

# IUSLETTER

- periodico di informazione e aggiornamento giuridico -



Serie V

n. 14

settembre

2002

COPIA PER: .....

a cura di

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

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

# SOMMARIO

## **ATTUALITA' NORMATIVE**

---

- 1 Il recepimento della direttiva CE in materia di pagamenti tardivi.
- 2 "Doppio binario" per la firma digitale in Italia.
- 2 Modifiche al Regolamento dei mercati.
- 2 Modifiche al Regolamento degli intermediari.

## **DOTTRINA: LETTURE E ORIENTAMENTI**

---

- 3 "Lease-back" e patto commissorio: un rapporto complesso.
- 3 Il "leveraged buy out" alla luce della riforma del diritto societario.
- 3 Onere della prova e onere della *probatio probationis* in materia di assegno contraffatto.
- 4 Pagamento di assegno non trasferibile all'apparente legittimato e responsabilità della banca.
- 4 Segnalazione "in sofferenza" alla Centrale Rischi e responsabilità della banca.
- 4 La legge applicabile alle garanzie per la partecipazione ai sistemi di Regolamento Titoli dopo il recepimento dell'art. 9, comma 2, Direttiva 98/26/CE.
- 5 La giurisdizione amministrativa per le sanzioni pecuniarie previste dal T.U.B..
- 5 Cessione d'azienda e trasferibilità della fideiussione.
- 5 Fideiussioni *omnibus* e adeguamento dell'importo garantito.
- 6 Condizioni di fallibilità dell'impresa collettiva: basta lo scopo od occorre anche l'effettivo esercizio dell'attività commerciale?
- 6 Dichiarazione di fallimento di società apparente.
- 6 Il fallimento della società irregolare e del socio illimitatamente responsabile alla luce della sentenza della Corte Costituzionale, 21 luglio 2000, n. 319.
- 7 Revocabilità del pagamento del terzo.
- 7 Revocatoria fallimentare ed onere della prova. Non revocabilità delle operazioni bilanciate.
- 8 Individuazione delle rimesse revocabili e prova dell'affidamento.
- 8 Computo del saldo infragiornaliero delle rimesse bancarie in conto corrente.
- 8 Il primo caso di inammissibilità dell'azione revocatoria fallimentare per contrasto con la normativa sul divieto di aiuti di Stato nella procedura di liquidazione coatta amministrativa.
- 9 Nuove tendenze nella revocatoria delle rimesse bancarie?
- 9 Efficacia degli atti compiuti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento.
- 9 Materiali per una riflessione in tema di giusto processo fallimentare.

- 10 La disciplina comunitaria dell'insolvenza.
- 10 Erogazione "abusiva" di credito, responsabilità della banca finanziatrice e (presunta) legittimazione attiva del curatore fallimentare del sovvenuto.
- 10 Gli interventi in materia di esecuzione forzata nella legge 28/12/2001, n. 448 (legge finanziaria 2002).

## **GIURISPRUDENZA**

---

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

## **OSSERVATORIO**

---

### **ANATOCISMO**

- 20 Configurabilità dell'uso normativo in tema di anatocismo bancario.

### **USURA**

- 20 Legge antiusura e rapporti ante 1996: un recente intervento della Corte d'Appello di Milano.

### **MERCATI FINANZIARI**

- 21 Adempimento da parte delle Sim dell'obbligo di registrazione degli ordini.
- 21 Modalità di presentazione delle richieste di registrazione di OICR aperti armonizzati.
- 21 Sanzioni amministrative comminate dalla Consob e competenza dell'autorità giurisdizionale ordinaria.

## **BREVISSIME**

---

- 22 T.A.R. del Lazio a favore della rinegoziazione dei mutui.
- Bankitalia, sì all'*outsourcing* degli sportelli bancari.
- Direttiva europea su commercio elettronico e pubblicità in rete.
- Bollatura degli atti necessari sino all'opzione del nuovo regime.

## **CONVEGNI**

---

- 22 Incontri a tema: **mercoledì 30 ottobre, alle 16.30.**
- "I presupposti per la dichiarazione di fallimento nella prassi dei tribunali."**
- Un'indagine nei distretti di Corte d'Appello piemontesi, lombardi e veneti.

## **COSE NOSTRE**

---

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

# ATTUALITA' NORMATIVE

## IL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA CE IN MATERIA DI PAGAMENTI TARDIVI.

Negli scorsi numeri (*cf.* Iusletter, nn. 5, 11 e 12) avevamo già avuto modo di occuparci della Direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento delle transazioni commerciali (pubblicata sulla *GUCE* dell'8 agosto 2000).

La rilevanza del provvedimento comunitario nonché la circostanza per cui lo scorso 8 agosto è spirato il termine entro il quale gli Stati membri avrebbero dovuto emanare *"le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva"* (art. 6) offrono l'occasione per puntualizzare alcuni (più tecnici) aspetti della normativa in discorso.

Come è noto rientrano nell'ambito oggettivo di applicazione della Dir. 2000/35/CE **tutti i pagamenti effettuati a titolo di corrispettivo per una transazione commerciale**, restando da essa esclusi i contratti conclusi con i consumatori e gli interessi relativi a pagamenti diversi.

La Direttiva prevede l'obbligo per gli Stati membri di assicurare che gli interessi dovuti inizino a decorrere dal giorno successivo alla data di scadenza o alla fine del periodo di pagamento contrattualmente stabiliti: se la data o il periodo di pagamento non sono stati stabiliti nel contratto, **gli interessi cominceranno a decorrere automaticamente**, senza che sia necessario alcun atto di costituzione in mora, **trascorsi trenta giorni** dalla data di **ricevimento della fattura** (o della equivalente richiesta di pagamento) **da parte del debitore**.

Il saggio degli interessi di mora sarà così pari al **tasso d'interesse applicato dalla BCE** alle sue principali operazioni di rifinanziamento **maggiorato di 7 punti percentuali**.

Ricordiamo anche che l'art. 5 della Dir. 2000/35/CE impatterà sulla disciplina del procedimento monitorio: infatti, l'art. 26 della legge delega per il recepimento in Italia della Direttiva (l.n. 39/2002, Comunitaria per il 2001) ha stabilito che il decreto delegato emanando da parte dell'Esecutivo **modificherà l'art. 641 c.p.c., imponendo ai giudici di emettere i decreti ingiuntivi entro il termine di 30 giorni dalla data di presentazione del ricorso**.

L'art. 1, comma 1, l.n. 39/2002 aveva disposto che il Governo doveva esercitare la delega entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge stessa (e dunque entro il 10 aprile 2003): e così **lo scorso 20 settembre il Consiglio dei Ministri ha approvato definitivamente il d.lgs.**

## che dà attuazione alla Direttiva in esame.

Le principali novità del provvedimento interno di recepimento sono le seguenti:

**Non è necessaria alcuna previa intimazione** per il decorso degli interessi sui ritardati pagamenti delle fatture commerciali.

A carico del debitore sono anche poste le spese sostenute dal creditore per il recupero del suo credito ed *"i costi, comunque corrispondenti a principi di trasparenza e di proporzionalità, possono essere determinati anche in base ad elementi presuntivi e tenuto conto delle tariffe forensi in materia stragiudiziale"* (art. 6, comma 2).

Un diverso (*i.e.* meno afflittivo per il debitore) saggio d'interesse moratorio può essere convenuto tra le parti, così come anche alla libertà contrattuale è rimessa la possibilità di stabilire un termine superiore a quello legale per l'adempimento.

Ne discende che, al fine di impedire che le imprese debentrici dotate di maggiore forza contrattuale possano abusivamente utilizzare tale previsione per ritardare il pagamento delle forniture ricevute, è attribuito all'autorità giudiziaria uno speciale *ius variandi*.

L'art. 7 del d.lgs. appena licenziato stabilisce infatti che il giudice dichiara la **nullità parziale** di tali accordi *"se, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura delle merci o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti e ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché a ogni altra circostanza risultino, gravemente iniqui in danno del creditore"* riconducendo ad equità il contratto.

E' assicurata, nel nostro ordinamento, la tutela giurisdizionale delle disposizioni volte a sanzionare i ritardi nei pagamenti, sia in prospettiva individuale, sia attraverso il ricorso a **class actions**, riconosciuto alle associazioni di categoria degli imprenditori rappresentanti nel CNEL.

Oltre a stabilire che i decreti ingiuntivi dovranno essere emessi entro 30 giorni dalla data di deposito del ricorso, il d.lgs. in esame ha modificato la l.n. 192/1998 in materia di subfornitura (stabilendo la medesima operatività automatica e lo stesso tasso degli interessi di mora) e la materia della vendita con **riserva di proprietà**.

A questo proposito, l'art. 11, comma 3 ha stabilito che tale istituto (posto a maggior garanzia dell'alienante contro il ritardato pagamento del corrispettivo da parte dell'acquirente) laddove la riserva di proprietà sia stata preventivamente concordata **per iscritto** tra le parti, opererà pro-

ducendo la sua opponibilità ai creditori del compratore, purché essa sia **"confermata nelle singole fatture delle successive forniture aventi data certa anteriore al pignoramento e regolarmente registrate nelle scritture contabili"**. (p.m.m.)

\* \* \*

### **"DOPPIO BINARIO" PER LA FIRMA DIGITALE IN ITALIA.**

Il 2 agosto 2002 il Consiglio dei Ministri ha approvato il **regolamento** che armonizza i nuovi **modelli di sottoscrizione elettronica** suggeriti dalla direttiva comunitaria 1999/93/CE (recepiti in Italia dal d.lgs. n. 10/2002 – si noti che la firma digitale era già oggetto di attenzione da parte del legislatore nazionale nel 1997 quando il nostro Paese avviò, tra i primi, l'introduzione della firma digitale con il d.P.R. n. 513/1997 poi riformato dal d.P.R. n. 445/2000).

La **piena operatività** della riforma dovrebbe partire all'inizio dell'**anno prossimo**, una volta collezionati i benestare del Consiglio di Stato, del Garante Privacy e della stessa Commissione Europea. In seguito, il Consiglio dei Ministri dovrà approvare definitivamente il testo della riforma, presumibilmente in autunno. Per quanto l'Italia sia all'avanguardia nel settore, ad oggi la firma elettronica non ha avuto una grande diffusione (si stima che siano 500.000 le firme rilasciate, prevalentemente alle Camere di commercio ed ad alcune categorie di liberi professionisti). In ogni caso, si ritiene che l'**introduzione della firma elettronica "leggera"** - di derivazione comunitaria - e la liberalizzazione della certificazione delle firme possano dare maggiore impulso al loro utilizzo, portando almeno un milione di nuove **"smart card"** nel 2002.

Rammentiamo che la firma elettronica si basa su di un sistema a doppia chiave asimmetrica e che, da un lato, la c.d. firma digitale **"pesante"** è equiparata alla firma autografa (attribuibile al suo autore fino a querela di falso), dall'altro, la firma digitale **"leggera"** non ha un valore probatorio assoluto, posto che la sua valutazione è attribuita al giudice.

(f.g.)

\* \* \*

### **MODIFICHE AL REGOLAMENTO DEI MERCATI.**

Con la **Delibera del 10 luglio 2002 n. 13659** (G.U. 23 luglio 2002, n. 171) la **Consob** ha apportato modifiche ed integrazioni al Regolamento 11768/1988 in materia di mercati.

Le modifiche riguardano, principalmente:

- art. 34: **termini** per il **rilascio** da parte dell'intermediario della **certificazione attestante la partecipazione al sistema di gestione accentrata**;
- art. 48: la **dematerializzazione delle quote** o azioni di OICR non immesse nel sistema;
- art. 49: la dematerializzazione delle quote o azioni di nuova emissione di OICR aperti. (a.c.f.)

\* \* \*

### **MODIFICHE AL REGOLAMENTO DEGLI INTERMEDIARI.**

Con la **Delibera del 6 agosto 2002 n. 13710** (G.U. 17 agosto 2002, n. 171) la **Consob** ha ultimato la periodica revisione del Regolamento 11522/1988 in materia di Intermediari.

Tra le principali novità, si segnalano:

- l'inserimento nell'**Albo delle Sim** di annotazioni riguardanti la sottoposizione dell'intermediario a provvedimenti di commissariamento cautelare, amministrazione straordinaria e liquidazione coatta amministrativa;
- **integrazione dell'elenco degli "operatori qualificati"** con la categoria dei promotori finanziari;
- introduzione, nella disciplina della gestione individuale di portafogli, di **nuovi criteri di classificazione degli strumenti finanziari** (ai fini della corretta individuazione, nel contratto, delle linee-guida della gestione);
- definizione dei contenuti della relazione annuale del responsabile della funzione **"auditing"** interno dell'intermediario. (a.c.f.)

# DOTTRINA: LETTURE E ORIENTAMENTI

**"LEASE-BACK" E PATTO COMMISSORIO: UN RAPPORTO COMPLESSO**, di Aldo Angelo Dolmetta, in *Giurisprudenza commerciale*, n. 3/02, I, 306.

L'articolo esplora problematicamente i rapporti tra l'istituto atipico del **"lease-back"** ed il divieto del **patto commissorio** (di quella illegittima convenzione, cioè, in forza della quale il debitore ed il creditore pattuiscono che, nel caso di mancato pagamento del credito nel termine concordato, la proprietà della cosa ipotecata o costituita in pegno si trasferisca al creditore: art. 2744 c.c.).

E, se da un lato si rinviene la *ratio* di tale divieto nell'impedire che possa pattiziamente essere diminuita la garanzia del patrimonio del debitore (in spregio della *par condicio creditorum*) dall'altro, **a mezzo del "lease back"**, un soggetto ottiene importanti **iniezioni di liquidità** cedendo un bene di sua proprietà ad un altro soggetto il quale ne diventa proprietario; contestualmente, l'acquirente concede il bene in locazione finanziaria all'alienante che si obbliga a versare dei canoni periodici per una certa durata temporale ed ottiene una facoltà di opzione per il riacquisto del bene.

E' di tutta evidenza l'ampiezza delle zone di sovrapposizione e di interferenza tra i due istituti; parimenti è evidente la necessità di tutelare la funzione economico - sociale assolta dal **"lease back"**.

