

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

- Attiva la Centrale Allarme Interbancaria.
- Convenzione di Bruxelles: modifiche ai criteri di competenza apportate dal Regolamento 44/2001/CE.
- In vigore il Regolamento comunitario relativo alle procedure d'insolvenza.
- Identificazione del cliente ai fini della disciplina antiriciclaggio delegata anche agli avvocati.
- Modificazioni e integrazioni al "Regolamento emittenti".
- Nuova normativa comunitaria in materia di gestione del risparmio.

DOTTRINA: LETTURE E ORIENTAMENTI

- Ancora sulla nozione di "consumatore" nei contratti.
- La *securitization*: profili comparativi e prospettive di una figura multiforme.
- Una nuova pronuncia della Cassazione in tema di limiti alla validità delle garanzie infragruppo.
- Segnalazioni alla Centrale Rischi: profili di responsabilità della banca segnalante.

- Natura costitutiva dell'azione revocatoria e debito di valuta.
- Giurisdizione italiana in materia di revocatoria dei pagamenti tra "vecchia" e "nuova" amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi.
- "Incompatibilità" dell'amministrazione straordinaria con il diritto comunitario.
- Chiusura del fallimento per mancanza di massa passiva e intervento di un creditore non insinuato.
- Semplificazioni delle scritture contabili e valore probatorio delle stesse.
- Il valore probatorio del documento informatico.
- Il contributo unificato di iscrizione a ruolo nelle procedure concorsuali.
- I poteri del sequestratario.
- Impugnazione di atti societari da parte della Consob.

GIURISPRUDENZA: SELEZIONE DELLE DECISIONI PIÙ RECENTI

- della Corte di Cassazione e dei giudici di merito.

OSSERVATORIO

* **Anatocismo:**

Anche la Corte d'Appello di Torino riconosce la validità della capitalizzazione trimestrale degli interessi.

* **Usura:**

Onere della prova del tasso ritenuto usurario ed usurarietà sopravvenuta.

*** Mercati finanziari:**

I profili di responsabilità nell'offerta dei servizi d'investimento.

Incompatibilità tra la gestione del risparmio e l'assicurazione dei rendimenti garantiti da parte del gestore.

LO SAPEVATE CHE ...

- Nuova prassi della Sezione Fallimentare – Esecuzioni del Tribunale di Monza.
- La Commissione Antitrust contro i vincoli alla diffusione dei dati catastali.
- Maggiori informazioni per i clienti dei mutui bancari.
- Elevate le soglie “anti-usura”.

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

ATTIVA LA CENTRALE ALLARME INTERBANCARIA

Dal 4 giugno 2002 è attiva una nuova banca dati unificata, la c.d. C.A.I. (Centrale di Allarme Interbancaria), nella quale sono reperibili i dati relativi ai seguenti archivi:

- archivio **CAPRI** (Centrale Allarme Procedura Impagati), nel quale sono contenuti i dati relativi alle revoche dall'autorizzazione ad emettere assegni conseguenti alla commissione degli illeciti di cui agli artt. 1 e 2 della l.n. 386 del 15 dicembre 1990;
- archivio **PASS** (Procedura Assegni Sottratti

e Smarriti), nel quale sono contenuti i dati relativi ai moduli di assegni sottratti, smarriti, non restituiti e bloccati per altri motivi;

- archivio **CARTER** (Carte Revocate), nel quale sono contenuti i dati nominativi relativi alle revoche dall'utilizzo delle carte di pagamento;
- archivio **PROCAR** (Procedura Carte), nel quale sono contenuti i dati relativi alle carte di pagamento revocate, smarrite e sottratte;
- archivio **ASA** (Assegni Sanzioni Amministrative), nel quale sono contenuti i dati relativi alle sanzioni amministrative ai sensi dell'art. 10-bis, comma 1, lettera c), della l.n. 386 del 15 dicembre 1990;
- archivio **ASP** (Assegni Sanzioni Penali), nel quale sono contenuti i dati relativi alle sanzioni penali ai sensi dell'art. 10-bis, comma 1, lettera c), della l.n. 386 del 15 dicembre 1990.

**CONVENZIONE DI BRUXELLES:
MODIFICHE AI CRITERI DI
COMPETENZA APPORTATE DAL
REGOLAMENTO 44/2001/CE**

Con Regolamento 44/2001/CE sono state introdotte alcune novità in ordine alla individuazione dei **criteri di competenza** relativamente alle controversie internazionali, particolarmente interessanti laddove si ripercuotono sui limiti della giurisdizione italiana “*di diritto comune*”.

Su un piano generale, la prima innovazione cui merita fare cenno attiene alla **determinazione della sede** delle **persone giuridiche** (ferma invece restando la soluzione del rinvio alla *lex fori*, disposto dall'art. 52 Conv. Bruxelles ed ora ribadito dall'art. 59 Reg. quanto al domicilio delle persone fisiche). L'art. 60 del citato Regolamento determina in via autonoma il “*domicilio*” delle persone giuridiche, rinviando in via cumulativa a tutti i possibili momenti di collegamento tradizionalmente ritenuti rilevanti in materia. Si afferma così che le persone giuridiche debbono ritenersi domiciliate nel luogo in cui si trova la sede

statutaria o l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale.

Tra le modifiche più rilevanti va sicuramente annoverata la parziale riscrittura dell'assai controverso art. 5, n. 1, in tema di *forum destinatae solutionis*. L'applicazione della norma di Bruxelles postula dapprima l'"*individuazione analitica*" dell'obbligazione specificamente posta a base della domanda, potendo rilevare l'obbligo principale dedotto in giudizio nel solo caso di domanda concernente una pluralità di obbligazioni *gravanti sulla stessa parte*.

In seconda battuta, in funzione del risultato così raggiunto, la determinazione del *locus solutionis* avviene mediante rinvio alla *lex causae* previamente individuata in base alle norme di conflitto del giudice adito.

Per le più importanti tipologie contrattuali (la **compravendita** e la **prestazione di servizi**: art. 5, n. 1, lett. b), si è voluto corrispondere alla diffusa insoddisfazione dottrinale definendo "*in modo autonomo il luogo dell'adempimento dell'obbligazione su cui si fonda la domanda*".

In ordine alle norme di tutela previste per i **contratti dei consumatori**, si è estesa la disciplina di tutela (precedentemente limitata alla compravendita ed alla prestazione di servizi) *a tutte le figure negoziali*, ammettendosi inoltre che essa intervenga a protezione della parte debole del rapporto quand'anche la conclusione del contratto non sia avvenuta nello Stato di domicilio del consumatore e questo abbia quindi assunto il ruolo di parte "attiva" dello scambio.

IN VIGORE IL REGOLAMENTO COMUNITARIO RELATIVO ALLE PROCEDURE D'INSOLVENZA

Il **Regolamento n. 1346/2000/CE** del Consiglio adottato il 29 maggio 2000 in materia di procedure di insolvenza è **entrato in vigore il 31 maggio 2002**. Tale provvedimento persegue l'obiettivo di "*assicurare che le procedure di insolvenza transfrontaliera siano efficienti ed efficaci*" e si connota per non delineare una procedura unica di insolvenza in tutti i paesi della comunità, bensì per disporre, esclusivamente, il **riconoscimento automatico**

dell'apertura di una procedura d'insolvenza in tutti gli stati membri.

Questa sarà disciplinata dalla **legge dello stato membro nel cui territorio è aperta la procedura stessa** (per esempio l'azione revocatoria fallimentare e le condizioni del suo esercizio saranno regolate dalla legge di tale paese), così come la competenza giurisdizionale è attribuita ai magistrati dello stato membro nel cui territorio è situato **il centro degli interessi principali del debitore**. L'ambito di applicazione materiale del Regolamento n. 1346/2000/CE interessa tutte **le procedure concorsuali fondate sull'insolvenza del debitore che comportano lo spossessamento parziale o totale del debitore stesso e la designazione di un curatore**; sono escluse quelle materie che, per la loro incidenza sull'economia nazionale dei singoli stati (quali, ad esempio, le procedure concorsuali che riguardano imprese assicuratrici o enti creditizi) richiedono una specifica regolamentazione.

IDENTIFICAZIONE DEL CLIENTE AI FINI DELLA DISCIPLINA ANTIRICICLAGGIO DELEGATA ANCHE AGLI AVVOCATI

Con **Parere dell'Ufficio Italiano Cambi del 6 febbraio 2002** (reperibile sul sito www.uic.it) è stato chiarito che **l'obbligo di identificazione del cliente previsto ai fini dell'antiriciclaggio dalla l.n. 197/1991 potrà essere delegato** dagli istituti di credito **agli avvocati che si occupano**, per loro conto, **di recupero crediti**. In tal modo, d'ora in avanti, gli studi legali cui è affidata la riscossione dei crediti potranno procedere ad acquisire i dati dei debitori e dei loro garanti, purché, chiarisce l'UIC, sia intervenuto tra la banca delegante e lo studio legale apposito mandato scritto. La suddetta delega, comunque, non esime l'intermediario bancario dalla responsabilità conseguente alla violazione degli obblighi antiriciclaggio. Compete pertanto all'intermediario, quale destinatario degli obblighi disposti dalla l.n. 197/1991, verificare che l'identificazione posta in essere dallo

studio legale incaricato sia conforme alle disposizioni di legge.

MODIFICAZIONI E INTEGRAZIONI AL REGOLAMENTO EMITTENTI

In occasione della periodica revisione dei regolamenti attuativi del T.U.F., la Consob, con Delibera n. 13616 del 12 giugno 2002, ha apportato talune modifiche al Regolamento Emittenti (Regolamento n. 11971 del 14 maggio 1999, modificato con delibere n. 12475 del 6 aprile 2000 e n. 13086 del 18 aprile 2001) in materia di **“modalità di diffusione di prospetti informativi, studi e statistiche”**, limitando a emittenti e responsabili del collocamento il novero dei soggetti che possono procedere – direttamente o indirettamente – alla diffusione di informazioni presso il pubblico, allo svolgimento di indagini di mercato e alla raccolta di offerte d’acquisto successive a forme di sollecitazione all’investimento. Con Delibera n. 13605 del 5 giugno 2002, Consob ha inoltre apportato specifiche **modificazioni al regolamento emittenti in materia di OICR aperti indicizzati**.

NUOVA NORMATIVA COMUNITARIA IN MATERIA DI GESTIONE DEL RISPARMIO

Il 21 gennaio 2002 sono state approvate dal Parlamento Europeo e dal Consiglio le Direttive Comunitarie 2001/107/CE e 2001/108/CE.

Si tratta di normative che modificano la precedente Direttiva 85/611/CEE del Consiglio concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative in materia di organismi di investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM), al fine di regolamentare le Società di Gestione ed i Prospetti Semplificati.

Le direttive in questione dovranno essere recepite dagli stati membri dell’Unione Europea entro il 13 agosto 2003 e le rispettive disposizioni attuative, che questi ultimi adotteranno, entreranno in vigore entro il 13 febbraio 2004.

Numerose e di particolare interesse risultano le novità apportate - in sede comunitaria - alla disciplina della **“gestione del risparmio”**.

La Direttiva n. 107 istituisce infatti il c.d. **“passaporto europeo” per le Società di Gestione (SG)**. Si tratta, in particolare, dell’introduzione – anche per le SG, analogamente a quanto previsto per Banche e Assicurazioni – della **facoltà di aprire succursali in qualsiasi stato membro ovvero di esercitare l’attività dell’oggetto sociale in regime di libera prestazione di servizi**.

