conto corrente bancario, l'importo corrispondente alla **differenza fra massimo scoperto** verificatosi nel periodo sospetto e saldo finale del conto è **sicuramente rappresentativo** di intervenuti **pagamenti** in favore della banca.

Trib. Padova, 18 maggio 2001, in *Il Fallimento*, n. 4/02, pag. 392.

- L'estratto parziale del conto corrente intrattenuto dal debitore, poi, dichiarato fallito, non assume valore di prova del credito insinuato, in quanto non consente la ricostruzione dei movimenti contabili che hanno portato alla formazione delle poste attive e passive durante il rapporto giuridico intercorso e, pertanto, non è idoneo, anche quando esso sia stato approvato dall'imprenditore, ai sensi dell'art. 1832 c. c., a dimostrare la validità e l'efficacia del titolo obbligatorio nei confronti del curatore del fallimento.

Trib. Bari 13 marzo 2001, in *Il Fallimento*, n. 2/02, con nota di Massimo Fabiani, pag. 199.

- La **sentenza di primo grado** con la quale viene accolta una **domanda di revoca** di pagamenti e il convenuto viene condannato a restituire una somma di denaro è **provvisoriamente esecutiva**.

Trib. di Palermo, 11 marzo 2001, in *Il Fallimento*, n. 2/02, con nota di Paolo Bosticco, pag. 191.

- Poiché, ai sensi dell'art. 1842 c.c. l'**apertura di credito** può essere concessa a **tempo determinato**, spetta alla banca **dimostrare eventuali proroghe** dell'affidamento; in difetto di tale prova, le rimesse effettuate dopo la data di scadenza desumibile dalla richiesta di concessione di fido devono considerarsi effettuate su conto scoperto e quindi revocabili. Il **versamento** che il **terzo garante** esegua **successivamente al fallimento** alla banca **non è** assoggettabile alla declaratoria di inefficacia prevista dall'art. 44 l.f..

Trib. Monza, 12 febbraio 2001, in *Il Fallimento*, n. 2/02, con nota di Alfonso Badini Confalonieri, pag. 185.

- In sede di **opposizione a stato passivo**, il **curatore** che intende proporre **domanda riconvenzionale** non è tenuto ad osservare il termine di decadenza di cui all'art. 166, secondo comma, codice procedura civile, e può farla valere sino **alla prima udienza di comparizione**.

PROCEDIMENTO CIVILE, INGIUNTIVO, ESECUTIVO

Cass. 14 novembre 2001, Sez. I, n. 14155, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 10/01, pag. 1132.

- Gli **estratti conto**, dichiarati **conformi** alle scritture contabili della banca **dal dirigente** della stessa a norma dell'art. **50 d.l. n. 385 del 1993**, hanno **efficacia probatoria propria** che deriva loro dal disposto di tale norma, il che rende inconfigurabile, ove realizzati con la tecnica delle fotocopie, il riferimento alla disciplina di cui l'art. 2719 c.c.

Cass. 6 novembre 2001, Sez., n. 13701, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 10/01, pag. 1095.

- In caso di **contemporanea pendenza** di due **giudizi**, **uno di opposizione all'esecuzione** minacciata o promossa per la realizzazione di un determinato diritto e l'altro relativo **all'accertamento del medesimo diritto** fra le stesse parti, deve **escludersi** una situazione di **litispendenza** (o eventualmente di continenza) **allorché l'opposizione all'esecuzione riguardi il profilo** strettamente **processuale** della promovibilità dell'esecuzione forzata, essendo in tal caso diverse le rispettive *causae petendi* dei due giudizi, ravvisabili l'una nel rapporto giuridico da cui sorge il diritto di credito per il cui accertamento è stata proposta la domanda introduttiva del giudizio di cognizione e l'altra nella insussistenza delle condizioni che determinano la soggezione del debitore all'azione esecutiva (nella specie, l'opposizione si fondava sull'indeterminatezza dell'ammontare del credito azionato *in executivis*, ex art. 474 c.p.c., mentre il

contemporaneo giudizio di merito concerneva la quantificazione del diritto di credito in contestazione).

Cass. 29 ottobre 2001, Sez. III, n. 13395, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 10/01, pag. 1069.

- La **mancaza della firma dei difensori e della firma di autenticazione della procura speciale nella copia notificata** del ricorso non costituisce **causa di immediata inammissibilità** dello stesso, perché l'altra deve rilevarlo con il controricorso e il ricorrente può dimostrare che l'originale dell'atto recava la sottoscrizione del difensore e l'autentica della firma della parte che aveva conferito la procura prima che l'atto fosse notificato servendosi di idonei elementi di presunzione.

E' nulla la notificazione della citazione per opposizione del terzo all'esecuzione forzata e di quella dell'esecutato per impignorabilità dei beni, eseguita nelle forme previste dall'art. 480 c.p.c., in quanto il testuale riferimento, in esso contenuto, alle "opposizioni al precetto" indica che si tratti di un forma di notificazione speciale che serve a radicare la competenza territoriale limitatamente all'opposizione al precetto; pertanto, la notifica degli atti sopraccitati va effettuata con le forme statuite dall'art. 330 c.p.c.