Pertanto, la giurisprudenza maggioritaria ha individuato i tratti **"socialmente tipici"** di questo particolare contratto di impresa, ritenendo di identificare il **discrimen** tra **"lease back"** e patto commissorio (principalmente) nella funzione economica della compravendita che i due negozi realizzano e che, nel primo caso, si realizzerebbe a scopo non di garanzia, bensì di **"leasing"**.

L'Autore prende invece le distanze da tale orientamento, sostenendo che l'alienazione che ha luogo con il **"lease back"** si realizzerebbe ugualmente a scopo di garanzia, senza, per ciò soltanto, essere invalida. Infatti, secondo l'Autore, l'ordinamento, attraverso il divieto del patto commissorio, intende stigmatizzare il **"rischio di sovrapposizione"** economica del creditore garantito nei confronti del debitore.

Ne discenderebbe la liceità del contratto di **"lease back"** ogni qualvolta la compravendita in esso contenuta non esuberi per valore rispetto all'entità del credito garantito. (p.m.m.)

**IL "LEVERAGED BUY OUT" ALLA LUCE DELLA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO**, di Michele Pallini, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 14 - 15/02, pag. 25.

Il presente articolo offre l'occasione per ritornare ad occuparci del **"leveraged buy out"**, operazione finanziaria diffusasi negli Stati Uniti (e da lì importata anche nel nostro paese) ed in relazione alla quale, su questa stessa rivista, si era già dato conto di altro intervento che aveva esplorato il rapporto tra l'istituto in esame ed i soci di minoranza della società **"target"** (cfr. *Iusletter* n. 12).

L'Autore compie una ricognizione a 360 gradi sul **"leveraged buy out"**, analizzandone: la struttura e la **funzione economica**, gli interessi coinvolti; i rapporti tra la società acquirente e l'**"investment bank"** finanziatrice dell'operazione; lo strumento delle lettere di intenti per disciplinare i rapporti tra la società acquirente e la società **"target"**.

Soprattutto, l'Autore rammenta che autorevole dottrina ed una certa giurisprudenza (*ex multis*, Tribunale di Milano 13 maggio 1999) hanno desunto l'illiceità dell'operazione di **"leveraged buy out"** dalla disposizione dell'art. 2358 c.c. in base alla quale le società non possono fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie. Tuttavia, dopo l'entrata in vigore della legge delega n. 366/2001 per la riforma del diritto societario, i dubbi sulla liceità dell'istituto in esame sono stati definitivamente superati.

Dispone infatti l'art. 7, lett. d), della suddetta legge che il decreto che sarà approvato dall'esecutivo dovrà prevedere che le fusioni tra società, una delle quali abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell'altra, **non comportano la violazione dei divieti di cui agli artt. 235-7, 2357-quater e 2358 c.c.** (p.m.m.)

**ONERE DELLA PROVA E ONERE DELLA PROBATIO PROBATIONIS IN MATERIA DI ASSEGNO CONTRAFFATTO**, di Alberto A. Romano, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 3/02, II, 256.

Con **sentenza n. 12471/2001** (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza) la Corte di Cassazione ha stabilito che l'**azione risarcitoria**, esperita **da un correntista nei confronti della banca** per **danni** derivanti dal **pa-**

**pagamento di un assegno con firma di traenza** palesemente **difforme** da quella depositata, resta regolata dai principi generali in tema di prova. Tale decisione appare, ad avviso dell'Autore, **censurabile**, innanzitutto perché opererebbe un'**errata ripartizione dell'onere della prova** fra le parti in causa, dato che **richiede al correntista** (attore) di fornire in giudizio - fra l'altro - anche la **prova dell'inesistenza di una ragione che giustifichi l'addebito sul proprio c/c**; circostanza questa che, **non essendo ricompresa tra fra i fatti costitutivi della domanda**, dovrebbe essere invece oggetto di un'eventuale eccezione da parte della banca convenuta.

Non solo: con la sentenza in questione il giudice di legittimità sembrerebbe avere **confuso** e sovrapposto i diversi piani dell'**onere della prova dei fatti sostanziali** e dell'**onere della c.d. probatio probationis** (nel cui contesto trovano spazio le regole sul disconoscimento e sulla verifica della sottoscrizione *ex art. 2702 c.c. e artt. 214 e ss. c.p.c.*), riferendo al piano sostanziale un fatto, quale la **genuinità del documento**, che **concerne invece** unicamente l'**utilizzabilità del mezzo di prova** (il tema di merito è infatti l'esistenza o meno di un ordine di pagamento, mentre l'assegno ne rappresenta solamente la veste documentale). (e.g.)

**PAGAMENTO DI ASSEGNO NON TRASFERIBILE ALL'APPARENTE LEGGITTIMATO E RESPONSABILITÀ DELLA BANCA**, di Giuseppe Tucci, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 3/02, I, 337.

La fattispecie del **pagamento di assegno circolare non trasferibile all'apparente legittimato** è stato oggetto di esame da parte della Suprema Corte che, con alcune recenti decisioni (Cass., 9 febbraio 1999, n. 1098, Foro It., 1999, I, 800 e Cass., 22 febbraio 2000, n. 1978, non massimata), ha mutato radicalmente l'orientamento seguito sin dal 1968 (Cass., 9 luglio 1968, n. 2360, Foro It., 1969, I, 121) con il quale si era considerata non responsabile la banca che avesse pagato l'assegno non trasferibile all'apparente legittimato, impiegando la dovuta diligenza nell'identificazione del legittimato cartolare. In base al più recente orientamento, la Suprema Corte ha affermato che, in tema di pagamento di assegno circolare recante la clausola di non trasferibilità, sussista una sorta di **responsabilità oggettiva**. Di talché risulta irrilevante la circostanza che la banca sia in grado di dimostrare di aver operato in modo idoneo nell'identificare il presentatore dell'assegno secondo i criteri della diligenza professionale.

Tale impostazione viene severamente criticata dall'Autore secondo il quale la Cassazione non si è avveduta del fatto che il ritorno all'interpretazione pre 1968 della norma in esame avrebbe richiesto, quanto meno, un approfondimento di alcuni aspetti essenziali che, completamente trascurati dal giudice di legittimità, vengono diffusamente trattati nell'articolo segnalato. (l.c.)

**SEGNALAZIONE "IN SOFFERENZA" ALLA CENTRALE RISCHI E RESPONSABILITÀ DELLA BANCA**, di Guerino Ferri, in *Diritto e pratica delle società*, n. 14-15/02, pag. 96.

Con ordinanza del 22 aprile 2002 ( per la cui lettura integrale si rimanda alla Sezione Giurisprudenza), il Tribunale di Salerno ha accolto il ricorso *ex art. 700 c.p.c.* con il quale il ricorrente chiedeva l'immediata cancellazione della **segnalazione** del proprio nominativo dalla **Centrale Rischi** effettuata, a suo dire, erroneamente. Il giudice salernitano ha chiarito che, ai fini della sussistenza dei **presupposti per la segnalazione**, è necessario che il debitore si trovi in una situazione di **insolvenza**, intesa come incapacità di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni ovvero in una situazione che, in considerazione della liquidità del soggetto, delle sue condizioni finanziarie complessive, della sua capacità produttiva e/o reddituale, della situazione contingente di mercato in cui opera, ecc., induca a ritenere la riscossione del credito *"a rischio"*. Ove tale presupposti non sussistano, l'istituto segnalante incorre in responsabilità sia nei confronti del soggetto il cui nominativo è stato oggetto di segnalazione, sia nei confronti degli altri intermediari che abbiano fatto affidamento sui dati erroneamente messi in circolazione: tali responsabilità, secondo il costante orientamento giurisprudenziale, devono essere ricondotte alla categoria dell'illecito aquiliano disciplinato dall'art. 2043 c.c.. (l.c.)

**LA LEGGE APPLICABILE ALLE GARANZIE PER LA PARTECIPAZIONE AI SISTEMI DI REGOLAMENTO TITOLI DOPO IL RECEPIMENTO DELL'ART. 9, COMMA 2, DIRETTIVA 98/26/CE**, di Dario Loiacono, in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, n. 3/02, I, 380.

La **legge applicabile alle garanzie su strumenti finanziari nelle operazioni internazionali** è, per la generalità degli ordinamenti giuridici, la **lex rei sitae**. L'approfondimento qui sinte-

tizzato si segnala perché prospetta i profili di complicazione che caratterizzano l'applicazione del suddetto criterio di collegamento quando la garanzia (tipicamente, il **pegno su strumenti finanziari**) abbia ad **oggetto** dei **titoli** che **non** sono **distribuiti presso gli investitori**, bensì sono **soltanto registrati presso l'emittente** ovvero sono immessi in un sistema di gestione accentrata ed emessi in forma dematerializzata.

Se infatti si pone mente alla circostanza per la quale l'interprete tenuto all'applicazione della legge di situazione della cosa debba, preliminarmente, qualificare giuridicamente – in base alla *lex fori* – ciò che costituisce l'oggetto del diritto reale, si comprende come il deposito ed il sub-deposito degli strumenti finanziari, immobilizzati in un sistema di gestione accentrata, rappresentino un vero e proprio prisma rifrattivo della legge regolatrice della garanzia.

Al riguardo, sono vari i criteri che permettono di individuare tale legge: la Direttiva 98/26/CE, ed il d.lgs. n. 210/2001 (che essa ha recepito nel nostro paese) hanno scelto il criterio c.d. "**PRIMA**" (*Place of the Relevant InterMediary Approach*), vale a dire quello per cui è selezionata la legge del luogo in cui è situato il conto su cui sono accreditati gli strumenti finanziari pignorati. (m.l.)

**LA GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA PER LE SANZIONI PECUNIARIE PREVISTE DAL T.U.B.**, di Aldo Travi, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 3/02, II, 379.

Con sentenza n. 7235/2001 il T.A.R. del Lazio (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza) ha stabilito che i **giudizi di opposizione a sanzione amministrativa inflitta agli amministratori di un istituto di credito** ex artt. 144 e 145 T.U.B. siano devoluti alla **giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo** ai sensi dell'art. 33 d.lgs. n. 80/1998, come sostituito dall'art. **7, l.n. 205/2000**.

Tale ultima norma - a detta del T.A.R. - supera le precedenti disposizioni, che assegnavano invece il giudizio *de quo* al giudice civile, poiché estende la **giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo** a "**tutte le vertenze inerenti i pubblici servizi, compresi quelli afferenti alla vigilanza sul credito**".

Secondo l'Autore ricomprendere la funzione sanzionatoria nell'ambito più generale della "*vigilanza sul credito*" appare invero **criticabile**, soprattutto se si osservano le **conseguenze** che derivano, a **livello processuale**, da una simile affermazione. Secondo il T.A.R. Lazio, infatti, al procedimento *de quo* andrà applicato il modello "*classico*" di sindacato sull'atto amministrativo, nel quale il

**Giudice Amministrativo non conosce direttamente i fatti e non può entrare, di norma, nel merito del provvedimento.** (m.l.)

**CESSIONE D'AZIENDA E TRASFERIBILITÀ DELLA FIDEIUSSIONE**, di Caterina Trentini, in *I Contratti*, n. 3/02, pag. 266.

Con la decisione n. **5495** del **12 aprile 2001** (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza), la Sez. I della **Corte di Cassazione** - in tema di **trasferimento d'azienda** e dei **relativi rapporti contrattuali**, compresa la **fideiussione** - sposa la tesi secondo la quale il **primo comma** dell'art. **2558 c.c.** è stato posto dal legislatore per tutelare **l'interesse dell'acquirente dell'azienda**, mentre quello del terzo ceduto è espressamente preso in considerazione dal terzo comma dell'art. 2558 c.c. laddove viene sancito il diritto di questi al recesso del contratto per giusta causa. *Rebus sic stantibus* occorre dunque avere riguardo - al fine della determinazione del carattere personale o meno del contratto e, conseguentemente, della non applicazione della *regula iuris* prevista dalla norma di cui sopra - alla **posizione del cessionario dell'azienda**, al quale deve essere riconosciuta la possibilità di **svincolarsi** dalle conseguenze che derivino da **scelte**, operate in precedenza **dal cedente** circa il **soggetto col quale contrarre** (terzo ceduto), nella misura in cui esse risultino estranee alla **logica d'impresa**, risalgano ad eventuali **ragioni personali** ovvero traggano comunque fondamento da valutazioni di interesse del cedente che il cessionario può non condividere.

E poichè nel caso di specie la Suprema Corte ha escluso che la fideiussione fosse stata stipulata dal cedente sulla scorta di considerazioni "*personalissime*", risulterà applicabile il trasferimento in capo al cessionario del contratto *de quo* ex art. 2558 c.c.. (e.g.)

**FIDEIUSSIONI OMNIBUS E ADEGUAMENTO DELL'IMPORTO GARANTITO**, di Roberto Accrogliono, in *I Contratti*, n. 2/02, pag. 165.

Con la sentenza commentata (Cass., 9 agosto 2001, Sez. III, n. 10981, per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza) avente ad oggetto un'ingiunzione di pagamento, posta dai fideiussori, relativamente a due garanzie aventi ad oggetto anche obbligazioni future, senza previsione di importo massimo garantito, la Suprema



Corte torna nuovamente sul tema delle **fideiussioni c.d. omnibus** a seguito delle modifiche introdotte dalla l.n. 154/1992. Il giudice di legittimità sottolinea, accogliendo le motivazioni della sentenza della Corte d'Appello impugnata, che le **fideiussioni** stipulate **prima** dell'entrata in vigore della l.n. 154/1992, con massimale indeterminato, sono **valide** e conservano efficacia **solo** riguardo alle **obbligazioni principali sorte prima dell'entrata in vigore di tale legge**, mentre sono inefficaci per le obbligazioni sorte successivamente a tale data, comportando necessariamente per la banca l'onere di adeguare le suddette fideiussioni alla nuova normativa, convenendo l'importo massimo garantito.

