

Sintesi di giurisprudenza (*) (III e IV trimestre 2009)

INDICE DELLE MATERIE: I. BANCA: A) L'impresa bancaria: profili generali. – B) La crisi dell'impresa bancaria. – C) Titoli di credito bancari. – D) Le cassette di sicurezza. – E) Crediti Speciali.

I. BANCA

SOMMARIO: A) *L'impresa bancaria: profili generali*. – 1. Attività bancaria e finanziaria. – 1.1. Abusiva attività finanziaria e organizzazione. – 1.2. Abusiva attività finanziaria e pubblico. – 2. Vigilanza. – 2.1. Spazio valutativo nella segnalazione dei crediti in sofferenza alla Centrale dei rischi. – 2.2. Vigilanza sulle fondazioni bancarie. – B) *La crisi dell'impresa bancaria*. – 3. Liquidazione coatta amministrativa. Cessione di attività e passività e insinuazioni tardive. – C) *Titoli di credito bancari*. – 4. Pagamento con assegno circolare da parte di soggetto già fallito. – 5. Pagamento con assegno bancario. Cessione *pro solvendo*. – 6. Assegno bancario. Liberazione per pagamento eseguito in assenza di dolo o colpa grave. – 7. Pagamento di assegno bancario sbarato. – 8. Pagamento di assegno bancario contraffatto. Responsabilità della banca

* Settantaduesima 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; 667; 2010, I, pp. 147; 349).

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

Hanno collaborato: ALESSANDRO BENOCCHI (§§ 1 e 2); CRISTINA CAMPAGNA (§ 3); DARIO MARTORANO (§§ 4-9); FILIPPO PARRELLA (§§ 10 e 11); STEFANO BOATTO (§§ 12 e 13).

girataria e della banca trattaria. – 9. Assegno bancario. Protesto. – D) *Le cassette di sicurezza*. – 10. Responsabilità della banca. – 11. Prova del danno. – E) *Crediti speciali*. – 12. Credito fondiario. – 12.1. Credito fondiario e fallimento. – 12.2. Credito fondiario ed esecuzione forzata individuale. – 13. Credito agrario e provvidenze previste dalla l. 30 gennaio 1991, n. 31.

A) L'IMPRESA BANCARIA: PROFILI GENERALI

1. Attività bancaria e finanziaria.

1.1. *Abusiva attività finanziaria e organizzazione*. Cass., 17 settembre 2009, n. 46074 (in *CED Cass. pen. 2009*) si pronuncia in materia di abusiva attività finanziaria ai sensi dell'art. 132 t.u.b.. L'art. 132 afferma che è punito chiunque svolga «una o più delle attività finanziarie previste dall'art. 106, co. 1, senza essere iscritto nell'elenco previsto dal medesimo articolo». Il fatto tipico indicato dalla norma è quindi descritto dall'art. 106, co. 1, che, nella sua versione vigente (quella cioè originata dalle modifiche apportate a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 11/2010 di attuazione della direttiva 2007/64/CE, la c.d. *Payment Services Directive* o PSD), afferma che «l'esercizio nei confronti del pubblico delle attività di assunzione di partecipazioni, di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma e di intermediazione in cambi è riservato a intermediari finanziari iscritti in un apposito elenco» in precedenza tenuto dall'Uic e adesso, a seguito della soppressione dell'Uic ad opera dell'art. 62 d.lgs. 231/2007, tenuto dall'ufficio informazione finanziaria della Banca d'Italia. Ai fini dell'iscrizione nell'elenco e della possibilità di esercitare le attività finanziarie, la norma richiede inoltre che gli intermediari finanziari assicurino la forma di società di capitali o di società cooperativa, un determinato oggetto sociale, un capitale sociale minimo e il possesso da parte dei partecipanti e degli esponenti aziendali di determinati requisiti. La norma richiede quindi che l'intermediario finanziario esprima un certo livello di organizzazione e di professionalità. La condotta punita dall'art. 132 è conseguentemente rappresentata dall'esercizio – abusivo, perché senza iscrizione nell'elenco – della stessa attività finanziaria descritta dall'art. 106. La condotta punita dall'art. 132 è quindi rappresentata da un esercizio abusivo delle attività finanziarie indicate dall'art. 106, che devono essere esercitate non solo nei confronti del pubblico, ma anche in forma professionale e organizzata. In assenza di un certo livello di organizzazione (così come in assenza di una destinazione al mercato) dell'attività finanziaria esercitata senza iscrizione, il fatto tipico del reato non può, in definitiva, considerarsi integrato.

