

Sintesi di giurisprudenza * (I trimestre 2010)

INDICE DELLE MATERIE: I. BANCA: A) L'impresa bancaria: profili generali. – B) La crisi dell'impresa bancaria. – C) Le garanzie bancarie. – D) Contratto autonomo di garanzia. – E) I titoli di credito bancari. – F) Crediti speciali.

II. BORSA E MERCATO MOBILIARE: A) Intermediazione mobiliare. – B) Emittenti.

I. BANCA

SOMMARIO: A) *L'impresa bancaria: profili generali*. – 1. Natura giuridica delle fondazioni di origine bancaria e diritto di accesso. – B) *La crisi dell'impresa bancaria*. – 2. Amministrazione straordinaria. – C) *Le garanzie bancarie*. – 3. Azioni esperibili dal fideiussore nei confronti del creditore. – 4. Fideiussione per obbligazioni future o condizionali. – D) *Contratto autonomo di garanzia*. – 5. Contratto autonomo di garanzia,

* Settantatreesima 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; 759).

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: ALESSANDRO BENOCCI (§ 1); CRISTINA CAMPAGNA (§ 2); DARIO MARTORANO (§§ 3, 4, 6, 7 e 8); VINCENZO CARIDI (§ 5); STEFANO BOATTO (§§ 9 - 11); LUCIANO SANTONE (§§ 12 e 13).

polizza fideiussoria e fideiussione “a prima richiesta”. – E) *I titoli di credito bancari*. – 6. Assegno circolare. Clausola di non trasferibilità. – 7. Assegno bancario. Avallo. – 8. Assegno bancario. Falsità delle sottoscrizioni. – F) *Crediti speciali*. – 9. Mutuo di scopo e collegamento negoziale. – 10. Credito fondiario. – 10.1. Credito fondiario e disciplina degli interessi di mora. – 10.2. Credito fondiario ed estinzione delle passività pregresse. – 11. Finanziamenti erogati da pubbliche amministrazioni e giurisdizione.

A) L'IMPRESA BANCARIA: PROFILI GENERALI

1. *Natura giuridica delle fondazioni di origine bancaria e diritto di accesso*. Cons. St., 3 marzo 2010, n. 1255 (in *Pubblica 2010*) si occupa della titolarità o meno in capo agli esponenti di una fondazione di origine bancaria del diritto di accesso disciplinato dalla l. n. 241/1990 e dal d.P.R. n. 184/2006. È necessaria una premessa. La disciplina in materia di cosiddette fondazioni di origine bancaria è il frutto di una stratificazione normativa che, partendo dal d.lgs. n. 356/1990, è passata dal d.l. n. 332/1994, conv. in l. n. 474/1994, fino ad arrivare alla legge delega n. 461/1998 e al successivo d.lgs. n. 153/1999. Con riferimento all'oggetto della rassegna, il d.lgs. n. 153/1999 dispone che le fondazioni bancarie sono persone giuridiche private senza fine di lucro e, come tali, sono dotate di piena autonomia statutaria, ma, dovendo perseguire esclusivamente scopi di utilità sociale, il decreto legislativo ne limita corrispondentemente quella autonomia, indicando alcuni criteri per la adeguata redazione degli statuti, alla cui adozione le fondazioni sono delegate. Agli statuti delle fondazioni e alla relativa libertà statutaria viene rimessa l'individuazione dei settori di specifico intervento, con obbligo, tuttavia, di annoverare tra essi almeno uno tra quelli qualificati dal legislatore come «*rilevanti*» (ricerca scientifica, istruzione, arte, cultura, ambiente, assistenza) e con obbligo, altresì, di destinare ai settori «*rilevanti*» almeno il 50% del reddito complessivo; nel rispetto di questi limiti, gli statuti delle fondazioni sono liberi di individuare anche «*altri fini statutari*» diversi da quelli «*rilevanti*» cui destinare risorse residue, ma sono ancora una volta obbligati ad annoverare, accanto ai settori rilevanti e a quelli statutari liberamente scelti, gli eventuali diversi settori «*previsti da specifiche norme di legge*» cui destinare risorse ulteriormente residue. In ogni caso, le finalità perseguite non possono essere lucrative e devono invece essere di c.d. utilità sociale. Il dato privatistico della natura giuridica delle fondazioni di origine bancaria è accentuato laddove la fondazione abbia dismesso ogni partecipazione di controllo solitario o congiunto, diretto o indiretto, nella società conferitaria dell'azienda bancaria e possa quindi qualificarsi come fondazione ex bancaria. 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 riforma delle persone giuridiche del libro I del codice civile introdotta dal d.P.R. n. 361/2000, sono da considerarsi sottoposte alla vigilanza dell'autorità prefettizia e non più alla vigilanza del MEF. Nel caso di specie, il giudice amministrativo si occupa di stabilire quale natura abbia una fondazione ex bancaria in modo da risolvere la controversia in ordine alla titolarità del diritto di accesso in capo ad un esponente della fondazione medesima. In particolare, la sentenza in commento riporta il caso di Tizio, socio di una fondazione ex bancaria, che ha inviato alla fondazione una richiesta di accesso ad alcuni atti amministrativi. Il fatto si radica tutto nel 2005: la fondazione *de qua* aveva già dismesso le proprie partecipazioni di controllo nella società conferitaria dell'azienda bancaria e la stratificazione normativa sopra indicata può dirsi completata. Sulla richiesta di accesso nasce un contenzioso che viene sottoposto all'attenzione del TAR, il quale riconosce a Tizio il diritto di accesso agli atti della fondazione per due ordini di motivi: in primo luogo, perché la l. n. 241/1990 riconoscerebbe il diritto di accesso nei confronti *«delle pubbliche amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi»* e dunque anche nei confronti di soggettività giuridiche aventi natura privata ma operanti normalmente secondo moduli tipicamente riconducibili all'alveo pubblicistico; in secondo luogo, perché le fondazioni di origine bancaria sarebbero espressamente qualificate come organismo di diritto pubblico dal c.d. Codice dei contratti recato dal d.lgs. n. 163/2006 e, come tali, sarebbero pienamente sussumibili nella categoria degli enti tenuti all'obbligo di trasparenza sotteso alla disciplina dell'accesso. La fondazione ricorre contro la sentenza del tribunale amministrativo regionale e il Consiglio di Stato accoglie il relativo appello per due ragioni. In primo luogo, il Consiglio di Stato contesta che il diritto di accesso debba essere riconosciuto sulla scorta del fatto che la fondazione bancaria, per quanto formalmente privata, sarebbe sostanzialmente riconducibile alla sfera pubblicistica: infatti, il Consiglio di Stato precisa che le finalità perseguite dalla fondazione di origine bancaria, per quanto qualificabili come finalità di utilità sociale, non devono essere confuse con finalità di pubblico interesse; come tali, le attività preordinate al loro perseguimento non devono essere considerate espletamento di funzioni pubbliche; ne segue che il diritto di accesso a Tizio non può essere legittimamente riconosciuto. In secondo luogo, il Consiglio di Stato contesta che il diritto di accesso debba essere riconosciuto perché la fondazione banca-