L'Autore condivide *in toto* le argomentazioni della Suprema Corte che, sul punto, ritiene non idonea, ai fini della fissazione del massimale, la sola comunicazione dell'istituto di credito, ritenendo occorrente e indispensabile un'espressa manifestazione di volontà del garante. (m.l.)

**CONDIZIONI DI FALLIBILITÀ DELL'IMPRESA COLLETTIVA: BASTA LO SCOPO OD OCCORRE ANCHE L'EFFETTIVO ESERCIZIO DELL'ATTIVITÀ COMMERCIALE?**, di Fabrizio Anfuso, in *Il Fallimento*, n. 6/02, pag. 603.

La **sentenza della Cassazione n. 8694 del 26 giugno 2001** (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza), si inserisce pienamente in un ormai **consolidato orientamento giurisprudenziale e dottrinario**, risalente al codice del commercio del 1882.

Ai fini dell'**individuazione delle condizioni di fallibilità**, i giudici di legittimità optano a favore di una **netta distinzione** fra l'impresa collettiva operante sotto forma di **società** - da una parte - e **l'imprenditore commerciale individuale**, dall'altra. Infatti, mentre la società di capitali "*nasce*" col fine unico, tendenzialmente definitivo, dell'esercizio di un'attività economica qualificata come commerciale, per l'imprenditore individuale - persona fisica è necessario che l'attività posta in essere si traduca nel concreto esercizio professionale di un' "*attività economica organizzata*" (art. 2082 c.c.). Per le società commerciali quel che rileva dunque - ai fini dell'assunzione dello *status* di imprenditore - è lo scopo per cui sono costituite, indipendentemente dall'effettivo esercizio dell'attività economica: ogniqualvolta c'è società c'è anche impresa.

Stando così le cose, il **momento iniziale di soggezione alla disciplina del fallimento** non potrà che coincidere con la **data** stessa di **iscrizione dell'atto costitutivo sociale nel registro della imprese**. (e.g.)

**DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO DI SOCIETÀ APPARENTE**, di Romano Bonavitacola, in *Il Diritto Fallimentare*, n. 2/02, II, 235.

La sentenza Cass., 14 febbraio 2001, n. 2095, (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza) afferma il principio di diritto per cui, ai fini dell'assoggettabilità al **fallimento** di una **società apparente**, è sufficiente il comportamento atto ad ingenerare un **convincimento incolpevole della c.d. affectio societatis**.

L'Autore sfrutta lo spunto offertogli da tale decisione per tracciare lo stato dell'arte di dottrina e giurisprudenza sia su tale problematica (società apparente), sia su altre situazioni ad essa accomunabili (società occulta, società simulata ed azienda coniugale).

In merito alla **società apparente**, l'Autore illustra alcuni dei comportamenti atti ad indurre nel terzo tale convincimento, precisando però come, a suo avviso, l'apparenza debba risultare colposa. In merito alla **società occulta**, il commentatore opera un distinguo, censurando in tal modo l'orientamento costante della giurisprudenza, a seconda che si sia in presenza di soci occulti di società palese o soci occulti di società occulta, dubitando sulla possibilità di sottoporre a fallimento tali soggetti.

In merito alla **società simulata**, l'Autore, premesse le differenze, sia sulla natura giuridica, sia sul regime probatorio, con la società apparente, esamina le differenze esistenti tra giurisprudenza e dottrina in materia, propendendo per la soluzione raggiunta da quest'ultima, per cui è ammissibile l'esistenza di una società per capitali simulata. Infine l'Autore tratta la tematica dell'**azienda coniugale**, distinguendo il caso in cui in cui l'attività sia costituita e gestita da entrambi i coniugi, sottoposta all'art. 177, comma 1, lett. d), c.c., da quello in cui l'azienda sia costituita da uno, ma gestita da ambedue i coniugi, disciplinata dalle norme in tema di società. (s.b.)

**IL FALLIMENTO DELLA SOCIETÀ IRREGOLARE E DEL SOCIO ILLIMITATAMENTE RESPONSABILE ALLA LUCE DELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, 21 LUGLIO 2000, N. 319**, di Oreste De Nicola, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 3/02, II, 340.

Le pronunce milanesi in esame, emesse - rispettivamente - dalla Corte d'Appello il 26 gennaio 2001 e dal Tribunale in data 19 marzo 2001 (per le cui massime si rimanda alla Sezione Giurisprudenza), affrontano la questione dell'**applicabilità alle società irregolari** dei principi affermati

dalla nota sentenza **Corte Cost., n. 319/2000** (secondo la quale **il termine annuale per la dichiarazione di fallimento di una società irregolare decorre dalla cessazione dell'attività o dallo scioglimento della società medesima**), giungendo però a risultati diametralmente opposti fra loro. Infatti, mentre il giudice d'appello ha ritenuto che, per una società irregolare, non sia escluso il decorso del termine preclusivo annuale *ex art. 10 l.f.*, individuandone il *dies a quo* nel momento di cessazione dell'attività, il Tribunale ha adottato un diverso orientamento secondo il quale - ai fini del decorso del termine di cui sopra - risulta necessario procedere all'iscrizione dello scioglimento della società nel registro delle imprese.

In estrema sintesi la Corte d'Appello, sposando fedelmente la tesi espressa dal giudice costituzionale con la decisione citata, sottolinea come il collegamento al dato formale della cancellazione dal registro miri soltanto ad evitare possibili controversie in ordine alla individuazione del momento della cessazione dell'attività, ma non esclude che, quando detta cessazione risulti accertata inequivocabilmente, ciò sia sufficiente per la decorrenza del termine, senza bisogno della formalità suddetta.

Il **giudice di secondo grado** distingue dunque - correttamente - **tra il concetto di cessazione della società** (questo sì legato alla cancellazione *de qua*) **dalla cessazione dell'impresa**: solo a **quest'ultimo evento** ci si dovrebbe riferire per individuare il *dies a quo* da cui **far decorrere il termine annuale oltre il quale il fallimento** di una società di fatto e dei suoi soci illimitatamente responsabili deve essere revocato. (e.g.)

**REVOCABILITÀ DEL PAGAMENTO DEL TERZO**, di Carlo Trentini, in *Il Fallimento*, n. 8/02, pag. 851.

La sentenza Cass., 23 novembre 2001, Sez. I, n. 14869 (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza) conferma l'ormai consolidato principio di diritto per cui il **pagamento** di un debito del fallito da parte di un **terzo** è **revocabile** unicamente **se effettuato con denaro del fallito, od** a seguito dell'**esercizio del diritto di rivalsa** da parte del terzo prima del fallimento.

L'Autore sottolinea come l'orientamento assunto dalla Suprema Corte sia condivisibile, in quanto il pagamento operato da un terzo con denaro proprio non è suscettibile di depauperare il patrimonio del fallito, evitando così di ledere la *par condicio creditorum*.

Maggiori perplessità manifesta l'Autore in relazio-

ne al **distinguo** effettuato dalla Corte in un precedente simile (qui richiamato), nel quale era stata affermata la revocabilità del pagamento del terzo effettuato tramite **bonifico**, poiché, in tal modo, si avrebbe la rimessa di tale somma nel conto corrente con la conseguente attrazione al patrimonio del fallito. Sostenere che l'appostazione sul conto corrente del fallito di una di queste operazioni contabili significhi necessariamente l'attribuzione di tali somme alla disponibilità, seppur momentanea, del titolare del conto, implica un'evidente mistificazione della realtà, in quanto tali "rimesse" sono destinate ad assolvere esposizioni debitorie verso la banca, dovendo transitare sul conto corrente per evidenti ragioni contabili. (s.b.)

**REVOCATORIA FALLIMENTARE ED ONERE DELLA PROVA. NON REVOCABILITÀ DELLE OPERAZIONI BILANCIATE**, di Federico Tanganelli, in *Il Diritto Fallimentare*, n. 2/02, II, 245.

L'Autore, prendendo spunto da una sentenza emessa dalla Corte d'Appello di Firenze in data 2 novembre 2001 (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza), approfondisce il tema relativo all'accertamento della **scientia decoctionis** nell'ambito dei giudizi di revocatoria fallimentare.

Gli **elementi** che, più frequentemente, si incontrano nella casistica giurisprudenziale, vengono distinti in due categorie a seconda del **tipo di pubblicità** cui sono soggetti: da una parte la pubblicazione dei protesti nel bollettino, il deposito dei bilanci, le esecuzioni immobiliari, le iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli e le notizie di stampa; dall'altra le esecuzioni mobiliari, i pignoramenti, gli atti di precetto, i decreti ingiuntivi, i pignoramenti presso terzi e i ricorsi per la dichiarazione di fallimento.

Con particolare riferimento ai **bilanci**, l'Autore mostra di condividere l'orientamento espresso dalla corte toscana secondo la quale, ancorché i bilanci siano a disposizione dei terzi e quindi anche del **banchiere**, quest'ultimo **può non averli esaminati** perché non ne aveva interesse: il buon banchiere non avrebbe infatti il dovere di conoscere e analizzare tutti i bilanci di tutti i clienti.

Soprattutto quando i rapporti siano di modesta entità economica.

Per quanto concerne l'elemento oggettivo e, in particolare, le c.d. partite bilanciate (la cui problematica è stata affrontata dalla corte toscana *ad abundantiam*) l'Autore afferma che ove il conto evidenzi un numero ridotto di movimenti, la circostanza che contemporaneamente a determinati

versamenti la banca abbia effettuato pagamenti per un importo simile è circostanza tale da far presumere il collegamento fra le due operazioni. Quando, al contrario, il conto presenti numerosi movimenti si dovrà provare in modo più incisivo tale collegamento (per es. fornendo la prova che vi siano state precise istruzioni da parte del cliente).

(l.c.)

#### **INDIVIDUAZIONE DELLE RIMESSE REVOCABILI E PROVA DELL’AFFIDAMENTO**, di Mario Scicolone, in *Il Fallimento*, n. 8/02, pag. 894.

L’Autore, prendendo spunto da una sentenza emessa dal Tribunale di Venezia in data 4 gennaio 2002 (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza), approfondisce il tema relativo alla **individuazione delle cc.dd. operazioni bilanciate** (tra cui vengono ricomprese pressoché pacificamente: il versamento effettuato per coprire un assegno in scadenza, per consentire l’emissione di un vaglia di un bonifico o di un assegno circolare – purché vi sia coincidenza tra gli importi – ovvero lo storno di un’operazione precedente, se l’accredito e l’addebito si elidono integralmente).

Secondo il più recente orientamento giurisprudenziale (al quale si adegua la sentenza richiamata) le rimesse aventi la specifica funzione di fornire la provvista per l’esecuzione di determinati ordini di pagamento **non** sarebbero **revocabili** quand’anche effettuate su conto scoperto, difettando in tal caso il carattere solutorio della rimesa.

Tuttavia, secondo l’insegnamento della Suprema Corte (non del tutto condiviso dai giudici di merito secondo i quali è plausibile anche una ragionevole sfasatura temporale) affinché possa parlarsi di “operazioni bilanciate” è necessario che tra le operazioni di segno opposto vi sia una **contestualità temporale**.

Secondo il Tribunale veneziano spetterebbe alla banca dimostrare l’effettivo legame tra le operazioni revocabili atteso che per ciascun versamento effettuato su conto scoperto vi sarebbe una presunzione di revocabilità. Più precisamente incomberebbe sulla banca l’onere di dimostrare che il correntista, all’atto del pagamento, le ha dato istruzioni (scritte) di utilizzare il versamento per effettuare pagamenti a favore di terzi. (l.c.)

#### **COMPUTO DEL SALDO INFRAGIORNALIERO DELLE RIMESSE IN CONTO CORRENTE**, di Antonella Cesaroni, in *Il Fallimento*, n. 7/02, pag. 767.

Nella sentenza esaminata (Trib. Milano, 30 luglio 2001, per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza) viene esaminata la problematica delle c.d. **rimesse infragiornaliere**.

E’ infatti controverso il criterio con il quale deve essere ricostruita la sequenza oraria delle operazioni: 1) secondo l’ordine riportato nell’estratto conto; 2) considerando tutte le operazioni come contestuali per stabilire poi, a fine giornata, se la somma algebrica delle stesse porti ad un superamento del limite di fido; 3) imputando prima tutti gli accrediti e, poi, gli addebiti.

Il Tribunale milanese propende per l’orientamento secondo il quale, laddove il curatore non fornisca una prova contraria circa l’ordine cronologico delle operazioni, debba essere rispettato l’ordine dell’estratto conto. (s.b.)

#### **IL PRIMO CASO DI INAMMISSIBILITÀ DELL’AZIONE REVOCATORIA FALLIMENTARE PER CONTRASTO CON LA NORMATIVA SUL DIVIETO DI AIUTI DI STATO NELLA PROCEDURA DI LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA**, di Marina Spiotta, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 2/02, II, 237.

La sentenza Trib. Torino, 26 luglio 2001 (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza) costituisce la prima decisione assunta da una corte di merito di dichiarare **inammissibile** l’esercizio di un’**azione revocatoria esercitata durante una liquidazione coatta** amministrativa non ancora entrata nella fase liquidatoria.

Tale declaratoria di inammissibilità è frutto dell’equiparazione, effettuata dal giudice torinese, tra la procedura di liquidazione coatta amministrativa e quella di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

Conformemente alla propria giurisprudenza in tema di legge Prodi, la corte torinese ha esteso analogicamente la **dichiarazione di incompatibilità** dell’esercizio dell’**azione revocatoria fallimentare** in costanza della fase di provvisorio esercizio dell’impresa successiva alla dichiarazione di inizio della procedura. In tal modo si è finora espressa la giurisprudenza del capoluogo piemontese chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità dell’azione revocatoria fallimentare esperita dalle procedure di amministrazione straordinaria, ammettendole solo nel caso in cui fosse terminato il periodo di esercizio dell’attività d’impresa. (s.b.)

**NUOVE TENDENZE NELLA REVOCATORIA DELLE RIMESSE BANCARIE?**, di Renato Mangano, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 3/02, II, 344.

Come è noto la Suprema Corte a partire dagli anni '80 ha chiarito che "se vi è stata una **apertura di credito** il conto corrente non può essere considerato **<scoperto>** fino a che le operazioni passive del correntista rientrano nei limiti della somma posta dalla banca a disposizione del cliente".