Cass. 13 ottobre 2001, Sez. I, n. 3022, in *Guida al Diritto*, n. 11/02, pag. 52.

- Il **divieto di azioni esecutive** posto dall'articolo 168 della legge fallimentare non riguarda l'azione di esecuzione specifica dell'**obbligo di concludere un contratto**, ma l'imprenditore convenuto in giudizio ex articolo 2932 del c.c. deve informare gli organi della procedura della relativa domanda.

Cass. 23 aprile 2001, Sez. III, n. 5961, in *Giustizia Civile*, n. 1/02, pag. 177.

- Le **opposizioni regolate dall'art. 512 c.p.c.** sono dirette ad accertare il diritto di partecipazione alla distribuzione del ricavato, e hanno dunque ad oggetto il credito nella sua esistenza, nel suo ammontare e nel suo carattere privilegiato. Viceversa, l'**opposizione ex art. 615 c.p.c.** ha ad oggetto il diritto di procedere in *executivis* e mira a travolgere l'intero processo.

La differenza tra i due rimedi risiede dunque nel differente oggetto senza che, ove l'impugnazione sia proposta dal debitore esecutato, possa attribuirsi alcun rilievo alla presenza o meno del titolo esecutivo in capo al creditore contestato.

App. Potenza, decreto 15 ottobre 2001, in *Il Foro Italiano*, n. 01/02, pag. 232.

- La **l. 24 marzo 2001 n. 89** ha previsto l'**equa riparazione del danno** conseguente alla **violazione del diritto alla ragionevole durata del processo** a prescindere dall'esito della lite e quindi **anche a favore** di chi sia risultato soccombente in sede civile o sia stato condannato in sede penale.

L'art. 2 l. 24 marzo 2001 n. 89 postula quale presupposto del diritto all'equa riparazione il verificarsi di un danno, che deve essere allegato e provato dal ricorrente e che ricomprende sia il danno emergente sia il lucro cessante, i quali siano conseguenza immediata e diretta del mancato rispetto del termine ragionevole del processo, ai fini della cui valutazione deve tenersi conto dell'interesse in gioco e dell'importanza dell'oggetto della lite.

App. Milano, 13 marzo 2001, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1/02, pag. 57.

- Il **certificato di deposito** è titolo sorretto da regime di circolazione diverso da quello dei titoli cambiari quando non addirittura privo di fisico supporto a mani del titolare, per cui il **sequestro conservativo** ed il **pignoramento** del certificato devono essere eseguiti nelle **forme del pignoramento presso terzi** e segnatamente presso l'emittente o presso la relativa emanazione che abbia in deposito il titolo.

Trib. Milano, 4 luglio 2001, Sez. III, in *Giurisprudenza Milanese*, n. 3/02, pag. 130.

- Il **beneficium excussionis** di cui l'art. 2304 c.c. funge da **eccezione che paralizza l'azione esecutiva** promossa nei confronti del socio sino all'esito dell'azione esecutiva promossa nei confronti della società. Ne consegue che l'eccezione è **proponibile esclusivamente in sede esecutiva**, con il rimedio dell'opposizione di cui all'art. 615 c.p.c..

PROVA CIVILE

Cass. 5 dicembre 2001, Sez. II, n. 15369, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 11/01, pag. 1232.

• In tema di **opposizione a decreto ingiuntivo**, l'onere di **provare** la **tempestività** della **opposizione** grava sull'attore, e la relativa dimostrazione, pur non essendo esclusi altri mezzi, viene fornita in genere mediante la **relazione di notificazione apposta in calce alla copia del provvedimento monitorio**; la **produzione di tale documento**, peraltro, può utilmente essere compiuta non solo in tutto il corso del giudizio, ma **anche in appello**, in quanto nessuna norma impone che essa sia contestuale alla costituzione in giudizio dell'opponente.

Trib. Roma, 10 aprile 2001, in *Il Fallimento*, n. 4/02, pag. 435.

• L'apposizione del **timbro dell'ufficio del registro** (o dell'ufficio postale), con cui si procede **all'annullamento del bollo dei titoli cambiari**, è idoneo a dimostrare la fisica esistenza del modulo cartolare, ma **non a provare** che il documento sia stato **completato e sottoscritto prima del fallimento** e, pertanto, a renderli opponibili alla massa.

K K K

OSSERVATORIO

ANATOCISMO

**LA SUPREMA CORTE CONFERMA IL
PROPRIO ORIENTAMENTO
CONTRARIO ALLA
CAPITALIZZAZIONE TRIMESTRALE
DEGLI INTERESSI DEBITORI**

Dal periodico monitoraggio delle pronunce giurisprudenziali in materia di *anatocismo*, ed in

particolare dalla consultazione del sito Adusbef – Associazione Consumatori Utenti (www.adusbef.it), sono emerse alcune sentenze che riteniamo opportuno segnalare ai lettori di Iusletter ancorché, per alcune di esse, non sia ancora disponibile la versione estesa.