Su questo aspetto, interviene la sentenza in rassegna. Il fatto sottostante vede una persona fisica destinataria di un'ordinanza di custodia cautelare del Tribunale di Catanzaro in ordine ai reati di associazione a delinquere di tipo mafioso e di abusiva attività finanziaria *ex art. 132 t.u.b.* Secondo il Tribunale di Catanzaro, la persona fisica concedeva finanziamenti a tassi usurari e faceva contemporaneamente parte di un'associazione mafiosa. La circostanza che l'attività di concessione di finanziamenti fosse esercitata da chi faceva parte di un'associazione mafiosa faceva ritenere sussistente il requisito dell'organizzazione, necessario all'integrazione del fatto tipico di cui all'art. 132. La persona fisica ricorreva per cassazione per violazione di legge e il giudice di legittimità accoglieva il ricorso argomentando che il convincimento circa la sussistenza del requisito dell'organizzazione era fondato sulla apodittica considerazione che la partecipazione ad una associazione illecita integra di per sé l'elemento "organizzazione". Secondo la Suprema Corte, l'assunto è errato, perché condurrebbe a ritenere che ogni usuraio che contemporaneamente sia affiliato a un sodalizio illecito debba essere chiamato a rispondere non solo dei reati di usura e di associazione a delinquere, ma anche e comunque del reato di abusiva attività finanziaria, a prescindere dalla presenza in concreto degli elementi costitutivi di quest'ultimo reato, rappresentati anche dall'organizzazione e dalla professionalità dell'impresa.

1.2. *Abusiva attività finanziaria e pubblico.* Anche Cass., 16 settembre 2009, n. 2404 (in *CED Cass. pen. 2010*) si occupa dell'art. 132 t.u.b. In quest'ultimo caso, deve essere messo in evidenza che, ai fini della punibilità, l'art. 132 pretende che il soggetto che esercita senza iscrizione le attività finanziarie previste dall'art. 106, co. 1, t.u.b. svolga tali attività «*nei confronti del pubblico*». Ne segue che l'esercizio abusivo delle attività finanziarie non nei confronti del pubblico non integra il reato di cui al combinato disposto degli artt. 106 e 132 t.u.b. Sul punto, interviene la sentenza in commento. Il Tribunale di Catanzaro aveva emesso un'ordinanza di custodia cautelare a carico di un soggetto in ordine al reato di cui all'art. 132 t.u.b. La persona fisica ricorreva in cassazione per violazione di legge e vizio di motivazione perché il fatto tipico richiesto dalla norma penale non risulterebbe integrato: l'attività finanziaria di concessione di finanziamenti esercitata senza iscrizione dall'imputato si sarebbe infatti sostanziata in una unitaria operazione di prestito di denaro a favore di un amico, con la conseguenza che l'attività non avrebbe potuto essere considerata come esercitata nei confronti del pubblico. La Suprema Corte ha accolto il ricorso precisando che la destinazione al mercato e l'esercizio nei confronti del pubblico delle attività finan-

ziarie non sussistono in caso di un solo prestito occasionale in favore di un amico, anche se la valutazione circa la sussistenza del requisito dell'esercizio nei confronti del pubblico non attiene ad una interpretazione quantitativa, ma qualitativa e quindi rivolta a verificare se l'attività sia destinata o meno ad un numero non determinato di persone.

2. *Vigilanza.*

2.1. *Spazio valutativo della banca nella segnalazione di crediti in sofferenza alla Centrale dei rischi.* Trib. Salerno, 25 novembre 2009 (in *Redazione Giuffrè*, 2010), aderisce alle posizioni più volte assunte dalla giurisprudenza di merito e di legittimità già commentate in precedenza in questa rassegna. Merita comunque rammentare ancora una volta 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. La circolare della Banca d'Italia n. 139/1991 contiene 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: tra di essi, vanno sinteticamente annoverati i crediti di ammontare superiore alle soglie monetarie stabilite dalla Banca d'Italia e i cc.dd. «*crediti in sofferenza*». In materia di segnalazione alla Centrale dei rischi, si pone tradizionalmente il problema di stabilire non tanto cosa si intenda per crediti di ammontare superiore alle soglie monetarie, quanto cosa si intenda per «*crediti in sofferenza*». Le pronunce giurisprudenziali si occupano solitamente del problema da due angoli visuali contrapposti. Alcune stabiliscono quando un credito è oggetto di obbligatoria segnalazione e quindi si occupano di fissare "in positivo" il perimetro dello spazio valutativo della banca. Altre stabiliscono quando un credito è stato oggetto di illegittima segnalazione e quindi si occupano di stabilire "in negativo" i limiti di quello spazio di valutazione. La sentenza in rassegna è annoverabile tra quelle di quest'ultimo tipo e conferma che la segnalazione alla Centrale dei rischi non è oggetto di una facoltà, ma di un espresso obbligo giuridico, ma conferma anche che, se la segnalazione è effettuata in assenza dei previsti presupposti, diviene illegittima e costituisce