In tal modo si è operata una sorta di "semplificazione analitica della fattispecie" la cui legittimità, a detta dell'Autore, è tutta da dimostrare. Per rendersene conto basti considerare che mentre il **dato economico a quo** consiste – di solito – in un'**attività trilaterale** nella quale il correntista riveste la qualità di *tradens*, la banca quella di soggetto intermediario ed un terzo quella di destinatario finale delle attribuzioni, nell'**orientamento giurisprudenziale** di cui si parla la fattispecie *ad quem* ha sempre ad oggetto un **pagamento bilaterale** dal correntista all'istituto di credito.

Le sentenze milanesi oggetto di commento (Trib. Milano, 17 gennaio 2000, G.U. Dott.ssa Paluchowski, e Trib. Milano, 17 gennaio 2000, G.U. Dott. Monti, per le cui massime si rimanda alla Sezione Giurisprudenza) invitano a riflettere se sia corretto, e fino a che punto, ridurre quel dato economico, normalmente trilaterale, entro una fattispecie necessariamente bilaterale.

Per rispondere a tale quesito il Tribunale, invertiti i termini del ragionamento, ha accertato innanzitutto la reale funzione dell'atto (la sua "*causa economica*") e, poi, in funzione di essa ne ha accertato l'estensione e, quindi, il suo destinatario finale. (l.c.)

**EFFICACIA DEGLI ATTI COMPIUTI DAL FALLITO DOPO LA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO**, di Dario Finardi, in *Il Fallimento*, n. 8/02, pag. 889.

La sentenza emessa dal Tribunale di Milano in data 29 ottobre 2001 (per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza), conformandosi all'orientamento della Cass. S.U., n. 12159/1993, affronta il controverso tema della **disciplina applicabile agli atti compiuti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento**, stabilendo che, nel caso in cui questi - intraprendendo **una nuova attività di impresa - stipuli** a tal fine un **contratto di c/c bancario**, troverà ap-

plicazione il regime di cui all'**art. 42 l.f.**, ai sensi del quale **i pagamenti eseguiti dalla banca a terzi** - su disposizioni date dal fallito - vanno considerati **passività deducibili**, in quanto relative alla realizzazione dell'utile della nuova attività intrapresa dal fallito.

La **curatela**, poiché l'operazione coinvolge mezzi finanziari acquisiti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento, **potrà dunque apprendere solo il saldo attivo del conto corrispondente all'utile realizzato dal fallito con la sua nuova attività d'impresa**.

Sul piano dell'**onus probandi**, la pronuncia in esame sostiene infine che la **prova dell'origine anteriore al fallimento della provvista**, necessaria perché la curatela possa apprendere, ex art. 44 l.f., tutte le somme corrispondenti al saldo attivo del c/c, debba essere fornita da quest'ultima. (e.g.)

**MATERIALI PER UNA RIFLESSIONE IN TEMA DI GIUSTO PROCESSO FALLIMENTARE**, di Maria G. Biffaroni, in *Rivista dell'Esecuzione Forzata*, n. 2/02, pag. 233.

L'introduzione del nuovo **art. 111 Cost.**, pur occasionata da precise esigenze nate in ambito penale, ha affermato in generale la **terzietà e l'imparzialità del giudice** anche nei processi civili ed amministrativi. In **ambito fallimentare**, la presenza dello stesso **giudice** in diverse fasi processuali troverebbe giustificazione nella sua funzione di "**garante**" della **procedura**, orientata alla tutela della concentrazione e continuità processuale.

La Corte Costituzionale, operando fin dall'inizio degli anni '90 un continuo allineamento della disciplina fallimentare ai principi costituzionali, ha però assunto una posizione negativa in ordine ad una riconsiderazione della posizione del giudice in questo processo, anche successivamente all'entrata in vigore della citata norma (*cf.* l'ordinanza n. 167/2001 che ha dichiarato la manifesta infondatezza delle norme che prevedono che il G.D. svolga sia funzioni di G.I. sia partecipi alla decisione nei giudizi di opposizione allo stato passivo, stante il carattere sommario della procedura di formazione dello stesso a fronte della *plena cognitio* che caratterizza l'opposizione).

Diverso invece il panorama offerto dai giudici di merito, più propensi ad accogliere le istanze sottese alla novella costituzionale anche sotto il profilo della terzietà, contestando le vistose deroghe al principio della domanda e - più in generale - l'asserito aspetto pubblicistico della procedura. (e.g.)

**LA DISCIPLINA COMUNITARIA DELL'INSOLVENZA**, di Giorgio Corno, in *Il Diritto Fallimentare*, n. 2/02, I, 272.

L'Autore si occupa del Regolamento CE n. 1346, 29 maggio 2000, c.d. Regolamento comunitario dell'insolvenza (cfr. *Iusletter*, n. 12, Sezione Attualità Normative).

Contraddistinto da un ambito di applicazione limitato alle **procedure d'insolvenza** prive di natura amministrativa, il regolamento si caratterizza per la possibilità di **apertura una procedura secondaria**, affiancata e dipendente da quella principale, **per ogni stato membro diverso da quello da quello dove il debitore abbia il "centro degli interessi principali"**.

La procedura territoriale, che persegue obiettivi diversi dalla principale, è attivabile anche nell'impossibilità di aprire la procedura principale. Per quanto concerne la competenza, il regolamento detta il principio dell'unità della *lex fori concursus*, per cui gli **effetti della procedura d'insolvenza** sono regolati dalla **legge dello stato membro in cui è stata aperta la procedura principale**, fatte salve alcune deroghe, espressamente previste dal regolamento, per alcuni aspetti (quali i diritti reali, la compensazione, la riserva di proprietà, i rapporti di lavoro ed i mezzi di pagamento).

Nel caso di conflitto di competenza tra i giudici di due stati membri, prevale la competenza del giudice che per primo ha aperto la procedura principale, senza la possibilità di sindacare la decisione in merito al presupposto oggettivo da parte dei giudici degli altri stati membri. (s.b.)

**EROGAZIONE "ABUSIVA" DI CREDITO, RESPONSABILITÀ DELLA BANCA FINANZIATRICE E (PRESUNTA) LEGITTIMAZIONE ATTIVA DEL CURATORE FALLIMENTARE DEL SOVVENUTO**, di Mariano Robles, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 3/02, II, 274.

Entrambe le sentenze oggetto di nota (Cass., 9 ottobre 2001 e Trib. Milano, 21 maggio 2001, per le cui massime si rimanda alla Sezione Giurisprudenza), affrontando il problema della deduzione in giudizio delle **pretese risarcitorie** da parte dei soggetti lesi in seguito all'**erogazione abusiva di credito** in favore di un'impresa in dissesto successivamente fallita, **escludono una legittimazione della curatela** ad esercitare la relativa azione risarcitoria. Le ragioni del diniego si rinvencono da un lato, nella **mancanza di un danno risentito dall'impresa fallita** mentre, dall'altro, nella stessa **disciplina fallimentare**

che non riconosce una generale rappresentanza delle ragioni dei creditori fallimentari distinta da quella attribuita esclusivamente in previsione della gestione del patrimonio del fallito. L'interesse specifico dell'organo fallimentare, in ipotesi di pregiudizio, si sostanzierebbe unicamente nella preservazione del patrimonio della società fallita (e quindi della massa fallimentare) da atti che ne abbiano alterato l'originaria consistenza mediante l'utilizzo delle c.d. *"azioni di massa"*.

In tali circostanze, pertanto, legittimare la curatela ad agire in via aquiliana determinerebbe un ricorso abusivo allo strumento processuale, in quanto determinerebbe un indebito passaggio di risorse finanziarie dalla banca agli altri creditori. (m.l.)

**GLI INTERVENTI IN MATERIA DI ESECUZIONE FORZATA NELLA LEGGE 28/12/2001, N. 448 (LEGGE FINANZIARIA 2002)**, di Alfredo Storto, in *Rivista dell'Esecuzione Forzata*, n. 2/02, pag. 305.

Tra gli interventi della Legge Finanziaria spicca la modifica del comma 3 dell'art. 490 c.p.c. che oggi recita: *"Il Giudice dispone inoltre che l'avviso sia inserito una o più volte sui quotidiani di informazione locali aventi maggiore diffusione nella zona interessata o, quando opportuno, sui quotidiani di informazione nazionali e, quando occorre, che sia divulgato con le forme di pubblicità commerciale"* ed ancora: *"la divulgazione degli avvisi con altri mezzi diversi dai quotidiani di informazione deve intendersi complementare e non alternativa"*.

La **nuova formulazione del comma 3 dell'art. 490 c.p.c.** prevede dunque quale **incombente per la pubblicità ordinaria** la pubblicazione una o più volte dell'avviso sui quotidiani locali maggiormente diffusi nella zona interessata ovvero – se opportuno – sui quotidiani di informazione nazionale, restringendo il campo di applicazione della pubblicità straordinaria alle sole forme della pubblicità commerciale.

Detta nuova disciplina troverà certamente applicazione per l'avviso di vendita immobiliare, in tema di offerte di aumento di un sesto nonché nell'ipotesi in cui il Giudice stabilisca un nuovo incanto a seguito dell'asta deserta.

Maggiore difficoltà interpretativa implica invece il coordinamento del nuovo comma 3 dell'art. 490 c.p.c. con le disposizioni di cui all'art. 173 disp. att. specialmente con riguardo all'istanza di vendita. (r.f.)

# GIURISPRUDENZA

## OBBLIGAZIONI

**Cass., 18 marzo 2002, Sez. II, n. 3941,** in *I Contratti*, n. 8-9/02, pag. 816.

- In caso di **crediti di natura omogenea**, la **facoltà accordata al solo debitore** dall'art. 1193, comma 1, c.c., **di indicare a quale debitore** debba essere **imputato il pagamento, va esercitata** e si consuma **all'atto del pagamento medesimo**, sicché una successiva dichiarazione del debitore, senza l'adesione del creditore, è giuridicamente inefficace. Peraltro, i criteri legali d'imputazione, quali previsti dall'art. 1193 citato, riguardano solo le obbligazioni per le quali il creditore possa pretendere l'adempimento e non si riferiscano, quindi, ai debiti prescritti, il cui pagamento costituisce un caso di adempimento di obbligazione naturale e, pertanto, esaurisce i suoi effetti nella *soluti retentio*, senza che, pertanto, tali obbligazioni possano essere comprese tra quelle cui riferire il pagamento effettuato dal debitore.

## CONTRATTI

**Cass., 24 maggio 2002, Sez. II, n. 7618,** in *Guida al Diritto*, n. 28/02, pag. 72.

- La questione relativa alla pretesa **vessatorietà**, ai sensi dell'art. 1341 c.c. di una particolare **clausola contrattuale**, ove non dedotta in sede di merito, **non** può costituire materia di **esame** in sede di **legittimità**.

**Cass., 5 marzo - 13 giugno 2002, Sez. II, n. 8470,** in *Guida al Diritto*, n. 29/02, pag. 55.

- Per il **notaio** richiesto della preparazione e stesura di un **atto pubblico** di trasferimento immobiliare la preventiva **verifica della libertà e disponibilità del bene** e, più in generale, delle risultanze dei registri immobiliari attraverso la loro visura, costituisce, salvo espressa dispensa per concorde volontà delle parti (che non può ritenersi pertanto concessa implicitamente neanche da una sola di esse, né può essere ricavata *per facta concludentia*), **obbligo derivante dall'incarico conferitogli** dal cliente e, quindi

fa parte dell'oggetto della prestazione professionale, poiché l'opera di cui è richiesto non si riduce al mero compito di accertamento della volontà delle parti e di direzione della compilazione dell'atto, ma si estende a quelle attività preparatorie e successive necessarie perché sia assicurata la serietà e la certezza dell'atto giuridico da rogarsi e in particolare la sua attitudine ad assicurare il conseguimento dello scopo tipico di esso e del risultato pratico voluto dalle parti dell'atto.

## DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

**Cass., 28 marzo 2002, Sez. I, n. 4490,** in *Il Corriere Giuridico*, n. 8-9/02, pag. 816.

- In tema di **capitalizzazione trimestrale** degli interessi sui saldi di conto corrente bancario passivi per il cliente, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 425/2000, con cui è stata dichiarata costituzionalmente illegittima, per violazione dell'art. 76 Cost., la norma (contenuta nell'art. 25, comma 3, d.lgs. n. 342, del 4 agosto 1999) di salvezza della validità e degli effetti (fino all'entrata in vigore della delibera CICR di cui al comma 2 del medesimo art. 25) delle clausole anatocistiche stipulate in precedenza, dette clausole restano disciplinate, secondo i principi che regolano la successione delle leggi nel tempo, dalla normativa anteriormente in vigore, alla stregua della quale esse - basate su un **uso negoziale**, anziché su una norma consuetudinaria - sono da **considerare nulle**, perché stipulate in violazione dell'art. 1283 c.c..

**Cass., 25 febbraio 2002, Sez. I, n. 2751,** in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 3/02, pag. 194.

- In tema di **prova del credito** fornita da un istituto bancario nel giudizio monitorio e nel successivo giudizio contenzioso di opposizione, va distinto **l'estratto di saldaconto** - dichiarazione unilaterale di un funzionario della banca creditrice accompagnata dalla certificazione della sua conformità alle scritture contabili e da un'attestazione di verità e liquidità del credito - dall'**ordinario estratto/conto** - funzionale a certificare le mo-

vimentazioni debitorie e creditorie intervenute dall'ultimo saldo, con le condizioni attive e passive praticate dalla banca - poiché il saldaconto riveste efficacia probatoria nel solo procedimento per decreto ingiuntivo eventualmente instaurato dall'istituto, mentre l'estratto/conto, trascorso il debito periodo di tempo dalla sua comunicazione al correntista, assume carattere di incontestabilità ed è, conseguentemente, idoneo a fungere da prova anche nel successivo giudizio contenzioso instaurato dal cliente (principio affermato dalla Suprema Corte in fattispecie in cui la banca, dopo aver fondato l'istanza di decreto ingiuntivo su di un estratto di saldaconto, aveva poi prodotto, nel successivo giudizio di opposizione, la copia degli estratti conto registrati su microfilm, le cui risultanze erano - legittimamente - state poste, dal giudice di merito, a fondamento del rigetto dell'opposizione).