La novità principale risulta, tuttavia, quella relativa all’aspetto dell’informativa al pubblico.

Parlamento e Consiglio Europeo hanno infatti ritenuto che la maggiore efficienza dell’informativa al pubblico degli investitori risulti garantita non tanto dalla quantità di documenti a questi offerti in visione quanto dalla semplicità e chiarezza delle informazioni messe a disposizione. E’ stato dunque introdotto il c.d. **“Prospetto Semplificato”: un prospetto informativo unico per tutti gli Stati Membri e valido in tutta l’Unione Europea**.

Quanto alla Direttiva 2002/108/CE, si tratta di una **normativa che ha ad oggetto i “prodotti” della gestione del risparmio** e che, per la prima volta a livello europeo, disciplina taluni dei più sofisticati e moderni organismi di investimento collettivo del risparmio.

In particolare, la direttiva prevede la possibilità di istituire, gestire e commercializzare le seguenti tipologie di fondi: money market funds, fondi indicizzati, derivative funds, fondi di fondi “passaportabili” all’estero.

Per quanto riguarda l’attuazione della nuova disciplina comunitaria, è da attendersi che la stessa abbia luogo, in Italia, a mezzo di una modifica del T.U.I.F., oltre che della normativa regolamentare di Banca d’Italia (Regolamento del 20/9/99) e Consob (Delibere 11522 e 11971).

K K K

LETTURE E ORIENTAMENTI

Ancora sulla nozione di “consumatore” nei contratti, di Fabrizio Di Marzio, in *Giustizia Civile*, n. 3/02, pag. 688.

• L'Autore commentando la sentenza emessa dalla Corte di Cassazione n. 10127 in data 25 luglio 2001 (per la cui massima si rinvia alla Sezione Giurisprudenza) **esamina la problematica sottesa alla nozione di “consumatore” ai sensi dell'art. 1469-bis c.c.**

In particolare con tale pronuncia la Suprema Corte - discostandosi dall'orientamento della prevalente - sottolinea come **qualsiasi contratto concluso** da un soggetto che possa essere definito **consumatore** e che sia **connesso** o collegato **ad un contratto di impresa** (es.: fideiussione rilasciata dalla casalinga moglie dell'imprenditore in relazione ad altro rapporto contrattuale di quest'ultimo) ripete dal secondo la sua natura e **deve a sua volta essere considerato d'impresa**.

Il soggetto che conclude il contratto collegato o connesso a quello d'impresa compie quindi, ai sensi di detta pronuncia, un'attività professionale pur non esercitando una propria attività d'impresa.

La securitization: profili comparativi e prospettive di una figura multiforme, di Gabriele Pasquale, in *Contratto e Impresa/Europa*, n. 2/01, pag. 641.

• L'articolo in commento si segnala per la completezza con la quale l'Autore esamina l'istituto della *securitization*. Tale analisi si apre con un approfondito *excursus* storico che ripercorre le tappe della diffusione della *securitization* oltre i confini statunitensi ove questa è sorta e maturata.

L'esame delle locuzioni con le quali, nei vari paesi, è stata definita la c.d. cartolarizzazione consente all'Autore di definirla *“come un procedimento grazie al quale dai crediti pecuniari, preferibilmente omogenei e non necessariamente liquidi nè agevolmente cedibili, vengono accorpati per essere espressi in*

strumenti finanziari dotati invece di intrinseca negoziabilità e destinati – una volta immessi sul mercato – a beneficiare pro quota del flusso monetario che i crediti suddetti producono alle scadenze prestabilite.”

Esaminata la gamma delle forme di *securitization* sperimentate dalla pratica commerciale internazionale (con particolare riferimento al campo del credito ipotecario) l'Autore conclude il proprio lavoro esaminando criticamente la l.n. 130/1999 con la quale è stata attuata in Italia la cartolarizzazione.

Una nuova pronuncia della Cassazione in tema di limiti alla validità delle garanzie infragruppo, di Debora Monaci, nota a Cass. Sez. I, 15 giugno 2000, n. 8159, in *Giurisprudenza commerciale*, n. 1/02, pag. 37

• La sentenza annotata offre al Commentatore lo spunto per tracciare lo stato dell'arte relativamente al tema della prestazione di garanzie all'interno di un gruppo societario, tema da cui discendono sia la problematica relativa alla **compatibilità dell'operazione con lo statuto sociale**, sia l'eventuale sussistenza di un **conflitto d'interessi** nel caso di similarità nella composizione degli organi amministrativi delle società del gruppo.

Relativamente al primo punto l'Autrice analizza e la questione relativa alla possibilità di individuare l'ambito di riconducibilità di un atto all'oggetto sociale, e l'aspetto relativo all'influenza esercitata su tale fattispecie dall'esistenza di un gruppo.

A tal fine, si sottolinea come sia sostanzialmente **indifferente**, onde ricondurre l'atto di garanzia all'interno dell'oggetto sociale, **il carattere di gratuità o di onerosità della fideiussione**, essendo tale valutazione attinente al profilo economico della gestione della società e non rilevante ai fini del perseguimento dello scopo sociale.

L'articolo, rimettendosi alla motivazione della sentenza, condivide l'orientamento seguito dalla Suprema Corte secondo il quale **l'esistenza di un gruppo di società**, contraddistinto dall'esistenza di *“un'unicità di direzione e della concentrazione della*

titolarità delle partecipazioni societarie nelle stesse persone” **non costituisce elemento sufficiente a permettere l’inclusione di tale atto all’interno dell’oggetto sociale**, potendosi anzi rilevare dannoso agli interessi della fideiubente.

Relativamente al tema del limite della validità degli atti infragruppo connesso alla disciplina del conflitto di interessi, l’Autrice propende per un’interpretazione di carattere ampio, ravvisando l’esistenza di un **conflitto d’interessi** solo nel caso in cui l’amministratore abbia compiuto **atti oggettivamente estranei all’attività dell’impresa** e, allo stesso tempo, tesi a soddisfare un interesse “*estraneo all’interesse sociale*”.

In tema di segnalazioni alla Centrale Rischi: profili di responsabilità della banca segnalante, di Gianluca Tarantino, in *Banca Borsa Titoli di credito*, n. 2/02, pag. 219.

- L’inosservanza delle regole (stabiliti dalle *Istruzioni* di Bankitalia del novembre 1996) che comportano la segnalazione a sofferenza di un credito alla Centrale Rischi da parte della banca segnalante, determina per quest’ultima la **responsabilità civile per i danni cagionati dall’erronea segnalazione** (c.d. responsabilità per false informazioni).

La giurisprudenza più recente ricollega tale responsabilità allo **status professionale dell’imprenditore bancario** ed all’affidamento che le informazioni da questi divulgate fanno sorgere nel pubblico.

Tale illegittimo comportamento rileva altresì ai sensi dell’art. 9 della l.n. 675/96 (c.d. **legge privacy**), che prevede che i dati personali trattati debbano essere “*esatti*”, con conseguente **responsabilità ex art. 2050 c.c.** (c.d. responsabilità per attività pericolose).

Sulla base di questi presupposti, il Tribunale di Brindisi, con ordinanza emessa in data 26 settembre 2000 (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza), ha dunque ritenuto che, a tutela immediata dei diritti del segnalato, sia **ammissibile**, da parte di quest’ultimo, **il ricorso all’art.700 c.p.c.**

Natura costitutiva dell’azione revocatoria e debito di valuta, di Giovanni Lo Cascio, in *Il Fallimento*, n. 5/02, pag. 531.

- In tema di rivalutazione monetaria **dell’obbligo di restituzione** conseguente alla **revocatoria fallimentare** del pagamento di una **somma** di danaro, il Supremo Collegio - con sentenza n. 11594 dell’11 settembre 2001 (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza) – ribadisce, sulla scorta di un orientamento ormai consolidato (cfr. Cass. S.U. n. 437 del 15 giugno 2000, Cass. S.U. n. 5443 del 13 giugno 1996 e Cass. S.U. n. 6225 dell’8 luglio 1996), che questo, non trovando la propria fonte in un illecito, deve essere considerato alla stregua di un **debito di valuta**. L’azione revocatoria esperita dal curatore non si fonda, infatti, su un credito esistente nel patrimonio, bensì su un **diritto potestativo ad ottenere una sentenza costitutiva**. La tutela dei creditori della massa, trovando spazio al di fuori di qualsiasi profilo fraudolento, va quindi ricondotta all’accertamento costitutivo del giudice, volto a stabilire se l’atto impugnato è idoneo a pregiudicare il patrimonio del fallito. L’atto solutorio, non rientrando nella sfera degli atti illeciti, assume così natura di debito di valuta e gli **interessi sulla somma da restituire decorrono dalla domanda giudiziale**.

Giurisdizione italiana in tema di revocatoria dei pagamenti tra “vecchia” e “nuova” amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, di Massimo Montanari, in *Corriere Giuridico*, n. 6/02, pag. 764.

- La sentenza annotata (Cass. S.U., 26 giugno 2001, n. 8745, per la cui massima si rimanda alla sezione Giurisprudenza) afferma la **giurisdizione italiana in materia di azione revocatoria** esercitata, nell’ambito di una procedura di **amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi**, nei confronti di una **società avente nazionalità straniera**, sulla base dell’art. 3, comma 2, della l. n. 218/95, rimandando, quale **criterio di collegamento** ai fini della giurisdizione, alla competenza prevista dall’**art. 20 c.p.c.**

Il Commentatore, che condivide la scelta della Suprema Corte di non richiamare, in quanto né compatibile con la natura della procedura, né espressamente richiamato dalla legge (ora però riprodotto nell'art. 13 del D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270), l'art. 24 l.f., che stabilisce la *vis attractiva concursus* in materia fallimentare, censura però l'iter argomentativo seguito dalla Cassazione, per cui sarebbe applicabile il criterio di attribuzione della competenza *ex art. 20 c.p.c.*, in quanto *forum destinatae solutionis*. Nella prospettazione dell'Autore, tale principio di diritto, ormai costante nella giurisprudenza di legittimità, sarebbe **incompatibile con la funzione recuperatoria dell'azione revocatoria**, qualunque sia la natura (costitutiva o dichiarativa) di detta azione, essendo l'art. 20 c.p.c. destinato a regolare fattispecie di origine contrattuale.

“Incompatibilità” dell'amministrazione straordinaria con il diritto comunitario, di Alessandro Della Chà e Veronica Cascavilla, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 9/02, pag. 24.

• L'argomento, (per l'approfondimento del quale si rinvia al Focus pubblicato sul n. 11/02 di *Iusletter*), è stato oggetto di numerosi contributi dottrinali, tesi ad individuare l'esatta portata delle pronunce emesse dagli organi comunitari. Gli Autori pongono la loro attenzione su un aspetto particolare della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, vale a dire **l'applicabilità, richiamata dall'art. 1 della legge Prodi**, di alcune disposizioni contenute dalla l.f., e, in particolare, di quelle in tema di **revocatoria fallimentare**.

Esaurita una breve premessa relativa all'analisi sia delle finalità della procedura in esame (tesa, come noto, non al soddisfacimento del ceto creditorio, ma alla **salvaguardia del livello occupazionale dell'impresa**), sia all'intervento della giurisprudenza comunitaria in materia di aiuti statali (ritenuta non completamente censoria della legge Prodi), gli Autori passano in rassegna alcuni dei disposti normativi della l.f. applicabili all'amministrazione straordinaria, analizzandone la compatibilità con le pronunce in tema di aiuti di stato vietati.