fonte di responsabilità civile verso il cliente irregolarmente segnalato. Nel caso di specie, una società cita una banca dinanzi al Tribunale di Salerno, in quanto la banca avrebbe segnalato il proprio credito verso la società alla Centrale dei rischi a seguito del recesso da parte della banca dal contratto di conto corrente in precedenza concluso tra la banca e la società a causa del superamento da parte della società di una soglia di esposizione debitoria contemplata dal contratto come giustificato motivo di recesso. Accertata la legittimità del recesso, la società attrice deduceva che il presupposto per la legittima segnalazione alla Centrale dei rischi non poteva comunque essere rappresentata da meri ritardi nei pagamenti, ma doveva essere rappresentata da una situazione complessiva che doveva mostrare uno stato di insolvenza del debitore assimilabile alla nozione fallimentare, che nel caso di specie, non ricorreva. Nel caso di specie, infatti, nonostante il momentaneo stato di difficoltà, la società provava la propria piena attività e il proprio maturo avviamento sul mercato che la rendevano immeritevole di essere segnalata alla Centrale dei rischi e, quindi, legittimata a chiedere condanna al risarcimento dei danni per illegittima segnalazione. Nel giudizio di primo grado in commento, il giudice di merito richiama il dato testuale delle istruzioni della Banca d'Italia in materia di segnalazione alla Centrale dei rischi e, con riferimento all'indicazione dei criteri di garanzia a tutela della clientela debitrice, afferma che l'appostazione a sofferenza di un credito implica una valutazione da parte dell'intermediario della complessiva situazione patrimoniale del cliente e dei suoi rapporti con tutto il circuito bancario, che non può scaturire automaticamente né da un mero ritardo di quest'ultimo nel pagamento del debito, né dall'inadempimento di una singola rata, ma deve essere determinata dal riscontro di una situazione patrimoniale deficitaria, caratterizzata da una grave e non transitoria difficoltà economico-finanziaria equiparabile, anche se non coincidente, con la condizione d'insolvenza.

2.2. *Vigilanza sulle fondazioni bancarie.* T.A.R. Lazio, 4 dicembre 2009, n. 12532 (in *Foro it.*, 2010, 4, 212) riporta il caso di una fondazione di origine bancaria che, avendo dismesso da tempo ogni partecipazione di controllo solitario o congiunto, diretto o indiretto, nella società conferitaria dell'azienda bancaria, comunicava al MEF il passaggio al regime tutorio delle persone giuridiche di cui al libro I del codice civile con conseguente passaggio della vigilanza sulla fondazione dal MEF all'autorità prefettizia. A seguito della contestazione della comunicazione da parte del MEF, la fondazione ricorre al giudice amministrativo per sostenere che la sottrazione della fondazione alla vigilanza del MEF e la

sua sottoposizione alla vigilanza dell'autorità prefettizia derivi dalla sopravvenuta cessazione di qualunque vincolo funzionale e strutturale tra la banca conferitaria e la fondazione conferente, ormai non più qualificabile come fondazione bancaria. Il giudice amministrativo ha accolto il ricorso della fondazione. È vero infatti che l'art. 10, d.lgs. 153/1999 afferma che la vigilanza su una fondazione bancaria spetta al MEF ed è vero che dice che tale vigilanza spetterà al MEF sia prima sia dopo l'eventuale entrata in vigore della attesa riforma delle persone giuridiche del libro I del codice civile; tuttavia, la norma afferma anche che la vigilanza ministeriale permarrà finché la fondazione non avrà dismesso le quote di controllo sulla società bancaria. Il giudice amministrativo illustra quindi come la norma, da un lato, affermi che il MEF è l'autorità preposta a vigilare sulle fondazioni bancarie (ora e poi) ma, dall'altro lato, affermi anche che per le fondazioni ex bancarie è prevedibile un altro regime di vigilanza non necessariamente da assegnarsi al MEF. Ebbene, con l'entrata in vigore del d.P.R. n. 361/2000, sono state introdotte al libro I del codice civile le attese modificazioni anche in tema di vigilanza sulle fondazioni ed è in particolare stato previsto che l'autorità governativa esercita il controllo sulla generalità delle fondazioni. È accoglibile quindi il ricorso della fondazione, in quanto è vero che la norma da ultima citata è *lex posterior* derogante la legge anteriore, ma è anche vero che l'art. 10, d.lgs. 153/1999 è *lex specialis* derogante la legge generale solo limitatamente alla fondazioni ancora bancarie. Le fondazioni di origine bancaria che bancarie non possono più dirsi a causa della sopravvenuta cessazione di ogni collegamento con la società bancaria conferitaria rientrano a pieno titolo tra le persone giuridiche di diritto privato senza fini di lucro che, in accordo con la norma generale successiva, sono da considerarsi sottoposte alla vigilanza dell'autorità prefettizia.