ria sarebbe qualificabile come organismo di diritto pubblico dal d.lgs. n. 163/2006: infatti, il Consiglio di Stato sottolinea l'entrata in vigore dell'art. 1, co. 10-ter, d.l. n. 162/2008, conv. in l. n. 201/2008, a mente del quale «*ai fini dell'applicazione della disciplina di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, non rientrano negli elenchi degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico gli enti di cui al decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153*»; ai sensi della norma citata, quindi, non rientrano tra gli organismi di diritto pubblico proprio le fondazioni di origine bancaria; il tutto, però, a condizione che le stesse non usufruiscano di «*finanziamenti pubblici o altri ausili pubblici*»; al contrario di quanto rilevato dal giudice amministrativo di primo grado, quindi, è proprio la norma positiva a consentire l'esclusione della qualifica di organismo di diritto pubblico per le fondazioni di origine bancaria; e questa esclusione è a maggior ragione accertabile perché la fondazione appellante ha anche provato l'assenza di qualsivoglia finanziamento pubblico o ausilio pubblico all'esito dell'istruttoria, è infatti risultato che né lo Stato, né altri enti di diritto pubblico, esercitavano alcun controllo sulla gestione della fondazione, né è risultato che gli organi di amministrazione, direzione o controllo fossero costituiti da soggetti designati dalla mano pubblica.

B) LA CRISI DELL'IMPRESA BANCARIA

2. *Amministrazione straordinaria*. TAR Lazio, 31 marzo 2010, n. 06189 (in *Altalex Massimario*, 03/2010, 47) è stato chiamato a pronunciarsi in merito alla questione relativa alla falsa applicazione dell'art. 70 t.u.b., alla violazione del diritto di difesa (art. 24 Cost.) e del principio di uguaglianza sollevata dal Banco di Credito Cooperativo di San Vincenzo La Costa. Nel caso di specie il Ministero dell'Economia e delle Finanze, su proposta della Banca d'Italia, con decreto n. 598 del 27 novembre 2009, ha disposto lo scioglimento degli organi di amministrazione e controllo del Banco di Credito Cooperativo di San Vincenzo La Costa e la sottoposizione dell'istituto alla procedura di amministrazione straordinaria, ai sensi dell'art. 70 t.u.b. La parte ricorrente ha impugnato il decreto, denunciando la violazione e la falsa applicazione dell'art. 24 e 97 Cost. e dell'art. 70 t.u.b., in relazione alla mancanza del presupposto della gravità delle violazioni richiesto dalla norma. Il Collegio ha ritenuto che non vi è stata violazione del diritto di difesa, né del principio di uguaglianza, considerato che la posizione di supremazia che l'ordinamento assegna all'autorità pubblica nell'esercizio delle funzioni di vigilanza e