In particolare, con sentenza del **1° febbraio 2002, n. 1281, Sez. I Civ.**, la **Corte di Cassazione** avrebbe statuito (il condizionale è d'obbligo in quanto la massima ufficiale non è ancora disponibile) che *“la clausola di un contratto bancario, che preveda la capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente, è nulla in quanto si basa su un uso negoziale e non su un uso normativo, come esige l'art. 1283 c.c.. La configurabilità di un uso normativo richiede il requisito oggettivo della uniforme e costante ripetizione di un dato comportamento, e quello soggettivo della consapevolezza di prestare osservanza, operando in un certo modo, a una norma giuridica, di modo che venga a configurarsi una norma avente i caratteri della generalità ed astrattezza”*.

Pare, quindi, che la Suprema Corte intenda consolidare l'orientamento contrario alla legittimità della capitalizzazione trimestrale degli interessi, anche se – giova precisarlo – sino ad oggi tutte le pronunce sono state emesse dalla medesima Sezione della Corte di Cassazione (la I).

* * *

Sotto un diverso profilo si segnala che, con **sentenza depositata il 7 maggio 2002**, il **Tribunale di Monza – Sez. distaccata di Desio**, dopo aver brevemente tratteggiato l'evoluzione giurisprudenziale in materia, ha confermato la **nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale** (la sottolineatura è d'obbligo per le ragioni che appresso si descrivono) *“sostanzialmente sulla base della inesistenza di un uso normativo idoneo a derogare all'art. 1283 c.c.”*. Secondo il magistrato di Desio, *“è notorio il principio generale di diritto per cui sono ammessi usi normativi praeter legem nelle materie prive di disciplina normativa (art. 1 Preleggi), nonché usi secundum legem nei casi in cui il richiamo agli usi è operato dalla legge (art. 8 Preleggi),*

mentre sarebbe precluso il formarsi di usi *contra legem* (art. 15 *Preleggi*). Ebbene, la lettura dell'art. 1283 c.c. pare proprio evidenziare che ci si trova di fronte a dei "semplici" **usi secundum legem**, cioè al richiamo di **usi preesistenti al 1942**, cui si concede di derogare ad una disposizione di legge, e non alla possibilità (...) del formarsi di usi contrari alla legge".

Il Tribunale giunge però ad una **interessante conclusione**, certamente non nuova alla giurisprudenza di legittimità in quanto riconosce l'esistenza di un uso normativo legittimante la capitalizzazione semestrale degli interessi. Il meccanismo di produzione degli interessi sugli interessi sarebbe infatti confermato dalle "disposizioni di legge vigenti nel corso del tempo, e cioè gli artt. 1232 c.c., 1865 (nonché 345 e 347 c. comm. 1882) e 1283 c.c., le quali non avrebbero avuto ragione di fare salvi gli usi contrari se tali usi non fossero stati vigenti".

Orbene, proprio la Cassazione Civile (cfr. Sez. I, sent. n. 2374 del 16 marzo 1999 e Sez. III, sentenza n. 3096 del 30 marzo 1999) aveva affermato che, alla luce della dottrina formatasi nel vigore della disciplina anteriore al nuovo codice, nonché della giurisprudenza dell'epoca, "gli usi normativi in materia commerciale (...) erano nel senso che i **conti correnti** venivano **chiusi ad ogni semestre** e che al momento della chiusura potevano essere **capitalizzati gli interessi scaduti**".

Pare così riconosciuto il principio secondo il quale il saldo passivo del conto corrente può essere determinato "applicando sugli interessi (siano essi convenzionali o legali) la **capitalizzazione semestrale**" nei limiti "del tasso – soglia dal momento in cui esso è divenuto operativo per legge".

* * *

Si segnala infine che con sentenza depositata il **22 ottobre 2001**, la **Corte di Appello di Lecce** (Banca 121, già Banca del Salento c/ Amministrazione Fallimentare Gridi Costruzioni S.r.l., Chiriatti Luigi e Cappello Enrica) ha condannato la banca al pagamento della somma di lire 376.375.436, a fronte di un saldo passivo di lire 457.369.987 !! A tale risultato è infatti giunta la relazione del C.T.U., "redatta con

serio e indiscutibile rigore scientifico nonché completa ed esaustiva e non criticata dalle parti (...), previa ricostruzione di tutte le operazioni attive e passive intercorse tra le parti, ricalcolando le somme dovute dal cliente al tasso legale e procedendo, quindi, alla eliminazione della capitalizzazione trimestrale e della commissione di massimo scoperto". Ben si comprende come tale sentenza (consultabile per esteso sul citato sito dei consumatori) possa rappresentare una concreta minaccia rivolta direttamente alle Istituzioni bancarie, e quindi di riflesso all'intero sistema della raccolta del risparmio e dell'esercizio del credito, con inevitabili enormi ripercussioni sull'intero mondo economico-sociale.