B) LA CRISI DELL'IMPRESA BANCARIA

3. *Liquidazione coatta amministrativa. Cessione di attività e passività e insinuazioni tardive.* Cass., 6 agosto 2009, n. 18013 (in *Il Caso.it*, archivio settembre 2009), affronta la questione relativa alla sorte del credito insinuato tardivamente nello stato passivo della banca in l.c.a., in caso di cessione di attività e passività di quest'ultima ad altro istituto di credito. Nel caso sottoposto all'esame della Corte, un libero professionista aveva proposto opposizione allo stato passivo della procedura di liquidazione coatta amministrativa della banca Sicilcassa SpA, esponendo che il

proprio credito, derivante da prestazioni professionali documentate, era stato escluso dallo stato passivo formato dai commissari liquidatori. Il tribunale di Palermo, con sentenza del 16 febbraio 2001, aveva invece ammesso il credito allo stato passivo della procedura, ritenendo che sussistessero le condizioni per l'ammissione in via tardiva. Ciò nonostante, la Sicilcassa ha sostenuto di non dover rispondere del credito insinuato tardivamente, in quanto tutte le attività e le passività erano state nel frattempo cedute al Banco di Sicilia, obbligatosi a sua volta a soddisfare esclusivamente i debiti della Sicilcassa risultanti dal documento redatto dai commissari liquidatori. Proposto ricorso per Cassazione, la Corte dichiara lo stesso inammissibile, richiamando le disposizioni contenute nell'art. 89 del d.lgs. 385/93, affermando che a seguito dell'atto di cessione di attività e passività al Banco di Sicilia, quest'ultimo è chiamato a rispondere soltanto dei debiti della banca posta in liquidazione coatta amministrativa accertati in sede di verifica dello stato passivo, con esclusione delle insinuazioni tardive e rilevando, altresì, che il ricorso per cassazione era stato proposto oltre il termine ridotto di trenta giorni dalla notifica della sentenza di appello, previsto dall'art. 88, co. 2 del d.lgs. n. 385/93.

C) TITOLI DI CREDITO BANCARI

4. *Pagamento con assegno circolare da parte di soggetto già fallito.* Con sentenza n. 17310 del 23 luglio 2009 (in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Fallimento* [2880], n. 321) la Suprema Corte ha affermato che in caso di emissione di assegno circolare su richiesta di persona già dichiarata fallita, l'inefficacia di tale atto, al pari di quella degli atti che determinano la successiva circolazione del titolo di credito – se compiuti in pagamento di un credito o di un debito del fallito – può essere dichiarata, ai sensi dell'art. 44 l.fall., nei confronti di tutti i creditori solo a seguito di azione promossa dal curatore fallimentare. Si tratta infatti di inefficacia relativa sicché, in difetto di detta azione del curatore, la banca non può sottrarsi al pagamento dell'assegno circolare invocando l'inopponibilità alla procedura concorsuale dei trasferimenti per girata del titolo. Essa infatti, quando emette un assegno circolare, adempie ad un'obbligazione di provvista nei confronti del richiedente e contestualmente assume, ex art. 82 e 83 r.d. n. 1736 del 1933, un'obbligazione cambiaria nei confronti di chiunque risulterà legittimo portatore del titolo, dato che, e sempre che ricorrano le citate condizioni, solo il primo atto è inefficace.

