

Sintesi di giurisprudenza * (IV 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) Depositi bancari; C) Le cassette di sicurezza; D) Titoli di credito bancari; E) Crediti speciali

I. ASSICURAZIONI

SOMMARIO: A) *Intermediazione assicurativa*. – 1. Impresa di assicurazione. Intese restrittive della concorrenza e del mercato. Azione risarcitoria del consumatore. – 2. Agente di assicurazione. Regime previdenziale. – 3. Impresa di assicurazione. Manleva del datore di lavoro assicurato. Art. 2043 c.c. – B) *Contratto di assicurazione in genere*. – 4. Contratto di assicurazione. Art. 1920 c.c. Diritti del terzo beneficiario. Eccezioni opponibili al beneficiario. – 5. Contratto di assicurazione. Reticenza dell'assicurato. Annullamento del contratto. Art. 1391 c.c. – 6. Contratto di assicurazione. Art. 1341

* Sessantanovesima 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; 2009, I, pp. 111; 333; 481).

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

Hanno collaborato: RANIERI RAZZANTE (§§ 1-19); ALESSANDRO BENOCCI (§§ 20-21); GENNARO ROTONDO (§§ 22-25); FILIPPO PARRELLA (26-27); DARIO MARTORANO (§§ 28-31); STEFANO BOATTO (§§ 32-33).

c.c. Clausole limitative della responsabilità. – 7. Contratto di assicurazione. Garanzia assicurativa. Obbligo dell'assicuratore di corrispondere l'indennizzo. – 8. Contratto di assicurazione. Prescrizione ex art. 2952, comma 2 c.c. danno patrimoniale. – 9. Contratto di assicurazione. Art. 1919, comma 2 c.c. Morte del terzo. – 10. Contratto di assicurazione. Clausola limitante l'importo massimo assicurato rispetto al rischio dell'assicuratore. Natura vessatoria. – B.1) *Assicurazioni sociali*. – 11. Assicurazioni sociali. Assicurazione contro le malattie. Art. 6, par. 1 CEDU. – 12. Assicurazioni contro le malattie. Obbligo di versamento dei contributi. Ripetibilità. – 13. Assicurazioni sociali. Rapporto di lavoro giornalistico. Pensione di vecchiaia. Anzianità contributiva – C) *Assicurazione contro i danni*. – 14. Assicurazione contro i danni. Esigibilità dell'indennizzo. Avvio di un procedimento penale. – 15. Assicurazione contro gli infortuni. Previsione della perizia contrattuale. Rinuncia alla tutela giurisdizionale dei diritti. – 16. Assicurazione della responsabilità civile. Assicuratore del responsabile del danno. Esecuzione della prestazione indennitaria. – D) *Assicurazione obbligatoria R.C. Auto*. – 17. Risarcimento dei danni da sinistro stradale. Clausole imitatrici della responsabilità dell'assicuratore. Art. 1341 c.c. – 18. Risarcimento dei danni da circolazione stradale. Obbligazione dell'assicuratore. Solidarietà tra assicurato ed assicuratore. – 19. Risarcimento dei danni da circolazione stradale. Vittime di sinistri stradali. Impresa designata per conto del fondo di garanzia vittime della strada.

A) INTERMEDIAZIONE ASSICURATIVA

1. *Impresa di assicurazione. Intese restrittive della concorrenza e del mercato. Azione risarcitoria del consumatore*. App. Napoli, 27 ottobre 2008 (Massima redazionale 2008) ha ritenuto che l'azione risarcitoria esperita dal consumatore avverso l'impresa assicurativa che abbia partecipato a intese restrittive della concorrenza e del mercato, presenta carattere autonomo rispetto agli accertamenti e provvedimenti dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato. Detti accertamenti non hanno carattere pregiudiziale rispetto all'esercizio dell'azione di nullità e risarcimento dei danni, tale che la loro mancanza non costituisce impedimento di diritto all'esercizio dell'azione di risarcimento dei danni, rendendo solo più oneroso e difficile per il singolo consumatore l'accertamento dell'esistenza dei suoi effetti sull'andamento del mercato, il che però costituisce solo una difficoltà o impedimento di fatto, irrilevante ai fini del decorso del termine di prescrizione, mentre gli impedimenti soggettivi o difficoltà di mero fatto non assumono tale rilievo.

2. *Agente di assicurazione. Regime previdenziale*. Cass., 14 novembre 2008, n. 27163 (in *Mass.*, 2008, 1561) ha affermato che l'art. 9 bis d.l. n. 942/77, convertito nella legge n. 41/78, equipara per il regime previdenziale, gli agenti di assicurazione agli ausiliari di commercio, e li assoggetta al regime contributivo generale per assicurazione ivs e per assicurazione malattia; ne consegue che l'assicurazione per le stesse

prestazioni, esistente presso la cassa pensioni e previdenza degli agenti di assicurazione, ha carattere integrativo e non sostitutivo.

3. *Impresa di assicurazione. Manleva del datore di lavoro assicurato.* Art. 2043 c.c. Per Cass., 5 dicembre 2008, n. 28834 (in *Danno e Resp.*, 2009, 2, 227) l'impresa di assicurazione non è tenuta a indennizzare le richieste di manleva del datore di lavoro assicurato relative alle voci del danno biologico e morale conseguenti ad infortuni sul lavoro a fronte di polizza assicurativa modellata sul sistema dell'assicurazione obbligatoria ex artt. 10 e 11, d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124. La concentrazione del rischio operata da una polizza così formulata esclude l'obbligo dell'assicuratore a far fronte a quelle domande avanzate nei confronti del contraente sulla base del generale principio di cui all'art. 2043 c.c.

B) CONTRATTO DI ASSICURAZIONE IN GENERE

4. *Contratto di assicurazione. Art. 1920 c.c. Diritti del terzo beneficiario. Eccezioni opponibili al beneficiario.* App. Roma, 2 ottobre 2008 (Massima redazionale) ha stabilito che la norma di cui all'art. 1920 c.c. deve intendersi nel senso che il diritto all'indennità nasce in suo favore dal *contratto*, sicché egli può rivolgersi direttamente all'assicuratore per ottenere la prestazione, e non già nel senso che il diritto del terzo beneficiario sia del tutto svincolato dalle clausole e dalle pattuizioni contenute nel *contratto* di *assicurazione*. Conseguentemente, l'assicuratore ben può opporre al beneficiario eccezioni ed eventuali clausole limitative previste dal *contratto*, quale l'eccezione di prescrizione del diritto del terzo alla indennità, diritto che, ai sensi dell'art. 2952, co. 2 c.c., si prescrive in un anno dal giorno in cui si è verificato il fatto su cui esso si fonda e non già nell'ordinario termine decennale. Né costituisce fatto idoneo a sospendere il decorso del termine prescrizione la semplice contestazione dell'assicuratore in ordine all'operatività della polizza, circostanza, che al contrario, dovrebbe far determinare l'assicurato a proporre tempestivamente le opportune domande.

5. *Contratto di assicurazione. Reticenza dell'assicurato. Annullamento del contratto.* Art. 1391 c.c. Cass., 10 ottobre 2008, n. 25011 (in CED Cassazione 2009; *Mass.*, 2008, 1424) ha stabilito la conoscenza da parte dell'impresa assicuratrice della reticenza dell'assicurato o dell'inesattezza delle sue dichiarazioni, rilevante ai fini dell'annullamento del contratto di assicurazione, non può essere confusa con quella dei soggetti che

non hanno il potere di rappresentarla, il cui stato soggettivo è irrilevante ai sensi dell'art. 1391 c.c. Nondimeno, non può escludersi che, anche in assenza del potere rappresentativo (come nel caso di espletamento della relativa attività da parte di procacciatore d'affari o agente privo di rappresentanza), possa verificarsi un trasferimento di conoscenze acquisite in relazione al rischio assicurato dall'incaricato alla compagnia di assicurazioni, sua mandante, ma, ai fini del recesso, è necessario che tale trasmissione di conoscenze sia concretamente provata dall'assicurato, anche mediante presunzioni.

6. *Contratto di assicurazione. Art. 1341 c.c. Clausole limitative della responsabilità.* Trib. Roma, 30 ottobre 2008 (Massima redazionale 2008), ha ritenuto che nel contratto di assicurazione le clausole limitative della responsabilità, ex art. 1341 c.c., sono quelle che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o che escludono il rischio garantito, mentre le clausole che riguardano il contenuto e i limiti della garanzia assicurativa e, dunque, specificano il rischio garantito attengono all'oggetto del *contratto*.

7. *Contratto di assicurazione. Garanzia assicurativa. Obbligo dell'assicuratore di corrispondere l'indennizzo.* App. Roma, 4 novembre 2008 (Massima redazionale 2008) ha stabilito, con riferimento al contratto di assicurazione, che qualora le parti abbiano espressamente subordinato l'operatività della garanzia assicurativa all'adozione, da parte dell'assicurato di determinate misure di sicurezza, il giudice non può sindacare la loro concreta idoneità ad evitare l'evento dannoso e la loro inosservanza non fa sorgere l'obbligo dell'assicuratore di corrispondere l'indennizzo, ove l'evento si verifichi indipendentemente da tale inosservanza, e ciò perché non si è realizzato l'oggetto stesso del *contratto* di assicurazioni.