Con particolare riferimento all'**esperibilità dell'azione revocatoria da parte del Commissario Straordinario**, la conclusione, accolta anche dalla giurisprudenza nazionale maggioritaria, è quella di considerarla **non incompatibile con le norme europee**, in quanto strumento teso al rispetto della *par condicio creditorum*, e non atto a configurare un “*sostegno selettivo dell'impresa capace di alterare la concorrenza nel mercato comune*”.

Chiusura del fallimento per mancanza di massa passiva e intervento di un creditore non insinuato, di Italo Scalera, in *Il Diritto Fallimentare*, n. 1/02, pag. 124/II.

• L'Autore, commentando un decreto emesso dalla Corte d'Appello di Roma (App. Roma 10 settembre 2001, per la cui massima si rinvia alla Sezione Giurisprudenza), si sofferma ad esaminare due fattispecie tuttora controverse e non espressamente disciplinate dalla l.f..

La prima attiene **all'efficacia della dichiarazione di chiusura del fallimento per mancanza di massa passiva**. L'Autore, sulla base delle norme contenute nella l.n. 267 del 16 marzo 1942 e delle opinioni dottrinali e giurisprudenziali in materia, giunge alla conclusione che il decreto di chiusura ha **natura immediatamente esecutiva** e che, pertanto, il reclamo eventualmente proposto avverso lo stesso *ex art. 119 l.f.* non ha facoltà di sospendere l'esecuzione. Con tale provvedimento cessano quindi tutti gli effetti del fallimento, ai sensi dell'art. 120 l.f..

La seconda questione concerne invece l'ammissibilità **dell'intervento di un altro soggetto**, non creditore concorsuale (cioè non ammesso allo stato passivo), in appello nel procedimento di reclamo di cui sopra, al fine di opporsi alla chiusura del fallimento. Ebbene, tale possibilità deve ritenersi esclusa, soprattutto perché in appello è consentito **unicamente l'intervento principale e non *ad adiuvandum***, quale è nel caso di specie **quello del terzo rimasto al di fuori del processo fallimentare**.

Semplificazioni contabili e valore probatorio delle scritture, di Enrico Fossa, in *Diritto e Pratica delle Società*, n.11/02, pag. 40.

• L'art. 8 della l.n. 383 del 18 ottobre 2001 ha modificato l'art. 2215 c.c., semplificando le modalità di tenuta delle scritture contabili. L'eliminazione in capo alle imprese dell'obbligo di eseguire le formalità contabili c.d. estrinseche (vale a dire l'obbligo di bollare e vidimare le scritture contabili) pone però degli importanti interrogativi sul piano processuale, circa il valore probatorio da attribuire alle scritture contabili.

Ciò in quanto l'art. 2710 c.c. - rimasto indenne dalla semplificazione normativa di cui sopra - richiede tuttora che, al fine di poter far prova tra imprenditori relativamente ai rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa, i libri contabili debbano essere "bollati e vidimati nelle forme di legge".

Scartata la tesi semplicistica che propende per un'implicita abrogazione del predetto articolo, l'Autore sposa un indirizzo che, rifacendosi al brocardo latino *cuius commoda eius incommoda*, favorisce la responsabilizzazione e la libertà di scelta del singolo imprenditore.

In sintesi, solo sull'imprenditore che voglia godere del regime probatorio previsto dall'art. 2710 c.c. continuerà a gravare l'onere, e non più l'obbligo dunque, di bollare sia il libro giornale sia quello degli inventari e di ottenere dal Registro delle imprese o dal Notaio l'attestazione del numero delle pagine delle quali i libri risultano composti.

Il valore probatorio del documento informatico, di Giusella Finocchiaro, in *Contratto e Impresa*, n. 1/02, pag. 76.

• Si tratta di un'utile disamina delle principali questioni interpretative connesse al documento informatico. L'occasione dalla quale trae spunto l'Autore è costituita dalla prima sentenza in materia pronunciata dalla Corte di Cassazione n. 11445/2001, (cfr. *Iusletter*, n. 11, pag. 14). Le fonti normative di riferimento sono quelle che hanno introdotto, nel nostro paese, la disciplina relativa alla validità e rilevanza dei documenti informatici (legge 15 marzo 1997, n. 59), alla firma digitale

(d.p.r. 10 marzo 1997, n. 513), al Testo unico in materia di documentazione amministrativa (d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445) ed alle regole tecniche per la formazione, trasmissione, conservazione, duplicazione, riproduzione e validazione, anche temporale, dei documenti informatici (d.p.c.m. 8 febbraio 1999).

Si noti tuttavia che l'articolo segnalato è precedente all'emanazione del D.Lgs. del 23 gennaio 2002, n. 40 che ha dato attuazione della direttiva 1999/93/CE, relativa ad un quadro comunitario per le figure elettroniche (G.U. 15 febbraio 2002, n. 10). Per tali ragioni l'indubbia utilità della lettura dell'articolo in commento (particolarmente chiaro là dove precisa una serie di definizioni giuridiche spiegandone in dettaglio le differenze tecniche) deve essere integrata dall'aggiornamento normativo di cui al D.Lgs. 40/2002 sopra citato.

Il contributo unificato di iscrizione a ruolo nelle procedure concorsuali, di Luca Mandrioli, in *Il Fallimento*, n. 5/02, pag. 479.

• L'Autore si occupa di un tema di grande attualità: il contributo unificato di iscrizione a ruolo, con particolare attenzione alla determinazione di tale contributo nell'ambito delle procedure concorsuali.

L'aspetto, trascurato dalla normativa in tema, si rivela importante per due serie di motivi: il primo relativo alla concreta quantificazione dell'importo da versare per iscrivere a ruolo la procedura (considerata la difficile determinabilità del valore complessivo dello stato passivo); il secondo relativo alla determinazione degli atti, successivi all'apertura della procedura, per i quali debba pagarsi nuovamente il contributo unificato.

Sulla scorta della recente modifica apportata dall'art. 1, comma 7, d.l. 11 marzo 2002, n. 28, l'Autore ritiene che sia volontà del legislatore stabilire un contributo unificato di ammontare fisso pari ad euro 516,50.

Sul secondo punto l'Autore ritiene invece esclusi da un nuovo pagamento alcuni atti riconducibili alla natura della procedura fallimentare, quali le istanze tempestive di

fallimento *ex art.* 93 l.f. e di rivendicazione *ex art.* 103 l.f., ritenendo dovuto il pagamento del contributo per i procedimenti in camera di consiglio (*i.e.* il reclamo *ex art.* 26 l.f.) e per i procedimenti di volontaria giurisdizione (cui l'Autore assimila l'istanza *ex art.* 6 l.f.).

Sicuramente dovuto – e soggetto alle regole di determinazione del valore della controversia *ex art.* 10 c.p.c. – il contributo unificato per le altre cause esperite dalla procedura, quali le azioni revocatorie, e per i giudizi *ex art.* 98 l.f. (opposizione allo stato passivo) ed *ex art.* 101 l.f. (insinuazione tardiva del credito).

I poteri del sequestratario, di Marco Maceroni, in *Il Diritto Fallimentare*, n. 1/02, pag. 28/II.

- Nella sentenza che si annota (Corte di Cassazione, 10 maggio 2001, n. 9692, per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza) la Suprema Corte, uniformandosi all'orientamento giurisprudenziale precedente, ha riconosciuto **ampi poteri al custode** nominato dal giudice con il provvedimento che autorizza **il sequestro giudiziario di quote sociali**.

In particolare questi, poiché è chiamato a svolgere una funzione di conservazione, è legittimato a **proporre opposizione** avverso quegli atti o negozi che abbiano pregiudicato la disponibilità dei beni sequestrati, quale, a titolo esemplificativo, **la cessione delle quote a terzi**.

La sentenza offre altresì lo spunto all'Autore per esaminare brevemente una questione dibattuta, ovvero quella relativa alla **sequestrabilità delle quote sociali di società a responsabilità limitata**. Al riguardo, lo stesso osserva che, mentre la dottrina maggioritaria è pervenuta ad una soluzione negativa sulla base della natura incorporale di dette quote, la giurisprudenza ha invece ammesso il sequestro con varie giustificazioni (ad esempio, asserendo che le quote sociali sono equiparabili ai beni mobili poiché posseggono un valore patrimoniale oggettivo costituito dalla frazione del patrimonio che rappresentano).

Impugnazione di atti societari da parte della Consob, di Renato Rordorf, in *Giurisprudenza Commerciale*, n.1/02, pag. 31.

- Si segnala il presente articolo per l'interesse che il tema dell'esercizio dell'attività di vigilanza svolto dalle competenti *Authorities* assume nell'economia generale del T.U.F..

L'Autore esamina così il testo dell'art. 157, 2° comma, D.Lgs. 58/1998 che attribuisce alla Consob il potere di impugnare le deliberazioni assembleari attraverso le quali viene approvato **il bilancio di esercizio delle società che emettono azioni nei mercati regolamentati italiani** (ovvero, in riferimento ai **bilanci consolidati**, la possibilità di esperire l'azione volta a far accertare la non conformità a legge del bilancio consolidato).

La Consob è infatti l'ente cui è imputata, in materia economica, la protezione degli **interessi diffusi**, così come identificato da altra disposizione della stessa c.d. Legge Draghi.

Ne discende l'autonomia dell'impugnazione da parte della Consob rispetto alle valutazioni, operate dalle società di revisione contabile, sulla conformità dei bilanci ai criteri di redazione stabiliti dalla legge nonché rispetto alle analoghe iniziative concesse alle minoranze degli azionisti dissenzienti.

κ κ κ

GIURISPRUDENZA

ULTIMISSIME

- **Con sentenza n. 319/02 depositata il 10 giugno 2002 il Tribunale di Desio** ha dichiarato l'inammissibilità dell'intervento svolto da una banca creditrice ai sensi dell'art. 105 c.p.c., nell'ambito di un giudizio di revocatoria ordinaria. Con tale sentenza (a disposizione dei lettori di Iusletter nella

versione estesa) il Tribunale mostra di aderire all'orientamento giurisprudenziale e dottrinale che ritiene che l'intervento adesivo autonomo comporti la proposizione di una domanda nuova e come tale soggiaccia alle preclusioni di cui agli artt. 268, 166, 167 e 183 c.p.c..

CONTRATTI

Corte di Giustizia, 22 novembre 2001, Sez. III, n. C-541/99 e C-542/99, in *Corriere Giuridico*, n. 4/02, pag. 445.

- La nozione di “**consumatore**”, come definita dall'art. 2, lett. b), della direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, dev'essere interpretata nel senso che si riferisce **esclusivamente alle persone fisiche**.

Cass., 25 luglio 2001, Sez. I, n. 10127, in *Giustizia Civile*, n. 3/02, con nota di Fabrizio Di Marzio, pag. 685.

- Al fine dell'applicazione della disciplina di cui agli artt. 1469-*bis* e ss. c.c. relativa ai contratti del consumatore, deve essere considerato “**consumatore**” la **persona fisica** che, anche se **svolge attività imprenditoriale o professionale**, conclude un qualche **contratto** (avente ad oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi – e senza limitazione dopo la modifica di cui all'art. 25 l.n. 526 del 21 dicembre 1999) per la soddisfazione di **esigenze della vita quotidiana** estranee all'esercizio di dette attività, mentre deve essere considerato “professionista” tanto la persona fisica, quanto quella giuridica, sia pubblica che privata, che, invece, utilizza il contratto (avente ad oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi e senza tale limitazione dopo l'entrata in vigore della citata l.n. 526 del 1999) nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale. Perché ricorra la figura del “professionista” non è necessario che il contratto sia posto in essere nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente che venga posto in essere per uno scopo connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale. (Massima non ufficiale)

DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Cass., 1 febbraio 2002, Sez. I, n.1287, in *Il Foro Italiano*, n. 5/02, pag. 1412.

