

Sintesi di giurisprudenza * (I trimestre 2008)

INDICE DELLE MATERIE: I. ASSICURAZIONI: A) Intermediazione assicurativa. – B) Contratto di assicurazione in genere. – C) Assicurazione contro i danni. – D) Assicurazione obbligatoria R.C. Auto.

II. BANCA: A) L'impresa bancaria: profili generali. – B) Le operazioni bancarie in conto corrente. – C) I depositi bancari. – D) Contratto autonomo di garanzia. – E) Le garanzie. – F) Titoli di credito bancari. – G) I crediti speciali.

III. BORSA E MERCATO MOBILIARE: A) Servizi e attività di investimento. – B) Appello al pubblico risparmio.

* Sessantaseiesima puntata (le precedenti sono pubblicate in *Dir. banc.*, 1990, I, pp. 350 e 551; 1991, I, pp. 160, 459 e 597; 1992, I, pp. 111, 253, 397 e 581; 1993, I, pp. 112, 264, 471 e 594; 1994, I, pp. 125, 255, 383 e 506; 1995, I, pp. 157, 286, 443 e 601; 1996, I, pp. 109, 265, 403 e 554; 1997, I, pp. 129, 318, 478 e 645; 1998, I, pp. 91, 277 e 637; 1999, I, pp. 171, 290, 411 e 545; 2000, I, pp. 143, 331, 516 e 671; 2001, I, pp. 89, 229 e 383; 2002, I, pp. 145, 327 e 629; 2003, I, pp. 141, 315 e 471; 2004, I, pp. 321, 447 e 657; 2005, I, pp. 109 e 301; 2006, I, pp. 169 e 533; 2007, I, pp. 163, 343 e 583; 2008, I, pp. 153, 363, 549 e 745).

Questa sintesi intende offrire una prima informazione sulle sentenze relative alle materie di interesse della rivista, depositate o editte nel periodo di riferimento.

Hanno collaborato: RANIERI RAZZANTE (§§ 1-31); ALESSANDRO BENOCCHI (§§ 32-34); ELISABETTA MASSONE (§§ 35-37); GENNARO ROTONDO (§ 38); AGOSTINO CLEMENTE e DARIO MARTORANO (§ 39); LUCIANO SANTONE (§ 40); DARIO MARTORANO (§§ 41-44); STEFANO BOATTO (§§ 45-46); VINCENZO CARIDI (§§ 47-49).

I. ASSICURAZIONI

SOMMARIO: A) *Intermediazione assicurativa*. – 1. Intermediazione assicurativa. Danno da intesa anticoncorrenziale. Prova del danno. – 2. Impresa di assicurazione. Liquidazione coatta amministrativa. Rinnovo del contratto. – 3. Surrogazione dell'assicuratore. Obbligo del risarcimento del danno. Effetti della surrogazione. – 4. Impresa di assicurazione. Intese anticoncorrenziali. Art. 2033 c.c. e responsabilità aquiliana. Prova del danno. – 5. Società di assicurazione. Riserve matematiche del ramo vita. Accantonamenti. – 6. – *Impresa di assicurazione. Contributi dovuti alla cassa di previdenza degli agenti dalla compagnia assicuratrice. Somme depositate dalla cassa presso l'impresa assicuratrice. Liquidazione coatta amministrativa del depositario. Privilegio ex art. 2751-bis n. 3 c.c.* – B) *Contratto di assicurazione in genere*. – 7. – Contratto di assicurazione. Clausole di polizza. Condizioni generali. Art. 1370 c.c. – 8. – Contratto di assicurazione. Pagamento del premio. Copertura assicurativa. Art. 1901 c.c. – 9. – Contratto di assicurazione. Art. 1892, comma 1, c.c. Prova delle dichiarazioni false o reticenti. – 10. – Contratto di assicurazione. Risoluzione del contratto. Artt. 1453 e 1458, comma 1 c.c. – 11. – Contratto di assicurazione. Azione del danneggiato. Spese processuali. Art. 1917, comma 3, c.c. – 12. Contratto di assicurazione. Termine di prescrizione. Art. 2952, comma 3, c.c. – 13. – Assicurazione per conto di chi spetta. Danni alla merce trasportata. Art. 1510 c.c. – 14. – Contratto di assicurazione. Fallimento del beneficiario. Art. 46, comma 1, n. 5 legge fallimentare. – B.1) *Assicurazioni sociali*. – 15. Assicurazione per l'invalidità e la vecchiaia. Società cooperative. Svolgimento del rapporto di lavoro. – 16. – Assicurazioni sociali. Azione di regresso del datore di lavoro. Danni subiti dal lavoratore. – 17. – Assicurazione obbligatoria. Esercizio di pluralità di attività autonome. – 18. Assicurazione della responsabilità civile. Infortunio sul lavoro. Terzi danneggiati. – 19. Assicurazione obbligatoria. Accertamento della c.d. quota esclusiva. Giurisdizione del G.O. – 20. Assicurazioni sociali. Fondo per l'indennità di anzianità. Risoluzione legale del contratto. – 21. Lavoratori autonomi. Tutela assicurativa. Indennizzabilità dell'infortunio. – C) *Assicurazione contro i danni*. – 22. Assicurazione contro i danni. Limiti della garanzia assicurativa. Caso fortuito e forza maggiore. – 23. Assicurazione contro i danni. Pagamento dell'indennizzo. Obbligo dell'assicuratore. Competenza territoriale. – 24. Assicurazione contro gli infortuni. Liquidazione del debito indennitario. Debito di valore e debito di valuta. – 25. Assicurazione contro i danni. Copertura assicurativa. Clausole limitative del rischio. Danni conseguenti a fatti accidentali. – D) *Assicurazione obbligatoria R.C. Auto*. – 26. Responsabilità civile da circolazione stradale. Proposizione della domanda. Fondo di garanzia per le vittime della strada. – 27. Controversie relative alla circolazione di autoveicoli. Impugnazione della sentenza. Rapporto tra la causa instaurata contro il conducente e quella instaurata contro il proprietario del veicolo. Integrazione del contraddittorio. – 28. Responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli o dei natanti. Giudizio promosso dal danneggiato nei confronti del danneggiante assicurato. Intervento dell'impresa assicuratrice ai sensi dell'art. 106 c.p.c. ovvero ai sensi dell'art. 107 c.p.c. – 29. Responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli o dei natanti. Fondo di garanzia per le vittime della strada. Veicolo o natante non identificato. Prova del sinistro. – 30. Responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli o dei natanti. Azione per il risarcimento del danno. Assolvimento dell'onere previsto dall'art. 22 della legge n. 990/69. Artt. 1334 e 1335 c.c. – 31. Responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli o dei natanti. Azione diretta del danneggiato.

A) INTERMEDIAZIONE ASSICURATIVA

1. *Intermediazione assicurativa. Danno da intesa anticoncorrenziale. Prova del danno.* App. Napoli, 11 gennaio 2008 (in *Massima redazionale*, 2008) ha stabilito che in materia di risarcimento del danno da intesa anticoncorrenziale tra Compagnie di Assicurazione, la prova del danno fa carico alla parte attrice, atteso che non esiste un danno in *re ipsa*. Tale prova, però, può essere data anche con presunzioni e non è richiesta la produzione della polizza relativa all'anno precedente al fine di dimostrare l'aumento del premio.

2. *Impresa di assicurazione. Liquidazione coatta amministrativa. Rinnovo del contratto.* Per Cass., 30 gennaio 2008, n. 2102 (in *Mass. Giur. it.*, 2008; *CED Cassazione*, 2008) il decreto ministeriale di messa in liquidazione coatta amministrativa di una società di assicurazione per la responsabilità civile non incide sul tacito rinnovo del contratto, intervenuto anteriormente all'instaurazione della procedura concorsuale. Da ciò deriva che il sinistro avvenuto dopo la pubblicazione dello stesso decreto ministeriale non è escluso dalla copertura assicurativa; pertanto, come stabilito dall'art. 8 della legge n. 39/77, i rischi derivanti dalla circolazione del veicolo sono coperti fino alla successiva scadenza del contratto (o del periodo per il quale è stato pagato il premio) ed il divieto di rinnovo, sancito dal previgente art. 16 della legge n. 990/69 non opera se il vincolo contrattuale sia sorto quando la società era *in bonis*.

3. *Surrogazione dell'assicuratore. Obbligo del risarcimento del danno. Effetti della surrogazione.* App. Roma, 7 febbraio 2008 (in *Massima redazionale*, 2008), ha affermato che la surrogazione, sia essa legale o convenzionale, determina la successione dell'assicuratore nel credito dell'assicurato e del beneficiario verso il responsabile di un danno che è, quindi, obbligato al risarcimento nei confronti dell'assicuratore, nei limiti della somma da questo versata all'avente diritto. Pertanto, per effetto della surrogazione, l'originario rapporto obbligatorio avente ad oggetto il risarcimento del danno si scinde in due diversi rapporti che hanno sorte propria e rimangono reciprocamente indifferenti: l'uno, avente la stessa natura del rapporto originario, riguarda il dovere del terzo responsabile di corrispondere il risarcimento del danno all'assicurato o al beneficiario nella misura eccedente le indennità a costoro già corrisposte dall'assicuratore, l'altro riguarda il dovere del terzo responsabile di rivalere l'assicuratore delle indennità corrisposte in forza del contratto di assicurazione.

4. *Impresa di assicurazione. Intese anticoncorrenziali. Art. 2033 c.c. e responsabilità aquiliana. Prova del danno.* App. Napoli, 12 febbraio 2008 (in *Massima redazionale*, 2008), ha affermato che nell'ipotesi di intese anticoncorrenziali stipulate tra Compagnie di Assicurazione, l'azione riconosciuta all'assicurato non è quella di restituzione di somme indebitamente pagate, ai sensi dell'art. 2033 c.c. – ove viene in rilievo la figura dell'*accipiens*, bensì quella di azione di risarcimento del danno da responsabilità aquiliana, cagionato dall'alterazione della concorrenzialità del mercato. In tal caso il danno patito dal consumatore-assicurato comprende anche le quote del "sovrapprezzo" che, in ultima analisi, non siano confluite nelle casse della compagnia contraente. In sintesi, cospirazione anticompetitiva (condotta preparatoria) e aumento di polizza (condotta finale) cagionano un danno al consumatore finale consistente nel maggior esborso, comprensivo anche della quota di c.d. imposte ed oneri vari, della quale non si avvantaggia la compagnia danneggiante. La Corte di Appello ha, altresì, ritenuto che la pratica di scambio di informazioni, ancorché ritenuta vietata dal Consiglio di Stato, perché potenzialmente disturbatrice della normale e tranquilla competitività tra le imprese di assicurazione, non può essere utilizzata *sic et simpliciter* quale fatto noto idoneo a rendere, solo per questo, certa la maggiorazione del premio di assicurazione pagato dall'assicurato. Il relativo accertamento presuntivo, infatti, non deve lasciare spazio a dubbi rilevanti, e, dunque, laddove l'assicurato ritenga di aver patito la maggiorazione del premio, la circostanza dovrebbe profilarsi sulla base di dati di comune esperienza.

5. *Società di assicurazione. Riserve matematiche del ramo vita. Accantonamenti.* Per Cass., 22 febbraio 2008, n. 4611 (in *Fisco on line*, 2008), le somme accantonate *ex lege* dalle società di assicurazione per costituire o integrare le riserve matematiche del ramo vita, utilizzando in parte i premi e in parte gli interessi prodotti dagli investimenti obbligatori in titoli (esenti da imposta sul reddito), costituiscono un accantonamento *sui generis* (qualificabile come fondo rischi), e rispondono all'esigenza di rinviare agli esercizi successivi, e quindi detrarre via via dal reddito, i proventi conseguiti anticipatamente e vincolati a premi futuri da erogare agli assicurati. Ne consegue che tali somme costituiscono componenti negative del reddito deducibili interamente nei singoli esercizi in cui vengono contabilizzate fino al limite massimo ammesso dalla legge, indipendentemente dalla loro composizione. Tali accantonamenti non possono essere equiparati ai costi o agli altri oneri concorrenti alla formazione del reddito che, in quanto non esclusivamente afferenti i ri-

cavi imponibili, sono deducibili, ai sensi degli articoli 74, co. 2, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597 e 75, co. 5, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 nelle proporzioni previste dai corrispondenti articoli 58 d.P.R. n. 597/1973 e 63 d.P.R. n. 917/1986 (cd. pro rata).

6. *Impresa di assicurazione. Contributi dovuti alla cassa di previdenza degli agenti dalla compagnia assicuratrice. Somme depositate dalla cassa presso l'impresa assicuratrice. Liquidazione coatta amministrativa del depositario. Privilegio ex art. 2751-bis n. 3 c.c.* Per Cass., 12 febbraio 2008, n. 3380 (in *Mass. Giur. It.*, 2008; *CED Cassazione*, 2008) in materia di privilegio generale sui mobili per le provvigioni ed indennità derivanti dal rapporto di agenzia, l'art. 2751-bis n. 3 c.c. trova applicazione solo nei rapporti tra l'agente ed il preponente. Da ciò deriva che la predetta causa di prelazione non spetta alla cassa di previdenza degli agenti creditrice in proprio verso la impresa di assicurazione, nella specie messa in liquidazione coatta amministrativa, per i contributi lasciati in deposito presso la seconda ma dovuti da questa alla prima, non realizzando tale credito le fattispecie dell'indennità di fine rapporto prevista dall'art. 1751 c.c., nè le forme sostitutive previste dalla contrattazione collettiva, che presuppongono la cessazione del contratto di agenzia tra preponente ed agente.