8. *Contratto di assicurazione. Prescrizione ex art. 2952, comma 2 c.c. danno patrimoniale.* App. Roma, 17 novembre 2008 (Massima redazionale 2009) ha stabilito che la prescrizione annuale ex art. 2952, co. 2 c.c., è applicabile nell'ipotesi in cui venga proposta un'azione tesa a tutelare un diritto nascente da un *contratto* di *assicurazione* e non anche allorquando l'attore lamenti la commissione di un illecito che gli ha cagionato, secondo la prospettazione avanzata, un danno patrimoniale.

9. *Contratto di assicurazione. Art. 1919, comma 2 c.c. Morte del terzo.* App. Roma, 9 dicembre 2008 (Massima redazionale 2008) ha stabilito che l'art. 1919, co. 2 c.c. nel subordinare la validità dell'*assicurazione*

sulla vita, contratta per il caso di morte di un terzo, al consenso scritto del medesimo, si riferisce all'ipotesi in cui quest'ultimo si venga a trovare nella posizione di mero portatore del rischio, mentre i benefici del *contratto* assicurativo spettino esclusivamente allo stipulante o a persona da questa designata.

10. *Contratto di assicurazione. Clausola limitante l'importo massimo assicurato rispetto al rischio dell'assicuratore. Natura vessatoria.* Cass., 19 dicembre 2008, n. 29899 (in CED Cassazione 2008; *Mass. Giur. It.* 2008), ha stabilito che in tema di clausole vessatorie, con riferimento a un contratto di assicurazione concluso anteriormente all'entrata in vigore della disciplina, introdotta dalla l. 6 febbraio 1996, n. 52, degli articoli 1469 *bis* e ss. c.c., non era da qualificare vessatoria la clausola che limitava l'importo massimo assicurato rispetto al rischio assunto dall'assicuratore, che, perciò, non necessitava della specifica approvazione scritta di cui agli articoli 1341 e 1342 c.c., poiché essa atteneva alla determinazione di elementi essenziali nel regolamento di interessi che era proprio del contratto di assicurazione e che dava luogo allo stesso.

B. 1) ASSICURAZIONI SOCIALI

11. *Assicurazioni sociali. Assicurazione contro le malattie. Art. 6, par 1 CEDU.* Per Cass., 13 ottobre 2008, n. 25047 (in CED Cassazione 2008; *Mass.*, 2008, 1428) l'art. 20, co. 1, del d.l. n. 112/08, convertito nella l. n. 133/08, ha stabilito che l'art. 6, co. 2, della legge n. 138/43 va inteso nel senso che quando il trattamento di malattia venga corrisposto, per legge o per contratto collettivo, direttamente dal datore di lavoro – con conseguente esonero dell'INPS dall'erogazione dell'indennità – il medesimo non è tenuto al versamento della relativa contribuzione all'istituto. Né può ritenersi che la disposizione si ponga in contrasto con il principio costituzionale di ragionevolezza e con l'art. 117, co. 1, Cost. e, per suo tramite, con l'art. 6, par. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), trovando la diversa distribuzione degli oneri di contribuzione tra datore di lavoro e istituto previdenziale giustificazione nel principio di solidarietà, la cui attuazione costituisce motivo imperioso di interesse generale ed è idonea, nella materia civile, ad abilitare, secondo la stessa giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo anche interventi retroattivi, tanto più ove l'ingerenza della norma investa processi pendenti contro soggetti diversi dallo Stato, imponendone un esito favorevole per la parte privata.

12. *Assicurazioni contro le malattie. Obbligo di versamento dei contributi. Ripetibilità.* Cass., 14 novembre 2008, n. 27162 (in CED Cassazione 2008; *Mass.*, 2008, 1560) ha ritenuto che la norma di cui all'art. 20, co. 1, del d.l. n. 112/08, convertito nella l. n. 133/08, il quale esclude l'obbligo di versamento dei contributi da parte del datore, che abbia corrisposto per legge o per contratto collettivo, anche di diritto comune, il trattamento economico di malattia, con conseguente esonero dell'INPS dall'erogazione della predetta indennità, prevedendo, tuttavia, che restano acquisite alla gestione e conservano la loro efficacia le contribuzioni comunque versate per i periodi anteriori alla data del 1° gennaio 2009, ha portata retroattiva quanto all'obbligo datoriale, mentre non si applica alle contribuzioni già versate, che restano irripetibili, per effetto della seconda parte della citata norma.

13. *Assicurazioni sociali. Rapporto di lavoro giornalistico. Pensione di vecchiaia. Anzianità contributiva.* Per Cass., 1 dicembre 2008, n. 28529 (in CED Cassazione 2008; *Mass.*, 2008, 1643) in materia di lavoro giornalistico, la disciplina della contrattazione collettiva nazionale di categoria e il regolamento dell'INPGI, prevede una forma di pensionamento anticipato, in base ai requisiti dell'età anagrafica di 57 anni e di contribuzione di 360 contributi mensili. Detta fonte, costituendo fonte regolatrice del rapporto inidonea a derogare alla regola generale posta dalla legge (artt. 6 del d.l. n. 791/81, convertito, con modificazioni, nella legge n. 534/82, e 6 della legge n. 407/90) non può escludere, però, la possibilità per il giornalista di avvalersi della pensione di vecchiaia e del conseguenziale diritto, di fonte legale, alla continuazione del rapporto lavorativo sino al compimento dei 65 anni di età, pur se abbia raggiunto la massima anzianità contributiva prevista dal proprio ordinamento di categoria, a condizione che abbia rispetto il termine decadenziale di sei mesi per comunicare all'ente previdenziale la volontà di continuare il rapporto di lavoro.

C) ASSICURAZIONE CONTRO I DANNI

14. *Assicurazione contro i danni. Esigibilità dell'indennizzo. Avvio di un procedimento penale.* Per Cass., 10 ottobre 2008, n. 25014 (in CED Cassazione 2009; *Mass.*, 2008, 1424) in materia di assicurazione contro gli infortuni comprensiva dell'evento morte, quando il pagamento dell'indennizzo al beneficiario presupponga l'accertamento di fatti (nella specie, le cause della morte) già all'esame del giudice penale, è facoltà

delle parti procrastinare consensualmente l'esigibilità del diritto all'indennizzo sino alla definizione del processo penale, con la conseguenza che prima di tale momento non decorre la prescrizione del suddetto diritto.

15. *Assicurazione contro gli infortuni. Previsione della perizia contrattuale. Rinunzia alla tutela giurisdizionale dei diritti.* Trib. Rovigo, 23 ottobre 2008 (Massima redazionale 2008) ha ritenuto che nella clausola di un contratto di assicurazione contro gli infortuni, che preveda una perizia contrattuale è insita la temporanea rinunzia alla tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dal rapporto contrattuale, nel senso che, prima e durante il corso della procedura contrattualmente prevista, le parti stesse non possono proporre davanti al giudice le azioni derivanti dal suddetto rapporto.

16. *Assicurazione della responsabilità civile. Assicuratore del responsabile del danno. Esecuzione della prestazione indennitaria.* Cass., 5 dicembre 2008, n. 28834 (in CED Cassazione 2008; *Mass. Giur. It.*, 2008) ha affermato che in materia di assicurazione della responsabilità civile, il danneggiato non può agire direttamente nei confronti dell'assicuratore del responsabile del danno considerato che egli è estraneo al rapporto tra il danneggiante e l'assicuratore dello stesso, né può trarre alcun utile vantaggio da una pronuncia che estenda all'assicuratore gli effetti della sentenza di accertamento della responsabilità, anche quando l'assicurato chieda all'assicuratore di pagare direttamente l'indennizzo al danneggiato, attenendo detta richiesta alla modalità di esecuzione della prestazione indennitaria.

D) ASSICURAZIONE OBBLIGATORIA RC AUTO

17. *Risarcimento dei danni da sinistro stradale. Clausole imitatrici della responsabilità dell'assicuratore.* Art. 1341 c.c. Trib. Torino, 1° ottobre 2008 (in *Contratti*, 2009, 2, 176) ha ritenuto che la clausola del contratto di assicurazione con la quale si stabilisce entro quali limiti l'assicuratore deve tenere indenne l'assicurato dal danno derivatogli da un sinistro stradale, siccome intesa a precisare l'oggetto del contratto, non rientra tra quelle limitatrici della responsabilità dell'assicuratore, e in quanto tale, non richiede per la sua efficacia la specifica approvazione per iscritto del contraente per adesione ai sensi degli art. 1341 c.c.

18. *Risarcimento dei danni da circolazione stradale. Obbligazione dell'assicuratore. Solidarietà tra assicurato ed assicuratore.* Cass., 7 ottobre 2008, n. 24752 (in CED Cassazione 2009; *Arch. circolaz.*, 2009, 139), ha stabilito che in materia di risarcimento dei danni da circolazione stradale, l'obbligazione dell'assicuratore è contenuta nelle somme costituenti il c.d. massimale di polizza, in quanto la solidarietà esistente tra assicurato e assicuratore ha natura atipica. Da ciò deriva che l'unicità della prestazione non muta la natura indennitaria nei confronti dell'assicuratore, né l'oggetto del contratto di assicurazione, che è l'indennizzo, mentre il debito del danneggiante, di carattere risarcitorio, è illimitato.