USURA

CORTE DI CASSAZIONE: VIOLAZIONE DEI DECRETI MINISTERIALI DETERMINATIVI DEL TASSO DI RIFERIMENTO E NATURA DI INTERPRETAZIONE AUTENTICA DELL'ART. 1 D.L. N. 394/2000 (CONV. IN L. 24/2001)

La Corte di Cassazione, Sez. III, con sentenza n. 8742 del 26 giugno 2001 (per la cui massima si rinvia alla Sezione Giurisprudenza) ha affrontato sia la questione del principio *iura novit curia* in tema di tasso di riferimento degli interessi, connesso con la deduzione nel ricorso per cassazione della violazione di decreti ministeriali determinativi del suddetto tasso, sia la controversa questione della natura di interpretazione autentica del noto art. 1 del d.l. n. 394/2000 (conv. in l. n. 24/2001) in tema di **interessi usurari**. Con riferimento alla prima delle suddette problematiche, la Suprema Corte ha riconosciuto la **natura di atti amministrativi ai decreti ministeriali determinativi del tasso di riferimento degli interessi**.

Ne consegue che, "allorchè essi **non risultino acquisiti agli atti del giudizio di merito**" e "fermo restando che la loro produzione non può avvenire per la prima volta nel giudizio di legittimità, in forza del divieto di cui al comma

1 dell'art. 372 c.p.c.”, è **“inapplicabile il principio iura novit curia, di cui all'art. 113 c.p.c., che va coordinato con l'art. 1 disp. prel.”** il quale non comprende gli atti aventi natura amministrativa nelle fonti del diritto (cfr. anche Cass. n. 5483 del 4 giugno 1998 e in particolare Cass. n. 6933 del 5 luglio 1999 che aveva già delineato nella medesima direzione il limite del principio *iura novit curia*). Pertanto, poiché il predetto principio è rappresentato dal dovere d'ufficio di ricerca del diritto - *ex art. 113 c.p.c.* - con esclusione delle fonti aventi carattere normativo, ma non giuridico (come le regole della morale e del costume), e di quelle aventi carattere giuridico, ma non normativo (come gli atti di autonomia privata, o gli atti amministrativi – come quelli in questione) o la cui normativa è puramente interna (come gli statuti degli enti o i regolamenti interni), la mancata acquisizione agli atti del giudizio di merito dei decreti ministeriali in esame, comporta la **mancata decisione circa l'usurarietà o meno dei tassi *pro-tempore* applicati.**

In relazione alla seconda tematica, con la sentenza *de qua* la Cassazione riconosce la **natura “dichiaratamente interpretativa, e pertanto retroattiva” della disposizione normativa di cui all'art. 1, comma 1, d.l. 9 dicembre 2000 n. 394, recante “interpretazione autentica” della l. n. 108 del 1996.**

Secondo la norma in esame, come noto, si intendono *usurari* gli interessi *“che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento”*.

Ciò premesso, *“le disposizioni contenute nella l. 7 marzo 1996 n. 108, contenente disposizioni in materia di usura, non sono applicabili ai contratti stipulati anteriormente alla sua emanazione”*.

Tale sentenza costituisce la prima pronuncia in materia di interessi usurari pubblicata dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 394/2000, convertito, con modificazione, l. 28 febbraio 2001 n. 24.

Prima di tale d.l., la Corte di Cassazione si era pronunciata nel senso che, in difetto di previsione di retroattività, la legge medesima

non potesse operare rispetto ai precedenti contratti di mutuo, pure essendo di immediata applicazione nei relativi rapporti limitatamente alla regolamentazione degli effetti ancora in corso (cfr. Cass. n. 1126, n. 5286 e n. 14899 del 2000).

A conferma della natura di interpretazione autentica dell'art. 1 d.l. n. 394/2000, è intervenuta la Corte Costituzionale (come abbiamo già avuto modo di vedere nel precedente numero di *Iusletter*) la quale, pronunciandosi sulla questione di legittimità relativa alla predetta norma, con sentenza n. 29 depositata il 25 febbraio 2002, considera incensurabile l'interpretazione data dal decreto legge n. 394/2000, in base al quale **l'usurarietà del tasso si misura al momento della stipula del contratto e non al momento della dazione degli interessi “a qualunque titolo convenuti”**.

MERCATI FINANZIARI

ESERCIZIO DELL'ATTIVITÀ DI CONSULENZA IN MATERIA DI STRUMENTI FINANZIARI DA PARTE DEI PROMOTORI.

