

Sintesi di giurisprudenza * (Il trimestre 2008)

INDICE DELLE MATERIE: I. BANCA. A) L'impresa bancaria: profili generali. – B) I depositi bancari. – C) Le cassette di sicurezza. – D) Le garanzie bancarie. – E) Titoli di credito bancari. – F) Crediti speciali.

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

* Sessantasettesima 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, p. 111).

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 (§ 1-3); GENNARO ROTONDO (§ 4-5); FILIPPO PARRILLA (§ 6); LUCIANO SANTONE (§ 7-8); DARIO MARTORANO (§ 9-13); STEFANO BOATTO (§ 14-15); VINCENZO CARIDI (§ 16-19).

I. BANCA.

SOMMARIO: A) *L'impresa bancaria: profili generali.* – 1. Attività bancaria. - 1.1. Esercizio abusivo. – 2. Vigilanza informativa (Centrale dei rischi). - 2.1. Presupposti per la legittima segnalazione alla Centrale dei Rischi. - 2.2. Responsabilità della banca per illegittima segnalazione alla Centrale dei Rischi. – 3. Succursali. - 3.1. Poteri di rappresentanza processuale del direttore della succursale. – B) *I depositi bancari.* 4. Libretto di deposito al portatore. Legittimazione del possessore. Procedura di ammortamento. – 5. Deposito bancario cointestato. – C) *Le cassette di sicurezza.* – 6. Responsabilità della banca. – D) *Le garanzie bancarie.* – 7. Fideiussione e clausola “a prima richiesta”. – 8. Decadenza. – E) *Titoli di credito bancari.* – 9. Assegno bancario; revoca dell’ordine di pagamento del traente alla banca: inefficacia della revoca fino alla scadenza del termine di presentazione dell’assegno per il pagamento. – 10. Assegno bancario smarrito; firma del traente non coincidente con quella del titolare del conto corrente; levata del protesto nei confronti del titolare del conto corrente con evidenza della non colpevolezza del rifiuto del pagamento: sussistenza – 11. Contraffazione di assegno bancario: non colpevolezza della banca nell’ipotesi di non immediata evidenza della contraffazione; sussistenza. – 12. Assegno in bianco; consapevolezza da parte dell’emittente dell’assunzione del rischio di riempimento ed incasso dell’assegno ad opera del prenditore; legittimità del protesto: sussistenza. – 13. Assegno bancario contraffatto nell’importo e nel nominativo dell’ordinatario; responsabilità della banca: esame *ex art.* 1992 co. 2 c.c. del comportamento della banca ai fini dell’accertamento concreto della colpa o del dolo da parte della stessa; sussistenza. – F) *I crediti speciali.* – 14. Credito fondiario. - 14.1. Credito fondiario e anatocismo. - 14.2. Credito fondiario ed effetti dell’intimazione al pagamento. - 14.3. Credito fondiario e frazionamento. - 14.4. Credito fondiario e natura del privilegio accordato in fase esecutiva all’istituto erogante. – 15. Concessione di credito agrario in presenza di nullastato concesso in conformità a leggi regionali.

A) L'IMPRESA BANCARIA: PROFILI GENERALI

1. Attività bancaria.

1.1. *Esercizio abusivo.* È noto che l’art. 10 t.u.b. fissa i confini dell’attività bancaria nell’esercizio congiunto e funzionale di “raccolta del risparmio tra il pubblico ed esercizio del credito” e qualifica la banca in ragione dell’esercizio autorizzato e riservato dell’attività bancaria, consentendo di affiancare al gruppo creditizio polifunzionale il modello di banca universale; infatti, l’art. 10 individua il soggetto bancario nell’impresa collettiva abilitata non solo all’esercizio dell’attività bancaria, ma anche all’esercizio di “ogni altra attività finanziaria (...) nonché di attività connesse e strumentali”, con esclusione delle sole attività finanziarie non bancarie riservate dalla legge ad altri soggetti e con esclusione delle sole attività non finanziarie. La circostanza che l’esercizio dell’attività bancaria sia riservato alle banche e debba essere necessariamente autorizzato determina come corollario che l’esercizio dell’attività bancaria da