19. *Risarcimento dei danni da circolazione stradale. Vittime di sinistri stradali. Impresa designata per conto del fondo di garanzia vittime della strada.* Per Cass., 30 ottobre 2008, n. 22881 (in *Assicurazioni*, 2008, II, 2, 107; *Arch. circolaz.*, 2008, 430) la sentenza pronunciata nel giudizio proposto dalla vittima di un sinistro stradale nei confronti del proprietario e del conducente responsabili del fatto, e privi di copertura assicurativa al momento del sinistro, non spiega alcun effetto nei confronti dell'impresa designata per conto del fondo di garanzia vittime della strada, in quanto l'eccezionale opponibilità a quest'ultima della sentenza pronunciata in un giudizio cui non abbia partecipato è prevista dall'art. 25 della legge n. 990/69 nella sola ipotesi di messa in liquidazione coatta amministrativa dell'assicuratore del responsabile, e sempre che la pendenza della lite sia stata portata a conoscenza dell'impresa designata.

II. BANCA

SOMMARIO: A) *L'impresa bancaria: profili generali.* – 20. Attività bancaria e finanziaria. – 20.1. L'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria come atto non recettizio e principio del silenzio-assenso. – 20.2. Abusiva attività di raccolta del risparmio ed emissione di "warrants su obbligazioni". – 20.3. Abusiva attività bancaria e apertura di conti correnti. – 20.4. Abusiva attività finanziaria. – 21. Vigilanza. – 21.1. Segnalazione alla Centrale dei rischi e accertamento del credito in sofferenza. – 21.2. Fusioni e principio di continuità dei rapporti giuridici. – B) *Depositi bancari.* – 22. Deposito bancario. Esecuzione del contratto. – 23. Libretto di deposito cointestato. Facoltà dei cointestatari. – 24. Deposito bancario. Espropriazione forzata presso terzi e pignoramento di crediti (nullità). – 25. Trasferimento di libretto di deposito e normativa anticiclaggio. – C) *Le cassette di sicurezza.* – 26. Responsabilità della banca. – 27. Prova del danno. – D) *Titoli di credito bancari.* – 28. Assegno bancario emesso in difetto di convenzione di assegno; titolo posto a fondamento dell'azione cartolare: sussistenza. – 29. Pagamento di assegno circolare munito della clausola "non trasferibile" a persona diversa dal beneficiario; responsabilità contrattuale della banca negoziatrice: sussistenza. Prescrizione: termine decennale *ex art.* 2946 c.c. – 30. Assegno bancario; accertamento della continuità delle girate dell'assegno; pa-

gamento a soggetto non legittimato: responsabilità della banca trattaria: sussistenza. Obblighi a carico della banca girataria per l'incasso: identificazione del presentatore dell'assegno nel momento in cui le viene consegnato. – 31. Assegno bancario. Promessa di pagamento *ex art.* 1988 c.c.; *presumptio iuris tantum* dell'esistenza del rapporto sottostante. Onere della prova contraria a carico dell'emittente o del garante. – E) *Crediti speciali*. – 32. Mutuo di scopo. – 32.1. Perfezionamento ed effetti del contratto di mutuo di scopo. – 32.2. Causa del mutuo di scopo. – 32.2.1. Causa del contratto di mutuo di scopo e sua elasticità. – 32.2.2. Mutuo di scopo e credito al consumo. – 33. Credito fondiario. – 33.1. Natura del credito fondiario. – 33.1.1. Estraneità dello "scopo" al credito fondiario. – 33.2. Credito fondiario e fallimento. – 33.2.1. Impiego della disponibilità derivante dal credito fondiario per l'estinzione di passività pregresse. – 33.2.2. Credito fondiario ed estinzione anticipata. – 33.3. Credito fondiario e natura della facoltà per la banca di iniziare o proseguire l'azione esecutiva anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore esecuzione forzata. – 33.4. Credito fondiario e frazionamento.

AJ L'IMPRESA BANCARIA: PROFILI GENERALI

20. Attività bancaria e finanziaria.

20.1. *L'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria come atto non recettizio e principio del silenzio-assenso*. Una banca può esercitare l'attività bancaria e le altre attività finanziarie di cui all'art. 10 t.u.b. solo se richiede e ottiene dalla Banca d'Italia l'autorizzazione di cui all'art. 14 t.u.b. Cass., 25 novembre 2008, n. 2071 (in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Banca, credito e risparmio*, n. 22, in *CED Cass.*, 2008, rv 242358, e in *Diritto & Giustizia*, 2009) si intrattiene sul problema se all'autorizzazione all'attività bancaria si applichi o meno il principio del silenzio-assenso e se l'atto autorizzativo possa o meno configurarsi come atto recettizio. Nel caso di specie, un intermediario finanziario iscritto nell'elenco generale *ex art.* 106 t.u.b. chiede alla Banca d'Italia il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria. Decorsi 90 giorni dalla presentazione della domanda, l'intermediario finanziario comincia immediatamente a esercitare attività bancaria. Decorsi ulteriori 5 giorni, l'intermediario riceve atto di diniego dalla Banca d'Italia, ma l'intermediario prosegue nell'esercizio dell'attività bancaria. All'intermediario finanziario viene allora contestato il reato di abusiva attività bancaria *ex art.* 131 t.u.b. e interviene sentenza di condanna sia in primo che in secondo grado. Con ricorso innanzi alla Suprema Corte, la difesa dell'intermediario così argomenta: la l. n. 241/1990 sul procedimento amministrativo introduce il principio generale del silenzio-assenso; l'art. 4 t.u.b. prevede l'applicazione ai procedimenti amministrativi della Banca d'Italia della l. n. 241/1990 e dei relativi principi generali; il comma 2-*bis* dell'art. 14 t.u.b. attribuisce alla

Banca d'Italia il potere di disciplinare la procedura di autorizzazione; le istruzioni di vigilanza prevedono che la Banca d'Italia rilasci l'autorizzazione entro 90 giorni dalla richiesta; essendo trascorso un termine superiore ai previsti 90 giorni senza che sia stato comunicato un atto di diniego, si deve ritenere operante il principio del silenzio-assenso, con la conseguenza che la condotta posta in essere dall'intermediario dovrà essere interpretata come esercizio di attività bancaria in presenza della dovuta autorizzazione e con la conseguenza che la condotta dell'intermediario non potrà integrare il fatto tipico del reato contestato. Il giudice di legittimità respinge il ricorso per due ordini di motivi. (A) L'autorizzazione di cui all'art. 14 t.u.b. non è un atto recettizio. La notifica dell'atto al suo destinatario non è una fase interna della fattispecie procedimentale, ma una sua fase esterna che produce i soli effetti connessi alla notifica e non anche gli effetti connessi all'adozione dell'atto nel suo complesso. Infatti, le istruzioni di vigilanza collegano il termine di 90 giorni al «rilascio» dell'autorizzazione e non alla sua comunicazione. Nel caso di specie, i giudici di merito hanno accertato che l'intermediario ha effettivamente ricevuto il diniego dopo 95 giorni dalla richiesta, ma hanno altresì accertato che il provvedimento di diniego è stato adottato dalla Banca d'Italia l'89° giorno successivo alla richiesta di autorizzazione e quindi entro i termini previsti dalle istruzioni. (B) L'autorizzazione di cui all'art. 14 t.u.b. non è un atto cui è applicabile il principio del silenzio-assenso. È pur vero che l'art. 4 t.u.b. rinvia alla legge sul procedimento amministrativo, ma è anche vero che l'art. 4 t.u.b. afferma che le norme contenute nella legge sul procedimento amministrativo – e quindi anche il principio generale del silenzio-assenso – si applicano ai procedimenti amministrativi della Banca d'Italia solo «in quanto compatibili». Da questo punto di vista, il giudice di legittimità osserva che proprio l'art. 19 della l. n. 241/1990 prevede che il principio del silenzio-assenso non sia compatibile con quegli atti che richiedono «valutazioni tecniche discrezionali». Siccome il comma 2 dell'art. 14 t.u.b. (che attribuisce alla Banca d'Italia il potere di negare l'autorizzazione nel caso in cui non valuti garantita la «sana e prudente gestione») consente di sostenere che l'autorizzazione all'attività bancaria legittima residuali valutazioni discrezionali, ne segue che quella compatibilità deve essere esclusa. Non solo. Lo stesso art. 20 della l. 241/1990 prevede che sia emanato un regolamento nel quale vengano indicati tutti i procedimenti amministrativi nei quali applicare legittimamente il principio del silenzio-assenso. Ebbene, il regolamento che ne è seguito (recato dal d.P.R. n. 300/1992 e integrato dal d.P.R. n. 407/1994) ha formulato un elenco nel quale l'autorizzazione *ex art. 14 t.u.b.* non è compresa.