B) CONTRATTO DI ASSICURAZIONE IN GENERE

7. *Contratto di assicurazione. Clausole di polizza. Condizioni generali. Art. 1370 c.c.* La Suprema Corte, con sentenza 17 gennaio 2008, n. 866 (in *Mass. Giur. it.*, 2008; *CED Cassazione*, 2008) ha stabilito che le clausole di polizza, che delimitino il rischio assicurato, ove inserite in condizioni generali su modulo predisposto dall'assicuratore, sono soggette al criterio ermeneutico posto dall'art. 1370 c.c. e, pertanto, nel dubbio, devono essere intese in senso sfavorevole all'assicuratore medesimo.

8. *Contratto di assicurazione. Pagamento del premio. Copertura assicurativa. Art. 1901 c.c.* La Suprema Corte, con sentenza 31 gennaio 2008, n. 2390 (in *Mass. Giur. it.*, 2008; *CED Cassazione*, 2008) ha affermato che nel contratto di assicurazione, il mancato pagamento dell'intero premio comporta in ogni caso la sospensione della copertura assicurativa ai sensi dell'art. 1901 c.c.; non opera, infatti, come momento perfezionativo del contratto il criterio dell'incontro delle volontà di

entrambi i contraenti stabilito dagli art. 1326 e 1335 c.c., bensì l'esatto adempimento all'obbligo di versamento del premio.

9. *Contratto di assicurazione. Art. 1892, co. 1, c.c. Prova delle dichiarazioni false o reticenti.* Trib. Benevento, 19 febbraio 2008 (in *Massima redazionale*, 2008) ha ritenuto che ai fini dell'annullamento del contratto di assicurazione previsto dall'art. 1892, co. 1, c.c., sia necessaria la prova non solo del fatto che l'assicurato abbia reso delle dichiarazioni false o reticenti – relative a circostanze tali che l'assicuratore non avrebbe dato il suo consenso o non lo avrebbe dato alle medesime condizioni se avesse conosciuto il vero stato delle cose – ma anche che ciò abbia fatto con dolo o colpa grave e che le stesse siano state determinanti per la formazione del consenso dell'assicuratore.

10. *Contratto di assicurazione. Risoluzione del contratto. Artt. 1453 e 1458, co. 1 c.c.* Con sentenza del 20 febbraio 2008 (in *Massima redazionale*, 2008) il Tribunale di Bari ha stabilito che al contratto di assicurazione, essendo lo stesso un contratto a prestazioni corrispettive, di durata e ad esecuzione continuata, in caso di risoluzione la disciplina applicabile va desunta dagli artt. 1453 e 1458, co. 1, c.c. In particolare, per esso non opera la retroattività della pronuncia costitutiva di risoluzione, ma è invece ammessa la risoluzione parziale, che riverbera i suoi effetti sulle prestazioni da eseguirsi successivamente alla pronuncia, non già su quelle fin lì eseguite. Ne deriva la possibilità, per la parte non inadempiente, in deroga all'art. 1453, co. 2, c.c., di proporre domanda di risoluzione contestualmente a quella di condanna all'adempimento rivolta ad ottenere il pagamento di quanto secondo il contratto sarebbe spettato all'attore come corrispettivo delle prestazioni sin lì effettuate.

11. *Contratto di assicurazione. Azione del danneggiato. Spese processuali. Art. 1917, co. 3, c.c.* Con sentenza del 3 marzo 2008 (in *Massima redazionale*, 2008) il Tribunale di Genova ha stabilito che le spese processuali sostenute dall'assicurato per resistere all'azione del danneggiato, inquadrabili all'interno del rapporto tra assicurato e danneggiante, possono essere trasferite all'interno del rapporto tra assicurato e assicuratore in applicazione dei patti dedotti nel contratto di assicurazione, mancando i quali trova applicazione il disposto dell'art. 1917, co. 3, c.c.

12. *Contratto di assicurazione. Termine di prescrizione. Art. 2952, comma 3, c.c.* Trib. Genova, 6 marzo 2008 (in *Massima redazionale*, 2008), ha stabilito che il momento iniziale di decorrenza del termine di

prescrizione dei diritti derivanti dal contratto di assicurazione, previsto dall'art. 2952, co. 3, c.c., con norma speciale rispetto alla regola generale fissata dall'art. 2935 c.c., va individuato in quello in cui si verifica l'evento dannoso coperto dalla garanzia assicurativa, ovvero nel momento in cui l'evento lesivo o morboso si traduca o si evidenzi in uno dei fatti coperti dalla garanzia assicurativa (es. l'invalidità permanente) o, quando il diritto all'indennizzo assicurativo sia eziologicamente collegato alla sussistenza di uno stato di invalidità permanente, dal giorno in cui tale stato di invalidità è venuto ad esistere; tale momento coincide con la data dell'infortunio, solo quando l'invalidità si è manifestata immediatamente.

13. *Assicurazione per conto di chi spetta. Danni alla merce trasportata. Art. 1510 c.c.* La Suprema Corte, con sentenza 28 marzo 2008, n. 8063 (in *Mass. Giur. it.*, 2008; *CED Cassazione*, 2008; *Danno e Resp.*, 2008, 7, 829) ha stabilito che nell'assicurazione contro i rischi di danni alla merce trasportata, stipulata per conto di chi spetta, la persona legittimata a domandare l'indennizzo è il destinatario se il trasporto viene affidato dal venditore ad un vettore o ad uno spedizioniere, perché in tal caso per effetto della consegna delle merci alla persona incaricata del trasporto si trasferisce in capo al destinatario il rischio del perimento di essa, ai sensi dell'art. 1510 c.c. Qualora, invece, il venditore provveda da sé a trasportare la merce al domicilio del compratore, non può trovare applicazione la disciplina di cui al citato art. 1510, con la conseguenza che, in caso di perimento della merce durante il trasporto e prima della consegna al compratore, legittimato a domandare il pagamento dell'indennizzo assicurativo è il venditore.

14. *Contratto di assicurazione. Fallimento del beneficiario. Art. 46, co. 1, n. 5 l.fall.* Per Cass., 31 marzo 2008, n. 8271 (in *Mass. Giur. it.*, 2008; *CED Cassazione*, 2008; *Fallimento*, 2008, 6, 717; *Corr. giur.*, 2008, 10, 1405 con nota di ROLFI; *Fallimento*, 2008, 11, 1278 con nota di FINARDI; *Obbl. e Contr. on line*, 2008 con nota di RUBINO; *Giur. it.*, 2008, 7, 1699 con nota di SPIOTTA) in tema di contratto di assicurazione sulla vita, alla dichiarazione di fallimento del beneficiario non consegue lo scioglimento del contratto, né il curatore - al pari di quanto previsto per le c.d. somme dovute, di regola già impignorabili secondo l'art. 1923 c.c. - può agire contro il terzo assicuratore per ottenere il valore di riscatto della relativa polizza stipulata dal fallito quand'era *in bonis*. Tale cespite, infatti, non rientra tra i beni compresi nell'attivo fallimentare ai sensi dell'art. 46, co. 1, n. 5 l.fall., considerata la funzione previdenziale ricono-

scibile al predetto contratto, non circoscritta alle sole somme corrisposte a titolo di indennizzo o risarcimento.

B.1) ASSICURAZIONI SOCIALI

15. *Assicurazione per l'invalidità e la vecchiaia. Società cooperative. Svolgimento del rapporto di lavoro.* Per Cass., 9 gennaio 2008, n. 222 (in *Mass. Giur. it.*, 2008; *CED Cassazione*, 2008), le società cooperative sono tenute a versare i contributi per l'assicurazione per l'invalidità e la vecchiaia per tutti i soci lavoratori, sia in caso di esistenza di un vero e proprio rapporto di lavoro instaurato tra la società ed il socio, sia nell'ipotesi in cui l'attività lavorativa sia conforme alle previsioni del patto sociale e sia svolta in corrispondenza con le finalità istituzionali della società; ciò già ai sensi dell'art. 2, co. 3, del r.d. n. 1422 del 1924, da reputarsi tuttora vigente in forza dell'art. 40 r.d.l. n. 1827 del 1935, convertito nella legge n. 1155 del 1936.

16. *Assicurazioni sociali. Azione di regresso del datore di lavoro. Danni subiti dal lavoratore.* La Suprema Corte, con sentenza 10 gennaio 2008, n. 255 (in *Danno e Resp.*, 2008, 3, 336) ha stabilito che in materia di azione di regresso, il datore di lavoro è estraneo al rapporto tra l'infortunato e l'istituto assicuratore pubblico e non può contestarne il fondamento; tuttavia, il datore di lavoro è tenuto al pagamento nei confronti dell'INAIL solo entro i limiti dei principi che informano la responsabilità civile per il danno subito dal lavoratore. Da ciò deriva che il giudice del merito deve calcolare il predetto danno civilistico (ai sensi dell'art. 2056 c.c. e art. 1223 c.c.), anche in relazione alla percentuale riconosciuta dal consulente tecnico d'ufficio, che costituisce il limite massimo del diritto di regresso dell'INAIL, senza entrare nel merito della valutazione effettuata dall'Istituto a mezzo dei suoi sanitari ai fini del danno infortunistico, stabilendo, quindi, se l'importo richiesto dall'Istituto rientri o meno nel predetto limite.

17. *Assicurazione obbligatoria. Esercizio di pluralità di attività autonome. Abitualità e prevalenza di una attività.* Per Cass., 17 gennaio 2008, n. 854 (in *Mass. Giur. it.*, 2008; *CED Cassazione*, 2008; *Prat. Lavoro*, 2008, 15, 733; *Lavoro nella Giur.*, 2008, 5, 525; *Dir. e Pratica Lav.*, 2008, 34, 2015) al fine di evitare la duplicazione di rapporti assicurativi e di risolvere la pluralità di attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicurazione obbligatoria, l'art. 29 della legge n. 160/75, come sostituito dall'art. 1, co. 203 della legge n. 662/96, prevede un unico

rapporto assicurativo con riferimento alla attività alla quale il soggetto dedica personalmente la sua opera professionale in misura prevalente. Da ciò deriva che colui che nell'ambito di una società a responsabilità limitata svolga attività di socio amministratore e di socio lavoratore ha l'obbligo di chiedere l'iscrizione nella gestione competente in relazione all'attività svolta con carattere di abitudine e prevalenza, fermo restando l'onere dell'INPS di decidere sull'iscrizione all'assicurazione corrispondente all'attività prevalente, essendo incompatibile la coesistenza delle due corrispondenti iscrizioni per uno stesso soggetto.

18. *Assicurazione della responsabilità civile. Infortunio sul lavoro. Terzi danneggiati.* App. Bologna, 24 gennaio 2008 (in *Massima redazionale*, 2008), ha stabilito che i familiari del lavoratore deceduto per infortunio sul lavoro, quali terzi danneggiati, sono totalmente estranei al rapporto di assicurazione esistente tra il datore di lavoro e l'assicuratore della responsabilità civile del medesimo. Ne consegue che gli stessi, non essendo titolari di azione diretta nei confronti dell'assicuratore, non hanno alcuna legittimazione ad impugnare la statuizione con cui il tribunale ha rigettato la domanda di garanzia proposta dal datore di lavoro assicurato.

19. *Assicurazione obbligatoria. Accertamento della c.d. quota esclusiva.* Giurisdizione del G.O. Cons. Stato, 29 gennaio 2008, n. 235 (in *Massima redazionale*, 2008) ha stabilito che la controversia avente ad oggetto l'accertamento della c.d. quota esclusiva (non soggetta ad assorbimento) della pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria, quindi non vertente sulla determinazione della pensione integrativa, poiché fondata sul rapporto di assicurazione obbligatoria, va devoluta alla giurisdizione del Giudice ordinario.

20. *Assicurazioni sociali. Fondo per l'indennità di anzianità. Risoluzione legale del contratto.* Per Cass., 13 febbraio 2008, n. 3508 (in *Mass. Giur. it.*, 2008; *CED Cassazione*, 2008) con riferimento ai contratti di assicurazione stipulati dal datore di lavoro a favore dei propri dipendenti ai sensi dell'art. 4 r.d.l. n. 5 del 1942 (convertito nella legge n. 1251/42), previsti in alternativa al versamento dei contributi al fondo per l'indennità di anzianità degli impiegati, la soppressione del fondo medesimo - in virtù dell'art. 4, settimo e ottavo comma legge n. 297/82 - ha comportato la risoluzione legale del contratto di assicurazione, con il conseguente obbligo dell'assicuratore di restituire al datore di lavoro le riserve matematiche nette - da accantonare e rivalutare quali componenti del t.f.r.

da erogare alla data di cessazione del rapporto - e non i premi riscossi, atteso che, nei contratti a prestazioni continuativa o periodica, l'efficacia *ex tunc* della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite.