parte di chi banca non è, e quindi da parte di chi, comunque definibile, non è stato autorizzato, debba considerarsi abusivo e, come tale, vietato e, se praticato, sanzionato. Il nostro ordinamento configura infatti come ipotesi di reato l'esercizio abusivo sia dell'attività di raccolta del risparmio presso il pubblico (art. 130) sia dell'attività bancaria (art. 131) sia dell'attività finanziaria (art. 132). Nel periodo in rassegna, il tema in oggetto è stato sfiorato da Trib. Lucera, 12 giugno 2008 (in *Redazione Giuffrè*, 2008). Il giudice di merito rammenta come l'art. 10 t.u.b. dichiara che l'attività bancaria "*ha carattere di impresa*": ne segue che, per essere tale, l'attività bancaria "deve avere" carattere di impresa. Il giudice di merito ne fa quindi seguire che un delitto di esercizio abusivo potrà essere accertato solo se le modalità di esercizio della raccolta del risparmio, dell'esercizio del credito e di eventuali altre attività finanziarie saranno tali da rilevare un carattere "*unitariamente valutabile in termini di impresa ai sensi dell'art. 2082 c.c.*". È cioè necessario che l'attività concretamente posta in essere senza autorizzazione presenti i caratteri richiesti dalla nozione di impresa e sia quindi un'attività quantomeno rivolta al mercato e rivolta in favore di un numero di destinatari potenzialmente vasto e assimilabile al "pubblico" contemplato dagli artt. 10 e 11 t.u.b.

2. Vigilanza informativa (Centrale dei rischi).

2.1. *Presupposti per la legittima segnalazione alla Centrale dei Rischi.* Trib. Mantova, 27 maggio 2008 (in *La responsabilità civile*, 2008, 11, 952 e in www.ilcaso.it, 2008, 1, 1266) e Trib. Latina, 19 giugno 2008 (in www.ilcaso.it, 2008, 1, 1280) si pronunciano entrambi in ordine ai presupposti che devono ricorrere ai fini della nascita degli obblighi di segnalazione alla Centrale dei rischi da parte di una banca. Dopo aver ribadito 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, le sentenze richiamano la circolare n. 139/1991 della Banca d'Italia, contenente le istruzioni per gli intermediari creditizi in materia di segnalazioni alla Centrale dei rischi. La circolare obbliga le banche ad effettuare in favore della Banca d'Italia una segnalazione mensile avente per oggetto le posizioni di rischio di ciascun cliente e, in sostanziale contropartita, impone alla Banca d'Italia di comunicare alle banche, per ogni nominativo ricevuto, la posizione globale di rischio nei confronti dell'intero sistema creditizio: le posizioni di rischio oggetto di segnalazione si identificano sostanzialmente con quei crediti vantati dalla banca verso il cliente che superino i cc.dd. limiti di censimento indicati dalle stesse istruzioni della Banca d'Italia. L'obbligo di segnalazione a carico della banca nasce

quindi nel momento in cui la banca accerta che il credito verso il cliente ha superato tali limiti. I giudici di merito confermano quindi che è pur vero che la segnalazione alla Centrale di rischi non è oggetto di una facoltà, ma di un espresso obbligo giuridico (la cui violazione, peraltro, espone la banca inadempiente alle sanzioni amministrative previste dall'art. 144 t.u.b.), ma precisano che, se la segnalazione è effettuata in assenza dei previsti presupposti, essa diviene illegittima e costituisce fonte di responsabilità civile verso il cliente irregolarmente segnalato. In particolare, Trib. Mantova, 27 maggio 2008, afferma che, se il credito verso il cliente non supera i limiti di censimento, la segnalazione alla Centrale dei rischi di un credito verso un cliente di cui non siano provate le condizioni di difficoltà economica è da considerarsi illegittima anche in presenza del rifiuto da parte del cliente di pagare quanto richiesto dalla banca. Sulla stessa scia, Trib. Latina, 19 giugno 2008, conferma che, in assenza di superamento dei limiti di censimento, è altresì illegittima la segnalazione alla Centrale dei rischi del credito verso il cliente, anche quando questi abbia emesso un assegno privo di provvista: affinché la segnalazione sia legittima, è infatti anche necessario che il cliente abbia omesso di pagare il titolo di credito, in quanto solo tale mancato pagamento incide sulla lesione degli interessi individuali e collettivi tutelati dalle norme in materia di vigilanza in generale e di Centrale dei rischi in particolare.