20.2. *Abusiva attività di raccolta del risparmio ed emissione di “warrants su obbligazioni”*. Cass., 25 novembre 2008, n. 2071 (in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Banca, credito e risparmio*, n. 22, in *CED Cass.*, 2008, rv 242358, e in *Diritto & Giustizia*, 2009) si occupa anche di stabilire quale condotta integri il reato di abusiva attività di raccolta del risparmio di cui all'art. 130 t.u.b. Come è noto, l'art. 11 t.u.b. afferma che, per raccolta del risparmio, deve intendersi l'acquisizione di fondi con obbligo di rimborso e stabilisce che l'esercizio dell'attività di raccolta del risparmio presso il pubblico è vietata ai soggetti diversi dalle banche, con conseguente configurazione come reato della condotta posta in essere in violazione del divieto. Nel caso di specie, si discute se l'emissione di “*warrants su obbligazioni*” da parte di un intermediario finanziario ex art. 106 t.u.b. possa integrare il fatto tipico del reato di cui all'art. 130 t.u.b. Gli “*warrants su obbligazioni*” sono strumenti finanziari con i quali un soggetto paga un premio per acquistare il diritto di acquistare, entro una data prestabilita, un certo numero di determinate obbligazioni a un predeterminato prezzo di esercizio; se, entro la data fissata in contratto, il valore di mercato delle obbligazioni supera il prezzo di esercizio, il titolare del *warrant* sarà indotto ad acquistare le obbligazioni, mentre, se il valore di mercato delle obbligazioni scenderà al di sotto del prezzo di esercizio, è possibile che il titolare del *warrant* rinuncerà all'esercizio della facoltà di acquisto; chi acquista un “*warrant su obbligazioni*” scommette quindi sul rialzo del valore di mercato delle obbligazioni sottostanti; l'aleatorietà è in definitiva un tratto essenziale del *warrant*. Nel caso in esame, i giudici di merito hanno esaminato la condotta di un intermediario che aveva emesso “*warrants su obbligazioni*” e hanno accertato che, nonostante si fosse in formale presenza degli atipici strumenti finanziari sopra descritti, gli “*warrants su obbligazioni*” emessi dall'intermediario erano sostanzialmente preordinati all'esercizio di raccolta del risparmio presso il pubblico, attività vietata ai soggetti non bancari. Infatti, il contratto prevedeva che l'acquirente pagasse un premio per acquistare il diritto ad acquistare, ad una certa data e a un determinato prezzo di esercizio, un certo quantitativo di obbligazioni emesse dallo stesso intermediario. Il concreto operare del termine entro il quale esercitare il diritto di acquisto e dell'ammontare del prezzo di esercizio faceva sì che, alla data prestabilita, il valore di mercato delle obbligazioni sottostanti (emesse dallo stesso intermediario) fosse necessariamente superiore, anche se di poco, del valore del prezzo di esercizio. Il titolare dello strumento finanziario era quindi necessariamente indotto a esercitare l'opzione e l'aleatorietà tipica del *warrant* veniva inesorabilmente meno. La circostanza è stata interpreta-

ta nel senso di configurare il collocamento dei descritti strumenti finanziari come un'attività di acquisizione di fondi con sostanziale obbligo di rimborso, sostanzialmente maggiorato di interessi, e, in quanto tale, come una manifestazione di attività di raccolta del risparmio presso il pubblico condotta in violazione dell'art. 11 e quindi penalmente rilevante ai sensi dell'art. 130 t.u.b.

20.3. *Abusiva attività bancaria e apertura di conti correnti.* Cass., 25 novembre 2008, n. 2071 (in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Banca, credito e risparmio*, n. 22, in *CED Cass.*, 2008, rv 242358, e in *Diritto & Giustizia*, 2009) si sofferma infine su quale condotta integri esercizio abusivo del credito in vista della contestazione del reato di abusiva attività bancaria di cui all'art. 131 t.u.b.. All'intermediario finanziario protagonista della vicenda processuale in commento è stato infatti contestato che la diffusa attività di apertura di conti correnti integra esercizio abusivo del credito. La difesa dell'intermediario sostiene che l'apertura di conti correnti non è un'attività tipica, ma solo un'attività strumentale all'esercizio dell'attività di prestazione di servizi di pagamento, senz'altro consentita dall'iscrizione all'elenco generale di cui all'art. 106 t.u.b. In realtà, il giudice di legittimità respinge il ricorso in quanto i gradi di merito hanno provato che i conti correnti portavano un saldo attivo stabile di cui gli intestatari disponevano liberamente con possibilità per gli stessi di effettuare versamenti e prelievi per contanti anche a debito. I conti correnti non erano quindi finalizzati soltanto alla prestazione di servizi di pagamento, ma erano strumento per l'esercizio del credito. Ricorrendo tale ipotesi congiuntamente all'ipotesi di abusiva attività di raccolta del risparmio, risultava quindi integrato anche il reato di abusiva attività bancaria *ex* art. 131.

20.4. *Abusiva attività finanziaria.* Cass., 20 novembre 2008 (solo massima, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Banca, credito e risparmio*, n. 21, e in *CED Cass.*, 2008, rv 242591) si occupa dei presupposti idonei a legittimare un sequestro probatorio funzionale alla contestazione del reato di cui all'art. 132 t.u.b., che punisce chiunque eserciti attività finanziarie senza essere iscritto negli elenchi di cui agli artt. 106 e 107 t.u.b. Nel caso di specie, il giudice di legittimità valuta sussistente il *fumus bonis iuris* del reato di cui all'art. 132 nell'ipotesi in cui una s.r.l. presenti all'Ufficio Italiano Cambi (oggi Unità di Informazione Finanziaria della Banca d'Italia) mendaci dichiarazioni in ordine alla ricorrenza del requisito del capitale sociale minimo versato, al fine di ottenere l'iscrizione nel registro degli intermediari. Non solo. La Suprema Corte ritiene che il presupposto idoneo a legittimare il sequestro probatorio sussiste anche

quando la società sia stata iscritta nell'elenco *ex art.* 106 t.u.b, in quanto l'atto amministrativo che ha disposto l'iscrizione è stato emesso in forza di presupposti fattuali inesistenti e, come tale, è suscettibile di essere disapplicato ai sensi dell'art. 5 della l. n. 2248/1865, all. E.

21. *Vigilanza.*

21.1. *Segnalazione alla Centrale dei rischi e accertamento del credito in sofferenza.* Le banche devono segnalare mensilmente alla Centrale dei rischi i crediti verso i clienti di ammontare superiore ai limiti di censimento: tra di essi, vanno annoverati i crediti di ammontare superiore alle soglie monetarie stabilite dalla Banca d'Italia e i cc.dd. «crediti in sofferenza». Trib. Foggia, 15 dicembre 2008 (solo massima, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Banca, credito e risparmio*, n. 41) si occupa di stabilire che cosa si debba intendere per credito in sofferenza. Il giudice di merito richiama il dato testuale delle istruzioni della Banca d'Italia in materia di Centrale dei rischi, che stabiliscono che i crediti in sofferenza sono quelli vantati nei confronti di soggetti che versano in «stato di insolvenza» ovvero in «situazioni sostanzialmente equiparabili»; le istruzioni precisano anche che lo stato di insolvenza non deve necessariamente essere accertato giudizialmente e, come tale, non si identificherà necessariamente con la relativa nozione fallimentare. Ne segue che, affinché una posizione creditoria possa qualificarsi come una sofferenza, è sufficiente che la banca effettui una valutazione negativa della situazione patrimoniale, apprezzabile come deficitaria o di grave difficoltà economica. Non è necessario che si faccia riferimento al concetto di incapienza, decozione o definitiva irrecuperabilità. È invece sufficiente verificare la presenza di una situazione non transitoria che non faccia prevedere la possibilità di una capacità di rientro sicuro. A questo fine, il giudice ritiene possibile tener conto di dati sintomatici quali l'incapacità del debitore di rispettare le scadenze programmate; il rapporto tra l'ammontare del credito e l'ammontare dei versamenti eseguiti; l'inerzia del debitore di fronte a eventuali solleciti; il tempo trascorso tra la maturazione del debito e la sua segnalazione.