21. *Lavoratori autonomi. Tutela assicurativa. Indennizzabilità dell'infortunio.* Per Cass., 14 febbraio 2008, n. 3770 (in *Mass. Giur. it.*, 2008; *CED Cassazione*, 2008) in materia di indennizzabilità dell'infortunio occorso a lavoratore autonomo, la tutela assicurativa non riguarda quella parte di attività non attinente al momento lavorativo-esecutivo, bensì a quello organizzativo-imprenditoriale dell'attività economica dell'azienda. Da ciò deriva che l'estensione della tutela agli infortuni *in itinere* può riguardare gli spostamenti del lavoratore al fine di acquistare i beni direttamente necessari per la produzione, ma non anche quelli finalizzati all'acquisto o alla consegna di beni necessari per l'organizzazione amministrativa e contabile.

C) ASSICURAZIONE CONTRO I DANNI

22. *Assicurazione contro i danni. Limiti della garanzia assicurativa. Caso fortuito e forza maggiore.* App. Genova, 11 gennaio 2008 (in *Massima redazionale*, 2008), ha affermato che il contratto di assicurazione della responsabilità civile, che preveda esser la garanzia limitata ai danni derivati da fatti accidentali, è correttamente interpretato nel senso che la garanzia assicurativa opera anche nell'ipotesi di fatti colposi. L'assicurazione della responsabilità civile, infatti, non può riguardare i fatti meramente accidentali, cioè dovuti a caso fortuito o forza maggiore, dai quali non sorge responsabilità, ma, per la sua stessa denominazione, importa necessariamente che il fatto dannoso per il quale l'assicurazione è stipulata deve essere colposo, coprendo, con la sola eccezione dei fatti dolosi, ogni responsabilità.

23. *Assicurazione contro i danni. Pagamento dell'indennizzo. Obbligo dell'assicuratore. Competenza territoriale.* App. Napoli, 22 gennaio 2008 (in *Massima redazionale*, 2008) ha ritenuto che in materia di assicurazione contro i danni, l'obbligo dell'assicuratore di pagare l'indennizzo trova titolo costitutivo nel contratto di assicurazione. Pertanto, al fine della determinazione della competenza territoriale in una controversia vertente sulla spettanza di detto indennizzo, il luogo in cui è sorta l'obbligazione dedotta in giudizio, secondo la previsione dell'art. 20 c.p.c., è il luogo della stipulazione del contratto.

24. *Assicurazione contro gli infortuni. Liquidazione del debito indennitario. Debito di valore e debito di valuta.* Cass., 12 febbraio 2008, n. 3268 (in *Mass. Giur. it.*, 2008; *CED Cassazione*, 2008; *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 9, 1, 1015 nota di DEL GROSSO; *Giur. it.*, 2008, 7, 1642) ha stabilito che nell'assicurazione contro gli infortuni, il debito indennitario, quando è previsto un procedimento di liquidazione convenzionale per il tramite di una perizia contrattuale, si connota come debito di valore dal momento del sinistro al verificarsi della liquidazione e solo successivamente a tale momento diventa obbligazione di valuta. Ne consegue che la somma riconosciuta a titolo di indennizzo deve essere rivalutata al momento della liquidazione e che, qualora il danneggiato assicurato allegghi e dimostri che il conseguimento della somma al netto della rivalutazione al momento del sinistro gli avrebbe consentito, tramite il reimpiego immediato, una redditività maggiore rispetto al valore della rivalutazione monetaria, può essere riconosciuto il danno da lucro cessante per il mancato conseguimento della differenza mediante i cosiddetti interessi compensativi, senza che rilevino la mancanza di liquidità della somma fino all'esito della perizia contrattuale, l'inadempimento dell'assicuratore al dovere di collaborare all'espletamento della perizia e, infine, la mancata costituzione in mora dell'assicuratore medesimo.

25. *Assicurazione contro i danni. Copertura assicurativa. Clausole limitative del rischio. Danni conseguenti a fatti accidentali.* Con sentenza 28 febbraio 2008, n. 5273 (in *CED Cassazione*, 2008) la Suprema Corte ha affermato che l'assicurazione della responsabilità civile non può concernere fatti meramente accidentali, dovuti cioè a caso fortuito o forza maggiore, dato che da questi non può sorgere responsabilità, ma importa necessariamente, per la sua stessa denominazione e natura, l'estensione anche a fatti colposi, con la sola eccezione di quelli dolosi, restando escluso, in mancanza di espresse clausole limitative del rischio, che la garanzia assicurativa non copra alcune forme di colpa. Da ciò deriva che la clausola di un contratto di assicurazione che preveda la copertura del rischio per danni conseguenti a fatti accidentali va correttamente interpretata nel senso che essa si riferisca semplicemente alla condotta colposa in contrapposizione ai fatti dolosi.

D) ASSICURAZIONE OBBLIGATORIA RC AUTO

26. *Responsabilità civile da circolazione stradale. Proposizione della domanda. Fondo di garanzia per le vittime della strada.* La Suprema

Corte, con sentenza 11 gennaio 2008, n. 393 (in *Mass. Giur. it.*, 2008; *CED Cassazione*, 2008) ha stabilito che nel giudizio in cui si propone una domanda di responsabilità civile da circolazione stradale, l'indicazione, da parte di uno dei convenuti citati come responsabili del danno, del doversi imputare la responsabilità esclusiva o parziale al conducente di veicolo rimasto sconosciuto, implica che la successiva citazione in tale giudizio del Fondo di garanzia per le vittime della strada, autorizzata dal giudice e fatta dall'attore, sia da considerare come chiamata in causa di un terzo ad istanza di parte, soggetta al relativo regime.

27. *Controversie relative alla circolazione di autoveicoli. Impugnazione della sentenza. Rapporto tra la causa instaurata contro il conducente e quella instaurata contro il proprietario del veicolo. Integrazione del contraddittorio.* Per Cass., 11 gennaio 2008, n. 406 (in *Mass. Giur. it.*, 2008; *CED Cassazione*, 2008) nella fase di impugnazione delle sentenze emesse in controversie aventi ad oggetto richiesta di risarcimento danni derivanti dalla circolazione di autoveicoli, promosse dal danneggiato soccombente sia contro il conducente sia contro il proprietario, rispettivamente ai sensi del primo e terzo comma dell'art. 2054 c.c., tra la causa proposta contro il conducente e quella proposta contro il proprietario, anche se non è configurabile un rapporto di inscindibilità, può esistere un rapporto di dipendenza tra le stesse. Da ciò deriva che, in tali ipotesi, in mancanza della dimostrazione dell'avvenuta impugnazione rivolta contro entrambe le parti indicate, il giudice di appello deve disporre l'integrazione del contraddittorio nei confronti della parte della causa pregiudiziale dipendente.

28. *Responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli o dei natanti. Giudizio promosso dal danneggiato nei confronti del danneggiante assicurato. Intervento dell'impresa assicuratrice ai sensi dell'art. 106 c.p.c. ovvero ai sensi dell'art. 107 c.p.c.* Per Cass., 22 febbraio 2008, n. 4593 (in *CED Cassazione*, 2008) poichè nella particolare disciplina dell'assicurazione obbligatoria di cui alla legge n. 990/69 la stretta connessione del rapporto risarcitorio e del rapporto assicurativo comporta una situazione di comunanza di cause, nel giudizio di risarcimento danni da incidente stradale promosso dal danneggiato nei confronti del danneggiante-assicurato, così come deve riconoscersi al giudice di primo grado, in applicazione dell'articolo 107 c.p.c. il potere di ordinare l'intervento dell'impresa assicuratrice, sia al fine di un'eventuale estensione nei suoi confronti della domanda attrice, sia in relazione all'eventuale pretesa del convenuto di trasferire a suo carico le conseguenze della

propria soccombenza verso il danneggiato, così deve ritenersi altrettanto giustificato l'esercizio del potere discrezionale del giudice di autorizzare la parte a chiamare in causa il terzo assicuratore ai sensi dell'art. 106 c.p.c.

29. *Responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli o dei natanti. Fondo di garanzia per le vittime della strada. Veicolo o natante non identificato. Prova del sinistro.* Trib. Benevento, 22 febbraio 2008 (in *Massima redazionale*, 2008) ha ritenuto che in materia di assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli o dei natanti, il danneggiato che promuova richiesta di risarcimento nei confronti del fondo di garanzia per le vittime della strada, sul presupposto che il sinistro sia stato cagionato da veicolo o natante non identificato, ha l'onere di provare sia che il sinistro si è verificato per condotta dolosa o colposa del conducente di un altro veicolo o natante, sia che questo è rimasto sconosciuto; in particolare, a tal fine è sufficiente dimostrare che, dopo la denuncia dell'incidente alle competenti autorità di polizia, le indagini compiute da queste o disposte dall'autorità giudiziaria, per l'identificazione del veicolo o natante investitore, abbiano avuto esito negativo, senza che possa addebitarsi al danneggiato l'onere di ulteriori indagini articolate e complesse.

30. *Responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli o dei natanti. Azione per il risarcimento del danno. Assolvimento dell'onere previsto dall'art. 22 della legge n. 990/69. Artt. 1334 e 1335 c.c.* La Suprema Corte, con sentenza 10 marzo 2008, n. 6824 (in *CED Cassazione*, 2008) ha stabilito che la richiesta di risarcimento del danno da r.c.a. ad un'impresa designata in funzione dell'esercizio dell'azione di cui all'art. 19, co. 1, lett. b), della legge n. 990/69, quale atto giuridico in senso stretto avente natura unilaterale recettizia, è da ritenere soggetta, nel silenzio del legislatore nell'art. 22 della suddetta legge, alla disciplina di cui agli artt. 1334 e 1335 c.c. Da ciò deriva che una richiesta inviata all'ufficio sinistri di detta impresa, che sarebbe territorialmente competente per la liquidazione dei sinistri relativi a contratti assicurativi direttamente da essa stipulati – in quanto ex art. 1335 c.c. è da considerarsi pervenuta ad un luogo che si deve considerare indirizzo di tale impresa, essendo nel suo dominio – è da reputarsi idonea a produrre gli effetti di cui all'art. 22 della legge n. 990/69 e a svolgere, dunque, efficacia interruttiva della prescrizione, in difetto di allegazione e prova, da parte dell'impresa, di essere stata nell'impossibilità di averne notizia senza colpa.

31. *Responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli o dei natanti. Azione diretta del danneggiato.* Per Cass., 31 marzo 2008, n. 8305 (in *Mass. Giur. it.*, 2008; *CED Cassazione*, 2008) ai fini dell'applicabilità delle norme sull'assicurazione obbligatoria degli autoveicoli (ed in particolare di quelle sull'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore del responsabile) deve considerarsi in circolazione il veicolo fermo sulla pubblica via per operazioni di carico o scarico.

II. BANCA

SOMMARIO: A) *L'impresa bancaria: profili generali.* – 32. Vigilanza informativa. Segnalazione alla Centrale dei Rischi e contestazione giudiziale del correntista. – 33. Responsabilità della banca. Responsabilità civile nella prestazione di servizi di investimento. – 34. Sanzioni amministrative. Responsabilità del sindaco per omessa vigilanza e omessa comunicazione alla Banca d'Italia. – B) *Le operazioni bancarie in conto corrente.* – 35. Conto corrente bancario. – 35.1. Estratto conto: approvazione tacita. – 35.2. Apertura di credito in conto corrente. – 36. Interessi. – 36.1. Capitalizzazione trimestrale. – 37. Profili fallimentari. – 37.1. Conoscenza dello stato di insolvenza. – 37.2. Revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente. – 37.3. Saldi. – 37.4. Onere della prova. – 37.5. Profili processuali. – C) *I depositi bancari.* – 38. Pegno di libretto di deposito al portatore. – D) *Contratto autonomo di garanzia.* – 39. Contratto autonomo di garanzia. Caratteristiche. – E) *Le garanzie.* – 40. Fideiussione. – 40.1 Natura. – 40.2 Fideiussione *omnibus*. – 40.3 Fideiussione e polizza fideiussoria. – 40.4 Fideiussione e cofideiussione. – F) *Titoli di credito bancari.* – 41. Pagamento con “assegno di traenza” in luogo dei contanti. Efficacia liberatoria nei confronti del creditore. Rifiuto del creditore solo per giustificato motivo. – 42. Assegno bancario non munito della clausola di non trasferibilità; obbligo di accertamento della continuità delle girate a carico della banca trattaria; prova del pagamento. – 43. Assegno con data di emissione marchianamente erronea; validità; pagamento “a vista”. – 44. Assegno postdatato; nullità del patto per contrarietà a norme imperative; esigibilità immediata del pagamento da parte del creditore. – G) *I crediti speciali.* – 45. Mutuo di scopo e risoluzione del contratto collegato. – 46. Credito fondiario. – 46.1. Credito fondiario finalizzato all'estinzione di passività pregresse e fallimento del debitore sovvenuto. – 46.2. Credito fondiario e natura del privilegio accordato in fase esecutiva all'istituto erogante.