2.2. Responsabilità della banca per illegittima segnalazione alla Centrale dei Rischi. Preso atto della casistica in ordine alla qualificabilità di certe segnalazioni come illegittime, la giurisprudenza di merito si occupa anche di individuare i rimedi che il cliente può azionare nei confronti della banca che si renda responsabile di illegittima segnalazione alla Centrale dei rischi. Trib. Bari, 17 giugno 2008 (in *Giur. Merito*, 2009, 3, 684 e in *Redazione Giuffrè*, 2008) sostiene che la illegittima segnalazione alla Centrali dei rischi è non solo una violazione di norme in grado di porre fondamento ad un'azione aquilana, ma è innanzitutto una violazione dell'obbligo di buona fede, che, costituendo una fonte di integrazione del contratto ai sensi dell'art. 1375 c.c., rende il comportamento della banca qualificabile come una violazione di un obbligo contrattuale, che espone la banca anche ad un'azione di responsabilità civile contrattuale. Nel caso in cui un'azione del genere sia accolta, allora Trib. Mantova, 27 maggio 2008 (in *La responsabilità civile*, 2008, 11, 952 e in www.ilcaso.it, 2008, 1, 1266) afferma che il danno risarcibile è tanto quello patrimoniale quanto quello non patrimoniale, in entrambi i casi rappresentati dalla diminuzione della considerazione del cliente illegittimamente segnalato

presso i consociati in genere e presso le specifiche categorie o i particolari soggetti con i quali egli abitualmente opera.

3. Succursali.

3.1. *Poteri di rappresentanza processuale del direttore della succursale.*

La succursale è la forma tipica dell'articolazione territoriale dell'organizzazione bancaria. Dopo alcune perplessità, la certezza terminologica in ordine alla nozione di succursale deriva oggi dall'art. 1, co. 2, lett. e), t.u.b., che afferma che, per succursale, deve intendersi “*una sede che costituisce parte, sprovvista di personalità giuridica, di una banca e che effettua direttamente, in tutto o in parte, l'attività della banca*”. Cass., 16 maggio 2008, n. 12469 (in *Guida al Diritto*, 2008, 33, 69) si pronuncia sulla ricorrente questione della qualifica da attribuire al direttore della succursale bancaria e dei relativi poteri di rappresentanza processuale. In questo caso, la giurisprudenza di legittimità sembra propiziare un certo ritorno al passato. È necessario premettere che, proprio perché la succursale di una banca è la parte della banca abilitata ad effettuare direttamente l'attività di impresa e proprio perché il suo direttore è un soggetto stabilmente inserito nell'organizzazione aziendale per effetto di un rapporto di lavoro subordinato, il direttore della filiale è senz'altro configurabile come un ausiliario interno dell'imprenditore; ne segue l'applicabilità delle norme speciali in materia di rappresentanza commerciale di cui agli artt. 2203 ss. c.c.; tuttavia, si pone il problema di chiarire a quale tipologia di ausiliario interno – institore, procuratore o commesso – afferisca la figura del direttore della succursale. L'importanza della questione è di tutta evidenza perché, a seconda della qualificabilità in un senso o nell'altro, sarà corrispondentemente diverso anche il potere di rappresentanza del direttore della succursale. In passato, è stato ritenuto che la succursale di una banca era assimilabile ad una “*sede secondaria dell'impresa*” ai sensi dell'art. 2203 c.c. e, per effetto di ciò, è stato sostenuto che il suo direttore era da qualificarsi come institore, dotato ex artt. 2204 c.c. e 77 c.p.c. di poteri di rappresentanza processuale della banca (si veda la giurisprudenza risalente come Cass., 6 luglio 1936, n. 2363, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1937, II, 61; Cass., 7 giugno 1956, n. 1951, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1956, II, 285; Cass., 26 novembre 1964, n. 2805, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1964, II, 481; e si veda pure la giurisprudenza recente in *Giur. banc.*, n. 16, 47, n. 17, 30, n. 18, 71 con commento di Cass., 3 settembre 2004, n. 17797). Più recentemente, Cass. 8 giugno 2006, n. 13350 (in *Rep. Foro. it.*, 2006, voce *Banca, credito e risparmio*, n. 144; *Mass.*, 2006, 1100) ha sostenuto che l'equazione tra il ruolo di