della questione della crisi degli enti creditizi risponde a canoni di ragionevolezza e alla parità di trattamento (TAR Lazio, 7 febbraio 2005, n. 1087). Il Collegio ha ritenuto infondata la denuncia della parte ricorrente per falsa applicazione dell'art. 70 t.u.b., in quanto nel sistema della disciplina del credito l'osservanza delle disposizioni emanate dalla Banca d'Italia nell'esercizio delle funzioni di vigilanza informativa e regolamentare deve essere assicurata dagli organi di amministrazione e dai dirigenti degli istituti di credito (Cass., 9 dicembre 2004, n. 23012). Dagli atti di causa è risultato che la BCC di San Vincenzo La Costa si è resa autrice di irregolarità e di inosservanze alle istruzioni di vigilanza, tali da giustificare il provvedimento di commissariamento; l'istituto bancario già nel 1996 è stato oggetto di provvedimenti della Banca d'Italia che avevano imposto l'osservanza al limite del 15% del coefficiente di riserva e nell'anno 2006 la stessa BCC è stata sottoposta nuovamente ad ispezione dalla Banca d'Italia, all'esito della quale sono state riscontrate irregolarità tali da irrogare sanzioni pecuniarie al direttore, ai componenti del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale. Il giudice amministrativo ha ritenuto che la proposta di commissariamento della Banca d'Italia si è basata quindi sugli accadimenti ispettivi degli anni pregressi, che hanno rilevato perduranti anomalie negli assetti organizzativi dell'istituto quali ampliamenti di fido a clienti già in difficoltà, carente istruttoria rispetto alla gestione del rischio ed alla capacità di rimborso dei clienti; la Banca d'Italia ha quindi valutato la situazione in termini di rischio eccessivo del credito, tenendo conto della violazione delle istruzioni di vigilanza e dell'inosservanza dei rilievi già effettuati nelle precedenti ispezioni. La parte ricorrente non ha contestato i presupposti di fatto alla base del provvedimento, ma ha sostenuto che la politica di mercato dell'istituto si è basata sul sostegno di attività imprenditoriali con vivaci dinamiche e buone potenzialità, continuando ad erogare credito a clienti in stato di crisi. Il TAR del Lazio ha respinto il ricorso poiché la valutazione della Banca d'Italia non è affetta da vizi di illogicità, irragionevolezza o travisamento dei presupposti di fatto (Cons. St., 5 marzo 2010, n. 1274).

C) LE GARANZIE BANCARIE

3. *Azioni esperibili dal fideiussore nei confronti del creditore.* Nel periodo in rassegna si segnala Cass., 1 marzo 2010, n. 4830 (in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Fideiussione e mandato di credito* [3070], n. 20), secondo la quale il fideiussore non può esercitare, nei confronti del creditore a

favore del quale ha prestato garanzia, un diritto facente capo al debitore garantito, trattandosi di un diritto del tutto estraneo alla propria sfera giuridica (in applicazione di tale principio, la Suprema corte ha confermato la sentenza impugnata, che aveva escluso la *legitimatio ad causam* del fideiussore relativamente all'azione di risarcimento dei danni patiti dal debitore principale per effetto della violazione del dovere di buona fede del creditore).

4. *Fideiussione per obbligazioni future o condizionali*. Secondo Cass., 26 gennaio 2010, n. 1520 (in *Foro it.*, 2010, I, 2137; in *Giur. it.*, 2010, 1618, con nota di PETRAZZINI; in *Riv. giur. sarda*, 2010, 249, con nota di CORRIASÌ) l'obbligo di indicazione dell'importo massimo garantito previsto per le fideiussioni per obbligazioni future o condizionali dall'art. 1938 c.c. (nel testo novellato dalla l. n. 154 del 1992) corrisponde ad un principio generale di garanzia e di ordine pubblico economico ed ha valenza generale, applicandosi anche alle garanzie atipiche (nel caso in esame la Cassazione ha confermato la sentenza della Corte d'Appello di Cagliari che aveva ritenuto applicabile il principio alla lettera di *patronage*).

D) CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA

5. *Contratto autonomo di garanzia, polizza fideiussoria e fideiussione "a prima richiesta"*. Cass. S.U., 18 febbraio 2010, n. 3947 [in *Foro it.*, 2010, I, 2799; *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, 425 ss., con nota di NAPPI, *Un tentativo (non convincente) di definitivamente chiarire la differenza tra fideiussione e Garantievertrag*; in *Giur. it.*, 2010, 2038 ss., con nota di ROCCHIO, *Le garanzie autonome, e in particolare le polizze fideiussorie, viste dalle Sezioni unite*; in *Giust. civ.*, 2010, I, 2488, con nota di PASCIUCCO, *Le polizze fideiussorie e un'occasione di riflessione sulle clausole di pagamento «a prima richiesta»*], chiamata a chiarire la natura del contratto di assicurazione fideiussoria (anche detto, cauzione fideiussoria, assicurazione cauzionale o, più comunemente, polizza fideiussoria), ha avuto modo di precisare i tratti distintivi del contratto autonomo di garanzia (c.d. *Garantievertrag*) rispetto al tipico negozio fideiussorio, prendendo altresì posizione sulla questione delle conseguenze dell'inserimento nella convenzione fideiussoria di una clausola "a prima richiesta" o "senza eccezioni".

In particolare, la questione di cui le Sezioni Unite sono state investite riguardava la legittimità dell'interpretazione come *Garantievertrag* di una polizza fideiussoria, rilasciata in favore di una Pubblica Amministrazione a garanzia dell'esatto adempimento delle obbligazioni assunte con

un contratto di appalto, stante la previsione, all'interno della polizza, del pagamento entro un breve termine dalla richiesta scritta del beneficiario, nonché dell'impegno del debitore a tenere indenne il garante in caso di escussione della garanzia senza possibilità di sollevare eccezione alcuna, e stante altresì la normativa pubblicistica applicabile, secondo la quale il rilascio della polizza fideiussoria era alternativa al rilascio di una cauzione.