5. *Pagamento con assegno bancario. Cessione pro solvendo.* La Corte di Cassazione ha chiarito (sentenza n. 17749 del 30 luglio 2009, in *Rep. Foro It.*, 2009, voce *Titoli di credito* [6710], n. 31) che in caso di pagamento effettuato mediante assegni di conto corrente, l'effetto liberatorio si verifica con la riscossione della somma portata dal titolo, in quanto la consegna del titolo deve considerarsi effettuata, salva diversa volontà delle parti, *pro solvendo*. Tuttavia, ai fini della prova del pagamento quale fatto estintivo dell'obbligazione, è sufficiente che il debitore dimostri l'avvenuta emissione e la consegna del titolo, incombendo invece al creditore la prova del mancato incasso, la quale, pur costituendo una prova negativa, non si risolve in una *probatio diabolica*, in quanto, avuto riguardo alla legge di circolazione del titolo, il possesso dello stesso da parte del creditore che lo ha ricevuto implica il mancato pagamento.

6. *Assegno bancario. Liberazione per pagamento eseguito in assenza di dolo o colpa grave.* Nel periodo in rassegna si segnala la pronuncia del Tribunale di Roma (sezione VIII, sentenza 22 ottobre 2009, inedita) secondo la quale al pagamento dell'assegno non trasferibile è applicabile il principio dettato dall'art. 1992, co. 2 c.c. che rende liberatorio il pagamento eseguito, senza dolo o colpa grave, in favore di colui che in seguito a diligente identificazione è parso legittimo portatore.

7. *Pagamento di assegno bancario sbarrato.* Secondo la Corte d'Appello di Roma (sezione II, sentenza 15 ottobre 2009, inedita) l'art. 41 del r.d. 21 dicembre del 1933, n. 1736 imponendo alla banca trattaria di pagare l'assegno sbarrato (o ad altro banchiere) o ad un «cliente del trattario» medesimo, intende riferirsi alla persona già a lui nota in virtù di pregressi e reiterati rapporti di affari, tipici del servizio bancario, atteso che la ragion d'essere della clausola di sbarramento riposa proprio in una richiesta di maggiore cautela nell'incasso, che può considerarsi soddisfatta in presenza di un rapporto personale tra banca e cliente. Di conseguenza deve ritenersi insufficiente la pura e semplice apertura di un conto di deposito a risparmio lo stesso giorno del versamento del titolo.

8. *Pagamento di assegno bancario contraffatto. Responsabilità della banca girataria e della banca trattaria.* Secondo la Corte d'Appello di Napoli (sezione IV, sentenza 13 novembre 2009, inedita) il grado di diligenza da valutare ai fini della colpa professionale per responsabilità della banca per il pagamento di assegno contraffatto, è quello di cui all'art. 1176, co. 2 c.c. secondo cui la diligenza deve essere valutata con

riguardo alla natura dell'attività esercitata, venendo in rilievo anche la colpa lieve. Ne consegue che il funzionario della banca (che, quale operatore professionale addetto quotidianamente al pagamento degli assegni, ha una peculiare idoneità ad individuare le possibili contraffazioni del titolo) non deve limitarsi alla mera verifica della identità personale del girante, ma deve controllare anche la regolarità del procedimento di trasferimento del titolo mediante l'opportuno ed attento esame dello strumento cartaceo. Tale controllo rientra infatti nell'ambito del doveroso accertamento della legittimazione cartolare del girante, che costituisce fonte della facoltà di negoziazione del titolo e, per effetto della quale, essa banca diviene mandataria dell'autore della girata. Ciò detto, la banca girataria risponde verso il traente di responsabilità *extracontrattuale* se non ha adottato la diligenza qualificata ad essa richiesta in merito all'incasso di un titolo, mentre sussiste la responsabilità contrattuale della banca trattaria verso il proprio cliente se, a sua volta, è stata negligente nel controllo, in stanza di compensazione, della regolarità del titolo, in quanto se avesse adottato la dovuta diligenza, avrebbe potuto accertare l'irregolarità dell'assegno ed evitare il definitivo accreditamento a favore dell'abusivo presentatore. (Nel caso di specie, si è riconosciuta una responsabilità tanto della banca girataria che di quella trattaria, atteso che, in base agli atti processuali, è emerso come l'assegno in esame presentava alterazioni facilmente individuabili, quali la presenza di un inchiostro più scuro e più calcato rispetto a quello usato dal traente, o modifiche morfologiche e cromatiche della compilazione del titolo le quali costituiscono elementi indiziari gravi e significativi e che, in quanto tali, non sarebbero dovuti passare inosservati a dei funzionari bancari diligenti).