- E' **nulla la clausola**, inserita nel contratto di **conto corrente bancario**, con la quale si rinvia, per la determinazione del **tasso di interessi ultralegale**, alle **condizioni** praticate usualmente dalle aziende di credito **su piazza**, poichè si tratta di criteri estrinseci inidonei a consentire un'oggettiva determinabilità del tasso convenzionale.

Posto che la determinazione del tasso di interesse ultralegale richiede la specifica pattuizione per iscritto, l'approvazione tacita degli estratti conto periodici non vale a sanare l'originario vizio di nullità della pattuizione per carenza del requisito della determinabilità.

Cass., 30 gennaio 2002, Sez. I, n. 1233, in *Guida al Diritto*, n. 17/02, pag. 57.

- La norma dell'art. 102 della previgente legge bancaria (ora l'art. 50 del d.lgs. 385/1993) già conferiva al dirigente della banca i poteri di certificazione della certezza e liquidità del credito, onde gli **estratti conto** prodotti in giudizio dalla banca devono sempre **intendersi come originali**, quando **muniti** della predetta **certificazione**.

- Spetta al cliente avanzare **contestazioni avverso la contabilità** tenuta dall'istituto di credito e comunicata in estratto: di conseguenza, tale contabilità può costituire prova del saldo attivo a favore della banca qualora il cliente si limiti a una **generica affermazione** di nulla dovere o di dovere una somma inferiore, senza muovere addebiti specifici e circostanziati sulle singole poste dalle quali discende quel saldo.

- Gli **estratti conto non** specificamente **contestati dal correntista** hanno **efficacia vincolante** anche per il **fideiussore**: di conseguenza, legittimamente il giudice di merito nella causa tra fideiussore del correntista e istituto di credito non dispone l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio contabile, ove manchi la contestazione specifica circa l'inesistenza o gli errori degli estratti conto.

Cass., 16 ottobre 2001, Sez. I, n. 12582, in *GIUS*, n. 1/02, pag. 75.

• Il mero possessore di un **assegno bancario** privo di efficacia cartolare per effetto del suo ammortamento, che non sia né prenditore né giratario dello stesso, **non** può considerarsi **legittimato** alla pretesa del credito ivi contenuto, avvalendosi – allo scopo – del suddetto titolo quale promessa di pagamento ai sensi dell'**art. 1988** c.c., atteso che l'inversione dell'onere della prova, prevista da tale disposizione, opera solo nei confronti di colui al quale la promessa sia stata fatta, con la conseguenza che egli non è onerato dalla prova dell'esistenza del rapporto giuridico dal quale discende l'obbligazione del promittente, non potendo attribuirsi, al mero dato del possesso del titolo all'ordine, univoco significato ai fini della legittimazione.

Cass., 9 giugno 2000, Sez. I, n. 7869, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 2/02, pag. 141.

• In riferimento ad una "**lettera di risparmio**" rilasciata da una **cassa rurale**, che abbia la natura di titolo al portatore, trovano applicazione gli artt. 1835, 1836, 1992, 1883 e 2003 c.c., ed in particolare i **principi dell'incorporazione**, dell'**autonomia** e dell'**astrattezza**, con la conseguenza che la sola consegna del titolo vale ad attribuire al portatore sia l'investitura formale del diritto in esso incorporato, sia la legittimazione all'esercizio dello stesso, ed il portatore del titolo è quindi legittimato, in quanto tale, all'incasso del relativo importo, senza essere onerato della dimostrazione di un negozio di trasmissione del titolo, mentre gli eredi del soggetto a cui il titolo sia stato rilasciato dall'istituto emittente, se ne richiedono la restituzione, hanno l'onere di provare l'esistenza di una valida ragione giustificativa della loro pretesa (come ad esempio l'acquisto in mala fede da parte dell'attuale portatore).

App. Lecce, 27 giugno 2000, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 2/02, pag. 145.

• Quando il **portatore di un assegno bancario** abbia lasciato prescrivere l'azione cartolare di

regresso del girante ed **esperisca l'azione causale** nei confronti del **fideiussore**, questi può eccepire l'**improcedibilità** della stessa *ex* art. 58, comma 2°, l.ass..

La prescrizione dell'azione di regresso dell'ultimo portatore, in ogni caso, non preclude l'azione di ulteriore regresso tra gli obbligati al pagamento dell'assegno bancario (gli uni verso gli altri), essendo soggetta a un autonomo termine di prescrizione, quello di cui all'art. 75, comma 2°, l.ass..

Non è dovuta la commissione di massimo scoperto qualora la banca non provi che i criteri utilizzati per il suo calcolo corrispondono agli "usi piazza", cui rinvia la relativa clausola contrattuale (stipulata prima dell'entrata in vigore della l.n. 154/1992).

La commissione di massimo scoperto applicata al massimo saldo dare al cliente, con riferimento a ciascun periodo di liquidazione degli interessi, non è più dovuta sui conti chiusi.

Il conto corrente bancario non è assimilabile al conto corrente ordinario, sì che non può considerarsi legittima la prassi bancaria di capitalizzazione trimestrale degli interessi, posto altresì che non esiste alcun uso bancario derogatorio del divieto di cui all'art. 1283 c.c..

Trib. Milano, 26 marzo 2001, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 2/02, con nota di Marco Cian, pag. 160.

• La sottrazione di azioni dematerializzate dal conto di un partecipante al sistema di gestione accentrata costituisce una moderna forma di **spoglio del possesso** di tali **strumenti finanziari**, contro il quale è esperibile l'azione di reintegrazione *ex* art. 1168 c.c..

Trib. Roma, 8 marzo 2001, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 2/02, con nota di Eva Desana, pag. 193.

• In difetto di esplicita impugnazione dei provvedimenti amministrativi emessi dalla Consob o dalla Banca d'Italia, sussiste la **giurisdizione del giudice ordinario** per la **sospensione di un'offerta pubblica d'acquisto residuale**, di cui si asseriscono la nullità o l'inefficacia, trattandosi di

controversia di natura contrattuale-societaria. L'ammissibilità della **tutela cautelare atipica** contro un'offerta pubblica d'acquisto, ad iniziativa degli azionisti della società bersaglio, deriva dalla sua natura di proposta irrevocabile proveniente dalla società offerente di cui i ricorrenti non sono soci e pertanto non possono né impugnare, né chiedere la sospensione di deliberazioni assembleari o consiliari illecite. L'inserimento di una **clausola vessatoria** nella **scheda di adesione** allegata al documento d'**offerta non** determina la **nullità dell'intera OPA**, trovando applicazione la norma in materia di contratti del consumatore che sancisce l'inefficacia della clausola, ferma l'efficacia dell'intero contratto. Non sussiste il *fumus boni iuris* richiesto per la sospensione dell'offerta pubblica d'acquisto nel caso in cui i motivi di nullità o invalidità di questa, in astratto riconducibili all'abuso di maggioranza e ad irregolarità commesse da amministratori e sindaci, attengano a vicende societarie anteriori all'OPA, culminante in autonome deliberazioni non impugnate. Non sussiste il pericolo di un pregiudizio imminente e irreparabile conseguente alla mancata sospensione di un'offerta pubblica d'acquisto residuale, richiesta sul presupposto di un'operazione di *squeezing out*, qualora gli eventuali danni paventati dai ricorrenti integrino un pregiudizio di natura squisitamente patrimoniale, di cui sia possibile il risarcimento da parte degli amministratori che abbiano agito con dolo o colpa ovvero da parte della Consob per violazione dei doveri di vigilanza.

Trib. Brindisi, 26 settembre 2000, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 2/02, con nota di Gianluca Tarantino, pag. 219.

- L'appostazione di un **credito a sofferenza** e la conseguente **segnalazione presso la Centrale dei Rischi** può avvenire solamente in caso di **insolvenza**, anche se non accertata giudizialmente, ovvero in situazioni equiparabili: per la prima ipotesi, è chiaro il riferimento al concetto di insolvenza previsto dalla l.f., per cui la segnalazione in questione deve avvenire nelle ipotesi di cronica incapacità del correntista di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni; per quello che riguarda

invece le “*situazioni equiparabili*”, deve ritenersi che queste ricorrano nelle ipotesi di oggettiva difficoltà economica-finanziaria del correntista.

Nell'ambito di un rapporto di conto corrente ed apertura di credito, la **banca**, avendo l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, **non deve procedere** a segnalazioni presso la Centrale dei Rischi in assenza dei presupposti, né, tanto meno, a **segnalazioni abusive**, e cioè intenzionalmente dirette a comunicare dati non veritieri riguardo ai propri clienti: ciò in considerazione dell'interesse del correntista a non subire segnalazioni che, oggettivamente, potrebbero pregiudicare il suo futuro accesso al credito e minare gravemente la sua reputazione commerciale, con conseguente danno non solo dell'immagine imprenditoriale, ma anche strettamente patrimoniale, sotto il profilo della riduzione della possibilità di investimenti.

Nelle ipotesi in cui sussista il pericolo di un pregiudizio grave ed irreparabile durante il tempo occorrente per far valere il diritto al risarcimento del danno in via ordinaria, può prospettarsi la necessità di una **tutela d'urgenza** anticipatoria degli effetti della sentenza di merito dell'instaurando giudizio per il risarcimento dei danni, sotto il profilo dell'**immediata cancellazione** della segnalazione alla Centrale Rischi che pertanto può essere disposta anticipatamente rispetto alla decisione finale.

GARANZIE

Cass., 2 aprile 2002, Sez. III, n. 4637, in *Guida al Diritto*, n. 23/02, pag. 38.

- La caratteristica fondamentale della **garanzia autonoma** che vale a distinguerla dalla fideiussione tipica, è la **mancanza dell'elemento dell'accessorietà**: il garante si impegna a pagare al beneficiario, senza opporre eccezioni né sulla validità del rapporto di base, né sull'efficacia di questo. Detti elementi che caratterizzano il contratto autonomo di garanzia e lo differenziano dalla fideiussione devono necessariamente essere esplicitati nel contratto con l'**impiego di specifiche clausole**, quali quella “a semplice richiesta” o quella “a prima domanda” o altre

analoghe, idonee a indicare l'esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, ivi compresa l'estinzione del rapporto. Pertanto, a fronte della qualificazione della garanzia come fideiussoria, soggetta in quanto tale, alla sorte del debito principale, la parte che faccia valere la diversa configurazione di detta garanzia come autonoma e, quindi, svincolata dal debito principale, ha l'onere di dedurre gli elementi oggettivi sui quali tale considerazione si fonda.

Cass., 15 giugno 2000, Sez. I, n. 8159, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 1/02, pag. 34/II.