**Cass., 12 ottobre 2001, Sez. I, n. 1247-1**, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 3/02, II, 253, con nota di Alberto A. Romano.

- L'**azione risarcitoria** promossa nei confronti di una banca per danni derivati dal **pagamento di un assegno con firma di traenza palesemente difforme** da quella depositata dal correntista resta regolata dai principi generali in tema di prova, gravando sull'attore l'onere di dimostrare la falsità della firma di traenza (qualora tale falsità sia contestata), e sulla banca, per converso, quello di provare l'efficacia liberatoria del pagamento per non essere la falsità rilevabile con l'ordinaria diligenza richiesta nell'esercizio dell'attività bancaria.

**Cass., 27 settembre 2001, Sez. I, n. 12093**, in *I Contratti*, n. 2/02, pag. 122.

- La **pretesa alla documentazione** si configura quale diritto autonomo che, pur derivando dal contratto, è estraneo alle obbligazioni tipiche che ne costituiscono lo specifico contenuto; esso nasce dall'obbligo di buona fede, correttezza e solidarietà, che è accessorio di ogni prestazione dedotta in negozio e consente alla parte interessata di conseguire ogni utilità programmata, anche oltre quelle riferibili alle prestazioni convenute, comportando esso stesso una prestazione, cui ognuna delle parti è tenuta, in quanto imposta direttamente dalla legge (art. 1374 c.c.).

In virtù del **principio di buona fede** operante non solo in sede d'interpretazione e di esecuzione del contratto, ma anche quale fonte di integrazione della stessa regolamentazione contrattuale (art. 1374 c.c.), al **curatore** che richiede la documentazione concernente i rapporti contrattuali intestati al fallito, sul presupposto di non avere

avuto la possibilità di procurarsi da quest'ultimo e per la necessità che la sua carica gli impone di ricostruire le vicende patrimoniali del fallito, la **banca ha l'obbligo di trasmettere la documentazione** (nella specie la Cassazione ha ritenuto che lo scioglimento automatico del contratto bancario ai sensi dell'art. 78 l.f. non rileva, poiché l'obbligo di correttezza e solidarietà non si estingue sino a quando permane l'interesse alla informazione in capo all'avente titolo).

**App. Milano, 6 marzo 2002**, in *I Contratti*, n. 7/02, pag. 714.

- La speciale ipotesi di **liberazione del fideiussore**, prevista dall'art. 1956 c.c., opera con **efficacia ex nunc**, e non già *ex tunc*, e cioè con riferimento alle sole somme erogate, senza l'autorizzazione del fideiussore, dopo il peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore, ma non a quelle erogate in precedenza. Ne consegue **che il fideiussore non ha interesse a dolersi della "abusiva" erogazione del credito**, da parte della banca, al debitore garantito, **quando** al momento di tale erogazione **l'importo garantito già superava il tetto massimo** della fideiussione.

E' **nulla**, perché in contrasto con l'art. 1283 c.c., la **clausola di capitalizzazione trimestrale** degli interessi; né tale clausola può ritenersi integrare un uso normativo, per difetto dell'elemento dell'*opinio iuris ac necessitatis*.

**Il d.l. n. 394, 29 dicembre 2000**, il quale - attraverso una norma di interpretazione autentica - ha stabilito che la natura usuraria degli interessi va accertata al momento della pattuizione, e non a quello della dazione, trova **applicazione** con riferimento **unicamente agli interessi dovuti per contratti di mutuo**.

Nel caso in cui, per effetto delle variazioni del tasso-soglia, gli interessi moratori dovuti dal debitore divengano usurari, la l.n. 108/96 prevede la nullità integrale della clausola soltanto con riguardo al contratto di mutuo. Negli altri casi, pertanto, nell'ipotesi di superamento del tasso-soglia il debitore è tenuto al pagamento degli interessi moratori in misura corrispondente al suddetto tasso-soglia.

**TAR Lazio, 7 settembre 2001, Sez. I, n. 7235**, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 3/02, II, 369, con nota di Aldo Travi.

- Le vertenze concernenti l'applicazione agli **amministratori di istituti di credito** delle **sanzioni pecuniarie** previste dal d.lgs. n. 385, del 1 settembre 1993, sono devolute alla **giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo**, ai sensi dell'art. 33, d.lgs. n. 80, del 31 marzo

1998, come costituito dall'art. 7, l.n. 205, del 21 luglio 2000, perché ineriscono alla vigilanza di credito.

Gli accertamenti ispettivi svolti dalla Banca d'Italia su un istituto di credito, anche se determinano l'applicazione di sanzioni amministrative a carico degli amministratori dell'istituto stesso, non devono essere preceduti dalla comunicazione di avvio del procedimento prevista dall'art. 7, l.n. 241, del 7 agosto 1990. La circostanza che, in base all'art. 145, d.lgs. n. 385, del 1 settembre 1993, il **procedimento**, per l'applicazione di sanzioni amministrative a carico degli amministratori di un istituto di credito, si articola in **due fasi** (la prima, **istruttoria**, di competenza della Banca d'Italia; la seconda, **deliberativa**, di competenza del Ministero del Tesoro) non comporta il diritto per gli incolpati di svolgere le loro difese anche nella seconda fase.

Le **contestazioni** degli amministratori di un istituto di credito **circa l'entità delle sanzioni pecuniarie** ad essi applicate in base all'art. 144, d.lgs. n. 385, del 1 settembre 1993, riguardano normalmente il merito amministrativo e perciò **non sono ammissibili nel giudizio amministrativo**.

Anche a carico dei componenti del consiglio di amministrazione di un istituto di credito, pur sprovvisti di delega, può essere imputata la scorrettezza delle prassi gestionali che abbiano provocato danno all'istituto stesso.

**Trib. Monza, 7 maggio 2002, Sez. dist. Desio**, in *Giurisprudenza Milanese*, n. 8-9/02, pag. 312.

• La clausola che determina l'ammontare degli **interessi** in misura pari "*alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza*" è **nulla** poiché non è sufficientemente univoca e non può quindi giustificare la pretesa al pagamento di interessi in misura superiore a quella legale. Data l'esistenza di diverse tipologie di interessi, essa non consente, **per la sua genericità**, di stabilire a quale previsione le parti abbiano inteso concretamente rifarsi. La conseguenza della nullità della clausola c.d. uso piazza non è tuttavia l'inidoneità del rapporto a produrre interessi, bensì **l'applicazione**, in virtù del meccanismo di sostituzione automatica previsto dallo stesso art. 1284 c.c., del **tasso di interesse legale via via vigente**. La clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi sui saldi passivi contenuta nei contratti di conto corrente è nulla per contrasto con l'art. 1283 c.c. e per l'assenza di usi normativi idonei a supportarla. Peraltro, posto che si deve affermare l'esistenza di un uso di anatocismo semestrale già in epoca anteriore al 1942, l'uso di anatocismo applicabile è quello con cadenza semestrale.

**Trib. Salerno, ordinanza, 22 aprile 2002**, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 14-15/02, pag. 94, con nota di Guerino Ferri.

• Ai fini della **sussistenza del presupposto per la segnalazione a sofferenza**, il debitore deve trovarsi in una **situazione d'insolvenza**, intesa come incapacità a far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni, secondo il significato del concetto elaborato in relazione all'**art. 5 l.f.**, ovvero anche in una **situazione che**, in considerazione della liquidazione del soggetto, delle sue condizioni finanziarie complessive, della sua capacità produttiva e/o reddituale, della situazione contingente di mercato in cui opera, dell'importo del credito accordato, dell'ammontare complessivo del credito ottenuto dal sistema creditizio e/o finanziario ovvero di altri dati indicativi, **induca a ritenere la riscossione del credito "a rischio"**.

In caso di **erronea segnalazione a "sofferenza"** alla centrale rischi a opera della Banca risulta sussistente il *periculum in mora*, ai fini della concessione del **provvedimento cautelare ex art. 700 c.p.c.**, allorché si dimostri che, nelle more del giudizio, si possano verificare irreparabili e gravi compromissioni del diritto del ricorrente alla libera iniziativa economica, consistente, in particolare, nella maggiore difficoltà di reperire credito sul mercato.

**Trib. Biella, 3 gennaio 2001**, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 2/02, II, 242.

• In **mancanza di autorizzazione scritta** del cliente, la banca che, nell'ambito di un **contratto di gestione patrimoniale** sottoposto alla disciplina dell'art. 8, lett. b, l.n. 1/91 e dell'art. 33, Reg. Consob n. 5387, del 2 luglio 1991, **acquista strumenti finanziari**, non rientranti nell'elenco di cui al predetto art. 33 Reg. n. 5378 del 1991, e non negoziati in mercati regolamentati ovvero negoziati in mercati regolamentati, ma acquistati al di fuori dei medesimi, **viola le obbligazioni contrattuali** gravanti sulla banca stessa ed è tenuta al risarcimento dei danni conseguenti.

## GARANZIE

**Cass., 27 giugno 2002, Sez. III, n. 9349**, in *Guida al Diritto*, n. 32/02, pag. 72.

• **Prestata fideiussione** in relazione alle future obbligazioni del debitore principale connesse all'apertura di credito regolata in conto corrente, gli **atti dispositivi del fideiussore succes-**



**sivi all'apertura di credito ed alla prestazione della fideiussione**, se compiuti in pregiudizio delle ragioni del creditore, sono soggetti ad **azione revocatoria** ai sensi dell'**art. 2901, n. 1, c.c.**, in base al solo **requisito soggettivo della consapevolezza del fideiussore** di arrecare pregiudizio alle ragioni del creditore, giacché l'insorgenza del credito va apprezzata con riferimento al momento dell'accreditamento e non a quello, eventualmente successivo nel tempo, dell'effettivo prelievo da parte del debitore principale della somma messa a sua disposizione.

**Cass., 13 maggio 2002, Sez. III, n. 6808**, in *Guida al Diritto*, n. 27/02, pag. 45.

- La **fideiussione del fideiussore** si **distingue** dalla **fideiussione di regresso** per il fatto che, mentre con la **prima si aggiunge un nuovo fideiussore** al credito principale, con la **seconda il creditore garantito diventa il primo fideiussore** e occorre che questi abbia pagato il primo creditore, per cui solo a pagamento avvenuto egli potrà pretendere dall'altro fideiussore, e nell'ambito del diverso rapporto di garanzia, il rimborso di quanto ha pagato al creditore.

**Cass., 9 agosto 2001, Sez. III, n. 10981**, in *I Contratti*, n. 2/02, pag. 165, con nota di Roberto Accroglionò.

- Nel caso di **fideiussione "omnibus"** senza limitazione di importo, stipulata **anteriormen-**te, ma ancora in corso alla data di entrata in vigore della disposizione dell'art. 10, comma 1, **I.n. 154, 17 febbraio 1992**, - il quale, sostituendo il testo originario dell'art. 1938 c.c., ha subordinato la validità della fideiussione per obbligazioni future all'indicazione dell'importo massimo garantito - la banca conserva il diritto alla garanzia unicamente per i debiti verso di essa sorti a carico del debitore principale prima di tale data e non anche per quelli successivi.

**Cass., 12 aprile 2001, Sez. I, n. 5495**, in *I Contratti*, n. 3/02, pag. 266, con nota di Caterina Trentini.

- In tema di **trasferimento d'azienda**, la *regula iuris* di cui all'art. 2558 c.c. (**trasferimento dal cedente al cessionario ipso iure di tutti i rapporti contrattuali**) si applica non soltanto ai contratti d'azienda, aventi ad oggetto beni aziendali non appartenenti all'imprenditore, ma anche ai contratti stipulati da quest'ultimo per l'esercizio dell'impresa (come i contratti di assicurazione o quelli che regolano i rapporti con i fornitori).  
Per rilevare il **carattere personale del contrat-**

**to**, ai fini della non applicazione della *regula iuris* di cui all'art. 2558 c.c., si deve avere riguardo alla posizione del cessionario dell'azienda, il quale non deve essere legato da scelte che, altre che alla logica dell'impresa nel cui esercizio sono state assunte, risalgono anche a ragioni personali, ovvero a valutazioni di interesse del cedente che egli può non condividere. (Massime non ufficiali.)

## FALLIMENTO

**Cass., 11 giugno 2002, Sez. I, n. 8323**, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 6/02, pag. 602.

- In tema di **opposizione allo stato passivo fallimentare**, il **termine** concesso per la **notifica al curatore** del ricorso e del conseguente decreto di fissazione dell'udienza da parte del giudice delegato, di cui all'art. 98, comma 2, l.f., ha natura **perentoria**, con la conseguenza che la sua inosservanza determina l'inammissibilità dell'opposizione, rilevabile d'ufficio *ex art.* 2969 c.c..

**Cass., 7 giugno 2002, Sez. I, n. 8274**, in *Guida al Diritto*, n. 30/02, pag. 49.

- Il **curatore** è legittimato ad **appropriarsi** immediatamente, ai sensi dell'**art. 42**, comma 2, l.f., quali **beni sopravvenuti al fallito** nel corso del fallimento, delle **somme** affluite su un **conto corrente** del fallito in epoca successiva al fallimento e delle quali non sia provato il titolo di acquisizione, mentre la banca, convenuta per la restituzione delle somme, può opporre in via d'eccezione, restando gravata della relativa **prova**, che le rimesse sul conto corrente costituiscono il **provento** della gestione di **un'attività** di impresa esercitata dal fallito **dopo la dichiarazione di fallimento** sicché, trattandosi di beni pervenuti al fallito durante il corso della procedura fallimentare, dall'importo dei versamenti debbono essere **detratti**, ai sensi dell'art. 42 l.f., i **pagamenti** eseguiti **a terzi** mediante assegni bancari tratti sul conto, quali passività sostenute dal fallito per la produzione del reddito affluito sul conto stesso.