(sintesi della Comunicazione CONSOB n. DIN/1083623 del 7-11-2001)

Con riferimento alla questione dell' **esercizio dell'attività di consulenza da parte dei promotori finanziari** ed al collegato **fenomeno della c.d. “gestione abusiva”**, la Consob ha sostanzialmente ribadito, con la Comunicazione in oggetto, il proprio orientamento in materia, delineando i **confini** entro i quali circoscrivere l'**attività consulenziale** dei promotori finanziari. Viene innanzitutto confermata come *“del tutto pacifica e rispondente al contesto normativo”* la qualificazione dell'attività di consulenza finanziaria come *“attività libera - che può esplicarsi sia in forma individuale che societaria - il cui svolgimento è disciplinato dalle norme del diritto comune (art. 1176 del c.c), laddove non sia prestata da o per conto di*

intermediari abilitati” (cfr. comunicazione Consob n. DI/30441 del 21 aprile 2000). Due dunque le possibilità:

- a) esercizio dell’attività di consulenza “in proprio” da parte del promotore;
- b) esercizio della medesima attività “per conto dell’intermediario”.

Al riguardo, occorre precisare che **l’attività di consulenza** può essere svolta dal promotore “**in proprio**” solo ove quest’ultimo non eserciti – contestualmente - attività di promozione e collocamento per conto di un intermediario abilitato. Ciò al fine, evidente, di garantire il necessario grado di imparzialità alla posizione del promotore nei riguardi del pubblico degli investitori. Nel caso in cui invece il promotore svolga **l’attività di offerta fuori sede per conto di un intermediario**, l’attività di consulenza può essere esercitata esclusivamente per conto di detto intermediario. In tale caso, osserva la Commissione, trovano applicazione le norme del decreto legislativo n. 58/1998 e dei regolamenti attuativi, che disciplinano la prestazione dei servizi d’investimento e dei servizi accessori. Di conseguenza, la prestazione dell’attività di consulenza richiederà la **preventiva sottoscrizione di un contratto scritto** (ai sensi dell’art. 30, comma 3, lett. b), del regolamento n. 11522/1998). Più specificamente, detto contratto, in ottemperanza agli obblighi di trasparenza e correttezza posti in capo agli intermediari abilitati, dovrà chiaramente indicare le caratteristiche e le modalità di prestazione del servizio, nonché i relativi costi addebitabili al cliente. Tanto premesso, la Consob affronta l’ulteriore aspetto, connesso a quello della consulenza in materia finanziaria, della c.d. “**gestione abusiva**”, sottolineando la sottile linea discriminante tra le due fattispecie. Afferma infatti la Commissione “*si sottolinea che l’attività suscettibile di costituire oggetto di un rapporto di consulenza, conservando rilievo autonomo rispetto alla promozione e al collocamento, è non solo quella che si risolve nell’indicazione di specifiche scelte d’investimento, ma anche quella che si concretizza in una pianificazione generale e sistematica del portafoglio finanziario del*

*cliente. Considerando che, in entrambi i casi, la consulenza finanziaria può risultare collegata all’attività di offerta fuori sede, tipica dei promotori finanziari, questa Commissione ha più volte sottolineato il possibile manifestarsi di situazioni di **conflitto d’interessi**, di cui dovranno essere adeguatamente preavvertiti gli investitori ex art. 27 del regolamento n. 11522/1998. Ciò si è riscontrato, ad esempio, in riferimento ad un servizio di consulenza avente ad oggetto prodotti finanziari ulteriori rispetto a quelli distribuiti dall’intermediario preponente, in cui i promotori risultavano portatori di un interesse proprio a che i clienti sottoscrivessero i prodotti che gli stessi promotori erano incaricati di collocare”.* Ovviamente, nel caso di contestuale svolgimento, da parte del promotore e per conto del proprio intermediario, dell’attività di consulenza finanziaria e dell’attività di promozione e collocamento, quest’ultima dovrà essere comunque improntata al rigoroso rispetto dei **principi di diligenza e correttezza**; in particolare, troveranno applicazione le regole in materia di valutazione dell’adeguatezza delle operazioni d’investimento proposte e di contenimento dei costi a carico del cliente, nonché ogni altra regola prescritta dalle disposizioni vigenti a tutela degli investitori. Quanto al **divieto** per i promotori **di ricevere**, anche in veste di consulenti, **qualsiasi compenso dalla clientela**, ai sensi dell’art. 96, comma 7, del regolamento n. 11522/1998, il corrispettivo per il servizio di consulenza prestato dovrà pertanto essere versato dalla clientela direttamente all’intermediario, che provvederà - sulla scorta del rapporto interno intercorrente con il promotore - alla remunerazione del promotore-consulente per l’attività svolta. Quanto alla possibilità di valutare a priori ed in termini generali l’eventualità che da un servizio di consulenza personalizzata in strumenti finanziari, prestata tramite promotori, possa scaturire in concreto un’ipotesi di attività abusiva di gestione di portafogli d’investimento, la Consob ribadisce l’impossibilità di operare in via generale l’individuazione di detto discrimen: “E’ infatti chiaro che, ai fini della qualificazione di una

determinata operatività come "gestione abusiva", rileva il profilo sostanziale dei comportamenti in cui si riscontrino gli elementi essenziali di tale attività; tale profilo potrà essere valutato solo di volta in volta, con riferimento alle singole fattispecie concrete".