- La **prestazione di garanzia per debiti altrui**, anche quando sia prevista espressamente dallo statuto, è **estranea all'oggetto sociale se non è idonea** in concreto a **soddisfare un interesse economico, anche mediato o indiretto**, ma giuridicamente rilevante della società garante. L'**appartenenza di una società a un gruppo non legittima l'esercizio di attività estranee all'oggetto sociale**; restano estranei all'oggetto sociale gli atti che, apparendo preordinati a favorire in via esclusiva il gruppo o la società beneficiaria, non rivestano alcun interesse o addirittura pregiudichino la società operante. Il giudizio sulla sussistenza dell'interesse economico sufficiente a configurare la strumentalità agli scopi sociali degli atti compiuti dagli amministratori in nome della società presuppone un potere di apprezzamento dei fatti che è proprio del giudice di merito e, salvi vizi di motivazione rilevanti ai sensi dell'art. 360 c.p.c., è insindacabile in sede di legittimità. (Massima non ufficiale).

FALLIMENTO

Corte Costituzionale, 7 novembre 2001, n. 361, in *Il Diritto Fallimentare*, n. 1/02, pag. 9/II.

- E' manifestamente **infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 l.f.** nella parte in cui non prevede che la sentenza dichiarativa di fallimento dell'imprenditore individuale possa essere pronunciata entro un anno dalla iscrizione della cessazione

dell'attività nel registro delle imprese, in relazione al principio dell'eguaglianza e al diverso trattamento previsto per le società in quanto la **norma può essere interpretata**, in assenza di un contrario diritto vivente, nel senso che **anche per l'imprenditore individuale debbono valere le risultanze delle iscrizioni nel registro delle imprese**, fatta salva la possibilità per i creditori di dimostrare la prosecuzione dell'attività anche dopo l'iscrizione della cessazione, in riferimento agli artt. 3, 24 e 97 Cost..

Cass., 29 gennaio 2002, Sez. I, n. 1063, in *Guida al Diritto*, n. 17/02, pag. 60.

- In ordine alle **modalità con cui il curatore può manifestare la propria scelta di sciogliersi ex art. 72 l.f.** dai contratti pendenti non ancora eseguiti, essa può avvenire con **qualsiasi atto idoneo** allo scopo e, quindi, anche **per facta concludentia**, purché questi siano idonei a manifestare una chiara volontà in un senso o nell'altro
- Correttamente viene pronunciato il mero rigetto della domanda proposta ai sensi dell'art. 2932 c.c., senza la declaratoria di risoluzione del contratto preliminare, nel caso in cui, a seguito del fallimento del promittente venditore, il curatore scelga di sciogliersi dal preliminare: non si tratta, infatti, di un'ipotesi di risoluzione del contratto, ma di scioglimento dello stesso in forza di atto unilaterale del curatore consentito dall'art. 72 l.f. in presenza di un contratto non ancora eseguito.
- A fronte della **domanda del promissario acquirente** volta a ottenere una **sentenza che tenga luogo del contratto definitivo non concluso**, la richiesta del curatore del sopravvenuto fallimento del promittente venditore, intesa a conseguire lo scioglimento ai sensi dell'art. 72 l.f. del contratto ineseguito, deve ritenersi diretta a paralizzare la pretesa avversaria di ottenere una sentenza costitutiva e integra, pertanto, un'eccezione in senso proprio.

Cass., 17 settembre 2001, Sez. I, n. 11623, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 10/02, pag. 94.

- Il **versamento in favore del creditore**, quale che sia la forma, che avvenga dopo la dichiarazione del fallimento del debitore principale e risulti **eseguito dal terzo fideiussore**, che non abbia debiti verso il fallito, deve ritenersi compiuto per l'adempimento dell'obbligo fideiussorio, con l'effetto che il relativo **accreditamento successivamente fatto sul conto del predetto debitore viene a essere sottratto alla sfera di operatività dell'art. 44 l.f.**

Cass., 11 settembre 2001, Sez. I, n. 11594, in *Il Fallimento*, n. 5/02, con nota di Giovanni Lo Cascio, pag. 531.

- Poiché anche in ipotesi di esperimento dell'azione revocatoria per i casi di cui al primo comma dell'art. 67 l.f. non diversamente che per quelli di cui al secondo comma della stessa norma, l'atto contro il quale viene esperita la revocatoria è originariamente valido ed efficace e solo a seguito dell'accoglimento della **revocatoria**, in ragione della **natura di azione costitutiva** di quest'ultima, avente ad oggetto l'esercizio di un diritto potestativo e non di un diritto di credito, diviene privo di effetti nei confronti della massa fallimentare, **l'obbligazione restitutoria pecuniaria** nascente dalla revocatoria stessa, in dipendenza della natura dell'atto revocato, non ha ad oggetto un debito di valore ma un **debito di valuta** (in accoglimento di tale principio la Suprema Corte ha cassato senza rinvio, decidendo nel merito con il rigetto del relativo capo di domanda, la sentenza d'appello che, con riferimento al vittorioso esperimento di una revocatoria avverso un mandato a riscuotere una somma determinata, al fine dell'utilizzazione della somma riscossa per estinguere un debito del mandante, aveva considerato di valore il debito restitutorio verso la massa nel presupposto dell'illeicità dell'atto revocato).

Cass., 26 giugno 2001, Sez. Un., n. 8745, in *Corriere Giuridico*, n. 6/02, pag. 763.

- Con riferimento ad un'azione revocatoria

promossa, nell'**ambito di una procedura di amministrazione straordinaria** delle grandi imprese in crisi, in relazione a **pagamenti**, cessioni di crediti e mandati all'incasso **effettuati in favore di società straniera** (nella specie, società di nazionalità tedesca ed avente sede in Germania), **sussiste la giurisdizione del giudice italiano**; infatti, a norma dell'art. 3, comma secondo, ultimo periodo, della l.n. 218 del 1985, nelle materie escluse dall'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968, resa esecutiva con l. 21 giugno 1971, n. 804 – tra le quali ricade anche la materia dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi stante l'affinità (*ex art. 1, comma secondo, n. 2 di detta Convenzione*) con la materia fallimentare -, la giurisdizione del giudice italiano sussiste anche in base ai criteri di collegamento stabiliti per la competenza per territorio e, con riferimento all'azione revocatoria (la quale mira al recupero di una somma di danaro determinata, corrispondente alla *solutio revocanda*), si determina in relazione al domicilio del creditore al tempo della scadenza dell'obbligazione, e cioè presso l'amministratore nominato ai sensi della l.n. 95 del 1979, ove deve essere adempiuta l'obbligazione restitutoria sorgente da detta azione.

App. Roma, 10 settembre 2001 (decreto), in *Il Diritto Fallimentare*, n. 1/02, con nota di Italo Scalera, pag. 124/II.

- Il **decreto di chiusura del fallimento** emesso con il rito camerale **non è provvedimento immediatamente esecutivo** ed il reclamo avverso lo stesso ne sospende l'efficacia fino alla sua definitività.

La obbligatoria partecipazione al giudizio sul reclamo del curatore rende evidente che in tal caso sussiste una ultrattività degli organi fallimentari.

La **legittimazione processuale alla proposizione del reclamo** spetta ai **solli creditori effettivamente ammessi** e non agli esclusi pur se opposenti allo stato passivo.

L'intervento in appello presuppone nell'interventore il possesso di una posizione stanziale assimilata a quella dell'opposizione

di terzo, che legittimerebbe un diretto esercizio della azione in diverso giudizio, mentre sembrerebbe nella specie ravvisarsi un intervento *ad adiuvandum* come tale non consentito in sede di giudizio di impugnazione.

App. Roma, 26 giugno 2001, n. 2322, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 11/02, pag. 85.

- **L'esercizio da parte del venditore** (o del promittente venditore) del **diritto potestativo previsto dall'art. 72**, comma 1, l.f., in ipotesi di fallimento del compratore, **presuppone** necessariamente il **successivo pagamento** del credito per il prezzo in **moneta fallimentare**. Non potrà quindi trovare applicazione l'art. 72, comma 1, l.f., qualora le modalità di pagamento del prezzo previste dal contratto pendente, quali l'accollo di un mutuo fondiario, siano tali che, in caso di esercizio da parte del venditore del diritto potestativo *ex art. 72*, comma 1, l.f., la curatela del fallimento dell'acquirente verrebbe a trovarsi obbligata a pagare in via preferenziale la banca mutuante con palese violazione della *par condicio creditorum*.

App. Bologna, 27 dicembre 2000, in *GIUS*, n. 1/02, pag. 95.

- **Durante la procedura di concordato preventivo**, che si svolge a seguito della sentenza di omologazione, **non resta sospesa la prescrizione dei diritti dei creditori** i quali sono tenuti a compiere atti interruttivi, anche se diversi dalla proposizione di azioni esecutive individuali.

Trib. Roma, 16 luglio 2001, n. 861, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 11/02, pag. 90.

- **L'atto di cessione effettuato dal coniuge fallito in favore dell'altro coniuge** in esecuzione del **verbale di separazione non può essere dichiarato inefficace *ex art. 64 l.f.***, non integrando atto a titolo gratuito, né è revocabile *ex art. 67 l.f.* in assenza di prova, da parte della curatela, della *scientia decoctionis* del coniuge percipiente, non essendo sufficiente a tal fine l'allegazione del rapporto coniugale.

Trib. Roma, 9 luglio 2001, Sez. Fall., n. 26415, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 11/02, pag. 87.

- In accoglimento dell'**azione di responsabilità** promossa dal curatore *ex art. 146 l.f.*, il **danno per la società deve quantificarsi nella differenza tra attivo e passivo fallimentare**, a meno che gli *ex* amministratori convenuti riescano a provare che le perdite accertate e il dissesto societario non siano dipesi da atti pregiudizievoli da loro posti in essere.

Trib. La Spezia, decreto 5 luglio 2001, in *Il Foro Italiano*, n. 5/02, pag. 1534.

- Il **tribunale fallimentare**, in sede di reclamo avverso i provvedimenti del giudice delegato, può porre a **fondamento della propria decisione ogni atto o documento** relativo alla procedura fallimentare **anche se non oggetto di contraddittorio tra le parti**.

E' ammissibile la vendita a trattativa privata di un ramo d'azienda non comprendente beni immobili.

Trib. Bergamo, 22 giugno 2001, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 10/02, pag. 95.

- Quando il **creditore ipotecario insinuato al passivo del fallimento riceve il pagamento da parte di un terzo**, il *solvens* ha diritto di insinuarsi al **passivo** della procedura, ma con **esclusione del privilegio ipotecario**, non essendo opponibile al fallimento, ai sensi dell'art. 45 l.f., l'annotazione della surrogazione effettuata *ex art. 2843 c.c.* (Massima non ufficiale.)

Trib. Palermo, 21 maggio 2001, in *Il Fallimento*, n. 5/02, pag. 547.

- La **dichiarazione di insolvenza**, ai sensi del **d.lgs. 270/1999**, della società di capitali **non è estensibile al socio** che sia risultato **unico azionista** e, pertanto, non sussiste alcun obbligo di convocazione dello stesso in camera di consiglio in sede di istruttoria prefallimentare.

Trib. Udine, 17 maggio 2001, in *Il Fallimento*, n. 5/02, con nota di Elena Bernardi e Giuseppe Leogrande, pag. 537.

- Non sono assistiti da prelazione ipotecaria i crediti della banca documentalmente estranei all'apertura di credito garantita.
- **L'autorizzazione del giudice delegato alla costituzione del curatore** in un giudizio di opposizione a stato passivo implica il conferimento di **ogni potere processuale** utile ad ottenere il **rigetto dell'opposizione stessa**, a prescindere dalla motivazione addotta dal giudice delegato in sede di verifica.