A) L'IMPRESA BANCARIA: PROFILI GENERALI

32. *Vigilanza informativa. Segnalazione alla Centrale dei Rischi e contestazione giudiziale del correntista.* Trib. Salerno, 15 gennaio 2008 (in *Il Merito*, 2008, 27 e in *Redazione Giuffrè*, 2008) si occupa di un caso nel quale un correntista ha contestato giudizialmente l'ammontare di un credito in via di segnalazione alla Centrale dei rischi. Il giudice di merito ha stabilito che tale contestazione non impedisce alla banca di segnalare il credito ritenuto rilevante. In caso di contestazione giudiziale di un credito segnalato alla Centrale di rischi, la segnalazione opera sino a quando non risulti accertato giudizialmente e definitivamente che il credito è inesistente ovvero di ammontare tale da non essere passibile di segnalazione. D'altra parte, la sentenza in commento premette che la segnalazione alla Centrale di rischi non è oggetto di una facoltà, ma di un espresso obbligo giuridico, la cui violazione espone la banca inademp-

piante alle sanzioni amministrative previste dall'art. 144 t.u.b.. In particolare, il giudice di merito ribadisce che l'art. 51 t.u.b. impone alle banche di inviare alla Banca d'Italia le segnalazioni periodiche secondo le modalità e nei termini da essa stabiliti e richiama la circolare n. 139/1991 della Banca d'Italia, contenente le istruzioni per gli intermediari creditizi in materia di segnalazioni alla Centrale dei rischi. La circolare obbliga le banche ad effettuare in favore della Banca d'Italia una segnalazione mensile avente per oggetto le posizioni di rischio di ciascun cliente e, in sostanziale contropartita, impone alla Banca d'Italia di comunicare alle banche, per ogni nominativo ricevuto, la posizione globale di rischio nei confronti dell'intero sistema creditizio: le posizioni di rischio oggetto di segnalazione si identificano sostanzialmente con quei crediti vantati dalla banca verso il cliente che superino i cc.dd. limiti di censimento indicati dalle stesse istruzioni della Banca d'Italia. L'obbligo di segnalazione a carico della banca nasce quindi nel momento in cui la banca accerta che il credito verso il cliente ha superato tali limiti. Non è necessario che tale accertamento venga effettuato da un soggetto terzo né è necessario che tale accertamento debba avvenire giudizialmente.

33. *Responsabilità della banca. Responsabilità civile nella prestazione di servizi di investimento.* Come è noto, una banca (o un'impresa di investimento) che presta nei confronti del pubblico servizi di investimento aventi per oggetto strumenti finanziari è soggetta agli obblighi di condotta (informativi e di adeguatezza) di cui agli artt. 21 ss. t.u.f. e 26 ss. regolamento Consob n. 11522/1998. Nelle operazioni di investimento di questo tipo, possono essere distinti tre momenti rispettivamente rappresentati (i) dal contratto normativo tra banca e cliente, (ii) dall'ordine di acquisto di strumenti finanziari conferito dal cliente alla banca e (iii) dal contratto di acquisto di strumenti finanziari tra banca e fornitore di strumenti finanziari e dalla contestuale girata degli strumenti finanziari a favore del cliente. In presenza di una violazione degli obblighi informativi e di adeguatezza *de quibus*, si tratta di verificare quale sia il rimedio contrattuale previsto dall'ordinamento giuridico a tutela del cliente. Correttamente, Trib. Milano, 22 gennaio 2008 (in *Giustizia a Milano*, 2008, 2, 10 e in *Redazione Giuffrè*, 2008) rigetta la tesi di una delle parti secondo cui gli obblighi di condotta in commento dovevano essere qualificati come obblighi contrattuali del contratto di acquisto degli strumenti finanziari; dunque, la violazione di tali obblighi non può costituire inadempimento del contratto di acquisto degli strumenti finanziari né può quindi costituire fondamento per l'accoglimento della sua domanda di risoluzione, che il giudice di merito ha infatti puntualmente respinto. Il medesimo giudice, invece, assume una

determinazione all'interno del dibattito che vede, da un lato, la tesi secondo cui gli obblighi di condotta costituiscono obblighi contrattuali del contratto normativo e, dall'altro lato, la tesi secondo cui, sul presupposto che l'ordine di acquisto di strumenti finanziari conferito dal cliente alla banca deve essere configurato come una proposta a concludere un contratto di mandato ad acquistare strumenti finanziari, quegli obblighi andrebbero qualificati come obblighi precontrattuali del contratto di mandato tra banca e cliente, eseguito mediante conclusione del contratto di acquisto di strumenti finanziari tra banca e fornitore. All'interno di questo complesso dibattito, il Tribunale di Milano aderisce alla prima posizione, asserendo che la violazione degli obblighi di condotta costituisce inadempimento alle obbligazioni nascenti per legge dal contratto normativo e che, a sua volta, tale inadempimento dà luogo ad una responsabilità contrattuale risarcitoria della banca per i danni che sono conseguiti al cliente dall'investimento posto in essere.

34. *Sanzioni amministrative. Responsabilità del sindaco per omessa vigilanza e omessa comunicazione alla Banca d'Italia.* Cass., 28 febbraio 2008, n. 5239 (in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Banca, credito e risparmio*, n. 39 e in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 373) si pronuncia in materia di sanzioni amministrative pecuniarie applicabili ai sensi degli artt. 144 e 145 t.u.b. nell'ipotesi in cui un componente di un organo di controllo interno di un intermediario (collegio sindacale in caso di sistema tradizionale, consiglio di sorveglianza in caso di sistema dualistico e comitato di controllo sulla gestione in caso di sistema monistico) si renda autore della violazione dell'obbligo di ispezionare e controllare e di riferire all'organo di vigilanza. In tale materia, la Suprema Corte premette l'applicabilità dell'art. 3 della l. n. 689/1981 per affermare che gli illeciti amministrativi sono sanzionabili solo se riconducibili alla responsabilità personale del soggetto che ne risulta autore, con esclusione di qualsiasi attribuibilità a titolo di responsabilità oggettiva. In particolare, gli illeciti amministrativi sono previsti dalla legge come ipotesi dolose o colpose. Ai fini dell'applicazione della sanzione, è dunque necessario che il soggetto agente abbia preveduto e voluto l'evento dannoso come conseguenza della propria condotta ovvero è necessario che il soggetto agente non abbia voluto l'evento dannoso, ma lo abbia preveduto, e che l'evento dannoso sia stato comunque conseguenza della sua condotta per essere, la stessa, stata posta in essere con inosservanza dei doveri di diligenza, prudenza e perizia ovvero di doveri posti da leggi, regolamenti e discipline, in ogni caso di natura precauzionale e volti ad impedire eventi lesivi involontari connessi allo svolgimento di attività lecite ma pericolose. Nel

caso di specie, un componente di un collegio sindacale di un intermediario finanziario ha presentato ricorso avverso una sentenza della Corte di Appello di Roma, la quale aveva a sua volta rigettato il reclamo del ricorrente avverso il decreto ministeriale di irrogazione di una sanzione amministrativa per omessa vigilanza e omessa comunicazione alla Banca d'Italia. Con il principale motivo di gravame, il ricorrente sosteneva che la sanzione era stata irrogata a prescindere dall'accertamento del necessario elemento psicologico richiesto dalla legge e, quindi, che era stata irrogata a titolo di responsabilità oggettiva. Il ricorrente sosteneva infatti che la sanzione era stata applicata nonostante che lo stesso fosse stato impossibilitato a svolgere i normali controlli a causa del comportamento ostativo degli amministratori. La Corte condivide con il ricorrente la circostanza che l'illecito amministrativo contestato richiede l'accertamento dell'elemento psicologico del dolo o della colpa, ma rigetta il ricorso nella parte in cui il ricorrente sostiene di non aver in alcun modo aderito psicologicamente al fatto illecito commesso. Dalle affermazioni e dalle prove intervenute nel processo, è infatti risultato che l'omissione era cosciente e volontaria (e quindi dolosa) ovvero, se non volontaria, quantomeno cosciente e inosservante di doveri sociali e giuridici di natura precauzionale (e quindi colposa).

B) LE OPERAZIONI BANCARIE IN CONTO CORRENTE

35. *Conto corrente bancario.*

35.1. *Estratto conto: approvazione tacita.* Trib. Brindisi 4 dicembre 2006 (in *Foro it.*, 2007, I, 1947 unitamente a Trib. Roma, 12 gennaio 2007 di cui v. *infra* par. 36.1, con nota di redazione) ha confermato l'orientamento della giurisprudenza secondo il quale l'approvazione tacita dell'estratto conto *ex art.* 1832 c.c. non sana la nullità della capitalizzazione degli interessi trimestrali a meno di una intervenuta convenzione anacronistica successiva allo scadere degli interessi stessi.

35.2. *Apertura di credito in conto corrente.* Trib. Pescara, 23 marzo 2006 (in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, II, 203, con commento di CAPURRO, *In tema di clausola attributiva dello ius variandi*) ha dichiarato nulla la clausola che consente ad una banca, nell'ambito di un contratto di apertura di credito bancario, di modificare unilateralmente il tasso di interesse (anche mediante variazione del *prime rate* al quale il tasso è convenzionalmente ragguagliato) in quanto, tale comportamento, viole-

rebbe i principi di determinatezza e determinabilità propri dell'oggetto del contratto richiesti dall'art. 1346 c.c.

36. *Interessi.*

36.1. *Capitalizzazione trimestrale.* Trib. Roma, 12 gennaio 2007 e Trib. Torino, 5 ottobre 2007 (entrambe, in *Foro it.* la prima unitamente a Trib. Brindisi, 4 dicembre 2006, per il quale v. *supra* par. 35.1, la seconda, 2008, I, 646 con ampia nota di PALMIERI) hanno stabilito che la dichiarazione di nullità delle clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi bancari non consente alla banca il passaggio automatico ad alcuna altra forma di capitalizzazione. I giudici romani hanno altresì sostenuto la disapplicazione delle norme transitorie dettate dalla delibera del CICR con le quali venivano stabilite le modalità per la disciplina dell'anatocismo, conseguentemente, ritenendo che per i contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera stessa del 9 febbraio 2000 ed ancora aperti dopo il 1 luglio 2000 (data entro la quale le banche avrebbero dovuto adeguarsi al nuovo regime), la possibilità di applicare la capitalizzazione è subordinata alla prova che la stessa banca deve dare di aver ottemperato agli obblighi formali richiesti dal CICR e, dunque, alla pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale delle modifiche contrattuali per adeguamento alla nuova normativa ed alla comunicazione al cliente dell'avvenuta pubblicazione.

Trib. Napoli 5 luglio 2006 (in *Dir. fall.*, 2008, II, 177, con commento di MALAGRIDA, *La capitalizzazione degli interessi e l'anatocismo bancario: usi normativi e usi negoziali*) è conforme all'ormai consolidato orientamento secondo il quale è illegittima l'applicazione da parte di una banca dell'anatocismo in quanto in contrasto con l'art. 1283 c.c. con conseguente nullità della clausola che prevede il calcolo degli interessi sugli interessi su di un conto corrente con saldo debitore poiché è da escludere che tale prassi costituisca un uso normativo.

37. *Profili fallimentari.*

37.1. *Conoscenza dello stato di insolvenza.* Cass., 15 dicembre 2006, n. 26935 (in *Foro it.*, 2007, 1138 con ampia nota di FABIANI, insieme a Cass., 6 dicembre 2006, n. 26171, Cass., 15 dicembre 2006, n. 26933 e Cass., 6 settembre 2006, n. 19136 che affrontano problematiche non inerenti questa rubrica) nel confermare che è onere della curatela dimostrare l'effettiva e non potenziale conoscenza dello stato d'insolvenza del debitore ha altresì ribadito il principio, valido anche in sede diversa da

quella bancaria, secondo il quale la stessa conoscenza può essere provata anche attraverso la concordanza di elementi indiziari purché idonei a fornire la prova per presunzioni della conoscenza effettiva.

Conformemente, Trib. Catania, 8 febbraio 2007 (in *Dir. fall.*, 2008, II, 153, con ampia nota di V. PICCININI) ha ritenuto nel caso di specie che gli indici risultanti dai bilanci sono elemento indiziario sufficiente a provare da soli la conoscenza dello stato di insolvenza.

37.2. *Revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente.* Trib. Napoli, 11 gennaio 2006 (in *Giur. comm.*, 2007, II, 889 con commento di BREGOLI, *Una modesta proposta per l'applicazione immediata dell'art. 70, 3° comma, l. fall.*) aderisce all'orientamento minoritario della giurisprudenza di merito – vale ricordare App. Firenze 28 gennaio 2004, di cui si è dato conto in precedenti puntate di questa rassegna - secondo il quale sono revocabili le rimesse effettuate su di un conto corrente “scoperto” (o per mancanza di fido o per superamento dei limiti dello stesso) solo nei limiti della differenza tra il massimo scoperto raggiunto nel periodo sospetto ed il saldo finale alla data di chiusura dello stesso avvenuta a seguito della dichiarazione di fallimento.