Il percorso argomentativo dei Supremi giudici parte dalla sottolineatura di alcune differenze strutturali e funzionali tra polizza fideiussoria e fideiussione *ex art.* 1936 ss. c.c., che in qualche modo costituiscono la cornice nella quale si colloca il contrasto giurisprudenziale che essi sono stati chiamati a risolvere. Quanto alla struttura, in particolare, viene rilevato che, a differenza della tipica convenzione fideiussoria, nella quale il negozio interviene, almeno di norma, tra garante e creditore e senza l'intervento del debitore, la polizza fideiussoria riproduce lo schema del contratto a favore di terzo, del quale sono parte il debitore, quale stipulante, il garante, quale promittente, e rispetto al quale il creditore, quale beneficiario, rimane terzo, sebbene dalla sua adesione discenda, *ex art.* 1411, co. 3, c.c., l'irrevocabilità e l'immodificabilità della garanzia, essendo egli il vero titolare dell'interesse economico sotteso all'operazione, che dunque, pur bilaterale da un punto di vista giuridico, da un punto di vista economico è sostanzialmente trilatera. Quanto alla funzione, invece, viene posto l'accento sulla necessaria onerosità della polizza fideiussoria, di contro alla possibile gratuità della fideiussione. Così delineato il contesto nel quale si colloca la questione controversa, la Corte si sofferma poi a descrivere i due principali orientamenti relativi alla natura giuridica della polizza fideiussoria, partendo da quello che considera quest'ultima un sottotipo della fideiussione codicistica, con la quale condividerebbe la causa, consistente nel garantire l'adempimento della prestazione dovuta al creditore, e dunque la disciplina, a meno di espresse deroghe pattizie (possibili, in particolare, con riferimento al rapporto tra debitore e assicuratore) a favore delle regole vigenti in tema di assicurazione (in questo senso, Cass., 7 luglio 2009, n. 15904, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 18; Cass., 16 novembre 2007, n. 23786, in *Rep. Foro it.*, voce *Contratto in genere*, n. 343; v. tuttavia, nel senso dell'applicabilità della disciplina sull'assicurazione, in particolare per quanto riguarda la prescrizione delle rate di premio, Cass. n. 14656/2002). Nel descrivere il secondo orientamento, la Corte sottolinea, invece, come, in alcune sentenze, la polizza fideiussoria sia considerata una garanzia atipica mediante la valorizzazione del fatto che, stante l'infungibilità dell'obbligazione garantita (*in est*: l'obbligazio-

ne dell'appaltatore), a differenza della fideiussione, essa non riveste una funzione satisfattiva, bensì indennitaria. La polizza fideiussoria, secondo questa tesi, non mirerebbe a garantire l'adempimento dell'obbligazione principale, ma a tenere indenne il creditore dall'inadempimento di tale obbligazione, sganciando per tale via l'obbligazione del garante da quella del debitore, con il conseguente venir meno del rapporto di accessorialità dell'una rispetto all'altra, che invece caratterizza la fideiussione propriamente detta (tra le altre, Cass., 4 giugno 2009, n. 12871, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 16; Cass., 21 maggio 2008, n. 13078, *ivi*, voce cit., n. 30). Dal che, sotto il profilo disciplinare, discenderebbe la possibilità di applicare ora la normativa in tema di fideiussione ora quella in tema di assicurazione a seconda delle caratteristiche tipologiche rintracciabili nella concreta trama contrattuale.

Questo essendo il contrasto giurisprudenziale da risolvere, la Corte osserva come le segnalate problematiche interpretative rievocano quelle proprie del *Garantievertrag*. In effetti, pur essendovi diffuso consenso sul fatto che il contratto autonomo di garanzia si differenzi dalla fideiussione per la mancanza di accessorialità tra obbligazione del garante e obbligazione principale, rimane controverso, anche nella giurisprudenza della Cassazione, al ricorrere di quali elementi si possa sostenere di essere in presenza di una tale figura. In particolare, manca consenso su quale sia l'impatto generato dall'innesto in una convenzione di garanzia della clausola "a prima richiesta" o di clausole equivalenti. Ora, proprio su questo versante, la problematica del *Garantievertrag* assume rilievo anche in relazione alla questione della qualificazione della polizza fideiussoria. Quest'ultima figura contrattuale, infatti, alla luce della disciplina pubblicistica applicabile, si caratterizza proprio per la ricorrenza di clausole del tipo "a prima richiesta" e più in generale di elementi astrattamente idonei a parlare di garanzia atipica. Per essere più chiari, l'art. 75 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006), dettando una disciplina di poco diversa da quella previgente ed applicabile *ratione temporis* al caso portato all'esame dalla Corte, stabilisce che l'impresa che intenda presentare un'offerta a fronte di un bando di gara o di un invito ad offrire deve produrre una garanzia, alternativamente, sotto forma di cauzione in contanti o in titoli di Stato ovvero sotto forma di fideiussione; e se sceglie la fideiussione quest'ultima deve espressamente prevedere tanto la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, quanto la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, co. 2, c.c. quanto infine l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante.