PROCEDIMENTO CIVILE, INGIUNTIVO, ESECUTIVO

Cass., 22 febbraio 2002, Sez. I, n. 2560, in *Il Foro Italiano*, n. 5/02, pag. 1368.

- A seguito della declaratoria d'incostituzionalità della norma di cui all'art. 183, 3° comma, l.f., il **termine di quindici giorni** (di per sé sufficiente a garantire il diritto di difesa) per proporre **appello avverso la sentenza** resa dal tribunale nel **giudizio di omologazione** del concordato preventivo, decorre dal **momento** in cui le parti hanno avuto **comunicazione** della sentenza senza che sia indispensabile la comunicazione congiunta con l'affissione.

Cass., 4 febbraio 2002, Sez. II, n. 1467, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 9/02, pag. 58.

- Una **società** trasformata non dà luogo ad un nuovo centro di imputazione di rapporti giuridici. Tuttavia, il **mutamento del "tipo" sociale non è rilevante ai fini processuali**: la prosecuzione di un eventuale giudizio in corso è ammissibile, ma è necessario che la capacità processuale della società trasformata sia documentata nelle forme di legge.

Cass., 23 aprile 2002, Sez. I, n. 5899, in *Guida al Diritto*, n. 22/02, pag. 45.

- Non sussiste **nullità del decreto ingiuntivo** richiesto, **emesso e notificato** nei confronti di

una determinata "**ditta**" (identificata con un nome di fantasia) di x, in persona del **legale rappresentante**, ancorché x all'epoca della notifica del decreto stesso (mediante consegna di copia a un addetto dell'impresa che, a sua volta, aveva continuato la propria attività gestita dagli eredi) fosse **da tempo deceduto**. Un tale decreto, infatti, è stato reso nei confronti di un soggetto determinato senza che possa dedursi una situazione di incertezza sull'identità del soggetto destinatario del provvedimento per essere la ditta identificata con il nome di un soggetto defunto, atteso che la ditta si trasmette ai successori unitamente all'azienda, con la possibilità di continuare l'esercizio dell'impresa come ordinariamente denominata, compreso il nome del titolare non più in vita.

Cass., 17 gennaio 2002, n. 464, in *Giustizia Civile*, n. 3/02, pag. 618.

- Il **mutamento della causa petendi determina mutamento della domanda**, tale da renderla improponibile come domanda nuova in appello, nei **solii casi** in cui vengano **alterati l'oggetto sostanziale** dell'azione e i **termini della controversia** mediante la prospettazione di nuove circostanze o situazioni giuridiche che, introducendo nel processo un nuovo tema di indagine e di decisione, pongano in essere una pretesa nuova e diversa, per la sua intrinseca essenza, da quella fatta valere in primo grado (si è, pertanto, escluso, da parte della Suprema Corte, che, in tema di procedimento tributario, tale mutamento fosse legittimamente ravvisabile nell'ipotesi in cui, a fondamento del *petitum* della domanda, sia originariamente dedotta, da parte dell'amministrazione finanziaria, l'omessa autofatturazione di operazioni imponibili, e, successivamente, la tardiva autofatturazione delle medesime operazioni.

Cass. 17 ottobre 2001, Sez. III, n. 12687, in *GIUS*, n. 1/02, pag. 71.

- Per l'**accoglimento dell'azione revocatoria ordinaria** è **sufficiente** l'esistenza di una **semplice ragione di credito** e non

necessariamente di un credito certo, liquido ed esigibile accertato in sede giudiziale.

- In tema di azione revocatoria ordinaria, ai fini dell'integrazione del profilo oggettivo dell'*eventus damni*, non è necessario che l'atto di disposizione del debitore abbia reso impossibile la realizzazione del credito, ma è sufficiente che tale atto abbia determinato **maggior difficoltà** od incertezza nell'evasione coattiva del credito medesimo (c.c. art. 2901).

Cass., 16 ottobre 2001, Sez. III, n. 12596, in *GIUS*, n. 1/02, pag. 35.

- **Non sussiste litispendenza fra due cause** fra le stesse parti quando esse **pendano in gradi diversi**, potendo in tale caso ricorrere, eventualmente, un'ipotesi di sospensione del processo *ex art. 295 c.p.c.*

Cass., 12 ottobre 2001, Sez. III, n. 12494, in *GIUS*, n. 1/02, pag. 62.

- Qualora la **persona giuridica** (nella specie, Inail) sia stata **presente nel processo per mezzo di persona fisica non abilitata a rappresentarla** (direttore di sede), il **difetto di legittimazione** processuale è **sanato, con effetto retroattivo**, mediante la costituzione, **in qualsiasi stato e grado del giudizio**, del legale rappresentante della persona giuridica stessa, il quale ratifichi, espressamente o tacitamente, la condotta processuale precedente a tale costituzione, salvo che sul punto sia intervenuto il giudicato.

Cass., 2 ottobre 2001, n. 12193, in *GIUS*, n. 1/02, pag. 60.

- I **provvedimenti ex art. 700 c.p.c.** hanno **natura strumentale e provvisoria**, e sono privi dei requisiti propri della sentenza, o, comunque, di un provvedimento decisorio atto a produrre effetti di diritto sostanziale o processuale con autorità di giudicato. Ne consegue che il **relativo procedimento non provoca preclusioni o decadenze**, e nel **successivo giudizio di merito** possono essere **fatte valere tutte le eccezioni e decadenze** anche non opposte nel giudizio cautelare o sulle quali il giudice adito non abbia assunto alcuna

decisione. (Nella specie, alla stregua del principio di cui in massima, la S.C. ha confermato la decisione del tribunale che aveva rigettato l'appello avverso la decisione pretorile con la quale era stata dichiarata inammissibile, per inosservanza del termine *ex art. 6 della legge n. 604 del 1966*, la domanda diretta alla impugnativa di licenziamento senza preavviso in virtù dell'*art. 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300*, non attribuendosi alcun rilievo preclusivo alla circostanza che tale decadenza non fosse stata eccepita nella fase cautelare, in cui era stato richiesto un provvedimento *ex art. 700 c.p.c.*).

Cass., 10 maggio 2001, n. 9692, in *Il Diritto Fallimentare*, n. 1/02, pag. 28/II.

- Sussiste la **legittimazione del custode di beni sottoposti a sequestro giudiziario all'azione diretta** ad assicurarsene la **disponibilità** funzionale all'incarico da assolvere ancorchè l'atto investa la titolarità del bene.

Cass., 11 aprile 2001, Sez. II, n. 5421, in *Corriere Giuridico*, n. 5/02, pag. 637.

- Nel **processo ordinario di cognizione, successivo** alla positiva conclusione del **procedimento cautelare**, è **possibile introdurre** dinanzi al giudice del merito una **domanda ulteriore** rispetto a quella già oggetto dell'invocata misura cautelare. Anche in questo caso, infatti, il processo ordinario di cognizione è soggetto al principio dell'ammissibilità della pluralità di domande anche altrimenti non connesse *ex art. 104 c.p.c.*, sicché la circostanza che una delle domande sia stata già esaminata in sede di sommaria delibazione in via d'urgenza non costituisce alcun impedimento al cumulo, atteso che le diverse domande introdotte con lo stesso atto di citazione conservano piena autonomia tra loro.

Trib. Foggia, 23 novembre 2001, in *Il Foro Italiano*, n. 4/02, pag. 1230.

- **L'atto di citazione è nullo** qualora, pur essendo compiutamente individuata la

domanda nei suoi elementi essenziali, la **mancanza** di una **puntuale narrazione delle circostanze di tempo e di luogo** sulle quali si fonda la domanda medesima possa pregiudicare il diritto di difesa del convenuto ed impedire al giudice di esercitare i poteri-doveri previsti, quanto alla prima udienza di trattazione, dall'art. 183 c.p.c.. La nullità della citazione, derivante dall'omessa indicazione dei fatti prescritta dall'art. 163, n. 4, c.p.c., non impedisce all'atto introduttivo di produrre l'effetto interruttivo-sospensivo della prescrizione, quando sia compiutamente individuato il diritto dedotto in giudizio.

PROVA CIVILE

Cass., 11 ottobre 2001, Sez. II, n. 12411, in GIUS, n. 1/02, pag. 66.

- Il **giudice di merito** può fondare la **propria decisione** su una **consulenza tecnica stragiudiziale**, purché fornisca adeguata motivazione di tale sua valutazione.

κ κ κ

OSSERVATORIO

ANATOCISMO

ANCHE LA CORTE D'APPELLO DI TORINO RICONOSCE LA VALIDITA' DELLA CAPITALIZZAZIONE TRIMESTRALE DEGLI INTERESSI

Segnaliamo ai Lettori di Iusletter la recente sentenza della **Corte d'Appello di Torino, Sez. I Civile**, depositata il **14 febbraio 2002**, la quale, in ordine alla capitalizzazione trimestrale degli interessi, offre interessantissimi spunti di riflessione. Tale sentenza, tra l'altro, pone dei dubbi in merito alla non assunzione del carattere

della *“opinio iuris ac necessitatis”* dell'uso negoziale della capitalizzazione trimestrale degli interessi, la cui clausola non può ricondursi al disposto dell'art. 1283 c.c. (anatocismo degli interessi). In realtà, *“l'addebito per interessi operato in sede di chiusura periodica del conto bancario appare una operazione puramente contabile che non incide sulla realtà giuridica sottostante”*. Pertanto, sotto il profilo propriamente giuridico, *“gli interessi maturati nel periodo vengono via via estinti (ai sensi dell'art. 1194 cpv c.c.) con le rimesse attive che abbiano movimentato il conto”*. A sostegno della propria tesi, la Corte torinese considera che la *“uniformità di struttura giuridica” del conto corrente bancario e del comune contratto di conto corrente* (quest'ultimo caratterizzato dalla immediata esigibilità del saldo da parte del cliente – art. 1852 c.c.) induce ad una compatibilità anche sotto il profilo preso in considerazione delle modalità di conteggio degli interessi maturati sulle rimesse. In sostanza, non vi sarebbe motivo per negare che i versamenti ripristinatori eseguiti dal correntista debbano imputarsi prima agli interessi sino ad allora maturati ed indi al capitale, secondo i dettami di cui all'art. 1194 c.c.. *“Emerge allora ben evidente che il c.d. addebito per interessi in sede di chiusura periodica del conto è solo espressione di una tecnica contabile”* conforme ai dettami del contratto di conto corrente ordinario, per il quale è stabilito (art. 1823 cpv c.c.) che il saldo risultante alla chiusura periodica del conto (saldo comprensivo degli interessi: art. 1825 c.c.) si considera prima rimessa (e come tale fruttifera: art. 1825 cit. c.c.) del nuovo periodo.

USURA

ONERE DELLA PROVA DEL TASSO RITENUTO USURARIO ED USURARIETA' SOPRAVVENUTA

In materia di usurarietà del tasso applicato nell'ambito di un rapporto di conto corrente, con la citata sentenza del 14 febbraio 2002 (cfr. Osservatorio – Anatocismo), la Corte

d'Appello di Torino ha altresì confermato - pochi giorni prima la nota pronuncia della Corte Costituzionale che, con sentenza n. 29 depositata il 25 febbraio 2002 (da noi più diffusamente esaminata nei precedenti numeri 11 e 12 di *Iusletter*, ai quali si rimanda) si è pure espressa in tal senso - il dettato dell'art. 1, 1° comma del d.l. n. 394/2000 convertito in l.n. 24/2001, secondo il quale l'**usurarietà** deve essere valutata al **momento della pattuizione** degli interessi, indipendentemente dal momento del loro pagamento.