κ κ κ

LO SAPEVATE CHE ...

- **Fondazioni: Bankitalia vigilerà sulle dimissioni delle partecipazioni di controllo nelle banche.**

E' stata introdotta una rigida regolamentazione nei rapporti tra Fondazioni bancarie ed Istituti di credito conferitari, che prevede l'incompatibilità delle cariche ricoperte nei due enti e l'obbligo di dimissione della partecipazione di controllo ancora detenuto dalle Fondazioni nelle società conferitarie. Il compito di verificare l'avvenuta cessione è stato affidato alla Banca d'Italia.

- **Progetto del Governo per gli indennizzi dovuti a seguito dei ritardi nei processi.**

Allo studio da parte del governo un pacchetto di emendamenti volti a limitare i danni derivanti dall'alto numero di ricorsi presentati a seguito dell'entrata in vigore della legge Pinto 24 marzo 2001 n. 89, che ha introdotto l'obbligo di indennizzo per i danneggiati dall'eccessiva durata dei processi italiani.

- **Esecuzione dei crediti non contestati in Europa.**

Entrerà in vigore nel 2004 il regolamento del Consiglio Europeo, recentemente approvato dalla Commissione, che consente l'esecuzione dei crediti non contestati sul territorio dell'Unione, senza necessità dell'*exequatur*, grazie al Titolo esecutivo europeo (Tee).

- **Ultimatum UE per la riforma della Legge Fallimentare.**

Il Consiglio d'Europa reitera all'Italia la richiesta di riforma della legge fallimentare, giudicata "troppo rigida e non più adeguata alla giurisprudenza europea"; ciò anche sulla scorta di una condanna, risalente al 1995, dell'Italia a seguito di una sentenza di fallimento di un minore che aveva ereditato un'azienda dalla madre.

- **Ancora non recepita la direttiva sul ritardo dei pagamenti.**

L'Italia risulta ancora inadempiente in relazione al recepimento della direttiva 200/35/CE, che prevede un termine massimo di 30 giorni per il saldo della fattura ed interessi di mora automatici, con applicazione del tasso fissato dalla Banca centrale europea per operazioni di pronti contro termine maggiorato di sette punti.

κ κ κ

CONVEGNI, SEMINARI E CONFERENZE

LE NUOVE FRONTIERE DELLE RESPONSABILITA' DELLE IMPRESE NELLE AREE PENALE, AMMINISTRATIVA E SOCIALE – Milano, 16 Maggio 2002 – Organizzato da ISDACI.

Partecipazione di:

Fabio Gianisi.

Materiale già disponibile.

(f.gianisi@lascalaw.com)

INVESTIMENTI C.D. "NON TRADITIONAL" – Milano, 7 Maggio 2002 – Organizzato dalla società Creinvest del Gruppo Julius Baer.

Relatore:

Christian Faggella.

Partecipazione di:

Fabio Gianisi

Pietro Massimo Marangio.
Materiale già disponibile anche in formato elettronico.
(c.faggella@lascalaw.com)

IL DOCUMENTO INFORMATICO – Milano, 18 Aprile 2002 – Organizzato da Jus on Demand.

Partecipazione di:
Monica Buttignol.
Materiale già disponibile.
(m.buttignol@lascalaw.com)

ESECUZIONE E RICONOSCIMENTO DEI LODI ARBITRALI STRANIERI – Milano, 11 Aprile 2002 – Organizzato dalla Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano
Partecipazione di:
Pietro Massimo Marangio.

INTERESSI, PRIVILEGI SPECIALI E PROBLEMI PROBATORI: RECENTI INTERVENTI GIURISPRUDENZIALI IN MATERIA CONCORSALE – Verona, 4 Aprile 2002 – Organizzato da MEDIOVENEZIE Banca S.p.A.
Partecipazione di:
Pier Luigi Ponso
Giacomo Rigoni
Paola Strada.

LA FIRMA DIGITALE E IL PROCESSO TELEMATICO – Milano, 19-20 Marzo 2002 – Organizzato dall'Ordine degli Avvocati di Milano
Partecipazione di:
Monica Buttignol.

CRITERI DI REMUNERAZIONE DEL GESTORE DEL RISPARMIO – Milano, 13 Marzo 2002- Organizzato dall'ITA
Partecipazione di:
Christian Faggella.

IL BILANCIO DI ESERCIZIO PER L'AVVOCATO – Milano, Marzo 2002 – Organizzato da Just Legal Service
Partecipazione di:
Piero Spirandelli
Luciana Cipolla
Materiale già disponibile

(p.spirandelli@lascalaw.com)
(l.cipolla@lascalaw.com)

INCONTRI A TEMA

Martedì 4 giugno alle ore 15.30, presso il nostro studio, in Milano, Corso Magenta n. 42. Partecipazione aperta a tutti i lettori di Iusletter.

“CLAUSOLE VESSATORIE: PROFILI GIURISPRUDENZIALI E PRASSI BANCARIA.”