Proprio in relazione alla segnalata connessione tra le problematiche interpretative del *Garantievertrag* e quelle della polizza fideiussoria, la Corte, per un verso, precisa quale sia il discrimine tra il contratto autonomo di garanzia e la fideiussione, e, per altro verso, prende posizione sulle conseguenze che debbono farsi discendere dall'inserimento in una convenzione di garanzia di una clausola "a prima richiesta" o similari. Sul primo versante, i Supremi giudici sostengono che, ferma la possibilità che la convenzione fideiussoria sia resa atipica per effetto dell'inserimento di clausole tese a incidere sul pagamento da parte del garante, i tratti distintivi del negozio fideiussorio rispetto al contratto autonomo di garanzia (c.d. *Garantievertrag*) sono da ricercarsi sul versante delle possibilità di rivalsa del garante quando il beneficiario abbia indebitamente incassato il pagamento. Secondo la Suprema Corte, infatti, mentre, nella fideiussione, stante il rapporto di accessorialità che lega l'obbligazione del garante a quella del debitore principale, il primo potrà sempre agire nei confronti del beneficiario, nel contratto autonomo di garanzia, l'unica azione a disposizione del garante sarà nei confronti del debitore garantito, il quale sarà l'unico legittimato ad agire contro il beneficiario per far valere l'indebito incasso. Sul secondo versante, assumendo una posizione non esattamente in linea con la distinzione appena prospettata, il Supremo collegio respinge l'orientamento maggioritario, secondo il quale al di là delle clausole inserite nel contratto ciò che rileva è il profilo funzionale del negozio, che dunque sarebbe qualificabile come contratto autonomo di garanzia solo se finalizzato a tenere indenne il creditore dal rischio dell'inadempimento (cfr., tra le altre, Cass., 3 marzo 2009, n. 5044, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 20), dichiarando invece di aderire all'orientamento secondo il quale l'inserimento di una clausola "a prima richiesta" o di una clausola a questa equivalente, essendo incompatibile con il principio di accessorialità che caratterizza la fideiussione, è di per sé sufficiente a determinare la migrazione dal tipo fideiussorio al *Garantievertrag* e conseguentemente a precludere al garante l'opponibilità di tutte le tipiche eccezioni fideiussorie (in questo senso si sono espresse, tra le altre, Cass., 17 gennaio 2008, n. 903, in *Foro it.*, 2008, I, 1125; Cass., 27 giugno 2007, n. 14853, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 15). Argomentazione questa che, a ben vedere, sarebbe stata sufficiente a risolvere anche e proprio il contrasto giurisprudenziale in ordine alla natura giuridica della polizza fideiussoria, e per risolverlo, in particolare, nel senso che la polizza fideiussoria ha natura di negozio atipico di garanzia, tanto più quando essa, come nel caso portato all'esame dei supremi giudici, è utilizzata per garantire l'obbligazione dell'appaltatore

di opere pubbliche. Come si è detto, infatti, in questo caso la presenza di una clausola che prevede il pagamento a prima richiesta è imposta dalla legge. Ciò non di meno, nell'enunciazione del principio di diritto la Corte ha ritenuto di giustificare la natura di garanzia atipica della polizza fideiussoria stipulata per garantire le obbligazioni di un appaltatore sulla base dell'argomento funzionale in virtù del quale, in questo caso, stante l'infungibilità dell'obbligazione garantita, non vi è coincidenza tra quest'ultima e quella cui è tenuto il garante.

E) TITOLI DI CREDITO BANCARI

6. *Assegno circolare. Clausola di non trasferibilità.* Nel periodo in rassegna si segnala Cass., 31 marzo 2010, n. 7949 (in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Titoli di credito* [6710], n. 14), la quale ha ribadito che l'art. 43, co. 2, r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736 (applicabile anche all'assegno circolare in forza del richiamo contenuto nel successivo art. 86) – nel prevedere che la banca che abbia effettuato il pagamento dell'assegno “non trasferibile” in favore di persona diversa dal legittimato, non è liberata dalla propria obbligazione finché non paghi nuovamente l'importo dell'assegno all'ordinatario esattamente individuato (o al banchiere giratario per l'incasso), e ciò a prescindere dalla sussistenza dell'elemento della colpa nell'errore sulla identificazione del beneficiario – costituisce una deroga sia alla disciplina generale dettata dall'art. 1992 c.c. per il pagamento dei titoli di credito a legittimazione variabile, sia all'art. 1189 c.c. che, in tema di obbligazioni, dispone la liberazione del debitore adempiente in buona fede in favore del creditore apparente (conformi: Cass., 9 febbraio 1999, n. 1098; 12 marzo 2003, n. 3654; 13 maggio 2005, n. 10118; 25 agosto 2006, n. 18543; Cass. S.U., 26 giugno 2007, n. 14712).

7. *Assegno bancario. Avallo.* Secondo Cass., 31 marzo 2010, n. 5086 (in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Titoli di credito* [6710], n. 10), la garanzia prestata dal terzo con la sottoscrizione per avallo di un assegno bancario non si estende automaticamente al rapporto causale intercorrente tra creditore e debitore principale. Ne consegue che la garanzia cessa nel caso di prescrizione dell'azione cartolare e non può essere invocata dal creditore che esercita l'azione causale. La garanzia si estende invece all'adempimento del debito portato dall'assegno o a quello risultante da un rapporto causale sottostante laddove, alla dichiarazione di avallo, si affianchi una promessa extracambiaria. In tale ipotesi l'esistenza di tale obbligazione fideiussoria non è desumibile, in via presuntiva, dalla sola

dichiarazione di avallo, dovendo essere fornita la prova di una volontà espressamente diretta ad assumerla, in conformità di quanto previsto all'art. 1937 c.c. (Conformi: Cass., 15 febbraio 2005, n. 3031; Cass., 11 settembre 1997, n. 8990; Cass., 3 dicembre 1988, n. 6554).

8. *Assegno bancario. Falsità delle sottoscrizioni.* In materia di falsità delle sottoscrizioni apposte sugli assegni, Trib. Bologna, 25 gennaio 2010 (inedita), ha sostenuto che la banca trattaria alla quale sia presentato per l'incasso un assegno bancario, ha il dovere di onorarlo laddove l'eventuale irregolarità dei requisiti esteriori non sia rilevabile con la normale diligenza inerente all'attività bancaria e coincidente con la diligenza media. Ne consegue che gli impiegati di banca preposti al pagamento degli assegni, non sono tenuti a dotarsi di una solida competenza in materia grafologica, essendo tenuti a rilevare sul titolo pagato difformità morfologiche o strutturali della scrittura oppure cancellature visibilmente apparenti o accertabili con media capacità e normale buon senso.