21.2. *Fusioni e principio di continuità dei rapporti giuridici.* La disciplina di diritto comune in materia di fusione delle società è posta dagli artt. 2501 ss. c.c. Le fusioni alle quali prendono parte società bancarie sono disciplinate anche dall'art. 57 t.u.b., che le subordina al rilascio di un'autorizzazione da parte della Banca d'Italia quando non contrastino con la sana e prudente gestione. Il tema delle fusioni bancarie è affrontato dal Provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali

del 19 dicembre 2008 (in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Banca, credito e risparmio*, merito extra), il quale è meritevole di segnalazione non tanto per la decisione adottata rispetto al caso concreto posto, quanto per il presupposto utilizzato come fondamento della decisione. Nel caso di specie, a seguito di una fusione per incorporazione tra due banche, la banca incorporante fa istanza al Garante per l'esonero dall'obbligo di rendere ai soggetti interessati della banca incorporata l'informativa relativa al trattamento dei dati personali (art. 13, co. 1, d.lgs. n. 196/2003). Il Garante concede l'esonero e richiede alla banca incorporante di rendere l'informativa attraverso il proprio sito *web* e con comunicazione individualizzata in occasione della prima circostanza utile di contatto, anche per altre finalità. Il Garante motiva il provvedimento sulla base di due presupposti. Il primo concerne la circostanza che l'informativa avrebbe comportato un impiego di mezzi manifestamente sproporzionato rispetto al diritto tutelato (art. 13, co. 5, lett. c, d.lgs. n. 196/2003). Il secondo tiene conto del fatto che il diritto oggetto della tutela è comunque garantito dalla particolare operazione effettuata, in quanto i rapporti giuridici della banca incorporata (e quindi anche i dati personali) non si estinguono e si ricostituiscono nei confronti della banca incorporante, ma proseguono e confluiscono nella banca incorporante senza soluzione di continuità. Il presupposto a fondamento della decisione trova base giuridica nel diritto comune all'art. 2504-bis c.c., che afferma che la società incorporante assume i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione proseguendo in tutti i loro rapporti, e non è derogato dal diritto speciale applicabile alle fusioni bancarie, visto che, anche all'art. 57 t.u.b., si fa riferimento a una specificazione del principio di continuità, quando la norma afferma che «*i privilegi e le garanzie di qualsiasi tipo [...] a favore di banche incorporate da altre banche [...] conservano la loro validità e il loro grado, senza bisogno di alcuna formalità o annotazione, a favore [...] della banca incorporante.*».

B) DEPOSITI BANCARI

22. *Deposito bancario. Esecuzione del contratto.* Trib. Lecce, 1 ottobre 2008 (in *Il Caso.it*, 2008) ha stabilito che, nell'ambito del contratto di deposito bancario, il soggetto tenuto a predisporre gli accorgimenti relativi all'esecuzione del contratto è il depositario e non il depositante. Il dovere di verifica della provenienza del documento di pagamento costituisce una prestazione generale che grava sul depositario in virtù della relativa disciplina negoziale.

23. *Libretto di deposito cointestato. Facoltà dei cointestatari*. Cass., 18 settembre 2008, n. 23844 (in *CED Cassazione*, 2008) ha affermato che la mera cointestazione del libretto comporta l'accensione di un deposito congiunto semplice, su cui ciascun cointestatario, anche se non può agire per l'altro – impedendogli la disciplina della comunione di estendere il proprio diritto sulla cosa comune in danno altrui – può, però, disporre della sua quota ed esigerla, stante la divisibilità dell'obbligazione di denaro (la decisione cassa App. Venezia, 11 marzo 2004).

Sempre in argomento, è intervenuta Cass., 12 novembre 2008, n. 26983 (in *Foro it.*, 2009, 1103) sostenendo che non si configura una liberalità d'uso, né una donazione indiretta in caso di cointestazione di un libretto bancario su cui erano state in precedenza depositate somme di denaro appartenenti a uno solo dei cointestatari, allorquando difetti la prova che, all'atto della cointestazione, il proprietario del denaro non avesse altro scopo che quello di liberalità. Nel caso di specie, è stata confermata la pronuncia di merito secondo cui la cointestataria non proprietaria del denaro originariamente versato non aveva fornito la dimostrazione di un atto volontario e spontaneo di disposizione patrimoniale in suo favore da parte di chi aveva aperto il libretto, in considerazione dell'assistenza morale e materiale ricevuta.

24. *Deposito bancario. Espropriazione forzata presso terzi e pignoramento di crediti (nullità)*. Trib. Bari, 19 novembre 2008 (in *Giur. it.*, 2009, 8) ha stabilito che il recesso del debitore dal contratto di deposito bancario in conto corrente, anteriormente alla notifica dell'atto di pignoramento presso terzi, non è causa di nullità del pignoramento avente ad oggetto il saldo attivo risultante dal deposito medesimo laddove il denaro sia ancora nella disponibilità del terzo, trattandosi di somme da quest'ultimo comunque dovute al debitore.

Al contempo, ha ritenuto che il pignoramento del saldo attivo di un deposito bancario in conto corrente, cointestato a persona estranea al rapporto obbligatorio intercorrente tra debitore e creditore procedente è – in assenza di diversi elementi probatori – affetto da nullità nella parte in cui eccede la metà dell'importo dichiarato dal *debitor debitoris*.

Infine, nella medesima decisione, il tribunale ha affermato che nell'espropriazione presso terzi, le somme erogate al debitore da un ente previdenziale, a titolo di prestazioni pensionistiche, sono pignorabili senza alcuna limitazione allorché siano state accreditate su un deposito bancario in conto corrente, poiché il denaro in esso affluito perde la sua specifica e originaria connotazione causale.

25. *Trasferimento di libretto di deposito e normativa antiriciclaggio.* Trib. Roma, 15 dicembre 2008 (inedita) ha affermato che, ai fini della prevenzione del riciclaggio, ai sensi della legge n. 197/1991, qualora il valore da trasferire è complessivamente superiore a 12.500 euro, è inderogabilmente vietato il trasferimento di denaro contante o di libretti di deposito bancari o postali al portatore o di titoli al portatore, effettuato a qualsiasi titolo tra soggetti diversi, salvo che lo stesso non venga eseguito per il tramite degli intermediari abilitati.

C) LE CASSETTE DI SICUREZZA

26. *Responsabilità della banca.* Cass., 25 novembre 2008, n. 28067 (in *Not.*, 2009, 133), nel confermare la decisione con cui il giudice del secondo grado aveva accertato, conformemente a giurisprudenza tralatizia, la nullità della clausola limitativa del valore delle cose immisibili nella cassetta di sicurezza, per contrasto con la norma imperativa dettata dal citato art. 1229 c.c., ha, tuttavia, ritenuto meritevole di attenzione la tesi difensiva prospettata dalla banca ricorrente (nella specie non accoglibile per una preclusione di ordine processuale), volta a scindere il rapporto sorgente dal contratto di abbonamento alle cassette di sicurezza in due distinte prestazioni (da illustrare allora chiaramente all'utente in un patto aggiunto alle condizioni generali di contratto): una prestazione di base, con cui la banca assumerebbe un obbligo di custodia a fronte del versamento di un canone minimo da parte dell'utente; e una prestazione eventuale, con cui la banca assumerebbe l'obbligo di assicurare i valori depositati a fronte del versamento di un corrispettivo aggiuntivo proporzionalmente crescente con l'aumentare dei valori depositati. In motivazione la Corte avverte, tuttavia, che per poter attribuire alla clausola la funzione di delimitare il massimale del rischio assicurato occorrerebbe elidere dal contenuto del contratto la prestazione di custodia, di modo che la probabilità del verificarsi di eventi pregiudizievoli cessi di dipendere dal comportamento della banca. Non sembra del tutto chiaro, però, se nel pensiero della Corte tale elisione possa ritenersi conseguita attraverso la separazione delle due suddette prestazioni; e comunque rimarrebbe il dubbio che, anche riarticolata come sopra, la clausola possa continuare a contrastare con la funzione del servizio delle cassette di sicurezza quale emerge dal complesso delle altre previsioni contrattuali e, *in primis*, dal vincolo della segretezza delle cose immesse nella cassetta. Inoltre, andrebbe valutato se l'eventuale trasmigrazione del contratto verso il

tipo assicurativo (in più punti richiamato dalla Corte) possa dar luogo a problemi di compatibilità, da un lato, con la disciplina propria di detto tipo (stante la non verificabilità dell'entità del rischio dichiarata dall'utente), e, dall'altro lato, con l'oggetto sociale della banca (stante il divieto per quest'ultima di svolgere attività finanziarie coperte da riserva di legge).

27. *Prova del danno*. Sempre Cass., 25 novembre 2008, n. 28067, cit., ha cassato la sentenza con cui il giudice di secondo grado aveva negato all'utente di provare il contenuto della cassetta attraverso le prove presuntive e il giuramento suppletorio, ritenendo che: a) nel caso di specie il giudice *a quo* dovesse valutare, invece, se la prova presuntiva potesse essere integrata da una circostanziata denuncia alla polizia giudiziaria circa la natura, la qualità e il valore dei singoli oggetti trafugati; dalle deposizioni testimoniali rese da persone di famiglia (attendibili in quanto sono di solito le uniche a poter essere a conoscenza del contenuto riservato della cassetta), relative alla circostanza che gli oggetti erano custoditi in banca; dal fatto che il danneggiato era l'effettivo proprietario degli oggetti che aveva assunto di avere riposto nella cassetta; dalla mancanza, infine, di ogni elemento o indizio in contrario (come l'incompatibilità con le condizioni economiche del danneggiato o con la frequenza e la data dei suoi accessi alla cassetta, in relazione alla data di acquisto dei preziosi ...); b) ai fini dell'ammissibilità del giuramento suppletorio, fosse sufficiente una *semiplena probatio*, mentre il giudice *a quo* aveva negato l'ammissione di tale prova senza fornire alcuna motivazione.