Trib. Catania, 8 febbraio 2007 di cui si è già dato conto per altro verso *supra*, ha aderito all'orientamento ancora maggioritario della giurisprudenza secondo il quale sono revocabili le rimesse effettuate su di un conto corrente che hanno natura solutoria e non ripristinatoria della provvista precisando conseguentemente che sono revocabili sia le rimesse effettuate su di un conto corrente “scoperto” (per mancanza o superamento del fido) sia quelle effettuate in un momento successivo a quello di chiusura del conto o revoca del fido.

37.3. *Saldi.* Cass., 6 dicembre 2006, n. 26171, conforme all'orientamento prevalente della giurisprudenza ha confermato che il saldo di riferimento ai fini dell'azione revocatoria delle rimesse in conto corrente è il “saldo disponibile” coincidente con quello “per valuta” nell'ipotesi di versamento di assegni circolari.

37.4. *Onere della prova.* Cass., 6 dicembre 2006, n. 26171 di cui per altro verso si è dato conto nel paragrafo che precede, ha altresì aderito al principio secondo il quale nell'ipotesi di più operazioni di segno opposto effettuate nella stessa giornata in cui appaia uno scoperto di conto, è onere del fallimento provare la cronologia dei movimenti sulla base di prove specifiche in difetto delle quali si considereranno effettuati prima gli accrediti e poi gli addebiti.

37.5. *Profili processuali*. Trib. Catania, 8 febbraio 2007, di cui si è già dato conto per diversi aspetti *supra*, non ha ritenuto applicabili alle procedure fallimentari già aperte alla data di entrata in vigore della riforma fallimentare del 7 marzo 2005, nemmeno in via interpretativa, gli artt. 67 e e 70 l. fall. nuova formulazione alle quali infatti verrà applicato il vecchio art. 67 l.fall.

C) I DEPOSITI BANCARI

38. *Pegno di libretto di deposito al portatore*. Cass., 15 febbraio 2008, n. 3794 (inedita) (Del.Me. s.r.l. c. Intesa San Paolo s.p.a., già Banca Commerciale Italiana s.p.a.) ha affermato che il pegno di un libretto di deposito bancario al portatore, costituito a favore della banca depositaria che lo ha emesso, si configura come pegno irregolare soltanto allorché sia conferita espressamente alla banca la facoltà di disporre del relativo diritto; l'attribuzione di tale facoltà, peraltro, non fa venire meno la finalità di garanzia del pegno, almeno nella fase della costituzione, verificandosi la funzione solutoria soltanto nella successiva fase di escussione della garanzia, sia pure attraverso un meccanismo semplificato di "autosoddisfazione", che sottrae il creditore alla necessità di procedere in via esecutiva salvo l'obbligo di restituire l'eccedenza (la decisione cassa con rinvio, App. Bari, 28 gennaio 2002).

D) CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA

39. *Contratto autonomo di garanzia. Caratteristiche*. Secondo la prima sezione civile della suprema corte di Cassazione (sentenza n. 903 del 17 gennaio 2008, in *Mass. Giur. it.*, 2008), l'elemento caratterizzante del contratto autonomo di garanzia che lo differenzia dalla fideiussione è l'assenza dell'accessorietà della garanzia rispetto all'obbligazione principale, secondo una relazione di autonomia che le parti debbono aver posto allorché risulti esclusa la facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, in deroga alla regola di cui all'art. 1945 c.c., compresa l'estinzione del rapporto. Nel caso sottoposto al vaglio della suprema corte è stata ritenuta corretta l'interpretazione della corte territoriale secondo cui era stata negata la decisività dell'impiego di formule come "a semplice richiesta" o "a prima richiesta del creditore". Più precisamente la polizza cauzionale in oggetto prevedeva, tra l'altro, che il pagamento da parte della società assicuratrice della somma

garantita sarebbe dovuto avvenire entro trenta giorni dalla richiesta del comune beneficiario e per l'importo dal predetto determinato con suo autonomo ed unilaterale accertamento, sulla base della contabilità dell'appalto; ne ha dedotto che la menzionata previsione integrasse una clausola di pagamento "a semplice richiesta", diretta a creare una disponibilità monetaria a favore del comune, in virtù di un suo unilaterale comportamento, pure se materialmente una simile locuzione non era trascritta in contratto.

E) LE GARANZIE

40. Fideiussione.

40.1 *Natura*. A parere di Cass., Sez. Un., 5 febbraio 2008, n. 2655 (in *Mass. Foro it.*, 2008, 125) l'obbligazione fideiussoria e quella principale presenterebbero proprie individualità vuoi sotto il profilo soggettivo, vuoi sotto quello oggettivo con il che anche la disciplina normativa applicabile (avuto in particolare riguardo ai profili di giurisdizione) rimarrebbe distinta.

40.2 *Fideiussione omnibus*. La clausola di reviviscenza della garanzia in caso di revoca del pagamento effettuato dall'obbligato principale, prevista all'interno di un contratto di fideiussione *omnibus*, non è affetta da nullità, in quanto non gli è applicabile l'interpretazione estensiva della previsione di cui all'art. 1341, co. 2, c.c. che ha carattere tassativo, né ricorre un'identità di fattispecie con quella disciplinata dalla norma citata al fine di invocare una possibile interpretazione analogica della previsione in parola (Cass., 8 febbraio 2008, n. 3011, in *Mass. Foro it.*, 2008).

Del pari, risulta pienamente valida, a parere di Cass., 21 febbraio 2008, n. 4446 (in *Mass. Foro it.*, 2008), la clausola *solve et repete*, inserita in un contratto con le formule "senza riserva alcuna" ovvero "dietro semplice richiesta", con la quale è prevista per il garante l'impossibilità di poter opporre eccezioni che attengono alla validità del contratto dal quale deriva l'obbligazione garantita, in quanto tale assetto risponde all'autonomia contrattuale delle parti.

40.3 *Fideiussione e polizza fideiussoria*. Nel periodo di riferimento Cass., 3 gennaio 2008, n. 2377 (in *Mass. Foro it.*, 2008), ha riconosciuta nella polizza fideiussoria natura indennitaria e non satisfattiva in quanto, essendo carente dei requisiti della identità della prestazione con l'obbli-

gazione garantita, del vincolo di solidarietà e dell'accessorietà, sarebbe viceversa caratterizzata esclusivamente dell'obbligo di indennizzare o risarcire il creditore insoddisfatto.

Non deve essere qualificata in termini di polizza fideiussoria, ma viceversa di contratto autonomo di garanzia, la polizza che contenga una clausola di pagamento "a prima richiesta" che non consente al debitore principale di opporre al garante, nell'esercizio della sua azione di regresso, eccezione di merito finalizzate a paralizzare quest'ultima (così Trib. Milano, 31 agosto e 8 settembre 2006, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, II, 98).

40.4 *Fideiussione e cofideiussione*. Qualora all'esito della propria escussione un fideiussore esperisca azione di regresso nei confronti di un cofideiussore per la ripetizione dei versamenti da quello già effettuati ed il secondo richieda di essere garantito dal debitore principale, anche ai sensi di cui all'art. 1953 c.c., questo secondo rapporto risulta autonomo rispetto al primo e, pertanto, non si configura un'ipotesi di litisconsorzio necessario (Cass., 5 febbraio 2008, n. 2747, in *Mass. Foro it.*, 2008).

F) TITOLI DI CREDITO BANCARI

41. *Pagamento con "assegno di traenza" in luogo dei contanti. Efficacia liberatoria nei confronti del creditore. Rifiuto del creditore solo per giustificato motivo*. Con sentenza n. 6291 del 10 marzo 2008 la terza sezione civile della Suprema Corte (in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, 1193, con nota di VOMERO) ha affrontato la questione relativa alla legittimità o meno del rifiuto del creditore di ricevere il pagamento da parte del debitore a mezzo "assegno di traenza".

Richiamando il principio dettato dalle Sezioni Unite con sentenza n. 14712 del 26 giugno 2007, la Cassazione ha ribadito che l'"assegno di traenza" (la cui peculiarità sta nel fatto che può di fatto assolvere ad una funzione corrispondente a quella del bonifico a mezzo banca benché riconducibile al *genus* dell'assegno bancario) è quello che una banca invia a taluno autorizzandolo a sottoscriverlo "per traenza" sulla banca stessa, e che ha come caratteristica quello di risultare su un modulo appositamente predisposto con previsione di pagamento in favore del traente medesimo o di altro eventuale soggetto indicato come beneficiario. La predisposizione e l'invio dell'assegno al previsto traente presuppongono, evidentemente, l'esistenza presso la banca di

una provvista (è indifferente a tal fine che essa sia fornita all'origine dalla banca stessa o da terzi) di cui il traente potrà disporre in favore proprio o di altro eventuale beneficiario indicato come prenditore del titolo.

Dopo aver affermato – in linea di principio – che l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria va inteso non come atto materiale di consegna della moneta contante, bensì come prestazione diretta all'estinzione del debito nella quale le parti debbono collaborare osservando un comportamento da valutare per il creditore secondo la regola della correttezza e per il debitore secondo la regola della diligenza (facendo così propri i principi dettati dalle Sezioni Unite con la pronuncia n. 26617 del 18 dicembre 2007) nella sentenza in commento viene affermato che le sopradescritte caratteristiche dell'assegno di traenza, che si sostanziano quindi nella precostituzione della provvista: *“integrano senz'altro un sistema che assicura al creditore la disponibilità della somma dovuta, sicché il pagamento effettuato con tale mezzo può essere rifiutato dal creditore solo per giustificato motivo, fermo il punto che l'effetto liberatorio per il debitore si verifica quando il creditore acquista concretamente la disponibilità giuridica della somma di denaro, ricadendo sul debitore il rischio dell'inconvertibilità dell'assegno”*.

42. *Assegno bancario non munito della clausola di non trasferibilità; obbligo di accertamento della continuità delle girate a carico della banca trattaria; prova del pagamento.* Secondo Cass., 11 febbraio 2008, n. 3187 (in *Giur. it.*, 2008, 1150, con nota di COTTINO, e in *Foro it.*, 2008, I, 3663 con nota di richiami di SABBATINI) nel caso di assegno bancario non munito di clausola di non trasferibilità l'accertamento della continuità delle girate – e in suo difetto l'insorgere della responsabilità (di natura in senso lato contrattuale) della banca – fa carico alla banca trattaria e non alla banca girataria per l'incasso, sulla quale non grava alcuno specifico obbligo in ordine a detta verifica. Infatti il mancato controllo della regolare continuità delle girate, ai sensi dell'art. 38 del r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736, si riferisce alla sola banca trattaria, cui la predetta norma impone uno specifico obbligo operante sul piano contrattuale con il traente, e non si estende alla diversa banca che non paghi il titolo ma si limiti, in qualità di girataria per l'incasso, a curarne la riscossione. Secondo la corte la sostituzione della banca presentatrice a quella trattaria riguarda esclusivamente il pagamento dell'assegno e non si estende alla verifica della legittimità del titolo, la quale si esaurisce con la presentazione dell'assegno nella stanza di compensazione ove il titolo potrebbe e dovrebbe essere esaminato dalla banca trattaria, salva la responsabilità

a titolo extracontrattuale della banca girataria per l'incasso nei confronti del traente, in solido con la banca trattaria, tutte le volte in cui, con il suo comportamento colposo o doloso, abbia determinato o concorso a determinare il prodursi del danno consistito nell'indebito pagamento di un assegno a soggetto non legittimato.

La corte, inoltre, andando al di là dei confini della fattispecie dedotta in giudizio, individua due casi in cui una responsabilità della banca girataria per l'incasso di assegno trasferibile potrebbe ipotizzarsi: (i) il mancato accertamento dei poteri del presentatore ed (ii) il pagamento curato dalla banca nell'ambito di accordi interbancari che abbiano escluso l'utilizzo della stanza di compensazione. Secondo la corte, in quest'ultima ipotesi (argomentando però in maniera tale da ricoprire anche la prima ipotesi) la banca girataria sarebbe passibile di responsabilità di natura contrattuale per violazione dell'obbligo di natura professionale da lei assunto nei confronti della trattaria.

La corte, infine, precisa che ove una responsabilità sia configurabile essa non può essere ripartita pro quota, ma ha natura solidale ai sensi dell'art. 2055 c.c., salvo le azioni di regresso tra le banche coinvolte (Cass. n. 27378 del 12 dicembre 2005).

43. *Assegno con data di emissione marchianamente erronea; validità; pagamento "a vista".* Secondo Trib. Tivoli, 15 maggio 2007 (in *Giur. it.*, 2008, 376) deve considerarsi postdatato, e pertanto validamente emesso e pagabile a vista, l'assegno bancario che rechi una data di emissione manifestamente erronea (nel caso di specie l'assegno recava quale data di emissione l'anno 20001 anziché 2001).