F) CREDITI SPECIALI

9. *Mutuo di scopo e collegamento negoziale.* Cass., 16 febbraio 2010, n. 3589 (in *Contratti*, 2010, 500 ss., con nota di ROMEO, *Mutuo di scopo, risoluzione del contratto di compravendita e restituzione della somma mutuata*) si è pronunciata in merito agli effetti derivanti dalla risoluzione di un contratto di compravendita sul contratto di finanziamento per mezzo del quale veniva garantita la disponibilità al pagamento del prezzo. In particolare, una società finanziaria aveva accettato di concedere a due persone fisiche un finanziamento ciascuno, finanziamento in entrambi i casi destinato a soddisfare il pagamento del corrispettivo di due contratti di compravendita stipulati con una terza società venditrice. Gli acquirenti chiedevano ed ottenevano la risoluzione dei contratti di compravendita con la società venditrice e sospendevano il pagamento delle rate dei rispettivi finanziamenti. La società finanziaria, erogatrice dei finanziamenti, eccettava il contenuto delle clausole di finanziamento secondo le quali anche in caso di risoluzione del contratto di compravendita collegato il mutuatario sarebbe rimasto obbligato al pagamento delle rate del mutuo. Tuttavia, confermando le sentenze rese in entrambi i giudizi di merito, la Cassazione afferma il principio di diritto in base al quale, esclusa la configurabilità di un contratto di credito al consumo (la cui disciplina è entrata in vigore successivamente alla conclusione

dei contratti in questione), «nell'ipotesi di contratto di mutuo in cui sia previsto lo scopo del reimpiego della somma mutuata per l'acquisto di un determinato bene, il collegamento negoziale tra gli anzidetti contratti, per cui il mutuatario è obbligato all'utilizzazione della somma mutuata per la prevista acquisizione, comporta che della somma concessa in mutuo beneficia il venditore del bene, con la conseguenza che la risoluzione della compravendita del bene, che importa il venir meno dello stesso scopo del contratto di mutuo, legittima il mutuante a richiedere la restituzione della somma mutuata non al mutuatario, ma direttamente ed esclusivamente al venditore (Cass., n. 7773/2003, 5966/2001, 7118/1998, S.U. 474/1994). Ciò in quanto [...] il collegamento tra più contratti tra loro interdipendenti per il raggiungimento di un fine ulteriore che supera i singoli effetti tipici di ciascun atto collegato, da luogo ad un unico regolamento di interessi, che assume una propria, diversa rilevanza causale (cfr., *ex plurimis*, Cass., n. 9447/2007) in relazione alla sintesi degli interessi (cd. causa concreta) che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (Cass., n. 10490/2006)».

In questo senso si esprimono le recenti pronunce rese da Trib. Firenze, 28 febbraio 2005 e App. Milano, 13 ottobre 2004, in *Giur. banc.* 2005-2007, sezione *Mutuo di scopo*, ove ulteriori riferimenti e Trib. Roma, 21 gennaio 2008, in *Giur. banc.*, 2007-2009, sezione *Causa del mutuo di scopo*.

10. Credito fondiario.

10.1. *Credito fondiario e disciplina degli interessi di mora.* Trib. Ascoli Piceno, 5 febbraio 2010 (in *Giur. Merito*, 2010, 1559) è intervenuto sulla questione concernente la disciplina cui ricondurre il calcolo degli interessi, in seguito ad esecuzione forzata individuale, il cui titolo sia costituito da un contratto di mutuo fondiario disciplinato dal r.d. 16 luglio 1905, n. 646. Il Tribunale marchigiano, conformemente a quanto di recente stabilito dalla Corte di Cassazione (Cass., 5 maggio 2009, n. 10297 in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Credito fondiario* [1950], n. 1 e in *Giur. banc.*, 2007-2009, §. 2.5.2.) afferma che, ricondotto il mutuo fondiario al r.d. 646/1905, il mancato pagamento di una rata di mutuo comporta l'obbligo di corrispondere gli interessi di mora sull'intera rata, inclusa la parte che rappresenta gli interessi di ammortamento, dovendosi attribuire prevalenza a tale normativa speciale rispetto alla previsione generale contenuta nell'art. 2855 c.c. che prevede rigorosi limiti quanto agli effetti dell'iscrizione ipotecaria sugli interessi dovuti.

È noto, d'altra parte, come la prevalente giurisprudenza di merito (cfr. Trib. Bergamo, 17 novembre 2005, in *www.ilcaso.it* e in *Giur. banc.* 2007-2009, sezione *Credito fondiario ed esecuzione forzata*; Trib. Milano, 9 settembre 2003, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, II, 64; Trib. Napoli, 8 giugno 2001, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, II, 90) neghi all'art. 55 del r.d. 646/1905 la natura di norma speciale rispetto all'art. 2855 concludendo quindi per la prevalenza di quest'ultimo non solo, come sostenuto anche dalla cassazione suindicata, nell'ambito di una procedura concorsuale ma anche nell'ambito di una procedura esecutiva individuale.

10.2. *Credito fondiario ed estinzione di passività pregresse.* Trib. Latina, sez. distaccata di Terracina (consultabile su *www.ilcaso.it*), con sentenza resa in data 16 dicembre 2009, si pronuncia in merito alla validità di contratti di mutuo fondiario ove la provvista viene impiegata dalla banca mutuante al fine di estinguere debiti preesistenti dei mutuatari nei confronti della medesima banca. I mutuatari, realizzato che la banca successivamente all'accreditamento della disponibilità presso i relativi conti correnti aveva proceduto ad imputarla all'estinzione di debiti preesistenti verso il medesimo istituto, eccepivano, in particolare, che i contratti di mutuo fondiario erano simulati e/o nulli per difetto di causa con la conseguente inesistenza delle relative ipoteche.