D) TITOLI DI CREDITO BANCARI

28. *Assegno bancario emesso in difetto di convenzione di assegno; titolo posto a fondamento dell'azione cartolare: sussistenza*. Con sentenza del 26 novembre 2009, n. 28219 (in *Corriere giur.*, 2009, 683, con nota di CARRATO) la Cassazione ha affermato che l'assegno bancario emesso in mancanza di convenzione di assegno può essere comunque posto a fondamento dell'azione cartolare del prenditore contro il traente. In motivazione la corte rammenta che gli effetti contemplati nell'art. 2, co. 1, r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736, sono riferiti solo al difetto dei requisiti indicati nell'art. 1 del regio decreto (fra cui la denominazione di assegno bancario, l'ordine incondizionato di pagare e l'indicazione del nome del trattario); mentre del rapporto fra traente

e trattario si occupa l'art. 3 del r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736, il quale dispone esplicitamente che il titolo vale come assegno bancario anche se le prescrizioni ivi contenute (secondo cui l'assegno è tratto su un banchiere e non può essere emesso se mancano i fondi disponibili) non vengano rispettate.

29. *Pagamento di assegno circolare munito della clausola "non trasferibile" a persona diversa dal beneficiario; responsabilità contrattuale della banca negoziatrice: sussistenza. Prescrizione: termine decennale ex art. 2946 c.c.* Nel periodo in rassegna si segnala la pronuncia della Suprema Corte del 24 ottobre 2008 n. 25725 (in *Giur. it.*, 2009, 3, 644, e in *Danno e resp.*, 2009, 846, con nota di SALVATORE; conforme Cass., Sez. Unite, 26 giugno 2007, n. 14712) che ha ribadito che la responsabilità della banca negoziatrice che ha consentito l'incasso di un assegno circolare munito di clausola di non trasferibilità a persona diversa dal beneficiario del titolo (così violando le specifiche regole poste dall'art. 43 r.d. 21 dicembre 1933 n. 1736) ha – nei confronti di tutti i soggetti nel cui interesse quelle regole sono dettate e che, per la violazione di esse, abbiano sofferto un danno – natura contrattuale, sicché l'azione di risarcimento proposta dal danneggiato è soggetta all'ordinario termine di prescrizione decennale stabilito dall'art. 2946 c.c.

30. *Assegno bancario; accertamento della continuità delle girate dell'assegno; pagamento a soggetto non legittimato: responsabilità della banca trattaria: sussistenza. Obblighi a carico della banca girataria per l'incasso: identificazione del presentatore dell'assegno nel momento in cui le viene consegnato.* Secondo Cass., 31 ottobre 2008, n. 26314 (in *Giur. it.*, 2009, 3, 644; conf. Cass., 18 gennaio 2006, n. 871; Cass., 11 febbraio 2008, n. 3187) nel caso di un assegno non munito di clausola di non trasferibilità che sia caratterizzato da una serie di girate in bianco e presentato per la riscossione presso la banca in cui il girante per l'incasso è titolare di un conto corrente, ai sensi dell'art. 38 del r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736 la responsabilità per il controllo della regolarità delle girate grava sulla banca trattaria, e non si estende alla banca girataria che si è limitata a curarne la riscossione quale mandataria all'incasso della banca trattaria. A carico della banca girataria infatti grava soltanto il diverso obbligo di identificazione del presentatore dell'assegno nel momento in cui le viene consegnato.

31. *Assegno bancario. Promessa di pagamento ex art. 1988 c.c.; presumptio iuris tantum dell'esistenza del rapporto sottostante. Onere della*

prova contraria a carico dell'emittente o del girante. App. Roma, 11 dicembre 2008 (*inedita*) ha chiarito nuovamente che nei rapporti diretti tra traente e prestatore e tra girante e immediato giratario, l'assegno bancario deve essere considerato come promessa di pagamento con la conseguenza per cui, ai sensi dell'art. 1988 c.c., esiste una presunzione *iuris tantum* dell'esistenza del rapporto sottostante fino a che l'emittente o il girante non fornisca la prova dell'inesistenza, dell'invalidità o dell'estinzione di tale rapporto.

E) CREDITI SPECIALI

32. *Mutuo di scopo*

32.1. *Perfezionamento ed effetti del contratto di mutuo di scopo*. Con sentenza 3 dicembre 2007, n. 25180 (*Contratti*, 2008, p. 561 e ss. con commento di MARTONE), la Corte di Cassazione torna a pronunciarsi in merito alla disciplina e alla fattispecie del contratto di mutuo di scopo. L'occasione è offerta da un contratto di assicurazione in forza del quale il beneficiario avrebbe avuto diritto, in caso di infortunio o morte, a ricevere, a titolo di indennizzo, una somma calcolata in relazione al saldo di chiusura del conto, costituito presso la banca mutuante, così come risultante alla mezzanotte del giorno precedente quello dell'infortunio (entro un massimale prestabilito). Ragione del contendere è la computabilità o meno, ai fini del calcolo dell'indennizzo, delle somme oggetto di un contratto di finanziamento a valere sul conto corrente del mutuatario-assicurato. Verificatosi l'infortunio, il mutuatario-assicurato chiede che sia computata, ai fini del calcolo dell'indennizzo, la somma oggetto del contratto di mutuo, già stipulato con la banca. Tuttavia, la società di assicurazioni eccepisce la non computabilità delle somme oggetto del contratto di mutuo sostenendo che, alla data dell'infortunio, la banca non aveva ancora erogato il finanziamento.

Il Tribunale di Avezzano, così come la Corte d'Appello dell'Aquila, respingono la domanda del beneficiario sostenendo che in effetti, anche in conformità al contratto di finanziamento, nessuna disponibilità era stata concessa prima del verificarsi dell'infortunio posto che, per il contratto di finanziamento, l'erogazione della somma pattuita era condizionata alla costituzione dell'ipoteca. Alla data dell'infortunio, infatti, l'ipoteca non era stata costituita con la conseguenza che nessuna somma era stata erogata. L'indennizzo, pertanto, doveva essere calcolato al netto della somma oggetto del contratto di finanziamento.

Mentre le corti territoriali argomentano tale conclusione valorizzando, nell'ambito dello schema di un contratto reale quale sarebbe il contratto di specie ai sensi e per gli effetti degli artt. 1813 e ss. del c.c., l'assenza del perfezionamento di un contratto (per mancanza dell'erogazione alla data di riferimento), la Corte di Cassazione giunge alle medesime conclusioni sostenendo che, diversamente, il contratto di mutuo si è invero perfezionato ma a esso non è seguito, in mancanza della condizione (costituzione dell'ipoteca) l'adempimento dell'obbligazione del mutuante. Il Supremo Collegio infatti riqualifica il contratto di finanziamento quale mutuo di scopo, e non quale mutuo tipizzato agli artt. 1813 e ss. c.c.

La Corte afferma, sulla base di una propria consolidata giurisprudenza, che il contratto di mutuo di scopo è un contratto consensuale, oneroso e atipico ove, diversamente dal contratto di mutuo tipico, la consegna di una determinata quantità di danaro costituisce l'oggetto di un'obbligazione del mutuante e non già (come appunto nel contratto di mutuo tipico) un elemento costitutivo del contratto. In questa logica, con l'incontro dei consensi delle parti si perfeziona un contratto ad effetti obbligatori tra i quali, anzitutto, l'obbligo del mutuante di consegnare la somma pattuita. In assenza di tale adempimento non si realizza alcun effetto reale sicché le somme pattuite rimangono nella proprietà del mutuante. In altri termini, «pur se l'erogazione attiene alla fase esecutiva del contratto, la disponibilità giuridica della somma mutuata, da parte del mutuatario, sorge solo quando quest'ultimo può disporre della somma stessa, giacché soltanto da questo momento la somma esce dal patrimonio del finanziatore per entrare in quello del soggetto finanziato (v. Cass. 7116/98)». La Corte quindi osserva che, alla data dell'infortunio, non è corretto sostenere che non si è verificato il perfezionamento di un contratto di mutuo, poiché non si è verificata la *traditio*; è invece corretto sostenere che a quella data si è già perfezionato un contratto di mutuo di scopo che tuttavia, causa la mancanza della *traditio*, non ha comportato l'effetto del trasferimento della proprietà delle somme oggetto del contratto. La Corte precisa infatti che «[n]on può, infatti, sostenersi che la disponibilità giuridica della somma oggetto del finanziamento, da parte del soggetto finanziato, coincida con la sottoscrizione del rogito [il riferimento è anche all'impegno alla costituzione dell'ipoteca: nds] giacché, anche accettando [...] che abbia natura di contratto consensuale il predetto atto negoziale, tale circostanza comporta comunque che, pur in difetto di una materiale *traditio* del denaro, per aversi la disponibilità giuridica della somma mutuata occorre pur sempre la creazione, da parte del mutuante, di un autonomo titolo di disponibilità che giustifichi l'uscita della somma dal suo patrimonio e la contestuale acquisizione

della medesima al patrimonio del mutuatario (v. Cass. 7116/98, già citata), come, ad esempio, secondo la prassi corrente nei rapporti bancari, l'accredito dell'importo del finanziamento sul conto corrente o il deposito sul libretto di risparmio».