**Cass., 5 dicembre 2001, Sez. I, n. 15412**, in *Giustizia Civile*, n. 4/02, I, 1030.

- In tema di **revocatoria fallimentare**, è onere della curatela provare la **notevole sproporzione tra prezzo** contrattato e **valore di mercato del bene alienato** nel periodo sospet-

to dal fallito a titolo oneroso.

Ne consegue che nel caso di compravendita di un bene gravato da ipoteca, non menzionata nel contratto, l'acquirente dell'immobile non è tenuto, qualora permanga la iscrizione ipotecaria, a dare prova, al fine di consentire la valutazione dell'incidenza dell'ipoteca stessa sul prezzo di mercato dell'immobile, di aver raggiunto un accordo con il creditore ipotecario, ovvero di essersi accollato il pagamento delle obbligazioni garantite da dette iscrizioni ipotecarie, o che l'ipoteca iscritta garantisce obbligazioni ancora in essere ed esigibili, potendo l'acquirente del bene ipotecato essere richiesto del pagamento del credito ipotecario o essere assoggettato ad espropriazione in virtù della sola iscrizione, costitutiva di detto diritto di prelazione.

**Cass., 28 novembre 2001, Sez. I, n. 15111**, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 14-15/02, pag. 100.

• La **produzione** della sola **cambiale ipotecaria** è **idonea** a giustificare, ai fini dell'insinuazione al passivo fallimentare, non solo il **credito cartolare** ma anche la **prelazione ipotecaria**.

Ove non sia possibile individuare in sede di accertamento dello stato passivo i beni ipotecati, il giudice delegato deve ammettere il credito in via privilegiata con formula generica, senza che ciò pregiudichi il principio di specialità dell'ipoteca ex art. 2908 c.c..

**Cass., 23 novembre 2001, Sez. I, n. 14869**, in *Il Fallimento*, n. 8/02, pag. 84-9, con nota di Carlo Trentini.

• In tema di **revocatoria fallimentare**, il **pagamento di un debito del fallito** da parte del terzo è passibile di **revoca** ex art. 67 l.f. solo se compiuto con **denaro dell'imprenditore** poi fallito, ossia a seguito di esercizio della rivalsa da parte del terzo prima della dichiarazione di fallimento.

**Cass., 9 ottobre 2001, Sez. I, n. 12368**, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 3/02, II, 264, con nota di Mariano Robles.

• L'**azione risarcitoria**, con cui si fa valere l'illecito aquiliano, costituito dall'**erogazione abusiva di credito** in favore di un'impresa in dissesto successivamente fallita, non rientra tra le **"azioni che derivano dal fallimento"**, e non resta pertanto attratta, ai sensi dell'art. 24 l.f., nella competenza del Tribunale Fallimentare.

**Cass., 26 giugno 2001, Sez. I, n. 8694**, in *Il Fallimento*, n. 6/02, pag. 602, con nota di Fabrizio Anfuso.

• Le **società** costituite nelle forme previste dal c.c. ed aventi ad oggetto un'attività commerciale sono assoggettabili al fallimento indipendentemente dall'**effettivo esercizio di una siffatta attività**, in quanto esse acquistano la qualità di imprenditore commerciale dal momento della loro costituzione, non dall'inizio del concreto esercizio dell'attività d'impresa, al contrario di quanto avviene per l'imprenditore commerciale individuale. Sicché, mentre quest'ultimo è identificato dall'esercizio effettivo dell'attività, relativamente alle società commerciali è lo statuto a compiere tale identificazione, realizzandosi l'assunzione della qualità in un momento anteriore a quello in cui è possibile per l'impresa non collettiva stabilire che la persona fisica abbia scelto, tra i molteplici fini potenzialmente raggiungibili, quello connesso alla dimensione imprenditoriale (la Suprema Corte ha così confermato la sentenza che aveva attribuito la qualità di impresa commerciale alla società nel cui oggetto erano compresi l'acquisto, la vendita, la permuta e l'edificazione di immobili in genere).

**Cass., 14 febbraio 2001, n. 2095**, in *Il Diritto Fallimentare*, n. 2/02, II, 235, con nota di Romano Bonavitacola.

• Ai fini dell'**assoggettabilità a fallimento** di una **società apparente**, il comportamento atto ad ingenerare il **convincimento incolpevole, nei terzi**, della sussistenza di un vincolo sociale è sufficiente ad affermare l'esistenza della società, senza necessità di accertare se, in concreto, ricorrano anche gli ulteriori elementi della comunione dei conferimenti e della condivisione dell'alea.

**App. Firenze, 2 novembre 2001**, in *Il Diritto Fallimentare*, n. 2/02, II, 245, con nota di Federico Tanganelli.

• Ai fini della prova della **conoscenza** dello stato di **insolvenza**, i risultati di **bilancio** non possono essere considerati, puramente e semplicemente, patrimonio di **archivio del sistema bancario** né se ne può dare per scontata la conoscenza al di fuori di un interesse specifico, individuabile caso per caso.

E' onere del curatore dimostrare non solo l'esistenza dei protesti ma anche la loro pubblicazione nel bollettino.

Un'ordinanza di sfratto ed un decreto ingiuntivo sono fatti esterni al rapporto banca cliente e non sono elementi tali da far presumere la conoscenza dello stato di insolvenza, perché non soggetti a

nessuna forma di pubblicità diretta a terzi. Sono **bilanciate** e pertanto non revocabili le **operazioni** in cui la banca mette a disposizione del cliente immediatamente le somme versate. La diversa valuta attribuita dalla banca all'operazione di addebito e di accredito non rileva al fine di individuare le partite bilanciate.

**App. Milano, 26 gennaio 2001**, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 3/02, II, 33-4, con nota di Oreste De Nicola.

- Deve essere revocato il fallimento di una società di fatto e dei suoi soci illimitatamente responsabili **dichiarato dopo** che sia trascorso un anno dalla cessazione dell'attività sociale. Infatti, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 319/2000, il termine annuale per la dichiarazione di fallimento della società va ancorato alla "cessazione dell'attività" o allo "scioglimento della società" in contrapposizione al "compimento della fase liquidatoria", sicché, si deve ritenere che il collegamento al dato formale della cancellazione dal registro delle imprese ivi contenuto miri soltanto ad evitare possibili incertezze e controversie in ordine all'individuazione del momento della cessazione dell'attività, ma non esclude che, quando la cessazione risulti accertata in modo inequivoco, ciò sia sufficiente per la decorrenza del termine.

**Trib. Venezia, 4 gennaio 2002**, in *Il Fallimento*, n. 8/02, pag. 892, con nota di Marco Scicolone.

- Le **rimesse** in conto corrente bancario sono **revocabili indipendentemente dalla loro permanenza sul conto**; al contrario non sono assoggettabili a revocatoria quelle rimesse che *ab origine* avevano la specifica destinazione di pagamento a terzi.

**Trib. Roma, 29 novembre 2001, n. 61715**, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 14-15/02, pag. 103.

- E' **inammissibile il ricorso** ex art. 101 l.f., volto a ottenere il **riconoscimento di un diritto di prelazione** su un **credito già ammesso** in chirografo in sede di verifica allo stato passivo e fondato sul medesimo titolo fatto valere in precedenza.

**Trib. Milano, 29 ottobre 2001**, in *Il Fallimento*, n. 8/02, pag. 885, con nota di Dario Finardi,

- Ai fini dell'**inefficacia** ex art. 44 l.f. delle

operazioni post-fallimentari su conto corrente bancario, il **curatore** ha l'**onere di dimostrare** che siano stati **impiegati** nell'atto di disposizione **mezzi finanziari del debitore preesistenti al fallimento**; diversamente può essere appreso il solo saldo positivo netto del conto, in applicazione dell'art. 42, comma 2, l.f..

**Trib. Milano, 30 luglio 2001**, in *Il Fallimento*, n. 7/02, pag. 763, con nota di Antonella Cesaroni.

- Ai fini dell'individuazione delle **rimesse** in conto corrente assoggettabili all'azione **revocatoria fallimentare**, ai sensi dell'art. 67, comma 2, l.f., occorre che, relativamente ai **versamenti su piazza dello stesso istituto**, ossia agli assegni emessi da terzi sulla stessa filiale presso la quale è aperto il conto, la disponibilità possa coincidere con la **data della registrazione dell'operazione**, mentre nel caso di **altra filiale** la disponibilità va rapportata **al giorno successivo** a quello dell'annotazione contabile. Per ciò che attiene, invece, ai **saldi infragiornalieri**, il criterio più prudente, in mancanza di una specifica prova della cronologia delle operazioni, è quello dell'annotazione virtuale secondo l'ordine indicato nell'estratto conto, in quanto l'estratto costituisce un documento che viene inviato al correntista e che se non è contestato deve essere approvato dal cliente.

**Trib. Torino, 26 luglio 2001**, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 2/02, II, 231, con nota di Marina Spiotta.

- E' **inammissibile l'azione revocatoria fallimentare** esercitata dal **commissario liquidatore fintantoché** la procedura di liquidazione coatta amministrativa non sia entrata nella **fase propriamente liquidatoria**, il cui inizio è contrassegnato dalla definitiva cessazione dell'attività d'impresa.

**Trib. Palermo, 24 maggio 2001**, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 3/02, II, 389.

- La **competenza a dichiarare lo stato di insolvenza ai sensi del d.lgs. n. 270/1999** si determina sulla base della **sede principale dell'impresa**, che può ben essere diversa da quella legale ed è quella dove si svolge in modo prevalente l'attività direttiva ed amministrativa dell'impresa stessa.

Nella procedura per la dichiarazione dello stato di insolvenza al fine dell'ammissione all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi o della dichiarazione di fallimento

non è necessaria la convocazione dell'unico quotista di una società di capitali.

Nella **nuova legge sull'amministrazione straordinaria**, lo **stato di insolvenza non** assume necessariamente i **caratteri dell'irreversibilità**, secondo la nozione tradizionale, ma può sostanzialmente in una situazione di crisi superabile mediante un adeguato piano di risanamento ed un ripristino dell'equilibrio economico e finanziario, che possa consentire la conservazione del patrimonio produttivo ed il "*salvataggio*" dell'impresa nel mercato.

**Trib. Milano, 21 maggio 2001**, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 3/02, II, 264, con nota di Mariano Robles.

- In presenza di un **finanziamento** ritenuto **abusivo** a beneficio di un'impresa insolvente successivamente fallita, laddove la curatela deduca che a subirne le conseguenze pregiudizievoli siano stati, sebbene da diversi punti di vista, tanto quest'ultima quanto i suoi creditori, viene preliminarmente in rilievo la titolarità del **danno aquiliano**, che si assume **cagionato dall'erogazione del finanziamento**.

La **curatela non** è, tuttavia, **legittimata** ad esercitare la relativa azione risarcitoria, poiché, per un verso, non si controverte del danno risentito dall'impresa fallita; per un altro verso, la disciplina fallimentare non le riconosce una generale funzione di rappresentanza dei diritti dei creditori fallimentari, distinta da quella attribuita esclusivamente in vista della gestione del patrimonio del fallito, in quanto finalizzata al soddisfacimento di costoro in regime di *par condicio*.

**Trib. Milano, 19 marzo 2001**, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 3/02, II, 334, con nota di Oreste De Nicola.

- Le **sentenze della Corte Costituzionale nn. 66/1999 e 319/2000**, che precludono il fallimento della società e dei suoi soci illimitatamente responsabili quando sia trascorso un anno dallo scioglimento del rapporto sociale, **non** possono trovare **applicazione** nel caso in cui al **detto scioglimento** non segua l'attuazione della **prescritta pubblicità** delle vicende societarie.

**Trib. Milano, 17 gennaio 2000, G.U. Dott. Monti**, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 3/02, II, 336, con nota di Renato Mangano.

- **Non** sono assoggettabili a **revocatoria**, ai sensi dell'art. 67, comma 2, l.f., gli **accrediti** sul conto corrente di un soggetto fallito, qualora tali

somme sono state ottenute tramite **realizzo coattivo di titoli costituiti in pegno irregolare** ai sensi dell'art. 1852 c.c. da parte di un **soggetto terzo** a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni dell'obbligato principale, poiché esse **non sono mai transitate dal patrimonio del fallito**, ma sono passate direttamente da quello del garante a quello della banca, senza ledere la *par condicio creditorum*.

Nel giudizio di revoca, ai sensi dell'art. 67, comma 2, l.f., l'onere di provare la conoscenza dello stato di insolvenza compete all'attore, il quale si può comunque giovare di elementi presuntivi, purché gravi, precisi e concordanti ai sensi dell'art. 2729 c.c.. Sia pure in misura molto ridotta, per altro, in tale processo logico-deduttivo è possibile retrodatare la percezione dello stato di dissesto ad un momento antecedente rispetto a quello cui si riferiscono gli elementi indiziari provati.

**Trib. Milano, 17 gennaio 2000, G.U. Dott.ssa Paluchowski**, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 3/02, II, 336, con nota di Renato Mangano.

- La **revocatoria fallimentare** è uno strumento predisposto dal legislatore a **tutela della garanzia patrimoniale** di quei creditori che si trovano a concorrere sul medesimo patrimonio incapiente del debitore, con la conseguenza che essa ha la funzione di **ricostruire un patrimonio in precedenza esistente, e non di crearne uno diverso**: essa è pertanto "*ripristinatoria*" e non "*additiva*". Coerentemente con tali principi le **rimesse provenienti da un terzo sono revocabili solamente** allorché il *solvens* abbia pagato: 1) con **denaro del fallito**; 2) ovvero con **denaro proprio**, a condizione, però, che il terzo fosse già debitore del decotto, ovvero che – prima dell'apertura del concorso – egli si fosse **riavvalso** sul patrimonio del debitore.

Conformemente all'orientamento giurisprudenziale dominante, le **rimesse** affluite su di un conto corrente intestato al fallito sono **revocabili** quando – alla data della prestazione – il **saldo era passivo** e presentava un'esposizione debitoria superiore alla soglia del massimo scoperto consentito. Rispetto a tale ipotesi – nella quale il conto corrente è ancora aperto – ai fini dell'azione revocatoria bisogna tenere distinto il caso in cui la banca avesse precedentemente revocato il fido e fosse addirittura receduta dallo stesso contratto di conto corrente.