(R.S.V.P.)

κ κ κ

COSE NOSTRE

NUOVE DALLO STUDIO

Luigi Serafini (sede torinese) ha recentemente superato gli scritti per l'esame di avvocato. La sua prova orale è prevista per il mese di novembre.

* * *

Dal mese di marzo scorso collabora con la sede milanese dello Studio, come responsabile delle Cancellerie dei Tribunali limitrofi a quello di Milano (Monza, Desio, Abbiategrasso, Rho, Legnano) **Amalia De Cristofaro**. Amalia è nata a Milano il 4 giugno 1975 e si è laureata presso l'Università Cattolica di Milano il 19 dicembre 2001 con una tesi in storia del diritto romano dal titolo “*La diffamazione nel diritto romano*”.

Risponde all'interno 315 e la sua mail è:
a.decrisofaro@lascalaw.com

Dal mese di marzo collabora con la sede milanese dello Studio, **Ezio Giacalone**. Ezio è nato a Milano il 21 novembre 1974 e si è laureato presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore – Sede di Milano, il 25 ottobre 2001 con una tesi in criminologia dal titolo “*La corruzione nella polizia*”.

In Studio affianca Luciana Cipolla occupandosi di diritto fallimentare. E' reperibile all'interno 310 e la sua casella di posta elettronica è:

e.giacalone@lascalaw.com

* * *

Dal mese di maggio **Paolo Antonucci** ha iniziato ad effettuare un periodo di *stage* presso la nostra sede milanese, collaborando a tempo parziale con Raffaella Tavacca.

Paolo è nato a Sondrio il 13 ottobre 1977 e si laureerà in Giurisprudenza, presso l'Università Statale degli Studi di Milano nella prossima sessione autunnale.

E' reperibile all'interno 309 e la sua *mail* è:

p.antonucci@lascalaw.com

* * *

Laura Gotti è attualmente assente dallo studio per maternità.

* * *

BIBLIOTECA DI STUDIO: NUOVI ACQUISTI

● **BAUSILIO G., *Contratti atipici, Disciplina civilistica e trattamento fiscale*, CEDAM, 2002.** Utile ed esaustiva guida alla disciplina civilistica e fiscale dei contratti non previsti dal codice civile, con il corredo delle fonti normative relative ad ogni figura contrattuale.

● **CAROTA L., *Della cartolarizzazione dei crediti*, CEDAM, 2002.**

Attuale e completa analisi dello strumento giuridico della cartolarizzazione dei crediti, alla luce della legge 130/99, con specifica attenzione

alla modalità della cessione dei crediti (anche con riferimento al rischio di revocatoria fallimentare).

● **FABIANI M., *Documenti bancari: diritto alla consegna e prova nel fallimento*, Giuffrè, 2000.**

L'Autore, già magistrato presso la sezione fallimentare del Tribunale di Milano, traccia un esauriente *stato dell'arte* relativamente al diritto del curatore a farsi consegnare i documenti bancari, analizzandone sia la natura sostanziale e processuale, sia l'utilizzabilità di tale documentazione quale prova nelle azioni di revocatoria fallimentare e di opposizione allo stato passivo.

● **FERRO M., *L'istruttoria prefallimentare*, UTET, 2001.**

L'opera, caratterizzata dalla struttura tipografica tesa ad evidenziare l'approfondimento pratico, tratta ampiamente la fase precedente al fallimento, con particolare attenzione alla competenza ed ai poteri del giudice del fallimento ed al diritto di difesa del debitore.

● **IANNARONE G., *Il giudizio di divisione nel nuovo rito civile*, Edizioni Giuridiche Simone, 2002.**

Il volume esamina le problematiche più ricorrenti e complesse relative allo scioglimento delle comunioni, con opportuni e puntuali riferimenti alle pronunce giurisprudenziali più recenti e significative ed agli orientamenti dottrinari più consolidati.

● **LIACE G., *I contratti bancari*, CEDAM, 2002.**

Monografia di recentissima pubblicazione tesa a spiegare la disciplina dei contratti bancari, con particolare attenzione alle evoluzioni dettate sia dalla nuova legislazione in tema, sia dalla necessità di adeguamento alla modernizzazione informatica, nello specifico la tutela dei consumatori e la fornitura di servizi *home banking*.

● **MEYER A. – STORTONI L. (coordinato da), *Diritto penale della banca, del mercato***

mobiliare e finanziario, Giurisprudenza sistematica di diritto penale, diretta da BRICOLA F. e ZAGREBELSKY V., UTET, 2002.

Inserito nella nota collana di giurisprudenza penale, il volume offre una trattazione sistematica delle norme penali che disciplinano l'attività bancaria e il mercato immobiliare e finanziario, condotta attraverso l'esame approfondito della dottrina e giurisprudenza in materia e con, in appendice, un commento della riforma dei reati societari.