Sulla atipicità del contratto di mutuo di scopo e sulla necessità di tenerlo distinto dal contratto di mutuo tipico ai sensi e per gli effetti degli artt. 1813 e ss. c.c. si vedano, da ultime, Cass., 21 luglio 1998, n. 7116, *Contratti*, 1999, p. 373 con commento di GOLTARA (peraltro espressamente richiamata dal Supremo Collegio); Cass., 26 maggio 2002, n. 4327, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce Tributi in genere [610]; Cass., 19 maggio 2003, n. 7773, *Contratti*, 2003, p. 1131 con commento di PERROTTI-GIORGI. In dottrina, si vedano, *ex multis*, RISPOLI FARINA, voce *Mutuo di scopo*, *Digesto discipline civilistiche*, XI, 1994, p. 559; MAZZAMUTO, voce *Mutuo di scopo*, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XX, 1990, 2; TETI, *I mutui di scopo*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Rescigno, XII, 2ª edizione, Utet, Torino, 2007, p. 649.

32.2. *Causa del mutuo di scopo*

32.2.1. *Causa del contratto di mutuo di scopo e sua elasticità*. Trib. Brindisi, 8 luglio 2008 (in *Dir. e pratica società*, 2008, fascicolo 20, p. 62 e ss. con commento di GIANNINI-VITALI), viene richiesto di pronunciarsi in merito alla riconducibilità alla fattispecie del mutuo di scopo di un contratto di finanziamento concluso da una banca al fine di consentire al cliente di utilizzare le somme erogate “per l'acquisto/sottoscrizione[di] strumenti finanziari” (indicati nel contratto: si trattava, in particolare, di contratto avente a oggetto la concessione di un finanziamento per l'acquisto di strumenti finanziari, con obbligo per il cliente di corrispondere una rata fissa e un tasso di interesse del 6,20% su base annua). Il cliente chiede che sia accertata l'invalidità del contratto: il contratto, in questa prospettiva, altro non sarebbe che un contratto di mutuo, e in particolare un contratto di mutuo di scopo, che dovrebbe pertanto consentire al mutuatario di poter sciogliere il rapporto. Soffermandosi su tale eccezione, il Tribunale di Brindisi afferma che la qualificazione del contratto di specie sia quale mutuo sia quale mutuo di scopo non può essere accolta. Con riferimento a quest'ultimo rilievo, il Tribunale osserva che, nel contratto di mutuo di scopo, lo scopo è parte della causa del contratto stesso: nel caso sottoposto, pertanto, non è possibile ravvisare una simile fattispecie posto che la somma (asseritamente) “mutuata” non è in alcun modo messa a disposizione del cliente, neppure con la limitazione di un qualsiasi scopo. Il finanziamento, prosegue il collegio,

«resta sul piano puramente nominale, in quanto, per espressa previsione negoziale (art. 1), esso “sarà esclusivamente utilizzato per l’acquisto/sottoscrizione degli strumenti finanziari indicati ai seguenti punti nn. 2 e 3”». Un contratto siffatto non può integrare la fattispecie del mutuo posto che la causa è da ricercarsi non tanto nel finanziamento di somme di denaro quanto piuttosto nella vendita di particolari strumenti finanziari. Infatti, la vendita di tali strumenti non si perfeziona attraverso l’acquisto immediato e diretto da parte del cliente; essa piuttosto avviene attraverso la concessione di un finanziamento da destinarsi al relativo acquisto. La conclusione cui giunge il collegio brindisino deve essere condivisa quanto all’esclusione dello scopo a maggior ragione se, come nel caso illustrato, esso coincide con attività disciplinata dalla legge (cfr. art. 1, comma 6, lett. c), d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58).

32.2.2. *Mutuo di scopo e credito al consumo*. Trib. Torino, 8 dicembre 2007 (in *Giur. merito*, 2008, 2476, con nota di COLAVOLPE; *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Credito al consumo* [1915], n. 8) ha stabilito che al contratto di finanziamento coincidente con la fattispecie del credito al consumo non sono estendibili i principi elaborati da dottrina e giurisprudenza in materia di mutuo di scopo. Ricondata la fattispecie al credito al consumo non vi è più spazio per altra qualificazione, quale per l’appunto quella di mutuo di scopo. Al credito al consumo è applicabile la disciplina, a tal fine esclusiva, di cui agli artt. 40 e ss. del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. Codice del consumo) e agli artt. 121 e ss. del t.u.b. A ciò consegue che in caso d’inadempimento del venditore, in assenza di un accordo che attribuisce al finanziatore l’esclusiva per la concessione del credito ai clienti del venditore, l’acquirente è privo di legittimazione ad agire nei confronti del finanziatore né è legittimato ad opporgli le eccezioni relative al contratto di compravendita.

33. *Credito fondiario*

33.1. *Natura del credito fondiario*

33.1.1. *Estraneità dello “scopo” al credito fondiario*. È dato ormai da tempo acquisito quello secondo il quale il contratto di mutuo fondiario non debba, perché non possa, essere qualificato come mutuo di scopo. La disciplina del mutuo fondiario, anche anteriore all’entrata in vigore del t.u.b, non offre alcun elemento a sostegno dell’assunto per cui la validità del finanziamento è subordinata ad una destinazione, come potrebbe essere la destinazione a scopo di miglioramento dei fondi sui

quali è costituita l'ipoteca. In questo senso si vedano, almeno, Cass., 11 gennaio 2001, n. 317 (in *Fallimento*, 2001, 1214 con nota di PLENTEDA, *Mutuo di scopo e mutuo fondiario*; in *Giur. it.*, 2002, p. 782, con nota di GRUCCIONE, *La fattispecie del mutuo di scopo nella giurisprudenza*, e in *Contratti*, 2001, 466, con nota di SANTA MARIA; App. Napoli, 12 marzo 2004, in *Giur. nap.*, 2004, 214; in dottrina si vedano almeno, BONFATTI, *La disciplina dei crediti speciali nel «testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia»*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 1015; ABETE, *Mutuo fondiario e mutuo di scopo: brevi riflessioni*, in *Dir. fall.*, 2003, I, p. 1463; e più di recente, anche alla luce delle modifiche introdotte dal c.d. Decreto Bersani *bis*, FALCONE, *Le operazioni di credito fondiario alla luce delle disposizioni del decreto legge n. 7 del 2007, convertito nella legge n. 40 del 2007 (c.d. «Decreto Bersani Bis»)*, in *Dir. fall.*, 2007, I, p. 721.

Conferma ulteriormente tale consolidato orientamento la sentenza resa dalla Corte di Cassazione in data 18 aprile 2007, n. 9243 (in *Giur. civ.* 2008, I, 1243), ove si offre una chiara motivazione a supporto dell'estraneità di uno scopo, o di una destinazione specifica, alla figura contrattuale del mutuo fondiario. Secondo il Supremo Collegio, «[i]l mutuo fondiario, infatti, alla luce di una giurisprudenza consolidata di questa Corte regolatrice (da cui, del tutto immotivatamente totalmente prescindere parte ricorrente) non è mutuo di scopo, poiché nessuna delle norme da cui è regolato impone una specifica destinazione del finanziamento concesso né vincola il mutuatario al conseguimento di una determinata finalità e l'istituto mutuante al controllo dell'utilizzazione della somma erogata, ma si qualifica nella specificità in funzione della prestazione, da parte del mutuatario che sia proprietario di immobili rustici o urbani, di garanzia ipotecaria (in termini, Cass., 11 gennaio 2001 n. 317; conforme Cass., 18 settembre 2003, n. 13768)».

Afferma che al contratto di mutuo fondiario è estranea la presenza di uno scopo, tale da escludere la qualificazione del contratto di mutuo fondiario quale mutuo di scopo, Trib. Latina, 11 agosto 2008 (in *Contratti*, 2008, 1085, con nota di TOSCHI VESPASIANI-FANTECHI, *Mutuo fondiario: contratto a «a scopo di garanzia» tra novazione e nullità per difetto di causa concreta*).

33.2. Credito fondiario e fallimento

33.2.1. *Impiego della disponibilità derivante dal credito fondiario per l'estinzione di passività pregresse.* Trib. Terni, 17 febbraio 2008 (in *Corriere di merito*, 2008, 1135 con nota di VELLA; *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Fallimento* [2880], n. 469) qualifica la struttura negoziale coincidente con

un mutuo fondiario, stipulato al fine di consentire l'estinzione di passività del mutuatario, in seguito dichiarato fallito, verso la banca mutuante, quale fattispecie appartenente alla categoria degli atti o procedimenti indiretti. In quanto tale, e in conformità all'orientamento giurisprudenziale consolidato, la fattispecie integra l'ipotesi di disciplinata dall'art. 67, co. 1, n. 2, l.fall. concernente il pagamento di debiti scaduti con mezzi anormali. Indurrebbe a tale conclusione la circostanza per la quale la specifica destinazione delle somme all'estinzione delle passività pregresse si pone all'esterno della tipica causa negoziale del contratto di mutuo fondiario: il finanziamento, infatti, risulta concesso al solo fine di consentire, in ultima analisi, la sostituzione di un credito chirografario con un credito privilegiato.