Il Tribunale, anzitutto, respinge l'eccezione sollevata dagli attori relativa alla mancata conclusione dei contratti di mutuo fondiario, eccezione asseritamente giustificata dal mancato conseguimento della disponibilità delle somme mutate da parte dei mutuatari. Il Tribunale, seguendo il principio di diritto fissato da Cass., 12 ottobre 1992, n. 11116, ritiene sufficiente al perfezionamento del mutuo la giuridica disponibilità delle somme mutate, condizione questa che si realizza anche con il solo accreditamento delle stesse presso il conto corrente del mutuatario. Il giudice di prime cure, inoltre, rigetta l'eccezione avente a oggetto la simulazione ritenendo, conformemente alla giurisprudenza di merito più recente, che le parti avevano dimostrato di voler concludere un contratto di mutuo fondiario non già un diverso negozio dissimulato.

Il Tribunale, invece, accoglie l'eccezione fondata sull'invalidità del negozio, sembra, per illiceità della causa. Il giudice di prime cure infatti ritiene che un contratto di mutuo la cui unica funzione sarebbe quella di concedere al mutuatario una garanzia reale su un debito, di fatto, rimasto invariato, risulta privo della causa tipica, quella di finanziamento. Secondo il Tribunale, infatti, non vi sarebbe causa di finanziamento neppure nell'effetto coincidente con la trasformazione delle scadenze

rispetto al precedente debito, rappresentando tale circostanza un elemento accessorio della fattispecie.

Si tratta di una decisione sulla cui correttezza è lecito nutrire dubbi. Il Tribunale trae conforto per la tesi della nullità dalla giurisprudenza fallimentare espressasi con riguardo alle operazioni di ristrutturazione del debito verso imprese poi dichiarate fallite. Ma è agevole obiettare che quella giurisprudenza ha da tempo abbandonato la soluzione della nullità del contratto, non riuscendo ad identificare nell'operazione in esame il motivo di nullità; per ciò preferendo la soluzione, peraltro non esente da critiche, della qualificazione del negozio come mutuo ordinario da ricondurre alla disciplina dell'art. 67, co. 1, n. 2, l.fall. (in questo senso si esprime la giurisprudenza della Corte di Cassazione: cfr., *ex multis*, Cass., 1 ottobre 2007, n. 20622 in *Giust. civ.*, 2008, I, 124 e ss. e in *Il Fallimento*, 2008, 95). Per un'illustrazione, ancorché schematica della questione, si veda *Giur. banc.*, 2007-2009, sezione Credito fondiario e fallimento. Per una critica all'impostazione in parola, si veda, almeno, BONFATTI, *Atti a titolo oneroso, pagamenti e garanzie*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia e Panzani, Torino, 2009, Vol. 1, p. 670 e ss.

11. *Finanziamenti erogati da pubbliche amministrazioni e giurisdizione*. Una società aveva ottenuto dal competente Consorzio per l'area di sviluppo industriale, riconducibile al Ministero delle Attività produttive, un finanziamento per la costruzione di uno stabilimento. A seguito del fallimento della società beneficiaria, sul presupposto della sopravvenuta impossibilità per quest'ultima a svolgere l'attività cui la legge riconosce la natura di requisito per la concessione del finanziamento, il Consorzio revocava il finanziamento. Il TAR respingeva il ricorso presentato dalla curatela. Sul ricorso avverso la pronuncia di primo grado si esprime il Cons. St., 11 gennaio 2010, n. 3 (in *www.giustizia-amministrativa.it*), il quale respinge il ricorso della curatela qualificando la materia come riconducibile alla giurisdizione ordinaria. Ciò in quanto, precisa il Consiglio di Stato, in materia di provvedimenti a contenuto revocatorio incidenti su contributi, finanziamenti e sovvenzioni erogate da Pubbliche Amministrazioni, si è formato un orientamento secondo il quale occorre tenere distinto il momento «statico» della concessione del contributo rispetto a quello «dinamico» individuabile nell'impiego del contributo medesimo. Secondo questo orientamento, spettano alla giurisdizione del giudice amministrativo questioni concernenti la revoca, la decadenza o il ritiro del contributo in quanto atti manifestanti il potere di autotutela amministrativa. Diversamente, spettano alla giurisdizione del giudice ordinario le questioni concernenti le modalità di utilizzazione del contributo

e il rispetto degli impegni assunti essendo tali questioni riconducibili a posizioni di diritto soggettivo. A questa seconda ripartizione andrebbe pertanto ricondotta la questione sottoposta al Consiglio di Stato «essendo in contestazione il provvedimento con cui l'Amministrazione ha revocato il contributo a seguito ed in ragione del fallimento della società che ne aveva beneficiato, implicante la sopravvenuta impossibilità della stessa società di svolgere l'attività produttiva cui la legge riconnette la concessione del beneficio».

Per una pronuncia conforme si veda Cons. St., 29 ottobre 2008, n. 5415, in *Juris data*, *Archivio*.

II. BORSA E MERCATO MOBILIARE

SOMMARIO: A) *Intermediazione mobiliare*. – 12. Servizi ed attività di investimento. – 12.1. Forma dei contratti. – 12.2. Operatore qualificato. – 12.3. Adeguatezza dell'operazione. – B) *Emittenti*. – 13. Offerta pubblica di acquisto obbligatoria.