Ciò premesso, la Corte torinese osserva che, dovendosi fare riferimento alla **data della pattuizione**, è **onere della parte interessata** sia **fornire la prova dell'eccezione di usurarietà** sollevata, sia **indicare** - per la data di pattuizione presa in considerazione - il **tasso soglia fissato con D.M.** ed il **tasso applicato dalla banca**. La conseguenza del mancato adempimento di tali oneri è il "*carattere inammissibilmente esplorativo della dedotta CTU*".

A tal proposito si rinvia al n. 12 di *Iusletter*, ove abbiamo più approfonditamente affrontato il tema dell'inapplicabilità del principio *iura novit curia* in tema di tasso di riferimento degli interessi, così come sancito dalla Corte di Cassazione, Sez. III, con sentenza n. 8742 del 26 giugno 2001 (cfr. *Iusletter*, n. 10, pag. 19).

* * *

Segnaliamo inoltre ai Lettori un interessante articolo di commento alla citata sentenza della Corte Costituzionale del 25 febbraio 2002, n. 29, pubblicato sul **Corriere Giuridico n. 5/2002 ed intitolato "La Corte legittima l'intervento del legislatore a favore delle banche: scompaiono gli interessi divenuti usurari"**.

Dal predetto titolo emerge evidente l'orientamento dell'Autore, Vincenzo Carbone, secondo il quale la sentenza della Consulta sarebbe "*molto sbilanciata*". La Corte avrebbe dato un risposta generica e non appagante, limitandosi ad accogliere soltanto la questione di illegittimità costituzionale con la quale si sancisce una duplice incostituzionalità dei commi 2 e 3 dell'art. 1 del d.l. 29 dicembre 2000 n. 394, convertito con modificazioni in l. 28 febbraio 2001 n. 24, per l'arbitrarietà dei

termini di decorrenza prefissati. Secondo l'Autore si sarebbe persa l'occasione "*di un autorevole intervento, di alto spessore, sulla dibattuta questione tra interessi nati usurari e quelli divenuti tali successivamente per lo ius superveniens: ius superveniens consistente sia nel succedersi di leggi sia nella successiva usurarietà resa possibile dall'infinito meccanismo normativo della rilevazione trimestrale*". Al contrario l'intervento della Consulta sembrerebbe essersi risolto nella "*difesa legittimità dell'usura sopravvenuta, con argomentazioni poco convincenti, volte a legittimare l'abrogazione del testo della l. n. 108/96 che poneva in primo piano il momento della datio*" ed il cui dato normativo, "*diretto a contrastare l'usura, voleva essere globale e onnicomprensivo, per cui aveva posto inequivocabilmente sullo stesso piano l'usura originaria e quella sopravvenuta*". Conclude l'Autore con una ulteriore considerazione secondo la quale "*la norma interpretativa confezionata dal legislatore di fine secolo (2000-2001) è limitata unicamente "ai tassi di interesse", oggetto delle pressioni degli imprenditori del settore, senza tener conto che la norma interpretata, cioè - nel caso esaminato - l'art. 644 c.p., aveva, ed ha tuttora, una valenza più ampia, e onnicomprensiva, perchè relativa non solo agli "interessi", ma a qualsiasi "compenso usurario" o più in generale a qualsiasi "altro vantaggio usurario"*".

Ci sembra però di poter dire quanto affermato dal predetto Autore appare ben lontano da quella logica che appare invece ben espressa dalla Consulta nella citata sentenza.

* * *

Sottoponiamo all'attenzione dei lettori un ulteriore interessante articolo che, a nostro avviso, compie un'analisi più obiettiva dell'operato della Consulta (**Interessi usurari: una nuova partenza**, di Alessandro Palmieri, in *Il Foro Italiano*, n. 4/02, pag. 934).

L'Autore, prendendo spunto dalla predetta sentenza della Corte Costituzionale del approfondisce il tema relativo alla c.d. "**usurarietà sopravvenuta**", partendo dal primario criterio di valutazione del carattere

usurario degli interessi, consistente nel **raffronto numerico fra il tasso di interesse praticato e quello corrispondente alla soglia di usura**. Il tasso soglia si presenta però in perenne movimento, all'inseguimento dei *trends* di mercato. Si è fatta pertanto strada l'idea che, nell'arco di un rapporto che pure nasceva in piena regola, a un certo punto gli interessi potessero "*meritarsi*" la qualifica di usurari. Secondo l'Autore, la legge di conversione n. 24/2001 ha indotto alcuni giudici di merito a dubitare della conformità al dettato costituzionale della norma interpretativa, invocando l'intervento riparatore della Consulta. Nessuna delle censure rivolte nei confronti del 1° comma dell'art. 1 della predetta legge – recante la definizione di "interessi usurari" – ha però persuaso la Corte Costituzionale. Al riguardo la Corte ha evidenziato in rapida successione i seguenti punti: a) la *ratio* della l. n. 108 del 1996 era quella di combattere in maniera più incisiva il fenomeno usurario; b) sussisteva un "*obiettivo dubbio ermeneutico*"; c) il decreto legge detta un'interpretazione che "*non è soltanto pienamente compatibile con il tenore e la ratio della suddetta legge ma è altresì del tutto coerente con il generale principio di ragionevolezza*". Tali considerazioni della Consulta rappresentano, quindi, un avallo delle scelte operate sinora dal legislatore.

La Consulta ha però accolto le doglianze espresse dall'ordinanza di rimessione resa dal Tribunale di Trento in data 18 marzo 2001. In materia di **mutui a tasso fisso**, assistiti da garanzia reale e non agevolati, si offriva l'opportunità di ridurre l'entità del tasso originariamente convenuto dalle parti fino ad un valore stabilito dalla legge (fatta salva una pattuizione più favorevole al debitore). Ne risultavano due valori per il **tasso di sostituzione**, uno appositamente previsto per i mutui inferiori a un determinato importo, accesi per l'acquisto o la costruzione di immobili non di lusso da adibire ad abitazione principale, e l'altro di portata residuale, entrambi costanti (pari, rispettivamente, all'8% ed al 9,96%) ed **applicabili alle rate che venivano a scadere dal 3 gennaio 2001 in avanti**. Quest'ultimo profilo è stato l'unico a non aver persuaso la Corte – vale a dire la scelta di escludere dai

benefici accordati ai mutuatari le rate scadute prima del 3 gennaio 2001 – che ha pertanto dichiarato l'incostituzionalità dei commi 2 e 3 dell'art. 1 del decreto n. 394 del 2000 (come modificato dalla legge di conversione). In tal modo, vengono attratte nell'orbita della sostituzione anche le rate scadute il 31 dicembre 2000, data di entrata in vigore del decreto, e i due giorni immediatamente seguenti. "*La differenza – conclude l'Autore – è di soli tre giorni, ma non è comunque irrilevante, se si considera che è prassi diffusa quella di fissare la scadenza di alcune delle rate di rimborso del finanziamento proprio il primo o l'ultimo giorno dell'anno*".

MERCATI FINANZIARI

Le presenti brevi note si collocano lungo l'ideale *fil rouge* degli approfondimenti offerti in tema di responsabilità dell'intermediario finanziario (*cf.* il nostro commento alla sentenza del Tribunale di Biella del 3 gennaio 2001 – Luigi Bonino vs. Banca Sella, in questa stessa rubrica nel n. 11 di *Iusletter*).

In primo luogo, si opererà una ricognizione sulla normativa, primaria e secondaria, che stabilisce le prescrizioni cui banche, SIM ed SGR devono attenersi per poi tratteggiare, sulla scorta di recenti orientamenti giurisprudenziali, i profili di responsabilità dell'intermediario.

Nel secondo articolo, si accennerà all'operatività tecnica dei servizi di gestione (**gestione su base individuale** di portafogli di investimento **per conto terzi** e **gestione collettiva del risparmio**) al fine di verificare la compatibilità tra la gestione patrimoniale e la promessa di un certo rendimento talora effettuata da banche, SIM ed SGR.

I PROFILI DI RESPONSABILITA' NELL'OFFERTA DEI SERVIZI D'INVESTIMENTO

Le fonti rilevanti in materia di servizi di investimento sono:

- **l'art. 23, 6 co., T.U.F.**, in base al quale "*nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di*

investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta”.

Com'è evidente, la norma profila una strutturale inversione dell'onere della prova orientata all'offerta della maggiore tutela possibile per l'investitore;

- **l'art. 28**, Regolamento CONSOB 11522/98, in base al quale gli intermediari devono preliminarmente assumere dagli investitori le informazioni relative alle loro propensioni al rischio, all'esperienza maturata in materia di investimenti in strumenti finanziari ed alla loro situazione finanziaria.

Gli intermediari sono poi obbligati anche a consegnare all'investitore il **documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari** e devono informare prontamente e per iscritto l'investitore che abbia acquistato *warrants* o strumenti derivati della perdita, **attuale o potenziale**, del patrimonio quando questa attinga alla soglia del 50% (c. d. **capitale di riferimento** che deve essere predeterminato);

- **l'art. 29**, Regolamento CONSOB 11522/98 si occupa dell'**adeguatezza delle operazioni**, recependo il principio di matrice comunitaria della *suitability* e facendone discendere per l'intermediario l'obbligo di non processare ordini dell'investitore che non siano adeguati, senza averlo prima informato dell'inadeguatezza dell'operazione;
- **l'art. 47**, Regolamento 11522/98 disciplina le caratteristiche dei contratti di finanziamento conclusi tra intermediario ed investitore.

Dalla su esposta disciplina emerge così che le obbligazioni che incombono sull'intermediario in forza delle disposizioni regolamentari, ma, soprattutto, l'inversione dell'onere della prova, *ex art. 23, 6 co. TUF*, fanno discendere la responsabilità del prestatore dei servizi di investimento dalla violazione di una **diligenza qualificata, professionale**, ai sensi dell'art. 1176, 2 co., c.c., ben più onerosa, dunque, di quella del mandatario.

In conclusione, non può omettersi l'avvertenza che, mentre alcuni interpreti ritengono che l'art. 23, 6 co. ponga una presunzione *iuris tantum* di condotta negligente in capo alla banca (alla

SIM), altri la reputano addirittura una presunzione *iuris et de iure*.

Pertanto, alla luce di tale considerazione devono essere lette le decisioni dei Tribunali di merito che, esemplificativamente, hanno stabilito:

- che talune norme in materia di servizi di investimento sono poste a tutela di interessi generali, così che la loro violazione implica nullità dell'intero contratto (Tribunale di Milano, 20 febbraio 1997, in *BBTC*, 2001, II, p. 82);
- che costituisce inadempimento contrattuale l'aver operato su mercati regolamentati senza la preventiva autorizzazione scritta del cliente prevista da un'apposita norma del contratto di gestione (la già citata sentenza del Tribunale di Biella, 3 gennaio 2001);
- soprattutto, la decisione del Tribunale di Verona del 6 marzo 2001 (in *Le Società*, 2001, pag. 963) che ha affermato la responsabilità della SIM, *ex art. 31 TUF*, **per il fatto del promotore finanziario**.
Si tratta, in quest'ultimo caso, di una deriva verso la "**natura quasi oggettiva**" della responsabilità dell'intermediario finanziario: benché censurabile nelle sue motivazioni, tale pronuncia è qui segnalata per porre l'attenzione su di un orientamento (a dire il vero il più estremo ed isolato) con cui l'operatore bancario / la SIM devono comunque confrontarsi.