44. *Assegno postdatato; nullità del patto per contrarietà a norme imperative; esigibilità immediata del pagamento da parte del creditore.* Con la sentenza del 22 gennaio 2008 (inedita), il Tribunale di Monza ha affermato che ai sensi dell'art. 31 del R.D. 21 dicembre 1933, n. 1736, la post-datazione non comporta di per sé la nullità dell'assegno bancario ma soltanto la nullità del relativo patto per contrarietà a norme imperative poste a tutela della buona fede e della regolare circolazione dei titoli di credito. Ciò consente al creditore la possibilità di esigere immediatamente il suo pagamento. Di conseguenza l'assegno bancario postdatato, al pari di quello regolarmente datato, deve considerarsi venuto ad esistenza come titolo di credito e mezzo di pagamento al momento stesso della sua emissione, che si identifica con il distacco dalla sfera giuridica del traente ed il passaggio nella disponibilità del prenditore, e non con quello della data fittizia ad esso apposta.

G) I CREDITI SPECIALI

45. *Mutuo di scopo e risoluzione del contratto collegato*. Elemento costitutivo della fattispecie di mutuo di scopo è, tra gli altri, il collegamento negoziale sussistente tra il contratto di finanziamento ed il contratto avente ad oggetto, mediante l'impiego della provvista garantita dal primo, l'acquisto di un bene. Tale relazione determina una interdipendenza di tipo funzionale idonea a giustificare la trasmissione reciproca degli effetti di un contratto sull'altro. Tali proposizioni, ribadite più recentemente da Cass., 8 luglio 2004, n. 12567 (in *Giur. it.*, 2005, 1406, con nota di VITELLI), e 24 maggio 2003, n. 8253 (in *Riv. notariato*, 2004, 201, con nota di SCARAMUZZINO), costituiscono la premessa in base alla quale Trib. Roma, 21 gennaio 2008 (inedita), ha potuto affermare i principi di diritto in forza dei quali *a*) la risoluzione del contratto di compravendita, funzionalmente collegato ad un mutuo (e per ciò stesso di scopo), determina la risoluzione del contratto di finanziamento medesimo; *b*) il mutuante è legittimato a dirigere le pretese aventi ad oggetto la restituzione delle somme mutate solo nei confronti del terzo venditore, soggetto che in concreto beneficia della concessione del mutuo.

In questo senso si esprimono le recenti pronunce rese da Trib. Firenze, 28 febbraio 2005 e App. Milano, 13 ottobre 2004, in *Giur. banc.* 2005, par. 1.5 ove ulteriori riferimenti.

46. *Credito fondiario*.

46.1. *Credito fondiario finalizzato all'estinzione di passività pregresse e fallimento del debitore sovvenuto*. Con sentenza resa in data 18 febbraio 2008 (in *Fallimento*, 2008, 611), Trib. Bari si pronuncia sulla nota fattispecie costituita dall'impiego della provvista, originata da un contratto di mutuo fondiario, da parte di un istituto di credito all'estinzione di un pregresso rapporto obbligatorio chirografario intercorrente tra lo stesso istituto mutuante ed il soggetto mutuatario, in seguito dichiarato fallito. Il Tribunale adito mentre respinge l'eccezione formulata dalla procedura tendente a far valere la simulazione del mutuo fondiario «in quanto realmente voluto dalle parti», accoglie la lettura di una tale sequenza di atti come idonea ad integrare la fattispecie di cui all'art. 67, co. 1, n. 2 l. fall. in quanto «vero e proprio procedimento indiretto [...] [avente ad oggetto: nds] la sostituzione del precedente credito chirografario con un credito munito di causa di prelazione» e finalizzato «a garantire il mutuante dal rischio della dichiarazione di fallimento del mutuatario». Il giudice di prime cure può così concludere che «[l]a descritta sequenza di atti, pro-

vocando un'alterazione della "*par condicio creditorum*", è suscettibile di revocatoria ai sensi dell'art. 67, co. 1, l. fall., in quanto atto solutorio anormale intervenuto nel periodo sospetto».

La sentenza in esame si adegua all'indirizzo seguito dalla Cassazione anche nelle recenti sentenze 18 gennaio 2006 (ove si afferma che «[è] *ius receptum che nei casi in cui il danaro non sia uno strumento di immediata e diretta soluzione, ma un mezzo indiretto di pagamento, perché effetto terminale di altri negozi, deve ravvisarsi una anormalità di pagamento e, per escludere la revoca, non è sufficiente verificare che il debito pecuniario scaduto ed esigibile sia stato estinto con danaro, ma che la sua corresponsione non sia avvenuta al termine di un processo satisfattivo non usuale alla stregua delle ordinarie transazioni commerciali* (Cass. 17540/2003; 4069/2003; 8703/1998; 9520/1997; 10347/1996; 2706/1995; 5193/1991)», 6 novembre 2006, 23669 (in *Fallimento*, 2007, 651) e 1 ottobre 2007, n. 20622 (in *Fallimento*, 2008, 95; ma si veda anche www.ilcaso.it). Si vedano, tuttavia, le persuasive argomentazioni offerte da Trib. Napoli, 12 maggio 2005 (in *Fallimento*, 2006, 72 e ss., con nota di PATTI, *Revocabilità dell'uso distorto del credito fondiario* e in *Giur. banc.*, 2007, par. 1.4.2.), ove si afferma che la revocabilità di un atto ai sensi dell'art. 67, co. 1, n. 2 l. fall. presuppone che l'estinzione del debito (verso il mutuante) «*avvenga attraverso un bene entrato a far parte del patrimonio del fallito e fuoriuscitone con l'operazione anomala e comporta come sua necessaria conseguenza la condanna del creditore alla restituzione di una somma corrispondente al debito estinto con il mezzo anormale*». Inoltre, prosegue il giudice di prime cure, è pur sempre necessario, ai fini della revocabilità, che l'operazione così eseguita leda la *par condicio*. Si tratta di requisiti, a giudizio del Tribunale di Napoli, non sussistenti «*nel caso di mutuo [fondiario] erogato dalla banca per sanare le pregresse attività del correntista*» poiché in tale ipotesi «*l'estinzione del debito avviene con provvista messa a disposizione del debitore dalla stessa creditrice, sicché, sotto questo profilo, non ricorre alcuna violazione della par condicio; la lesione può invece rinvenirsi nel fatto che attraverso l'intera operazione la banca sostituisce al credito non garantito un credito garantito, acquisendo una prelazione che in precedenza non aveva*». E nello stesso senso si esclude del pari che l'operazione rivesta il carattere dell'anomalia. Ciò in quanto mentre «*il negozio indiretto è strumento per il perseguimento di un fine che va oltre quello desumibile dal tipo legale*» e che «*tale fine ulteriore incide sulla causa del contratto, nel senso che la sua causa concreta risulta incompatibile con quella tipica prevista*», nel caso di specie, invece, il mutuo fondiario soddisfa uno scopo del tutto assorbito dalla sua stessa causa.

46.2. *Credito fondiario e natura del privilegio accordato in fase esecutiva all'istituto erogante*. App. Torino, 5 settembre 2007 (in *Fallimento*, 2008, 186 e ss. con nota di NARDECCHIA, *Il difficile rapporto tra credito fondiario e fallimento: irrisolte incertezze interpretative e recenti novità legislative*), si pronuncia sulla natura del privilegio assegnato al creditore fondiario dall'art. 42 R.D. 16 luglio 1905, n. 646, in specie applicabile *ratione temporis*. La curatela del fallimento propone appello contro la sentenza con cui il giudice di primo grado aveva escluso la domanda di intervento nell'ambito di una procedura esecutiva iniziata dall'istituto di credito, in forza di mutuo fondiario, avverso il mutuatario in seguito dichiarato fallito. In particolare, la curatela contestava il rigetto della domanda affermando che il privilegio accordato al creditore fondiario in sede esecutiva, così come previsto dal R.D. 646/1905, ha natura meramente processuale, idoneo a derogare solo la disposizione di cui all'art. 51 l.fall. non anche invece quella di cui al successivo art. 52. Il rigetto della domanda, questa la tesi dell'appellante, finiva in concreto per assicurare al privilegio una illegittima natura sostanziale in spregio all'obbligo per tutti i creditori, indistintamente, di rispettare il concorso e quindi la "*par condicio creditorum*". Va aggiunto che la curatela chiedeva, con la stessa domanda di intervento, la distribuzione in suo favore almeno di una somma pari ai crediti della procedura concorsuale collocabili in prededuzione, e, in particolare, di un importo idoneo a coprire il proprio compenso, da qualificare in cifra compresa nel campo di variazione tra il minimo ed il massimo liquidabile.

Il Collegio affronta dapprima la questione pregiudiziale attinente la natura del privilegio accordato dalla disciplina in materia di mutuo fondiario affermando, in linea con l'orientamento offerto dalla Cassazione nelle sentenze 23572/2004, 314/98, 11234/90, che «la *ratio* del principio di resistenza dell'esecuzione fondiaria rispetto al fallimento, risiede tutta e soltanto [...] nella volontà del legislatore di consentire un'anticipazione di cassa in favore dell'istituto mutuante, ed in tal senso è affermazione comune [...] che l'art. 42 R.D. n. 646/1905 attui una deroga alla regola posta dall'art. 51 l. fall. Ma se tale, e non altra, è la giustificazione posta a base della scelta legislativa, nel sistema dell'esecuzione fondiaria deve ritenersi implicitamente positivizzata un'ulteriore deroga, quella della stabilità degli effetti della distribuzione, quale si desume da varie norme (artt. 512 c.p.c.; art. 2919, seconda parte, c.c.; art. 617 c.p.c.)». Sulla base di tali premesse il Collegio può concludere nel senso che «il coordinamento fra le due procedure è, in realtà, assicurato in maniera esaustiva dal carattere processuale del privilegio fondiario, che da solo, attraverso la soppressione dell'effetto della stabilità, fa salva la (eventualmente di-

versa) graduazione sostanziale che è [...] appannaggio del fallimento in base all'art. 52 l.fall. Infatti, ad un privilegio processuale non può che conseguire una distribuzione anch'essa avente soltanto effetti processuali, coerenti con la menzionata volontà legislativa». Per il Corte, quindi, il provvedimento col quale il giudice dell'esecuzione assegna l'intero ricavato all'istituto procedente nonostante il fallimento e a causa della piana applicazione dell'art. 42 T.U. 1905, non opera alcuna graduazione tecnicamente intesa, perché non conosce dei privilegi sostanziali esaminandone gli elementi costitutivi in punto di fatto, ma si limita ad applicare una norma di puro rito. La distribuzione che ne consegue può avere natura meramente provvisoria senza che alcun rilievo abbia l'ipotetica diversa opinione espressa dallo stesso giudice dell'esecuzione.

Quanto alla richiesta della curatela avente ad oggetto specifici crediti concorsuali, la Corte ritiene che per questo tramite l'interveniente mira ad ottenere un accertamento sulla collocazione dei rispettivi privilegi intesi in senso sostanziale e che per ciò stesso, in assenza di ogni controindicazione a che ciò segua le regole fissate dalla procedura individuale, la domanda deve integrare i requisiti dell'intervento nell'espropriazione immobiliare come stabiliti dall'art. 563 c.p.c. (versione precedente alla modifica introdotta dal d.l. 30/2005 convertito in legge dalla l. 80/2005) coincidenti con la certezza e la liquidità del credito (non anche la sua esigibilità, a differenza dell'esecuzione mobiliare e presso terzi). Accertato che i crediti posti a fondamento della domanda non integrano tali requisiti, la Corte rigetta l'appello e conferma la sentenza di primo grado.

Da ultimo, sulla natura processuale del privilegio qui esaminato, si veda la recente pronuncia resa da Trib. Macerata, 26 gennaio 2008 (inedita), conforme a Trib. Venezia, 3 febbraio 2004 (in *Foro padano*, 2005, I, 203, con nota di LORCET, e in *Giur. banc.*, 2007, par. 1.7).

III. BORSA E MERCATO MOBILIARE

SOMMARIO: A) *Servizi e attività di investimento*. – 47. Svolgimento dei servizi e delle attività. – 47.1. Natura dei «criteri generali» di comportamento e conseguenze della loro violazione. – 47.2. Obblighi informativi. – 47.3. Adeguatezza dell'operazione. – 47.4. Forma dei contratti. – 47.5. Operatore qualificato – 47.6. Consegna dei documenti relativi al servizio di investimento. – 48. Offerta fuori sede. – 48.1. Responsabilità solidale dell'intermediario per illecito del promotore. – B) *Appello al pubblico risparmio*. – 49. Offerta pubblica di acquisto. – 49.1. OPA obbligatoria. Presupposti. – 49.2. Violazione dell'obbligo di OPA totalitaria e risarcimento del danno. – 49.3. OPA obbligatoria residuale. Mancata ricostituzione del flottante e risarcibilità del danno.