direttore e la qualifica di institore non poteva ritenersi propriamente un automatismo e che, se quell'equazione esisteva, doveva trovare fondamento nello statuto della banca o nelle sue scelte organizzative ovvero, ancora, in un formale atto di preposizione ad institore: in mancanza di ciò, il direttore della succursale non poteva che essere qualificato come procuratore ai sensi dell'art. 2209 c.c., dotato *ex lege* di poteri di rappresentanza generale dell'imprenditore, ma non di poteri di rappresentanza processuale. Con la sentenza in commento (Cass., 16 maggio 2008, n. 12469), pare che la giurisprudenza di legittimità intenda tornare sui suoi passi, in quanto attribuisce ai direttori delle succursali bancarie il potere di rappresentare processualmente la banca "per qualsiasi rapporto derivante da atti compiuti nella filiale" proprio ai sensi delle norme sull'institore. Comincia a delinearsi l'esigenza di un chiarimento definitivo.

B) I DEPOSITI BANCARI

4. *Libretto di deposito al portatore. Legittimazione del possessore. Procedura di ammortamento.* Cass., sez. I, 16 maggio 2008, n. 12460 (D.R.M. c. Unicredit Banca s.p.a., in CED Cassazione, 2008) è intervenuta in tema di ammortamento di titoli rappresentativi di depositi bancari (nella specie, un certificato di deposito al portatore), affermando che legittimata a proporre opposizione al decreto di ammortamento è anche la banca che abbia provveduto al pagamento del titolo, non solo in virtù dell'espressa previsione di cui all'art. 12, co. 2, della l. n. 948/1951, ma anche ai sensi dell'art. 9, co. 2, ultima parte della medesima legge, non potendo negarsi alla banca la qualifica di detentrica, avuto riguardo ad una possibile reviviscenza del titolo, che esporrebbe la banca, la quale abbia provveduto in buona fede alla sua estinzione, al rischio di dover pagare una seconda volta il medesimo importo.

La S.C. ha affermato, altresì, che il termine di pubblicazione del decreto di ammortamento indicato dal citato art. 9, co. 2, non ha carattere perentorio, in difetto di un'espressa previsione di legge, onde la fissazione, da parte del presidente del tribunale, di un termine inferiore può essere fatta valere soltanto dalla parte che ne abbia ricevuto pregiudizio, per essere stata posta nell'impossibilità di proporre opposizione. In applicazione di tale principio, la Corte ha confermato la sentenza impugnata, la quale aveva escluso la nullità del decreto di ammortamento, in una fattispecie in cui l'opposizione era stata tempestivamente proposta dalla banca che, avendo provveduto al pagamento dell'importo recato da un certificato di deposito al portatore, ne era divenuta detentrica (la

decisione cassa con rinvio, App. Roma, 22 gennaio 2004).

5. *Deposito bancario cointestato.*

In merito al rapporto di deposito bancario con libretto cointestato, Trib. Bari, sez. II, 25 giugno 2008 (Tu.Ra. c. Mu.Co., inedita) ha affermato la presunzione che il credito solidale si divida in quote uguali con facoltà degli intestatari di operare separatamente o disgiuntamente salvo, ai sensi dell'art. 1298, co. 2, c.c., prova contraria posta a carico della parte che deduce una situazione giuridica diversa da quella risultante dalla contestazione. Trattandosi di presunzione semplice, detta prova può essere fornita con ogni mezzo.

C) LE CASSETTE DI SICUREZZA

6. *Responsabilità della banca.* Perviene dinanzi alla Corte di Cassazione la questione della vessatorietà della clausola del contratto di abbonamento al servizio delle cassette di sicurezza con la quale l'eventuale obbligazione risarcitoria della banca viene ancorata alla dichiarazione da parte del cliente del massimale assicurativo idoneo a coprire il rischio dell'obbligazione medesima. Cass., 21 maggio 2008, n. 13051 (in *Foro it.*, 2008, 2474, con nota di PALMIERI; in *Obbl. e contr.*, 2008, 677, con nota di RUBINO, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 245, con nota di G. LA MARCA, *Alcune questioni in tema di clausole abusive contenute nei contratti bancari*), confermando App. Roma, 24 settembre 2002 (segnalata nella cinquantunesima puntata della presente *Rassegna*), ha affermato che la suddetta clausola, oltre a violare il disposto dell'art. 1229 c.c. (in quanto produce l'effetto di limitare la responsabilità della banca anche in caso di dolo o colpa grave), è altresì affetta dal concorrente vizio di vessatorietà, rilevante nel caso di inadempimento della banca anche per colpa lieve, poiché limita la proponibilità dell'azione risarcitoria da parte del cliente-consumatore (in senso conforme v. già Cass., 4 aprile 2001, n. 4946, segnalata nella quarantaquattresima puntata della presente *Rassegna*).