INCOMPATIBILITA' TRA LA GESTIONE DEL RISPARMIO E L'ASSICURAZIONE DI RENDIMENTI GARANTITI DA PARTE DEL GESTORE

Tra i servizi di investimento, particolare importanza riveste la gestione patrimoniale su base individuale, attività riservata a banche, SIM ed SGR e **connotata dalla discrezionalità con cui è svolto l'incarico gestorio**.

Ne deriva che **all'attività di gestione patrimoniale non può essere associato l'obbligo, posto in capo all'intermediario, di restituire integralmente il capitale conferito dal cliente**: la prestazione di siffatta garanzia,

infatti, snaturerebbe il prodotto finanziario, mentre l'obbligo di rimborso in relazione alla raccolta di fondi presso il pubblico costituisce tipicamente attività bancaria (art. 10, 1 co., TUB).

Operativamente, la gestione dei portafogli di investimento su base individuale, adottata al fine di garantire all'investitore la restituzione del capitale, si realizza attraverso l'impiego, per tutta la durata del contratto di gestione, delle somme conferite dal cliente o **in uno strumento finanziario di tipo obbligazionario senza cedole ovvero in uno strumento finanziario di tipo strutturato: in entrambi i casi la restituzione del capitale investito può avere luogo soltanto entro un certo orizzonte temporale, mentre non può essere garantita a tempo indeterminato. Inoltre, il cliente potrà in ogni momento recedere dall'investimento** (art. 24, 1 co., lett. d, TUF). Anche tale operatività, naturalmente, non sarà ostativa alla configurabilità di ipotesi di responsabilità del gestore, perché l'attività dovrà essere svolta nel pieno rispetto delle caratteristiche di gestione concordate con il cliente e **l'inosservanza della diligenza professionale configurerà responsabilità del gestore.**

Pure la **gestione collettiva del risparmio**, inoltre, può essere **a capitale protetto**.

Anche in tale ipotesi, gli intermediari ricorrono a due differenti tecniche:

- impiegando la maggior parte del capitale conferito in **titoli obbligazionari zero coupon** (ovvero titoli senza cedole che pagano gli interessi in via anticipata, ad esempio i BOT) **ed una quota del 10 – 15% in strumenti derivati sul mercato di riferimento azionario in cui il fondo investe** ovvero
- investendo una parte dei fondi in **strumenti finanziari il cui rendimento atteso è superiore alle aspettative di mercato ed assicurando tale impiego attraverso la vendita di uno strumento derivato che copra l'investimento diretto sul mercato.**

Comunque, in entrambi i casi, nemmeno dall'attività di gestione collettiva del risparmio a capitale protetto può sradicarsi il rischio insito nell'investimento finanziario.

Ne discende **l'illegittimità della condotta dei gestori patrimoniali che promettono agli investitori rendimenti minimi garantiti.**

κ κ κ

LO SAPEVATE CHE ...

• Nuova prassi della Sezione Fallimentare – Esecuzioni del Tribunale di Monza.

Una recente comunicazione del Tribunale di Monza (disponibile presso la redazione di Iusletter) dà conto della nuova prassi, fortemente restrittiva, che sarà seguita in tema di procedure esecutive, al fine di evitare che le richieste di rinvio svolte dai creditori precedenti possano provocare *“pregiudizio al complessivo sistema delle vendite giudiziarie”*.

Tra le disposizioni attuative di tale principio, si segnalano soprattutto il rifiuto di concedere rinvii per pendenza di trattative e la concessione di un periodo di sospensione volontaria, analogamente all'art. 296 c.p.c., di durata compresa tra uno e due anni.

Alla scadenza del termine, i creditori potranno riassumere il giudizio (laddove il loro credito non sia stato soddisfatto), il quale non potrà più essere sospeso.

In difetto, il giudizio verrà dichiarato estinto ai sensi degli artt. 307 e 630 c.p.c..

• La Commissione Antitrust contro i vincoli alla diffusione dei dati catastali.

Critica proveniente da parte dell'Autorità Antitrust in merito alla difficoltà di accesso ai servizi di accertamento immobiliari, ipotecari e catastali. Oggetto di specifica censura è l'art. 8 del D.M. Finanze 10 ottobre 1992 che limita l'accesso telematico ai dati di Conservatoria al solo utilizzo interno ed istituzionale.

• **Maggiori informazioni per i clienti dei mutui bancari.**

L'entrata in vigore, dopo l'estate, del Codice Deontologico per l'informativa precontrattuale relativa ai mutui per la casa di abitazione, voluto dalla Commissione Europea, obbligherà le banche, che vi aderiranno, a fornire un "prospetto informativo europeo standardizzato" contenente i dati salienti relativi alle condizioni di mutuo.

• **Elevate le soglie anti-usura.**

La Banca d'Italia ha aumentato, con effetto per il trimestre luglio-settembre, la soglia di riferimento oltre la quale i tassi di interesse dei mutui sono da considerarsi usurari, elevandola dall' 8,34% del trimestre precedente all' 8,43% attuale.

κ κ κ

**CONVEGNI, SEMINARI E
CONFERENZE**

RIFORMA DELLE REVOCATORIE E ATTIVITA' BANCARIA – Milano, 8 luglio 2002 – Organizzato da AEDBF ITALIA.

Partecipazione di
Luciana Cipolla e Simone Bertolotti.
l.cipolla@lascalaw.com
s.bertolotti@lascalaw.com

PRASSI DEL TRIBUNALE DI MONZA: I RINVII NELLE PROCEDURE ESECUTIVE IMMOBILIARI – Monza, 2 luglio 2002 – Organizzato dai Giudici della Sez. III del Tribunale di Monza.

Partecipazione di Monica Biella.
Materiale già disponibile.
m.biella@lascalaw.com

NOVITA' E ASPETTI CRITICI NELL'ATTIVITA' DI GESTIONE DEL RISPARMIO – Milano, 25/26 Giugno 2002 – Organizzato da ITA.

Partecipazione di Christian Faggella.
Materiale già disponibile.
c.faggella@lascalaw.com

LO STATO DI ATTUAZIONE DELLA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO - Milano – 4 giugno 2002 – Organizzato da Studio Pirola Pennuto Zei & Associati.

Partecipazione di Fabio Gianisi.
Materiale già disponibile.
f.gianisi@lascalaw.com

INTERVENTI URGENTI SUL FALLIMENTO E SUL PROCESSO CIVILE: LA NORMATIVA IN CORSO DI EMANAZIONE – Belluno, 8 Maggio 2002 – Organizzato da AIGA, Sezione di Belluno.

Partecipazione di Pier Luigi Ponso.
Materiale già disponibile.
p.ponso@lascalaw.com

INCONTRI A TEMA

Mercoledì 18 settembre alle ore 16.30, presso il nostro studio, in Milano, Corso Magenta n. 42.

Partecipazione aperta a tutti i lettori di Iusletter.

**“REVOCATORIA ORDINARIA:
PRESUPPOSTI E PROFILI PROBATORI”**

(R.S.V.P.)

κ κ κ

COSE NOSTRE

NUOVE DALLO STUDIO

Simona Daminelli, Paolo A. Faraone, Odette Goglio, Sabrina Savazzi e Raffaella Tavacca, hanno recentemente superato gli scritti per l'esame di avvocato. La loro prova orale è prevista per quest'autunno.

* * *

Il 29 giugno scorso **Laura Gotti**, è diventata mamma di Lisa. Tutto è andato benissimo e, fino al prossimo mese di gennaio, Laura sarà mamma a tempo pieno.

* * *

Il 27 giugno, la sede vicentina dello studio, si è aggiudicata il secondo premio (tra circa cento concorrenti) per il migliore balcone fiorito, nell'ambito della quarta edizione di "Vicenza in fiore". Battute le "Suore Poverelle" (solo terze classificate), Nadia Spaliviero ha ricevuto il riconoscimento, nel corso di una fastosa cerimonia, dalle mani del Sindaco, Hullweck, e del Presidente della Banca Popolare di Vicenza, Zonin.

* * *

BIBLIOTECA DI STUDIO: NUOVI ACQUISTI

● **BORTOLOTTI F.**, *Manuale di diritto commerciale internazionale, Volume III*, CEDAM, 2002.

Il volume, ultimo della serie, tratta in maniera specifica l'argomento dei contratti di distribuzione (contratti con intermediari e con acquirenti-rivenditori), fornendo al lettore sia il quadro aggiornato di legislazione, giurisprudenza (anche arbitrale) e prassi

contrattuale, sia l'ausilio di schede dedicate alle singole leggi dei paesi stranieri.

● **CASTRONOVO C. (a cura di)**, *Principi di diritto europeo dei contratti*, GIUFFRÈ', 2001.

Il volume, strutturato in due tomi, rappresenta la versione italiana dei *Principles of European Contract Law* elaborati dalla Commissione per il diritto europeo dei contratti e rappresenta un ottimo strumento di comparazione degli istituti del diritto contrattuale dei vari paesi europei.

● **PELLEGRINO G.**, *Operazioni bancarie e revocatoria fallimentare*, CEDAM, 2002.

Attuale ed esauriente monografia relativa all'esperibilità, da parte della Curatela fallimentare, dell'azione revocatoria fallimentare con riferimento ai singoli contratti posti in essere dagli istituti di credito.

● **QUATRARO B. – FUMAGALLI A.**, *Revocatoria ordinaria e fallimentare, Tomi I-II*, GIUFFRÈ', 2002.

La nuova edizione dell'opera si occupa delle caratteristiche peculiari e delle differenze sostanziali delle azioni revocatorie, nonché degli altri mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale.

● **RICCIO A.**, *L'anatocismo*, CEDAM, 2002.

Monografia, strutturata sullo schema del *case book*, che tratta approfonditamente l'attuale tema dell'anatocismo alla luce del recente *revirement* della Suprema Corte, analizzando gli interventi giurisprudenziali e legislativi intervenuti in materia.

● **VETTORI G. (a cura di)**, *Squilibrio e usura nei contratti*, CEDAM, 2002.

L'opera, costituita da una raccolta di saggi redatti da più Autori, si caratterizza per l'approfondimento della tematica dei contratti stipulati con i consumatori, approfondendo in

particolare alcuni aspetti dei rapporti tra banca e consumatore (anatocismo, usura, contratti di credito).

In questo numero la selezione delle riviste è aggiornata ai numeri ricevuti entro il 10 luglio 2002:

Banca Borsa Titoli di Credito, n. 2/2002;
Banche e Banchieri, n. 6/2001;
Contratto e Impresa, n. 1/2002;
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. 11/2002;
Famiglia e Diritto, n. 2/2002;
Giurisprudenza Commerciale, n. 1/2002;
Giurisprudenza Milanese, n. 4/2002;
GIUS, n. 1/2002;
Giustizia Civile, n. 3/2002;
Giustizia a Milano, n. 5/2001;
Guida al Diritto, n. 23/2002;
I Contratti, n. 1/2002;
Il Corriere Giuridico, n. 6/2002;
Il Diritto Fallimentare, n. 1/2002;
Il Fallimento, n. 5/2002;
Il Foro Italiano, n. 5/2002;
Il Massimario del Foro Italiano, n. 1-2/2002;
Int'l Lis, n. 2/2002;
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. 514 del 2002 (fasc. n. 1-2/2002).

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 A. Faraone, Ezio A. 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 Monica Buttignol (m.buttignol@lascalaw.com) che ne cura la diffusione.

Questo numero è stato chiuso il giorno 11 luglio 2002.