A) SERVIZI E ATTIVITÀ DI INVESTIMENTO

47. Svolgimento dei servizi e delle attività

47.1. *Natura dei «criteri generali» di comportamento e conseguenze della loro violazione.* a) Tib. Ferrara, 28 settembre 2007 (in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, p. 105 ss., con nota di PELLEGRINI, *La responsabilità dell'intermediario per "solidarietà creditoria" in un orientamento giurisprudenziale in tema di prestazione di servizi finanziari*), conformandosi all'orientamento ormai largamente maggioritario anche tra i giudici di merito, ha respinto la domanda di nullità, ai sensi dell'art. 1418, co. 1, c.c., di un ordine di acquisto di obbligazioni argentine proposta da due investitori che lamentavano la violazione da parte dell'intermediario degli obblighi informativi di cui all'art. 21 t.u.f. e agli artt. 28 e 29 del reg. "Intermediari" all'epoca vigente. Dopo aver precisato che per aver si la nullità virtuale di cui all'art. 1418, co. 1, c.c. è necessario (a) che si sia in presenza di una norma imperativa, (b) che sia il contratto in quanto tale a violare le norma imperative e (c) che non sussistano disposizioni legislative in senso contrario, il tribunale ha rilevato che, pur ricorrendo il primo requisito, stante la indubbia natura imperative delle norme attraverso le quali la disciplina di rango primario e secondario del mercato finanziario prescrive la condotta alla quale gli intermediari debbono attenersi nella prestazione dei servizi di investimento, nel caso *de quo*, difettava invece certamente il secondo dei requisiti sopra citati. Argomentando dalla distinzione, operata dalla dottrina penalistica, tra «reati contratto», nei quali la violazione della norma imperativa penale

penetra la struttura del contratto, e «reati in contratto», nei quali invece la violazione della norma imperativa è estranea alla fattispecie contrattuale, il collegio ha sostenuto che non ogni violazione di norme imperative è fonte di nullità del contratto, tale sanzione conseguendo – nel caso delle norme imperative penali e, dunque, a maggior ragione nel caso delle norme imperative civili – soltanto a quelle violazioni poste in essere *mediante* la stipulazione del contratto, e non anche invece a quelle violazioni di norme imperative realizzate *in occasione* della stipulazione del contratto.

Dopo aver rintracciato conferme alla soluzione proposta sia nell'esigenza di certezza del diritto sia nel principio di conservazione del contratto, i giudici ferraresi, che – va ricordato – si sono pronunciati prima della presa di posizione in argomento dalle sezioni unite della Cassazione (la questione è stata rimessa a alle sezioni unite da Cass., ord. 16 febbraio 2007, n. 3683, in *Foro it.*, 2007, I, 2094 ss. ed è stata poi risolta da Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, sulla quale v. *infra*), hanno correttamente precisato che le conclusioni cui essi sono giunti non sono in alcun modo intaccate dall'esistenza nell'ordinamento delle cc.dd. «nullità di protezione», le quali, benché sanzionino violazioni estranee alla struttura del contratto, sono pur sempre nullità testuali, ossia positivamente previste dal legislatore, non legittimando dunque alcuna interpretazione estensiva del dettato dell'art. 1418, co. 1, c.c.

Nel periodo in rassegna, benché sulla base di una motivazione che si limita al richiamo di Cass. n. 19025 del 2005, la domanda di nullità (virtuale) di un ordine di acquisto di strumenti finanziari fondata sull'indebitamento dell'intermediario agli obblighi informativi previsti dalla disciplina primaria e secondaria del mercato finanziario è stata rigettata anche da Trib. Livorno, 27 giugno 2006 (in *Giur. comm.*, II, 2008, 389 ss., con nota di R. Bruno, *L'esperienza dell'investitore e l'informazione "adeguata" e "necessaria"*). In termini, v. anche Trib. Mantova, 15 novembre 2007 (in *Il caso.it*, I, 1170).

b) Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 (in *Dir. banc.*, II, 2008, 691 ss., con nota di MAZZINI, *L'ambito applicativo della nullità virtuale e gli obblighi di astensione dell'intermediario nella sentenza delle Sezioni Unite*; in *Giur. comm.*, II, 2008, 604 ss., con nota di F. BRUNO e ROZZI, *Le Sezioni Unite sciolgono i dubbi sugli effetti della violazione degli obblighi di informazione*; in *Società*, 4/2008, 449 ss., con nota di V. SCOGNAMIGLIO), interessata da Cass., (ord.) 16 febbraio 2007, n. 3683, della questione relativa alle conseguenze della violazione della disciplina sullo svolgimento dei servizi di investimento (e segnatamente di quelle norme che prevedono un obbligo informativo in capo all'intermediario),

ha affermato il principio di diritto secondo il quale la violazione della citata disciplina comporta responsabilità precontrattuale o contrattuale a seconda che avvenga nella fase precedente o coincidente con la formazione del contratto o invece nella fase di esecuzione del medesimo, precisando che, in difetto di una espressa previsione di legge, la violazione di una norma di comportamento non può mai dare luogo a nullità del contratto o dei singoli ordini *ex art. 1418, co.1, c.c.*

Negando l'esistenza di un vero e proprio contrasto in seno alla giurisprudenza della Corte in argomento, le Sezioni unite hanno ravvisato l'unico vero precedente in materia in Cass. 19024/2005, cit., della quale hanno in particolare condiviso l'impostazione di fondo, ispirata alla tradizionale bipartizione tra regole di comportamento e regole che attengono alla struttura e al contenuto del contratto. Muovendo dal così detto principio di non interferenza, la sentenza in rassegna ha rigetta, alla stregua di ognuno dei tre commi dell'art. 1418 c.c., la tesi dell'esistenza di un collegamento necessario tra l'imperatività delle norme in questione e nullità del contratto in caso di loro violazione. In particolare, criticando la tesi della nullità virtuale *ex art. 1418, co. 1, c.c.*, i supremi giudici affermano che, benché a livello legislativo si registri la tendenza a spostare le violazioni dei principi generali della correttezza e della buon fede sul terreno della validità del contratto, come aveva rilevato l'ordinanza di rimessione, ciò non basta, tanto più alla luce della sempre più accentuata asistematicità dell'ordinamento positivo, a fondare un'applicazione generalizzata di previsioni che, come quelle relative alle nullità di protezione, sono *ab origine* connotate da un accentuato grado di specialità. Né, assume rilievo nella prospettiva della sentenza in rassegna, l'ampio panorama giurisprudenziale in cui la Suprema Corte ha utilizzato l'art. 1418, co. 1, c.c. per dichiarare la nullità di contratti in relazione alla violazione di regole non attinenti né alla struttura né al contenuto del contratto (come è, ad esempio, accaduto in Cass. 7 marzo 2001, n. 3272, ove la nullità del contratto di investimento fu pronunciata in relazione alla mancanza di autorizzazione allo svolgimento del servizio di investimento dell'intermediario). Sebbene, infatti, in questi casi presupposto della pronuncia di nullità sia stato il comportamento di uno dei contraenti, tale comportamento non ha mai riguardato la fase prenegoziale o esecutiva del contratto, attenendo piuttosto al momento genetico del negozio del quale ha determinato la nascita nonostante un vero e proprio divieto legale di stipulare. Pertanto, si tratta di una giurisprudenza che null'altro dimostra se non che l'ambito di applicazione dell'art. 1418, co. 1, c.c. è ben più ampio delle violazioni della struttura e del contenuto del contratto in quanto tale. Infine, come argomentazione

di chiusura, la sentenza richiama la circostanza che la disciplina dell'intermediazione finanziaria non presenta indici normativi o sistematici che possano far ritenere che il legislatore abbia voluto far conseguire la sanzione della nullità alla violazione di ogni regola di comportamento, notando, anzi, che la disciplina positiva, prevedendo specifiche ipotesi positive di nullità (appunto, di protezione) proprio con riferimento a violazioni di regole diverse da quelle comportamentali (v. in particolare, l'abrogato art. 6 della l. n. 1 del 1991 e l'attuale art. 23 t.u.f., in tema di nullità per vizio di forma), depone in senso esattamente contrario.

47.1.2. *Obblighi informativi*. a) Trib. Livorno, 27 giugno 2006, cit., ha affermato che l'ampiezza degli obblighi informativi gravanti sull'intermediario - segnatamente di quelli discendenti dall'allora vigente art. 28, reg. "Intermediari" n. 11522/98 - deve essere valutata in relazione alle concrete caratteristiche soggettive dell'investitore, le quali possono desumersi sia dalla sua esperienza in materia di investimenti sia dalle caratteristiche e dalla quantità delle operazioni dal medesimo compiute sui titoli in questione. Alla stregua di tale impostazione, come già sostenuto da Trib. Vicenza, 23 maggio 2003, espressamente richiamata nella sentenza in rassegna, i giudici toscani riconoscono una sorta di proporzionalità inversa tra il rigore con il quale la necessità e l'adequatezza dell'informazione dovuta dall'intermediario deve essere valutata e l'effettiva capacità dell'investitore di apprezzare i rischi connessi alla specifica operazione di investimento.

Facendo applicazione di questo principio il tribunale, dopo aver escluso, sulla scorta di Cass., n. 19025 del 2005, la configurabilità nel caso di specie di una nullità virtuale ai sensi dell'art. 1418, co. 1, c.c., ha rigettato la domanda di un investitore che pretendeva di essere risarcito dei danni (consistenti nell'azzeramento del valore del proprio investimento in obbligazioni argentine) sofferti quale effetto dell'inadempimento da parte dell'intermediario agli obblighi informativi previsti dalla normativa primaria e secondaria in tema di prestazione dei servizi di investimento.

Nel caso di specie, l'esperienza dell'investitore è stata desunta dal concreto andamento - precedente e successivo all'esecuzione dell'ordine di acquisto oggetto di giudizio - del rapporto tra le parti. Nel corso del giudizio la banca aveva infatti provato che l'investitore, durante tutto il rapporto ed anche dopo l'acquisto delle obbligazioni per cui era causa, si era reso a più riprese acquirente non solo di obbligazioni argentine, ma anche di titoli altrettanto rischiosi, quali obbligazioni brasiliane e venezuelane, nell'ambito di operazioni rimaste tuttavia incontestate. Sulla

base di questi rilievi il tribunale, da un lato, ha affermato la sufficienza e l'adeguatezza dell'informazione ricevuta dall'investitore, in quanto quest'ultimo al momento dell'ordine in contestazione, data la sua pregressa esperienza, era certamente a conoscenza delle caratteristiche e dei rischi dello specifico investimento prescelto, e, dall'altro, ha in ogni caso rilevato il difetto del nesso causale tra il danno lamentato e l'asserito inadempimento dell'intermediario, non potendo essere escluso, alla luce degli investimenti posti in essere dall'attore anche dopo l'esecuzione dell'ordine in contestazione, che in presenza di una informazione più dettagliata egli non avrebbe comunque proceduto all'acquisto di obbligazioni argentine.

b) Trib. Ferrara, 28 settembre 2007, cit., giudicando un caso per molti versi simile a quello deciso da Trib. Livorno, 27 giugno 2006, appena sintetizzata, nel quale veniva contestato all'intermediario di essere rimasto inadempiente agli obblighi informativi previsti nel t.u.f. e nel reg. "Intermediari", dopo aver respinto la domanda di nullità proposta in via principale, ha accolto la subordinata domanda di risarcimento danni, riconoscendo il contestato inadempimento dell'intermediario pur in presenza della sottoscrizione da parte degli investitori della dichiarazione circa l'inadeguatezza dell'investimento e nonostante risultasse agli atti l'esecuzione da parte dei medesimi investitori di altre operazioni speculative. Entrambe le circostanze, sono apparse al collegio, contrariamente a Trib. Livorno, 27 giugno 2006, cit., inidonee tanto a far ritenere assolti gli obblighi informativi gravanti sull'intermediario quanto ad attenuare il rigore con il quale il tribunale è tenuto a valutare l'adempimento di questi ultimi.

47.1.3. *Adeguatezza dell'operazione.* a) Trib. Foggia, 13 novembre 2007 (in *Il caso - Foglio di giurisprudenza mantovana*, www.ilcaso.it, I, 1086) ha dichiarato l'idoneità dell'avvertimento «operazione non adeguata» posta sull'ordine di acquisto e sottoscritta dall'investitore al fine di soddisfare le prescrizioni (all'epoca contenute nell'art. 29, reg. "Intermediari") in ordine alle operazioni non adeguate per tipologia.

b) Trib. Napoli, 5 marzo 2008 (in *Il caso - Foglio di giurisprudenza mantovana*, www.ilcaso.it, I, 1399) ha dichiarato la risoluzione di alcune operazioni di investimento in titoli del debito emessi dalla Repubblica Argentina effettuate nel dicembre del 1999, giudicando inadeguate tali operazioni in quanto effettuate dall'intermediario senza aver previamente acquisito dall'investitore informazioni circa il profilo di rischio e l'esperienza finanziaria. Tale circostanza, secondo il tribunale partenopeo, oltre a costituire una autonoma violazione della disciplina positiva

di rango primario e secondario (segnatamente della disposizione all'epoca dettata dall'art. 28 reg. "Intermediari"), avrebbe dovuto indurre la banca ad assegnare all'investitore un profilo di rischio basso, segnalando su tale presupposto l'inadeguatezza dell'operazione, in effetti adatta solo ad investitori con profilo di rischio speculativo, e contemporaneamente rifiutandosi di dare ad essa esecuzione, se non dietro specifico e informato consenso. Nessun rilievo ha invece riconosciuto il Tribunale, come aveva chiesto la difesa della banca convenuta, all'attività di investimento posta in essere dal medesimo investitore successivamente alle operazioni in discorso. E ciò sulla scorta del principio secondo cui la valutazione di adeguatezza deve farsi alla luce degli elementi esistenti alla data dell'ordine.