Pertanto, quando il **conto è chiuso**, non possono applicarsi i principi che regolano la revocabilità delle rimesse affluite su di un conto funzionante e, in tale ipotesi, le **rimesse** del cliente costituiscono **sempre pagamento** di un debito liquido ed esigibile nei confronti della banca, e sono re-

vocabili ai sensi dell'art. 67, comma 2, l.f.. Anche nell'ipotesi in cui sia funzionante, il **conto corrente bancario non è un "meccanismo magico di lavaggio delle rimesse"** attraverso il quale il **cliente si appropria di tutto quanto sullo stesso transiti**, indipendentemente dalla causale e dalla provenienza delle somme, dal momento che, in caso contrario, si finirebbe con l'introdurre nel nostro ordinamento una presunzione *iuris et de iure*, secondo la quale chiunque versi una somma su di un conto o sia costretto a farlo, pur non essendone il titolare, compie un atto di liberalità o adempie un obbligo verso il cliente, senza possibilità di prova contraria. Sotto questo profilo, pertanto, non sono revocabili quei versamenti compiuti da un terzo che costituiscono esecuzione di un autonomo obbligo di garanzia nei confronti della banca finanziatrice.

## PROCEDIMENTO CIVILE INGIUNTIVO ESECUTIVO

- **La Corte di Cassazione, con sentenza 8 agosto 2002, n. 11987**, ha affermato che il **diritto all'indennizzo** per l'eccessiva durata del processo, previsto dalla legge n. 89, del 24 marzo 2001, c.d. legge Pinto, è **condizionato all'effettiva dimostrazione di aver subito un danno patrimoniale conseguente a tale irragionevole durata**.

Con tale decisione, la Suprema Corte ha ricondotto il diritto all'indennizzo al disposto normativo della legge Pinto, smentendo la tesi che individuava nell'**art. 111 Cost.** (in materia di giusto processo) la fonte del diritto alla durata ragionevole dei processi, riconoscendo a tale norma un **contenuto meramente programmatico e non suscettibile di immediata applicazione**.

**Cass., ordinanza, 27 giugno 2002, Sez. I, n. 9450**, in *Guida al Diritto*, n. 31/02, pag. 81.

- Le regole sul **foro del consumatore** non trovano **applicazione** con riguardo al **rapporto di fideiussione, sorto in relazione a un contratto d'impresa**, atteso che un tale impegno è accessorio al contratto di impresa e va interpretato - secondo l'**art. 1479-ter c.c.** - in relazione al contratto cui è collegato. Il disposto dell'**art. 1469-bis**, comma 3, c.c., in tema di inderogabilità del foro del consumatore non è invocabile da parte di una società, con riguardo a contratti dalla stessa

stipulati per scopi inerenti all'attività di impresa.

**Cass., 26 giugno 2002, S.U., n. 9325**, in *Guida al Diritto*, n. 32/02, pag. 78.

- In tema di **notificazione presso il domiciliatario**, mentre il **rifiuto di quest'ultimo di ricevere l'atto non incide sul perfezionarsi della notificazione** medesima, ai sensi degli artt. 141, comma 3, e 138, comma 2, c.p.c., l'**analogo rifiuto**, proveniente da **altre persone rinvenute nel domicilio eletto**, che si trovino con il domiciliatario in uno dei rapporti indicati dall'art. 139 c.p.c., comporta la **necessità** di eseguire le formalità prescritte dall'**art. 140 c.p.c.**, la cui omissione determina inesistenza della notificazione stessa.

**Cass., 19 giugno 2002, Sez. III, n. 8920**, in *Guida al Diritto*, n. 32/02, pag. 71.

- L'**esecuzione forzata su cose mobili**, che si trovano presso un soggetto diverso dal debitore, come nel caso di **titoli obbligazionari detenuti da una banca**, è **espropriazione presso terzi**, disciplinata dagli artt. 543 e ss. c.p.c., devoluta alla competenza territoriale del giudice dell'esecuzione del luogo in cui la banca ha la sede legale, o, in via alternativa, se i titoli siano detenuti in una filiale o agenzia della stessa, sita in un diverso circondario, del giudice del luogo di queste ultime, a condizione che vi sia un rappresentante autorizzato a rendere la corrispondente dichiarazione di terzo.

**Cass., 14 giugno 2002, Sez. III, n. 8588**, in *Guida al Diritto*, n. 30/02, pag. 48.

- L'**art. 480 c.p.c.** attribuisce alla **parte** che intende **promuovere l'esecuzione forzata** una facoltà, che consiste nel dichiarare la propria residenza o nell'**eleggere domicilio**, ma, nel contempo, le impone un onere, che consiste nello scegliere come tale uno tra i possibili luoghi dell'esecuzione. Ne deriva che, in **tema di esecuzione per espropriazione**, se la parte **istante elegge domicilio** in un **comune** in cui il **debitore** della prestazione pecuniaria da realizzarsi coattivamente, **non possiede beni o in cui non risiede un terzo debitor debitoris**, l'**eleggimento di domicilio resta priva di effetti** e il debitore può proporre l'opposizione a precetto davanti al giudice del luogo nel quale gli è stato notificato il precetto stesso. Nel relativo giudizio è onere del creditore dimostrare che nel comune in cui egli ha eletto il domicilio sarebbe stato possibile sottoporre a pignoramento beni o crediti del debitore.

**Cass., 27 febbraio 2002, Sez. I, n. 2906**, in *Giustizia Civile*, n. 4/02, I, 952.

- Le **ammissioni del procuratore** contenute negli **scritti difensivi** sono giuridicamente **prive di valore confessorio**, con la conseguenza che il disconoscimento, esplicito o implicito, della loro rilevanza ed attendibilità non può dar luogo al vizio di difetto di motivazione di cui all'art. 360, n. 5, c.p.c..

**Cass., 1 febbraio 2002, Sez. III, n. 1308**, in *Il Massimario del Foro Italiano*, n. 2/02, pag. 107.

- Il debitore può contestare la **validità del precetto** sottoscritto da procuratore, di cui si assume il **difetto di rappresentanza**, solo mediante l'opposizione agli atti esecutivi nel termine di cinque giorni dalla notificazione del precetto stesso (art. 617 c.p.c.); tale vizio, attiene alla validità processuale dell'atto e non è in grado, in mancanza di detta opposizione, di riflettersi sugli atti successivi che da esso dipendono, quali il pignoramento, risultando, in tal caso, sanato dal mancato esperimento dell'opposizione.

Nel pignoramento presso terzi, l'**udienza** indicata dall'**art. 547** c.p.c. svolge, rispetto agli atti esecutivi compiuti anteriormente all'udienza stessa, la **funzione preclusiva** che le udienze di cui agli artt. 530 e 569 svolgono, rispettivamente, per l'espropriazione mobiliare e per quella immobiliare; consegue che il vizio dell'atto di pignoramento consistente nella mancanza in esso dell'intimazione del debitore indicata dall'art. 492 c.p.c. dev'essere fatto valere con l'opposizione agli atti esecutivi non oltre il termine di cinque giorni dall'udienza fissata, a norma dell'art. 547, per la citazione del terzo e del debitore (nella specie la Suprema Corte ha cassato con rinvio la sentenza del giudice dell'esecuzione che, nel decidere sull'opposizione agli atti esecutivi, si era consapevolmente discostato da detto principio, facendo decorrere il termine per l'opposizione dal momento dell'effettiva conoscenza del vizio sopracitato).

**Cass., 26 luglio 2001, Sez. Lav., n. 10250**, in *Il Foro Italiano*, 2002, I, 1857.

- In caso di intervenuta ammissione del debitore al **concordato preventivo** con cessione dei beni, se un **creditore agisce** proponendo non solo una **domanda di accertamento del proprio diritto**, ma **anche una domanda di condanna** o comunque idonea ad influire sulle operazioni di liquidazione e di riparto del ricavato, alla **legittimazione passiva dell'imprenditore si affianca quella del liquidatore** giudiziale dei beni, quale **litisconsorte necessario**.

L'**integrazione del contraddittorio** va disposta anche se la **situazione** di litisconsorzio necessario sia **successiva e sopravvenuta** all'instaurazione del giudizio, onde evitare che la sentenza sia *inutiliter* data (nella specie, la necessità di tale adempimento fu esclusa avendo la sentenza di omologazione del concordato, pronunciata nel corso del giudizio promosso dal creditore, nominato liquidatore dei beni lo stesso imprenditore già convenuto in causa).

**Cass., 14 novembre 2001, n. 14166**, in *Il Diritto Fallimentare*, n. 2/02, II, 215.

- Per l'esercizio dell'**azione revocatoria** è sufficiente a norma di legge l'esistenza di una **ragione di credito**, indipendentemente dal suo accertamento processuale.

Ne deriva che il giudizio sulla revocatoria non deve essere necessariamente sospeso in attesa della definizione sulla controversia dell'esistenza del credito, non costituendo essa antecedente logico della pronunzia sulla revocatoria.

**App. Milano, 9 novembre 2001, n. 2725**, in *Giustizia a Milano*, n.1/02, pag. 7.

- Le **note critiche alla CTU** ai sensi degli artt. 194 e 201 c.p.c. devono essere prospettate nel corso delle indagini peritali o mediante apposita tempestiva memoria, cioè contestualmente all'attività compiuta dall'ausiliare tecnico che deve essere posto in grado di esaminare le osservazioni delle parti ed eventualmente controbatterle, altrimenti non possono essere prese in considerazione.

**Trib. Padova, ordinanza, 30 settembre 2000**, in *Rivista dell'Esecuzione Forzata*, n. 2/02, pag. 282.

- La **sentenza** di primo grado che **accoglie** la pretesa del terzo, il quale abbia trascritto la **domanda di accertamento** del proprio diritto di **proprietà sull'immobile dopo l'iscrizione di un'ipoteca** sullo stesso bene, ma **prima** che il creditore ipotecario trascrivesse il **pignoramento**, ha **natura di mero accertamento**, e pertanto non è suscettibile di provvisoria esecuzione *ex art. 282* c.p.c., riferibile alle sole sentenze di condanna. L'esecuzione dovrà pertanto essere iniziata dal creditore ipotecario nelle forme dell'esecuzione diretta contro il debitore.

Il terzo ha diritto di fare opposizione all'esecuzione *ex art. 619* c.p.c. e di chiedere la sospensione del processo esecutivo fino alla definitiva attribuzione del diritto di proprietà all'esito del giudizio di cognizione per cui era stata trascritta la domanda.

# OSSERVATORIO

## ANATOCISMO

### CONFIGURABILITA' DELL'USO NORMATIVO IN TEMA DI ANATOCISMO BANCARIO.

Segnaliamo ai lettori di Iusletter la pubblicazione di un interessante intervento sul tema della configurabilità dell'uso normativo in tema di anatocismo bancario, inserito nel più ampio contesto del commento alla sentenza, **App. Lecce, 22 ottobre 2001**, (per la cui massima si rimanda a Iusletter, n. 12, Sezione Giurisprudenza).

La sentenza (in *I Contratti*, n. 4/02, pag. 367, con *Commento* di Attilio C. Vaccaro Belluscio e Carlo Piana), incentrata su molti degli argomenti "caldi" del diritto bancario (anatocismo, interessi uso piazza, commissione di massimo scoperto), ha affermato, collocandosi nel solco del "revirement" operato dalla giurisprudenza di legittimità, **l'inesistenza di un uso normativo** in tema di anatocismo bancario, ritenendo tale prassi contrattuale mero uso negoziale, irrilevante ai fini dell'art. 1283 c.c..

L'Autore, premesso un breve *excursus* storico sulle ultime pronunce, legislative e giurisprudenziali, intervenute in materia, tratta approfonditamente della configurabilità astratta dell'uso normativo, sollevando dubbi sulla necessità del requisito soggettivo (*opinio iuris seu necessitatis*). In tale prospettiva, la sussistenza del requisito della ritenuta debenza del comportamento dovrebbe sfumare nel minor "convincimento delle parti di porre un essere comportamenti conformi ai precetti dell'ordinamento giuridico e, quindi, giuridicamente consentiti" (Trib. Firenze, 8-9 gennaio 2001). **L'Autore** critica ulteriormente la tesi della corte per cui l'inserimento della clausola relativa alla capitalizzazione trimestrale nelle Norme Bancarie Uniformi deponerebbe a favore della configurabilità dell'esistenza di un uso negoziale, ritenendo invece che **il costante inserimento nelle condizioni generali del contratto**, anche se unilateralmente predisposte, **contribuiscono alla formazione di un uso normativo in materia contrattuale**.

Per quanto concerne i giudici milanesi, si segnala ai lettori di Iusletter che la Corte d'Appello di Milano con una recente sentenza (App. Milano, 6 marzo 2002, Sez. I, Dott. Lamanna, per la cui massima si rimanda alla Sezione Giurisprudenza) ha ritenuto nulla la clausola relativa alla capitalizzazione trimestrale degli interessi in quanto contraria al disposto dell'art. 1283 c.c.. In particolare,

secondo la Corte milanese, difetterebbe il requisito soggettivo (*l'opinio iuris ac necessitatis*) necessario per la configurabilità di un uso normativo. (s.b.)