Con la stessa sentenza la Corte Suprema ha, poi, affermato la legittimazione delle associazioni dei consumatori a domandare l'inibitoria dell'"uso" di tale clausola nei rapporti contrattuali in corso di esecuzione al momento della pronuncia giudiziale (ai sensi dell'art. 1469-*sexies* c.c., trasfuso nell'art. 37 del Codice del consumo), in quanto l'art. 8 della direttiva 93/13/CEE, in materia di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, consente agli Stati membri di adottare o mantenere

disposizioni a tutela dei consumatori più severe di quelle contenute nella direttiva medesima (che all'art. 7 obbliga gli Stati membri ad adottare "mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori").

D. LE GARANZIE BANCARIE

7. *Fideiussione e clausola "a prima richiesta"*. Per Cass. 13 maggio 2008, n. 11890 (in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Contratto in genere* [1740], n. 282) l'inserimento della clausola "a semplice richiesta" o "senza eccezioni" consente di ricostruire la volontà delle parti nel senso di precludere al garante l'esperimento delle eccezioni opponibili dal debitore garantito al creditore, così facendo venire meno il carattere dell'accessorietà proprio della fideiussione.

La medesima clausola, per Cass., 24 aprile 2008, n. 10652 (in *Rep. Foro it.*, 2008 voce *Fideiussione e mandato di credito* [3070], n. 24) consente al creditore di non provare l'inadempimento del garantito. Sarà, viceversa, il garante, qualora intendesse sottrarsi ai propri obblighi, a dover dimostrare, attraverso una prova pronta e liquida, la nullità del contratto garantito o l'illiceità della sua causa.

Al contrario, di fronte ad una fideiussione concessa senza le summenzionate clausole, tra le eccezioni che il garante può opporre al creditore vi è anche, per Cass., 30 maggio 2008, n. 14469 (in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Fideiussione e mandato di credito*, [3070], n. 27), la contestazione relativa all'impossibilità di provare il contratto per testimoni o presunzioni.

8. *Decadenza*. Nel periodo di riferimento si segnala anche la pubblicazione di Cass., 28 febbraio 2007, n. 4661 (in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, II, 273) secondo la quale è nullo il termine di decadenza per l'esercizio del diritto del creditore nei confronti del garante se coincide con la scadenza dell'obbligazione garantita.

E) TITOLI DI CREDITO BANCARI

9. *Assegno bancario; revoca dell'ordine di pagamento del traente alla banca: inefficacia della revoca fino alla scadenza del termine di presentazione dell'assegno per il pagamento*. Con sentenza del 26 giugno 2008, n. 17493 (in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Titoli di credito*, 6710, n. 33) la

Cassazione ha statuito che l'art. 35 r.d. 21 dicembre 1933 n. 173 (secondo cui *“l'ordine di non pagare la somma dell'assegno bancario non ha effetto che dopo spirato il termine di presentazione”*) deve essere interpretato nel senso che prima della detta scadenza la banca non deve tener conto della revoca eventualmente disposta, dovendo al contrario provvedere al pagamento se vi sono fondi disponibili.

Secondo la Corte un'interpretazione orientata in tal senso è conforme al significato lessicale – non potendosi attribuire un diverso significato al collegamento operato fra l'efficacia della revoca e la scadenza del termine per la presentazione del titolo – ma soprattutto coerente con la finalità che tale norma è destinata a raggiungere che è quella di assicurare un'affidabile circolazione del titolo attraverso un rafforzamento delle misure finalizzate a garantire l'esistenza dei fondi dal momento dall'emissione dell'assegno fino alla scadenza del termine di presentazione. Conseguentemente la norma *de qua*, subordinando l'efficacia della revoca dell'ordine di pagamento alla scadenza del termine di presentazione, dell'assegno determina nei limiti del suo ammontare (e fino al maturare del termine indicato), *“pone un vincolo specifico ed imm modificabile di destinazione della provvista”* (così, testualmente, Cass. 3 giugno 2004, n. 10579 citata nella sentenza in rassegna), vincolo destinato ad operare in deroga al principio secondo cui la convenzione di *cheque* vincola la banca solo verso l'emittente (sulla base di detto principio è stato dichiarato illegittimo il comportamento della banca trattaria la quale aveva prima accettato il pagamento e poi lo aveva revocato riaddebitando l'importo alla banca che aveva già negoziato il titolo portandolo in stanza di compensazione e presso la quale il portatore intratteneva un contratto di conto corrente).