47.1.4. *Forma dei contratti.* a) Trib. Novara, 18 gennaio 2007 (in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, II, 57 ss., con nota di LEMMA, *L'«operatore qualificato» nelle operazioni in derivati*) ha rigettato la domanda di nullità di alcuni contratti di *swap* fondata sulla mancanza del un contratto-quadro, ritenendo sufficienti, al fine di soddisfare il requisito formale di cui all'art. 23, t.u.f., i contratti stipulati tra le parti in occasione delle singole operazioni di *swap*. Pur condividendo la giurisprudenza secondo la quale la prescrizione di forma scritta di cui all'art. 23, co. 1, t.u.f. si riferisce al solo contratto quadro e non anche ai singoli ordini, il tribunale ha rilevato come nel caso di specie le singole operazioni di *swap*, in luogo di realizzarsi sulla base di meri ordini presupponenti un contratto a monte, costituivano il momento esecutivo di altrettanti contratti, tutti idonei, per requisiti formali e per contenuto, a dettare la disciplina delle operazioni di *interest rate swap* che le parti avessero deciso di porre in essere. Sicché, benché non fosse riscontrabile la conclusione tra le parti di un vero e proprio contratto-quadro relativo alla prestazione dei servizi di investimento, il tribunale ha concluso che la concreta fattispecie negoziale portata al suo esame deve ritenersi rispettosa della *ratio* sulla quale riposa la prescrizione di cui all'art. 23, co. 1, t.u.f., potendosi al più rilevare un eccesso di forma scritta, dal quale tuttavia non discende alcun vizio sui singoli contratti di *swap*.

47.1.5. *Operatore qualificato.* Trib. Novara, 18 gennaio 2007, cit., discostandosi da un orientamento affermatosi nella giurisprudenza di merito (v., tra le altre, Trib. Milano, 6 aprile 2005, in *Il caso - Foglio di giurisprudenza mantovana*, www.ilcaso.it) ha affermato l'insufficienza della dichiarazione, resa dall'investitore ai sensi dell'art. 31, reg. Consob "Intermediari", attestante la qualità di operatore qualificato al fine di

escludere o limitare gli obblighi informativi e di protezione della controparte contrattuale gravanti sull'intermediario ai sensi del t.u.f. e del reg. Consob "Intermediari". Secondo il tribunale la portata e l'operatività di tali obblighi non può infatti dipendere dal giudizio che l'investitore abbia delle proprie competenze in materia finanziaria e dunque dal conseguente bisogno di protezione che egli ritenga di avere, ma solo da una oggettiva valutazione condotta alla stregua delle effettive qualità ed esperienza dell'investitore. In questo senso deporrebbe, secondo i giudici novaresi, la norma di fonte primaria alla quale l'art. 31 del reg. "Intermediari" dà attuazione, e cioè l'art. 6, co. 2, t.u.f., alla stregua della quale la Consob può ritenersi autorizzata a stabilire *standards* di comportamento differenziati in capo agli intermediari solo se tale differenziazione sia basata, appunto, sulla effettiva «qualità ed esperienza professionale degli investitori». Sicché una previsione che facesse dipendere l'applicazione di uno statuto di protezione dell'investitore non dalle sue qualità ed esperienze obiettive, ma da una autovalutazione del medesimo investitore, determinando l'individuazione di due categorie di operatori qualificati all'interno dell'art. 31 reg. "Intermediari", difetterebbe del necessario presupposto legislativo. Di talché, concludono i giudici, se non corroborata da elementi di positivo e obiettivo riscontro, quella dichiarazione rimane senza effetti.

47.1.6. *Consegna dei documenti relativi al servizio di investimento.* Trib. Nocera Inferiore, 31 luglio 2006 (in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, II, 117 ss., con nota di richiami di MAIMERI) ha accolto il ricorso ex art. 19, d.lgs. n. del 2003 presentato da un investitore nei confronti della banca intermediaria al fine di ottenere dalla medesima la consegna: a) di un esemplare dell'ordine di acquisto delle obbligazioni argentine a suo tempo impartito; b) di una copia del contratto quadro di ricezione e trasmissione ordini; c) del documento sui rischi finanziari dell'operazione.

Il giudice unico ha individuato la fonte normativa del diritto dell'investitore alla consegna della citata documentazione nell'art. 23, co. 1, t.u.f., ove si prevede che i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento non solo debbano essere stipulati per iscritto, ma debbano altresì essere consegnati ai clienti, nonché nelle norme regolamentari, all'epoca contenute negli artt. 30 e 28 del reg. Consob "Intermediari", nelle quali l'obbligo di consegna viene specificato, attraverso la previsione della sua estensione alle registrazioni degli ordini impartiti telefonicamente e al documento sui rischi generali dell'investimento in strumenti finanziari.

48. Offerte fuori sede

48.1. *Responsabilità solidale dell'intermediario per illecito del promotore.* Cass., 7 aprile 2006, n. 8229 (in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, II, 137 ss., con nota di richiami di DE SANTIS) ha confermato la sentenza di appello con la quale una Società di intermediazione mobiliare, sulla base dell'art. 5, co. 4, della l. n. 1/1991, applicabile alla fattispecie *ratione temporis*, era stata condannata a risarcire un investitore dei danni a quest'ultimo causati da un promotore finanziario della medesima s.i.m., il quale, in un caso anche dopo la cessazione del rapporto con l'intermediario, aveva distratto a proprio favore le somme di danaro che gli erano state consegnate per essere investite.

Nel confutare le censure mosse dalla ricorrente, la Corte, da un lato, ha negato che l'irregolarità dei versamenti operati dall'investitore, avvenuti a mezzo titoli al portatore, fosse idonea ad assumere rilievo causale nella produzione del danno e dunque ad escludere o limitare il risarcimento, ai sensi dell'art. 1227, co. 2, c.c., e, dall'altro, ha escluso la rilevanza della non attualità del rapporto di preposizione.

Sul primo versante i giudici di legittimità osservano come la prescrizione regolamentari disattese nel caso di specie, le quali impongono che la consegna al promotore di somme di danaro da investire debba avvenire in forme idonee a prevenirne l'appropriazione indebita (uso di titoli di credito intestati all'intermediario non trasferibili o titoli di credito nominativi intestati al cliente e girati all'intermediario), trovano in effetti la propria *ratio*, al pari della norma che sancisce la responsabilità solidale dell'intermediario per il fatto illecito (anche penale) del promotore, nell'esigenza di apprestare per i destinatari di offerte fuori sede una più ampia tutela rispetta a quella che sarebbe assicurata loro dal diritto comune. Ne discende, secondo la Corte, che quelle formalità, come del resto è testualmente previsto dalla disciplina positiva, costituiscono il contenuto di una regola di comportamento che grava sul solo promotore e che pertanto non può mai, neppure per effetto di specifiche previsioni contrattuali, risolversi in un aggravio della posizione dell'investitore, pena la vanificazione della finalità di tutela della previsione legale. Benché dunque la Corte non escluda in principio che l'investitore possa con il proprio comportamento contrario a buona fede concorrere alla produzione del danno, con le conseguenze di cui all'art. 1227, co. 2, c.c., essa chiaramente rigetta la tesi, sostenuta dalla società di intermediazione nel proprio ricorso, secondo la quale il nesso di causalità tra condotta del promotore e danno si sarebbe spezzato o quantomeno attenuato a cagione delle modalità di consegna delle somme di danaro da parte dell'investitore.

Quanto poi alla non attualità del rapporto di preposizione tra intermediario e promotore, la Corte, facendo applicazione dei principi dell'apparenza del diritto, come detto, ha negato che tale circostanza possa assumere rilevanza ai fini del riconoscimento della responsabilità solidale del primo per il fatto illecito del secondo tutte le volte che, come nel caso di specie, il rapporto di preposizione appaia invece attuale per effetto del contegno colposo, anche se solo omissivo, dell'intermediario. Su questa base nella sentenza viene riconosciuta la correttezza del ragionamento giuridico sotteso alla decisione della Corte d'appello, secondo il quale dell'illecito posto in essere da un *ex* promotore può essere chiamato a rispondere l'intermediario che con il proprio colposo comportamento, consistito nel non aver avvisato dell'interruzione del rapporto con detto promotore i clienti che con quest'ultimo avevano rapporti, abbia alimentato l'affidamento dell'investitore circa l'attualità del legame di preposizione.

Infine, rigettando anche il terzo motivo del ricorso, i giudici di legittimità hanno confermato la correttezza della determinazione del *quantum debeatur*, affermando, in linea con un orientamento emerso nella giurisprudenza di merito (Trib. Milano, 2 maggio 1996, in *Resp. Civ. e prev.*, 1997, 1235, con nota di ANNUNZIATA) che il danno va quantificato avendo presente il risultato economico che avrebbe avuto l'investimento richiesto dall'investitore se fosse stato effettuato.

B) APPELLO AL PUBBLICO RISPARMIO

49. Offerta pubblica di acquisto

49.1. *OPA obbligatoria totalitaria. Presupposti.* CONSOB, Comunicazione n. DEM/7091047, 11 ottobre 2007 (in *Giur. comm.*, 2008, II, 1004 ss., con nota di CINCOTTI, *OPA obbligatoria e operazioni di prestito titoli*) ha negato l'applicabilità della disciplina dell'OPA obbligatoria, e segnatamente la ricorrenza dell'obbligo di procedere ad una offerta pubblica di acquisto *ex art.* 106, co. 1, t.u.f., nel caso in cui il superamento della soglia del 30% della partecipazione costituisca l'esito dell'esercizio di una opzione di prestito titoli (c.d. *lending option*) concessa, nell'ambito di una IPO, al c.d. *global coordinator* per il caso di c.d. *overallotment*.

Dopo averne fornito la nozione, descrivendolo come il contratto con il quale un prestatore (*lender*) trasferisce in proprietà ad un prestatario (*borrower*) una certa quantità di una data specie di titoli per

ricevere poi dal medesimo soggetto il *tandundem eiusdem generis* (al quale nel caso di prestito oneroso si aggiunge un corrispettivo), il presidente della Consob ha qualificato il prestito titoli, confermando un orientamento già emerso nella Comunicazione n. 4073976 del 6 agosto 2004 e condiviso dalla prevalente dottrina, come un contratto atipico assimilabile al mutuo. Ha poi evidenziato l'indifferenza, ai fini dell'applicabilità della disciplina sull'OPA obbligatoria, della onerosità o meno del prestito, dal momento che anche in caso di prestito oneroso il corrispettivo non sarebbe a carico del soggetto che supera la soglia del 30% del capitale, ma solo al prestatario collocatore. Il Presidente ha quindi giustificato l'inapplicabilità della disciplina sull'OPA obbligatoria sulla base della circostanza che in casi come quello in esame la diminuzione della partecipazione al di sotto della soglia del 30% e poi il risuperamento della medesima per effetto della restituzione dei titoli costituiscono momenti di una unitaria figura negoziale, la unica causa è costituita dalla necessità di stabilizzare il corso dei titoli. La Comunicazione si chiude, poi, con la comprensibile precisazione secondo la quale se non vi è esatta coincidenza tra la partecipazione iniziale e la partecipazione finale del *lender*, se cioè tra la data del prestito e quella della restituzione sono intervenuti acquisti idonei a accrescere la partecipazione di quest'ultimo, i presupposti di applicazione della disciplina dell'OPA obbligatoria riemergono determinando la nascita dell'obbligo di una offerta pubblica di acquisto.

49.2. *Violazione dell'obbligo di OPA totalitaria e risarcimento del danno.* Trib. Milano, 21 maggio 2007 (in *Società*, 2/2008, 205 ss., con nota di RIZZINI BISINELLI) ha fatto discendere dalla violazione dell'obbligo di lanciare l'OPA totalitaria la responsabilità risarcitoria dell'autore della violazione nei confronti dei soci di minoranza. Secondo il tribunale milanese infatti ad essere violato è in tal caso un obbligo legale (art. 1173 c.c.) che fa parte integrante del contenuto del contratto sociale e che pertanto è assistito dal rimedio (contrattuale) del risarcimento del danno.

49.3. *OPA obbligatoria residuale. Mancata ricostituzione del flottante e risarcibilità del danno.* Trib. Milano, 30 marzo 2007 (in *Società*, 1/2008, 71 ss., con nota di Gusso) ha rigettato la domanda di risarcimento danni proposta dai soci di minoranza di una società fatta oggetto di una offerta pubblica di acquisto totalitaria sulla base della mancata ricostituzione del flottante nei termini di legge. Secondo il giudice milanese, in caso di superamento della soglia di partecipazione rilevante, mentre sussiste un diritto – che trova causa nel contratto

sociale – dei soci di minoranza a vedere acquistati i propri titoli di partecipazione al corrispettivo prestabilito, la cui violazione può eventualmente generare anche un obbligo di risarcimento (seppure limitato al solo danno prevedibile), la ricostituzione del flottante risponde solo ad un interesse del mercato, con la conseguenza che della sua mancata realizzazione non può dolersi il socio, la cui posizione, quantomeno nel breve termine, verrebbe anzi pregiudicata da un punto di vista economico da ulteriori vendite sul mercato.