9. *Assegno bancario. Protesto.* Nel periodo in rassegna si segnala la pronuncia della Corte di Cassazione n. 17994 del 6 agosto 2009 (in *Rep. Foro It.*, 2009, voce *Titoli di credito* [6710], n. 36) secondo cui il *dies a quo* per l'elevazione del protesto di un assegno bancario va calcolato con decorrenza dal giorno indicato nell'assegno quale data di emissione, ai sensi dell'art. 32 r.d. n. 1736 del 1933, non rilevando il fatto che l'art. 31 detto decreto preveda l'esigibilità dell'assegno dal giorno della presentazione all'incasso, anche se precedente a quella indicata nell'assegno. Secondo la Corte, tale interpretazione risponde a esigenze di certezza dei rapporti giuridici, atteso che frequentemente l'istituto bancario pagatore e, conseguentemente, il notaio che leva il protesto non conoscono il momento della presentazione all'incasso dell'assegno, anteriore o posteriore alla data del titolo.

D) LE CASSETTE DI SICUREZZA

10. *Responsabilità della banca.* a) Trib. Milano, 18 giugno 2009 (in *Banche dati Utet giur.*), ha ribadito che la clausola limitativa del valore delle cose immissibili nella cassetta di sicurezza costituisce, nell'economia del contratto, una clausola che limita la responsabilità della banca e che è perciò nulla, ai sensi dell'art. 1229 c.c., nell'ipotesi, ricorrente nel caso di specie, in cui il danno derivi da colpa grave della banca stessa. In altra controversia Cass., 30 settembre 2009, n. 20948 (in *Contr.*, 2010, 48) è partita dal medesimo presupposto – sancito dal giudice *a quo* e non contestato dalla banca – per affermare che: a) la nullità rimane confinata alla suddetta clausola, giacché la propagazione della sanzione all'intero contratto ha carattere eccezionale e richiederebbe la prova, non fornita dalla banca, che il contratto, privato della clausola viziata, avrebbe perso per essa ogni utilità; b) la clausola in questione, non delimitando l'oggetto del contratto, non potrebbe neppure influire sull'ammontare del danno prevedibile, cui dover in ipotesi rapportare l'obbligazione risarcitoria ai sensi dell'art. 1225 c.c. (cfr. già, in senso analogo, Cass., 29 luglio 2004, n. 14462, segnalata nella cinquantasettesima puntata della presente *Rassegna*).

Con la medesima decisione la Corte Suprema ha, poi, confermato anche la decisione con cui il giudice di merito aveva escluso la risarcibilità del danno morale dedotto dall'utente della cassetta, rilevando, da un lato, che il c.d. *pretium doloris* non può mai considerarsi *in re ipsa*, ma deve sempre essere specificamente allegato e provato a fini risarcitori, e, dall'altro lato, che l'asserita speciale affezione dell'utente ai beni trafugati (gioielli) era risultata esclusa, nella specie, dalla circostanza che prima del furto questi ne aveva disposto la perizia in vista di una eventuale vendita.

b) Con riferimento al furto di cassette di sicurezza Cass., 4 novembre 2009, n. 23412 (in *Giust. civ.*, 2010, I, 41), dopo avere affermato che tale evento non integra caso fortuito in quanto è prevedibile rispetto alla prestazione di custodia cui si impegna la banca, ha anche ritenuto non censurabile la decisione con cui il giudice *a quo* ha ritenuto non assolto dalla banca l'onere di provare, per liberarsi dalla responsabilità, che tale prestazione fosse divenuta impossibile per causa ad essa non imputabile (giusta il paradigma dell'art. 1218 c.c.), essendo anzi state riscontrate gravi carenze del sistema antifurto, da valutare con riferimento non soltanto al locale in cui sono riposte le cassette, ma anche a tutto il complesso bancario attraverso il quale è possibile accedere alle medesime.

11. *Prova del danno*. a) Cass., 30 settembre 2009, n. 20948, cit., ha ritenuto non censurabile il deferimento del giuramento suppletorio disposto nei gradi di merito del giudizio al fine di stabilire il valore dei beni sottratti, non altrimenti determinabile, in presenza di elementi che consentivano già di ritenere accertata la circostanza del furto degli stessi.

b) Cass., 4 novembre 2009, n. 23412, cit., ha ritenuto non censurabile la scelta del giudice del merito di deferire il giuramento suppletorio al fine di accertare il contenuto dei beni sottratti, stante la sussistenza di una *semiplena probatio* integrata dalla produzione nell'immediatezza dei fatti di una denuncia dettagliata di tali beni, dall'essere l'utente un primario cliente della banca, dall'avere il figlio testimoniato di averlo accompagnato in banca dopo una perizia, ancorché non sia entrato con lui nel *caveau*, e dalla testimonianza di un perito che aveva valutato i preziosi a fini di divisione ereditaria.