## USURA

### LEGGE ANTIUSURA E RAPPORTI ANTE 1996: UN RECENTE INTERVENTO DELLA CORTE D'APPELLO DI MILANO.

Con una sentenza del 9 aprile 2002, Sez. I, Dott. Lamanna, n. 1139 (tutt'ora inedita, ma a disposizione dei lettori di Iusletter nella versione estesa) la Corte d'Appello di Milano, accogliendo l'interpretazione data dalla pronuncia della Corte Costituzionale alla l.n. 24, del 28 febbraio 2001, ha disposto che la **natura usuraria** dell'interesse va valutata con esclusivo riguardo al limite di legge fissato nel **momento della stipulazione del contratto**. Di talché con riferimento ai **contratti di mutuo stipulati anteriormente** alla entrata in vigore della legge, **non** può trovare spazio alcuna **applicazione** limitativa degli interessi in quanto non usurari *ab origine*. Viceversa per quanto concerne il contratto di **conto corrente** la Corte milanese ha ritenuto che, ancorché il contratto sia stato stipulato anteriormente all'entrata in vigore della legge antiusura, debba essere disposto un riconteggio degli interessi via via maturati e maturandi non in contrasto con i tassi-soglia antiusura. Se, infatti, il superamento del tasso-soglia di cui alla l.n. 108/1996 nel caso specifico dei contratti di mutuo, per le ragioni già dette, è irrilevante quando sia sopravvenuto in corso di rapporto, analoga conclusione non può trarsi per i contratti bancari diversi dal mutuo. In tal caso il limite normativo già ricordato non trova applicazione. Di converso il superamento del tasso-soglia diviene illegittimo per tali contratti anche con riferimento alle clausole concernenti gli interessi moratori (Cass., 22 aprile 2000, n. 5286). Tuttavia, "secondo l'insegnamento della *Suprema Corte*, la pattuizione di interessi moratori a tasso divenuto usurario a seguito della l.n. 108/1996, pattuizione illegittima anche se convenuta in epoca antecedente all'entrata in vigore di detta legge, comporta la sostituzione di un tasso diverso a quello divenuto ormai usurario solo limitatamente alla parte di rapporto a quella data non ancora esaurito (Cass., 17 novembre 2000, n.

14899). E siccome con riferimento agli interessi moratori il rapporto obbligatorio deve considerarsi non esaurito fino al momento dell'effettivo pagamento, la questione del superamento dei tassi-soglia si protrae nel tempo ed è soggetta al variabile andamento dei suddetti tassi, potendo risultare gli interessi di mora in alcuni periodi superiori, in altri inferiori ai tassi-soglia rilevati normativamente. A partire dall'entrata in vigore della legge, nei periodi in cui i tassi-soglia dovessero risultare superati, gli interessi di mora convenzionali andranno dunque conteggiati ad un tasso non superiore ad essi". (m.l.)

## MERCATI FINANZIARI

### ADEMPIMENTO DA PARTE DELLE SIM DELL'OBBLIGO DI REGISTRAZIONE DEGLI ORDINI.

Con Comunicazione del 27 giugno 2002 (DIN/2045433) la Consob, ha stabilito che **non** sussiste l'**obbligo** di **registrazione** degli ordini per una SIM che svolge attività di "vendita" del servizio di negoziazione. Quello sottoposto all'attenzione della Commissione era un *modus operandi* della Sim piuttosto innovativo nell'ambito degli abituali schemi operativi di trattazione degli ordini: la Sim in questione presta a favore della propria clientela (istituzionale) un servizio di raccolta ordini, che vengono dalla stessa canalizzati su una impresa di investimento inglese (appartenente al medesimo Gruppo). La prestazione del servizio di investimento di "negoziazione" viene dunque reso da quest'ultima, mentre, secondo la Consob, l'attività della Sim consisterebbe nella mera vendita di detto servizio agli investitori istituzionali. Con il relativo venir meno dell'obbligo di registrazione degli ordini in capo alla Sim. (a.c.f.)

\* \* \*

### MODALITA' DI PRESENTAZIONE DELLE RICHIESTE DI REGISTRAZIONE DI OICR APERTI ARMONIZZATI.

Con Comunicazione del 28 giugno 2002 n. DIN/2045638, Consob ha **tipizzato** le **modalità di presentazione** delle **istanze di offerta** in Italia di OICR italiani ovvero esteri armonizzati, predisponendo moduli *ad hoc* e disponendo la semplificazione della relativa istruttoria documentale. (a.c.f.)

### SANZIONI AMMINISTRATIVE COMMIMATE DALLA CONSOB E COMPETENZA DELL'AUTORITÀ' GIURISDIZIONALE ORDINARIA.

Le note di Michele De Mari e Luigi Spada alla pronuncia della Corte di Cassazione, S.U. dell'11 luglio 2001 n. 9383, pubblicate su *Il Foro Italiano* n. 7-8/2002, consentono un'importante precisazione in materia di sanzioni previste dal TUF a carico di intermediari e promotori finanziari.

La Corte di legittimità, nella citata pronuncia, ha stabilito che "sussiste la giurisdizione del giudice ordinario a conoscere dell'opposizione avverso il provvedimento irrogativo **di ogni tipo di sanzione** inflitta dalla Consob ai promotori finanziari": ne consegue che sussiste la competenza giurisdizionale dei tribunali ordinari anche avverso i provvedimenti disciplinari comminati ai sensi dell'art. 196 TUF, comma 1 (richiamo scritto; sanzione pecuniaria da un milione a 50 milioni di lire – suoi equivalenti in euro –; sospensione da uno a quattro mesi dall'albo; radiazione dall'albo).

In tal modo si è contribuito a chiarire un aspetto fondamentale dell'impianto sanzionatorio in tema di mercati finanziari, dal momento che, successivamente all'entrata in vigore del TUF, la l.n. 205/2000, recante disposizioni in materia di giustizia amministrativa, aveva stabilito, nel suo art. 7, che "sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti alla **vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare**". Del resto, già alcuna dottrina ed un rappresentativo orientamento tra la giurisprudenza di merito avevano considerato l'art. 196 TUF, con il rinvio alle disposizioni contenute nella legge sulla depenalizzazione degli illeciti amministrativi, l.n. 689/1981 ("ad eccezione dell'art. 16") norma **speciale** rispetto alla posteriore disciplina sulla giustizia amministrativa. In ogni caso, il merito delle Sezioni Unite citate è stato quello di confortare autorevolmente la sussistenza della competenza dell'Autorità giudiziaria ordinaria, perché, fino al loro intervento, non erano invece infrequenti le declaratorie di incompetenza, quale quella sancita dalla Corte di Appello di Napoli, decreto 5 luglio 2001, anch'essa commentata (e presentata in contrapposizione dialettica alla pronuncia della Suprema Corte) dai citati Autori. In tal caso, la magistratura partenopea, chiamata a pronunciarsi sull'opposizione ad un decreto di irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie – emesso dal Ministro del Tesoro, su proposta Consob, nei confronti degli esponenti di un istituto di credito – aveva dichiarato il proprio difetto di giurisdizione, ritenendo l'art. 195, comma 4, TUF abrogato dalle successive previsioni di cui all'art. 33 d.lgs. n. 80/1998 ed all'art. 7, l.n. 205/2000, che avrebbero devoluto la materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. (p.m.m.)



## BREVISSIME

### **T.A.R. del Lazio a favore della rinegoziazione dei mutui.**

Respinto il ricorso dell'ABI e di alcune banche contro il regolamento del Ministero del Tesoro, n. 110 del 24 marzo 2000, relativo all'adeguamento dei mutui agevolati alle norme sull'usura.

Le banche hanno dichiarato che daranno esecuzione alla sentenza solo successivamente alla fissazione del tasso di rinegoziazione, *ex art.* 145, comma 62, l.n. 388/2000.

\* \* \*

### **Bankitalia, sì all'*outsourcing* degli sportelli bancari.**

Bankitalia autorizza, con provvedimento pubblicato in G.U. il 22 agosto 2002 e destinato ad essere recepito nelle Istruzioni di vigilanza, le banche ad esternalizzare le attività di sportello bancario, utilizzando la rete territoriale di un istituto del gruppo o di società terze.

\* \* \*

### **Direttiva europea su commercio elettronico e pubblicità in rete.**

Approvata la Direttiva 2002/58/CE, che sostituisce la precedente 97/66/CE, riguardante il trattamento dei dati personali utilizzati per fornire servizi di comunicazione elettronica, che obbligherà i fornitori di un servizio di comunicazione elettronica a richiedere il consenso preventivo dell'utente per l'uso di *software "spia"* e di *"cookies"* e per l'invio automatico di e-mail commerciali.

\* \* \*

### **Bollatura degli atti necessaria sino all'opzione del nuovo regime.**

La Circolare del 13 luglio 2002, emessa dal Dipartimento per gli affari di giustizia del Ministero di Giustizia, specifica che, per le cause pendenti all'1 marzo 2002, sarà possibile proseguire con il vecchio sistema dei bolli od optare per il pagamento del 50% della somma prevista a titolo del contributo unificato; precisata anche l'esenzione dal pagamento dell'imposta di bollo per le copie delle sentenze richieste in forma esecutiva allo scopo di procedere all'esecuzione forzata.

## CONVEGNI

### INCONTRI A TEMA

Mercoledì 30 ottobre alle 16.30, presso il nostro studio, in Milano, Corso Magenta n. 42.

Partecipazione aperta a tutti i lettori di Iusletter.

#### **"I PRESUPPOSTI PER LA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO NELLA PRASSI DEI TRIBUNALI."**

Un'indagine nei distretti di Corte d'Appello piemontesi, lombardi e veneti.

(R.S.V.P.)

\* \* \*

# COSE NOSTRE

## NUOVE DALLO STUDIO

**Iusletter**, come avrete notato, ha cambiato la sua veste grafica.

La nuova versione, naturalmente, non ha solo scopi di natura estetica; volevamo soprattutto sia rendere più agevole la lettura e la consultazione della rivista, sia adeguarla maggiormente alle caratteristiche dei servizi di informazione che lo Studio offre - e prossimamente potenzierà - *on line*.

**Il sito web dello Studio** è stato, infatti, riprogettato e ne stiamo attualmente sperimentando le nuove pagine, al cui interno Iusletter troverà una collocazione particolare.

Tutte le novità (dai *links* alla rassegna stampa elettronica giornaliera, dal nuovo motore di ricerca alla possibilità, appunto, di consultare *in progress* il numero di Iusletter in corso di redazione) saranno presentate in un incontro del prossimo novembre riservato ai clienti dello Studio e al quale saranno invitati, naturalmente, tutti i lettori di Iusletter.

Noi crediamo infatti che il contatto pressochè bimestrale che esso garantisce possa, attraverso la rete, trasformarsi facilmente in un rapporto quotidiano.

\* \* \*

**Sabrina Savazzi** e **Raffaella Tavacca** (ambidue colleghe della sede milanese) sono state le prime, tra quanti tra noi sono attualmente impegnati nella sessione in corso degli esami di Avvocato, ad affrontare anche le prove orali, superandole brillantemente e conseguendo l'abilitazione professionale.

Entrambe hanno già ripreso la propria attività: Sabrina nel team coordinato da Piero Spirandelli, Raffaella in quello coordinato da Marco Pesenti.

## BIBLIOTECA DI STUDIO: NUOVI ACQUISTI

- CIAN G. – TRABUCCHI A., ***Commentario breve al Codice Civile***, VI edizione, a cura di CIAN G., CEDAM, 2002.

- RUBINO-SAMMARTANO M., ***Il diritto dell'arbitrato***, III edizione, CEDAM, 2002.

Nuova edizione del celebre manuale dedicato al diritto dell'arbitrato, corredato da nuovi capitoli ed aggiornato sino alla l.n. 366, del 3 ottobre 2001.

- ZACCARIA A. – DE CRISTOFARO G., ***La vendita dei beni di consumo, Commento agli artt. 1519 bis – 1519 nonies del codice civile***, CEDAM, 2002.

Esauriente commentario agli artt. 1519 *bis* – 1519 *nonies* del Codice Civile, introdotti con il d.lgs. n. 24, del 2 febbraio 2002, in attuazione della Direttiva 1999/44/CE, che hanno apportato importanti novità alla disciplina della vendita dei beni mobili ai consumatori.

In questo numero la selezione delle riviste è aggiornata ai numeri ricevuti sino al 22 settembre 2002:

*Banca Borsa e Titoli di Credito*, n. 3/2002;  
*Banche e Banchieri*, n. 3/2002;  
*Contratto e Impresa*, n. 1/2002;  
*Contratto e Impresa/Europa*, n. 2/2001;  
*Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, n. 1/2002;  
*Diritto e Giustizia (supplemento)*, n. 21/2002;  
*Diritto dell'Informazione dell'Informatica*, n. 2/2002;  
*Diritto e Pratica delle Società*, n. 17/2002;  
*Famiglia e Diritto*, n. 4/2002;  
*Giurisprudenza Commerciale*, n. 4/2002;  
*Giurisprudenza Milanese*, n. 8-9/2002;  
*GIUS*, n. 1/2002;  
*Giustizia Civile*, n. 5/2002;  
*Giustizia a Milano*, n. 4/2002;  
*Guida al Diritto*, n. 35/2002;  
*I Contratti*, n. 8-9/2002;  
*Il Corriere Giuridico*, n. 8/2002;  
*Il Diritto Fallimentare*, n. 2/2002;  
*Il Fallimento*, n. 8/2002;  
*Il Foro Italiano*, n. 7-8/2002;  
*Il Massimario del Foro Italiano*, n. 6/2002;  
*Int'l Lis*, n. 2/2002;  
*Le Nuove Leggi Civili e Commentate*, n. 1/2002;  
*Rivista dell'Esecuzione Forzata*, n. 2/2002;  
*Rivista delle Società*, n. 3/2002.

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. 8914 del 19 giugno 2002** (n. 6/2002 - fasc. n. 11-12).

La consultazione di tutti i numeri di *Iusletter* dal n. 1 della V° serie (febbraio 2000) è disponibile in formato elettronico sul sito **www.lascalaw.com**

Questo numero è stato chiuso il giorno 22 settembre 2002.

# IUSLETTER

E' una testata registrata il 24.9.2001 presso il Tribunale di Milano al n. 525/01 di proprietà dell'Associazione Professionale

**LA SCALA VENTURA PESENTI  
SPIRANDELLI FAISSOLA GUIDI  
FAGGELLA & ASSOCIATI  
STUDIO LEGALE**

---

**Direttore Responsabile**

Giuseppe La Scala

---

**Redattore Capo**

Luciana Cipolla

---

**Comitato di Redazione**

Rossella Federico (coordinamento)

Mara Beretta (editing)

Simone Bertolotti

Simona Daminelli

Paolo A. Faraone

Ezio Giacalone

Massimo Lattuada

P. Massimo Marangio

---

**Segreteria di Redazione**

Francesca Rossini

---

**Viene distribuita gratuitamente**

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

---

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