● **PAJARDI P. – LEVI G., *L'impugnazione del lodo arbitrale nella giurisprudenza, Giuffrè, 2000.***

Esposizione sistematica, redatta seguendo il metodo del *case book*, delle più importanti decisioni giurisprudenziali di legittimità e di merito in materia di impugnazione del lodo arbitrale, con ampi riferimenti alle opinioni dottrinali in genere.

● **PRESTI G., *Ipoteca per debito altrui e fallimento, Giuffrè 1992.***

L'opera, risalente ma pur sempre attuale, tratta il delicato tema, peraltro ignorato dalla legge fallimentare, considerando sia l'ipotesi in cui fallisca il proprietario del bene, estraneo a rapporti di credito con il garantito, sia quella in cui fallisca il debitore, analizzando il destino della garanzia reale.

● **REBECCA G. – SPEROTTI G., *La revocatoria di rimesse bancarie, Giuffrè, 2000.***

Ampia e dettagliata analisi del delicato ed attuale tema della revocatoria delle rimesse bancarie, con uno sguardo attento all'aspetto pratico della determinazione del saldo disponibile, corredato da casistica ed ampia rassegna giurisprudenziale.

● **RICCIUTO V. e ZORZI N. (a cura di), *Il contratto telematico, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da GALGANO V., vol. XXVII, CEDAM, 2002.***

Trattazione ampia ed esauriente della disciplina civilistica applicabile alla fattispecie del contratto telematico, con particolare riferimento alla legislazione in tema di documento

informatico e pagamento elettronico, tutto corredato da un'ampia appendice normativa.

● **RIMINI C., *Acquisto immediato e differito nella comunione legale dei coniugi, CEDAM, 2001.***

Monografia dedicata agli aspetti patrimoniali della comunione legale con riferimento alla comunione *de residuo* dei frutti e dei proventi dell'azienda e degli acquisti compiuti durante il matrimonio.

● **ABI & CAB 2002, Edizioni FAG Milano, 2002.**

L'elenco aggiornato dei codici bancari ABI e CAB delle filiali di tutte le banche presenti sul territorio italiano.

● ***Dictionary of Law, Merriam-Webster, 1996.***

In questo numero la selezione delle riviste è aggiornata ai numeri ricevuti entro il 2 maggio 2002:

Banca Borsa Titoli di Credito, n. 1/2002;
Banche e Banchieri, n. 6/2001;
Contratto e Impresa, n. 3/2001;
Contratto e Impresa/Europa, n. 2/2001;
Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali, n. 4/2001;
Diritto e Giustizia (supplemento), n. 14/2002;
Diritto dell'Informazione e dell'Informatica, n. 4-5/2001;
Diritto e Pratica delle Società, n. 8/2002;
Famiglia e Diritto, n. 2/2002;
Giurisprudenza Commerciale, n. 6/2001;
Giurisprudenza Milanese, n. 4/2002;
Giustizia Civile, n. 1/2002;
Giustizia a Milano, n. 5/2001;
Guida al Diritto, n. 16/2002;
I Contratti, n. 1/2002;
Il Corriere Giuridico, n. 4/2002;
Il Diritto Fallimentare, n. 5/2001
Il Fallimento, n. 2/2002;
Il Foro Italiano, n. 3/2002;
Il Massimario del Foro Italiano, n. 11/2001;
Le Nuove leggi Civili e commentate, n. 6/2001;
Rivista dell'esecuzione forzata, n. 1/2002;
Rivista delle Società, n. 1/2002.

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. 14640 del 2001 (fasc. n. 21-22/2001).

La consultazione di tutti i numeri di *Iusletter* dal n. 1 della V° serie (febbraio 2000) è disponibile anche sul sito dello studio

www.lascalaw.com

IUSLETTER

**È una testata registrata presso il Tribunale di Milano
al n° 525/01 del 24.9.2001
di proprietà dell'Associazione Professionale
LA SCALA VENTURA PESENTI SPIRANDELLI
FAISSOLA GUIDI FAGGELLA & ASSOCIATI
STUDIO LEGALE**

MILANO 20123, Corso Magenta, 42 - TEL. 02/48007165 - 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. 045/8008182 - FAX 045/8008484 - verona@lascalaw.com
MANTOVA 46100, Viale Montello, 8 - TEL. 0376/288069 - FAX 0376/382662 - mantova@lascalaw.com

Direttore responsabile: Giuseppe La Scala.

Redattore Capo: Luciana Cipolla.

Comitato di redazione: Rossella Federico (coordinatore), Mara Beretta (Editing) Simone Bertolotti, Simona Daminelli, Paolo Faraone, Ezio Giacalone, P. Massimo Marangio.

Segreteria di Redazione: Francesca Rossini.

Viene distribuita gratuitamente ai clienti dello studio. Per riceverla (anche via e-mail), per ottenere copia di tutto il materiale citato e per ogni relativo approfondimento si può far riferimento a Luciana Cipolla (l.cipolla@lascalaw.com) e a Rossella Federico (r.federico@lascalaw.com).

Questo numero è stato chiuso il giorno 17 maggio 2002.