E) CREDITI SPECIALI

12. *Credito fondiario*

12.1. *Credito fondiario e fallimento*. Con sentenza resa in data 25 agosto 2009, pubblicata sul sito *www.unijuris.it*, il Tribunale di Gorizia si pronuncia, con riferimento al quadro giuridico costituito dalla legge fallimentare precedente la riforma del 2005-2007, sull'opposizione allo stato passivo in cui il G.D. qualificava un credito derivante da operazione di credito fondiario come chirografario. Ciò in quanto il G.D. aveva accolto l'eccezione formulata dalla curatela in base all'art. 97 l.fall. avente a oggetto «la revoca della garanzia dell'ipoteca ai sensi dell'art. 67 l.fall. n. 3 e/o 4». Nel caso di specie, la banca aveva perfezionato con un soggetto, in seguito dichiarato fallito in estensione, un'operazione di credito fondiario in cui l'ipoteca fondiaria veniva costituita su di un bene già gravato da ipoteca di primo grado. La disponibilità erogata era stata in seguito impiegata dal sovvenuto per estinguere due finanziamenti già erogati dalla medesima banca finanziatrice.

Il collegio, constatato il rispetto di tutti i requisiti di legge previsti con riguardo alle operazioni di credito fondiario (e, in particolare, la durata e i limiti di finanziabilità nel caso di garanzia fondiaria costituita su di un bene già gravato da ipoteca), obietta l'assenza nel provvedimento di ammissione del G.D. di ogni riferimento normativo idoneo a rendere inopponibile al fallimento il finanziamento fondiario.

Secondo il collegio, infatti, l'esclusione del beneficio della esenzione dall'azione revocatoria, affermata dal provvedimento di ammissione del credito, non risultava in alcun modo suffragata da idonee disposizioni legislative. Precisa il collegio che l'eccezione della curatela non fa riferimento all'art. 67, co. 1, n. 2, l.fall., disposto che ben avrebbe potuto essere all'uopo impiegato attesa la destinazione delle somme erogate all'estinzione di passività pregresse, ipotesi, sempre secondo il collegio, da ricondursi, quale negozio indiretto, alla fattispecie dei cc.dd. pagamenti di debiti scaduti ed esigibili non effettuati con denaro o altri mezzi normali di pagamento. Né, prosegue il collegio, vi è alcun riferimento alla nullità del contratto di finanziamento, in ipotesi da ritenersi privo dell'elemento della volontà, in quanto simulato. Sicché, prosegue il collegio, il fatto che, come nel caso in esame, il credito sia stato ammesso allo stato passivo esclude che l'operazione risulti contestata sia nella sua correttezza e complessità (negozio indiretto) sia sotto il profilo della volontà delle parti (simulazione). Da ciò consegue che «se si sia ritenuta la sussistenza del credito (perciò ammesso al passivo del fallimento) sul fondamento del contratto di mutuo (effettivamente voluto, valido, opponibile al fallimento) costitutivo della prelazione ipotecaria, con ciò stesso si riconosce che la garanzia attiene al debito contestualmente creato e il disposto dell'ultimo comma dell'art. 67 l.fall. si oppone alla revoca dell'ipoteca che del contratto di mutuo fondiario costituisce elemento essenziale. Con la conseguenza che, ammesso al passivo del fallimento il credito da mutuo fondiario, doveva necessariamente riconoscersi la prelazione ipotecaria costituita contestualmente alla erogazione del credito». Sulla base di tali premesse, il collegio accoglie il ricorso della banca opponente disponendo che il credito sia ammesso come privilegiato in quanto assistito da garanzia ipotecaria.