A ben più gravi conclusioni giunge, rispetto alla medesima fattispecie, Trib. Latina, 11 agosto 2008, cit. Il collegio ritiene infatti che ove il mutuo, descritto come fondiario, persegua, in concreto, la finalità di trasformare un debito chirografario in credito privilegiato esso, per ciò stesso, risulti, sotto il profilo causale, viziato: «la causa concreta di garanzia pare incompatibile con il tipo legale del mutuo». Prosegue poi il Tribunale, «[l]e parti avrebbero potuto facilmente raggiungere il loro obiettivo con un'apertura di credito e contestualmente costituzione di ipoteca ma hanno utilizzato lo strumento del mutuo ipotecario per perseguire un motivo illecito comune rappresentato dalla costituzione di un'ipoteca per debiti preesistenti non scaduti per ottenere l'applicazione dell'art. 67, co. 1, n. 3, l.fall.». Con queste premesse, la fattispecie si presenta, secondo il Tribunale, «viziata sotto il profilo causale con conseguente nullità ex art. 1418 c.c.».

33.2.2. *Credito fondiario ed estinzione anticipata.* Con sentenza 18 luglio 2008, n. 19978 (in *Fallimento*, 2008, 1385 con nota di SPIOTTA, *I pagamenti anticipati non sempre sono inefficaci*), la Corte di Cassazione torna a esprimersi in merito alla disciplina del rimborso anticipato di un mutuo, avente scadenza coincidente con la data di fallimento del mutuatario o con una data successiva (alla sua dichiarazione di fallimento). Nel caso di specie, la società mutuataria, pochi mesi prima di essere dichiarata fallita, esercitava la facoltà di rimborsare in via anticipata tutte le rate residue del contratto di mutuo fondiario. Ricondotta la fattispecie, *ratione temporis*, alla disciplina del d.P.R. 7/1976, la Corte di appello di Firenze accoglie le istanze della curatela che aveva chiesto la declaratoria di inefficacia del pagamento ai sensi e per gli effetti dell'art. 65, l.fall. e l'ammissione al passivo del correlativo credito in via chirografaria.

La Corte di Cassazione ricorda anzitutto l'evoluzione della "materia" nei propri orientamenti rappresentati, essenzialmente, dalla più risalente sentenza 10 aprile 1969, n. 1153 (in *Foro it.*, 1969, I, 1768; *Banca, borsa, tit. cred.*, 1970, II, 210, con nota di LANZA, *Concetti e preconcetti in tema di rimborso anticipato di mutuo*), seguita da Trib. Milano, 17 maggio 2004 (in *Fallimento*, 2005, 933 con nota adesiva di TARZIA), e dalla più recente sentenza 5 aprile 2002, n. 4842 (in *Foro it.*, 2002, I, 2408, con nota di adesiva di FABIANI; *Fallimento*, 2002, 1322 con nota adesiva di PATTI), "anticipata" da Trib. Napoli, 13 dicembre 2001 (in *Fallimento*, 2002, 1326 con nota di PATTI) e da Trib. Torino, 8 aprile 1992 (in *Fallimento*, 1992, 865). Mentre nella prima sentenza la Corte affermò che (1) la facoltà convenzionalmente attribuita al mutuatario di estinguere anticipatamente il debito costituisce esercizio di un vero e proprio diritto potestativo; (2) a decorrere dall'efficacia della clausola, il debito originariamente dilazionato diviene scaduto e il pagamento non può essere considerato pregiudizievole ai creditori con l'ulteriore conseguenza per la quale tale pagamento non può essere privato di effetti ai sensi dell'art. 65 l.fall. Diversamente, con la seconda più recente sentenza, la Corte ritiene che (1) presupposto per l'applicazione dell'art. 65 l.fall. è, più semplicemente, il fatto oggettivo dell'anticipazione del pagamento rispetto alla scadenza originaria, indipendentemente dalla natura della fonte, legale o convenzionale, della regola che autorizza il pagamento anticipato; (2) l'applicazione dell'art. 65 l.fall., pertanto, non è preclusa da una clausola del contratto di mutuo che concede facoltà al mutuatario di rimborsare anticipatamente il debito; (3) l'art. 65 l.fall. considera il solo fatto, in sé e per sé, del pagamento anticipato.

Con la sentenza in esame, la Corte da un lato conferma la correttezza della decisione adottata nel 2002, precisando tuttavia che l'inefficacia del pagamento anticipato ai sensi dell'art. 65 l.fall. deve essere limitata alla sola ipotesi in cui la facoltà per il debitore sia originata da una regola di fonte convenzionale. Si afferma infatti che «[d]iversamente stanno però le cose quando il diritto di conseguire l'estinzione anticipata del debito e la correlativa cancellazione dell'ipoteca sia accordato al mutuatario direttamente ed inderogabilmente da specifiche disposizione di legge, il rispetto delle quali risulti sistematicamente coerente con la configurazione stessa di quel particolare tipo di mutuo e con l'intento del legislatore di agevolare in tal modo l'erogazione del credito, contemporaneamente assicurando particolari garanzie all'ente mutuante, in vista di un preminente interesse generale. Tale è, appunto, la situazione che si determina con riguardo al mutuo fondiario ipotecario disciplinato dal citato testo unico del 1905 e dal successivo d.P.R. n. 7/1976 [...]». Per la Cassazione

la disciplina e il conseguente assetto di interessi tipici del mutuo fondiario escludono che il pagamento anticipato possa essere rilevante ai sensi e per gli effetti dell'art. 65 l.fall.

Il principio di diritto che pare corretto desumere dalla pronuncia in esame riguarda l'inapplicabilità dell'art. 65 l.fall. tutte le volte in cui il debitore è autorizzato dalla legge al pagamento anticipato, anche al di fuori, pertanto, della figura del credito fondiario: ove è la legge a riconoscere tale facoltà al debitore significa che sono già stati valutati come meritevoli di tutela gli interessi in gioco riferibili non solo alle parti ma anche ai terzi.

33.3. *Credito fondiario e natura della facoltà per la banca di iniziare o proseguire l'azione esecutiva anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore esecuzione forzata.* La stessa Corte d'Appello di Torino, in conformità all'orientamento consolidatosi in giurisprudenza (vedi oltre), con sentenza 10 ottobre 2008 (in *Fallimento*, 2009, 1229 e ss. con nota di MACAGNO, *Rapporti tra esecuzione individuale e concorsuale di credito fondiario: conferme dal legislatore della Riforma*) afferma che, stante la natura meramente processuale del privilegio assegnato agli istituti di credito fondiario ai sensi dell'art. 41 t.u.b, l'assegnazione della somma in sede esecutiva non può che avere natura provvisoria. Rimane fermo, pertanto, l'obbligo d'insinuazione al passivo da parte dell'istituto mutuante per il suo accertamento definitivo nei confronti della massa fallimentare.

Sulla natura processuale del privilegio qui esaminato, si veda Trib. Venezia, 3 febbraio 2004 (in *Foro padano*, 2005, I, 203, con nota di LORCET, in *Giur. banc.*, 2007, par. 1.7.), Trib. S.M. Capua Vetere, 4 maggio 2007 (in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Credito fondiario* [1950], n. 15; *Dir. e giur.*, 2008, 112, con nota di COPPOLA) ove si ribadisce il principio per il quale lo speciale privilegio previsto dall'art. 41, t.u.b ha natura esclusivamente processuale dovendo necessariamente coordinarsi con il sovraordinato principio della *par condicio creditorum*.

33.4. *Credito fondiario e frazionamento.* Si segnala che sull'interpretazione del diritto al frazionamento dell'ipoteca, e alla sua applicazione sotto il profilo soggettivo, Trib. Catania, 10 novembre 2008 (in *Foro it.*, 2009, I, 553) ha giudicato non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, in rapporto all'art. 3 Cost., della l. 6 giugno 1991, n. 175, art. 5, co. 5 nella parte in cui non prevede che la suddivisione del mutuo in quote, e correlativamente il frazionamento dell'ipoteca a garanzia, possa conseguire anche su richiesta del terzo acquirente del bene ipotecato. Per il Tribunale la limitazione di una simile facoltà al

solo mutuatario pregiudica il principio di ragionevolezza costituzionalmente tutelato all'art. 3 Cost. Nella fattispecie, la *ratio* della novella resta all'evidenza quella di tutelare il bene giuridico costituito dalla proprietà (di una porzione) del bene su cui è stata iscritta la garanzia reale, restando irrilevante che l'interesse al frazionamento sia sorto in capo all'originario proprietario dell'immobile (anche mutuatario) piuttosto che al terzo acquirente di una quota (purché suscettibile di essere assoggettata a catastazione) del medesimo bene. Tale disparità, conclude il Tribunale, appare ancora più ingiustificabile a fronte del fatto che il diritto alla suddivisione dell'ipoteca trova oggi esplicita disciplina nella legge.