A) INTERMEDIAZIONE MOBILIARE

12. *Servizi ed attività di investimento*.

12.1. *Forma dei contratti*. Hanno riconosciuto la forma scritta quale requisito di validità del contratto di acquisizione di valori mobiliari sia Trib. Perugia, 10 dicembre 2009 (massima redazionale banca dati *Pluris-Cedam*, 2010) sia Trib. Roma, 28 ottobre 2009 (*ivi*). Quest'ultima, inoltre, specifica che la forma in parola assume addirittura un rilievo anche maggiore del generale requisito di validità, in quanto è considerata quale requisito dell'operazione funzionale alla dimostrazione che il cliente è venuto a conoscenza dei rischi connessi all'operazione e li abbia accettati specificamente.

Medesimo tenore delle precedenti pronunce assume anche Trib. Torino, 5 gennaio 2010 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 9, 1, 926, con nota di MARAGNO). Sotto il profilo processuale, il giudice piemontese ha avuto cura altresì di specificare che, al fine di adempiere all'onere probatorio, in caso di contestazione sull'esistenza del rapporto contrattuale, l'intermediario deve produrre il documento sottoscritto, non potendosi ammettere l'ordine di esibizione, rivolto al cliente, ex art. 210 c.p.c. giacché

non vi è già in atti la prova dell'esistenza del rapporto e non si versa in tema di perdita incolpevole ai sensi dell'art. 2724, n. 3, c.c.. Né può essere considerata rilevante, a tal fine, la produzione di una dichiarazione unilaterale del cliente, con la quale questi ha ammesso di aver ricevuto copia del contratto sottoscritto dalla controparte, ovvero la produzione del contratto sottoscritto esclusivamente dal cliente.

12.2. *Operatore qualificato*. Al riguardo si segnalano le sole sentenze Trib. Torino, 23 novembre 2009 (in *Giur. it.*, 2010, 3, 601, con nota di COTTINO) e 30 novembre 2009 (in *Contratto*, 2010, 3, 283) a parere delle quali, per considerare un cliente alla stregua di "operatore qualificato", è sufficiente che lo stesso, sia esso una società o più, in generale, una persona giuridica, abbia dichiarato per iscritto di disporre della competenza e della esperienza richieste in materia di negoziazioni di valori mobiliari. Ciò esonera l'intermediario dal compiere ulteriori verifiche, salvo che, dalla documentazione in atti, non emergano profili di discordanza tra la dichiarazione resa e la situazione reale.

12.3. *Adeguatezza dell'operazione*. Trib. Lecco, 12 gennaio 2010 (in massima redazione banca dati *Pluris-Cedam*, 2010) e Trib. Vicenza, 29 gennaio 2009 (in *www.ilcaso.it*, 2010) concordemente sostengono che l'asimmetria informativa in danno del cliente non inficia la validità del contratto sino ad integrare gli estremi della nullità (in quanto è elemento che incide sulla valutazione della convenienza o meno dell'operazione, ma non importa la mancanza del consenso), e costituisce solo un illecito contrattuale. In tal caso il cliente sarà esclusivamente legittimato alla richiesta di risarcimento del danno patito allorquando abbia acquistato, a sua insaputa, strumenti finanziari destinati al default, così perdendo il capitale investito.

Sposa la medesima linea, ma appare appena più sfumata, la posizione di Trib. Lecco, 12 gennaio 2010 (in *Redazione Giuffrè*, 2010), giacché giunge a riconoscere la possibilità che vengano integrate ipotesi di annullabilità laddove la carenza informativa sia imputabile a dolo ovvero dia luogo ad errore.

Peraltro l'obbligo di fornire al cliente una informazione adeguata, nonostante il rifiuto opposto da questi di fornire informazioni, è sancito da Trib. Arezzo, 8 febbraio 2010 (in *Redazione Giuffrè*, 2010).

Da ultimo si segnala Trib. Bologna, 30 marzo 2010 (in massima redazione banca dati *Pluris-Cedam*, 2010) che riconosce la risoluzione degli atti negoziali (ordine ed esecuzione di esso) in virtù dei quali sono stati posti in essere quegli investimenti i cui profili di rischio non erano stati adeguatamente illustrati al cliente dall'intermediario.

B) EMITTENTI

13. *Offerta pubblica di acquisto obbligatoria*. Sul punto Trib. Milano, 15 marzo 2010 (in *Società*, 2010, 6, 771 e *Giur. it.*, 2010, 6, 1308, con nota di COTTINO e DESANA), ha cura di ricostruire i caratteri e, soprattutto, la natura dell'istituto. In particolare individua una natura contrattuale nell'obbligo di promuovere un'opa, una volta superata la soglia del 30%, alla quale corrisponde un diritto degli altri azionisti ad esserne destinatari. Di fatti, avuto riguardo al primo aspetto, il soggetto obbligato è azionista e, dunque, parte del contratto sociale: contratto che deve essere integrato dalla legge ai sensi dell'art. 1324 c.c. e, dunque, per le società quotate, dalle previsioni concernenti l'obbligo di promuovere l'offerta pubblica. Per quanto, invece, concerne la seconda prospettiva, il giudice meneghino osserva come il diritto degli altri azionisti sia disciplinato non soltanto nel contenuto, ma anche nelle forme, giacché la procedura individuata dal legislatore è funzionale all'espressione di una scelta negoziale effettivamente libera circa un'opportunità di disinvestimento tutelabile che consente, grazie alla fissazione del prezzo per legge, una monetizzazione della partecipazione di minoranza presumibilmente più conveniente rispetto alla vendita in borsa.