Il provvedimento, nel complesso condivisibile quanto alla soluzione adottata, rimane criticabile quanto alle argomentazioni offerte. Esso infatti si adegua, piuttosto acriticamente, a quei noti orientamenti che pretendono di sanzionare l'operazione in esame o come inefficace ai sensi dell'art. 67, co. 1, n. 2 l.fall., ravvisando l'anomalia nella stessa struttura dell'operazione qualificata appunto come negozio indiretto (cfr., da ultimo, e per la giurisprudenza di legittimità, Cass. 20 marzo 2003, n. 4069, in *Il fallimento*, 2004, 635 con osservazioni di BRUSCHETTA; Cass. 18 gennaio 2006, n. 887, in *Giust. civ., Mass.*, 2006, 2; Cass. 6 novembre 2006, n. 23669, in *Il fallimento*, 2007, 651; Cass. 1 ottobre 2007 n. 20622, in *Giust. civ.*, 2008, I, 124; per la più recente giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Terni, 17 febbraio 2008, *Corr. merito*, 2008, 1135, con nota di VELLA;

Trib. Bari, 18 febbraio 2008, in *Il fallimento*, 2008, 611) o come nullo in quanto simulato (Cass. 24 ottobre 1967, n. 2621, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1968, II, 55 con nota di DE MARCHI, *Simulazione nel contratto fondiario*?; Cass. 22 marzo 1994, n. 2742, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, II, 618 con nota di PRESTI; App. Brescia, 21 aprile 2004, in *www.ilcaso.it*; Cass., 29 settembre 1997, n. 9520, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, II, 630, con nota di TARDIVO; Cass., 22 marzo 1994, n. 2742, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, II, 618). Ed infatti, il collegio lascia ampiamente intendere che ove l'eccezione della curatela avesse segnalato uno dei vizi appena illustrati, il ricorso della banca sarebbe stato respinto. Ma da tempo, invero, la dottrina più avveduta (cfr., da ultimo, BONFATTI, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, Vol. I, 672 e ss.) ha messo in evidenza l'assenza di basi giuridiche idonee a giustificare l'una e l'altra delle tesi prospettate. Ed invero, la stessa giurisprudenza, nel preferire la tesi del negozio indiretto, ha finito per abbandonare, se non criticare apertamente, la tesi del negozio simulato.

12.2. *Credito fondiario ed esecuzione forzata individuale*. Con la sentenza 4 settembre 2009, n. 19217, in *Dir. fall.*, 2010, II, 286, con nota di PENTA, *I rapporti tra esecuzione concorsuale ed esecuzione individuale*. *Il credito fondiario*, la Cassazione ribadisce il principio di diritto in forza del quale, anche nel vigore della legislazione in materia di credito fondiario precedente l'entrata in vigore del t.u.b., e coincidente, nella fattispecie, con r.d. 16 luglio 1905, n. 646, artt. 42-55, con d.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7, art. 14 e l. 6 giugno 1991, art. 17, «l'istituto di credito fondiario, al fine di trattenere in via definitiva quanto ricavato dall'esecuzione individuale a copertura del proprio credito, è tenuto ad insinuarsi al passivo del fallimento del debitore, così partecipando alla esecuzione concorsuale». Per il S.C., infatti, le disposizioni in materia di esecuzione forzata del credito fondiario hanno a riguardo la sola fase di liquidazione dei beni e non anche quella dell'accertamento del passivo. Nessuna di tali norme, in definitiva, è idonea a derogare al principio della esclusività della verifica fallimentare di cui all'art. 52 l.fall. Si tratta di principio che il S.C. ha avuto modo di confermare in più circostanze ormai anche con riferimento alla disciplina di cui al t.u.b.: cfr., da ultimo, Cass. 28 maggio 2008, n. 13996, in *Il fallimento*, 2008, 1270.

13. *Credito agrario e provvidenze previste dalla l. 30 gennaio 1991, n. 31*. La Corte di Cassazione, con sentenza 11 settembre 2009, *Arch. Juris data* e in *Red. Giust. civ. Mass.* 2009, 9, ha stabilito che in tema di

credito agrario, con riguardo alle provvidenze di cui all'art. 4 d.l. 6 dicembre 1990 n. 367 convertito in l. 30 gennaio 1991 n. 31, deve distinguersi il diritto alla provvidenza pubblica, il quale sorge, nei confronti del soggetto pubblico, in base alla legge, ed i cui presupposti sono accertati dal soggetto pubblico stesso, dal diritto al credito agrario, il quale, invece, sorge esclusivamente dal negozio di diritto privato concluso nell'ambito di un rapporto paritario tra l'imprenditore agricolo e la banca. In questo senso, prosegue il S.C., non è configurabile, in capo all'imprenditore agricolo richiedente, un diritto potestativo al finanziamento nei confronti dell'istituto di credito, la cui posizione resta, per converso, negozialmente autonoma all'atto di determinarsi o meno alla concessione del finanziamento, non avendo su di essa incidenza alcuna la prevista garanzia del fondo interbancario.