10. *Assegno bancario smarrito; firma del traente non coincidente con quella del titolare del conto corrente; levata del protesto nei confronti del titolare del conto corrente con evidenza della non colpevolezza del rifiuto del pagamento: sussistenza.* Secondo il Tribunale di Bologna (30 giugno 2008, in *Obbl. e Contr.*, 2009, 3, 272 con nota di SCHIAVONE) in caso di rifiuto di pagamento dell'assegno a causa del fatto che lo stesso sia stato oggetto di furto e la firma del traente non coincida con quella del titolare del conto corrente, la banca trattaria può ugualmente chiedere al pubblico ufficiale di levare il protesto a nome del titolare del conto, facendo però constatare il motivo del rifiuto e quindi il carattere “incolpevole” dello stesso.

11. *Contraffazione di assegno bancario: non colpevolezza della banca nell'ipotesi di non immediata evidenza della contraffazione; sussistenza.* In tema di contraffazione di assegni bancari il Tribunale di Monza (13

maggio 2008, inedita) ha ritenuto incolpevole la condotta dell'istituto emittente che, in sede di controllo nella stanza di compensazione, non era stato in grado di avvedersi della loro contraffazione e quindi non disponga il blocco del pagamento presso gli istituti ove gli stessi vengano presentati. Più precisamente il Tribunale ha osservato che perché vi sia responsabilità della banca è necessario che l'alterazione sia palese o visibile *ictu oculi* in base alle conoscenze del bancario medio il quale non deve disporre di particolari attrezzature strumentali o chimiche per rilevare la falsificazione dell'assegno né deve essere esperto grafologo (conforme: Cass., 15 maggio 2005, n. 15066).

12. *Assegno in bianco; consapevolezza da parte dell'emittente dell'assunzione del rischio di riempimento ed incasso dell'assegno ad opera del prenditore; legittimità del protesto: sussistenza.* Secondo il tribunale di Genova (2 maggio 2008, inedita) nell'ipotesi in cui l'emittente abbia consegnato al prenditore un assegno "in bianco" così conferendo all'assegno un'impropria funzione di garanzia, che necessariamente comporta la facoltà per il prenditore di riempire e mettere all'incasso il titolo nell'ipotesi di inadempimento, l'emittente stesso accetta il rischio che al momento del riempimento del documento e della sua utilizzazione come assegno, il titolo risulti privo di provvista o di autorizzazione.

13. *Assegno bancario contraffatto nell'importo e nel nominativo dell'ordinario; responsabilità della banca: esame ex art. 1992 co. 2 c.c. del comportamento della banca ai fini dell'accertamento concreto della colpa o del dolo da parte della stessa; sussistenza.* Secondo la Corte d'Appello di Potenza (5 marzo 2008, inedita) nell'ipotesi di controversia insorta tra un soggetto ed una banca relativamente al pagamento di un assegno bancario non trasferibile, contraffatto nell'importo e nel nominativo dell'ordinario, la disciplina applicabile alla fattispecie è quella contemplata dall'art. 1992, co. 2, c.c. Si deve, pertanto, verificare se la banca sia incorsa in dolo o colpa grave nell'aver effettuato il pagamento al prenditore del titolo, prenditore non legittimato stante la contraffazione dell'assegno.

F) CREDITI SPECIALI

14. Credito fondiario.

14.1. *Credito fondiario e anatocismo.* La Corte d'Appello di Salerno,

con sentenza 5 febbraio 2007, in *Dir. fall.* 2008, II, 380 e ss., con nota di G. DALEFFE, *Credito fondiario e anatocismo*, riformando la sentenza di primo grado, si pronuncia, in particolare, con riferimento a) al computo degli interessi di mora applicati ad un contratto di mutuo fondiario concluso anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (t.u.b.) e b) con riguardo all'effetto, sul medesimo contratto, dell'intimazione a mezzo atto di precetto, da parte della banca mutuante, al pagamento delle rate scadute.

Quanto al computo degli interessi la Corte, accogliendo le doglianze della banca appellante, afferma che la disciplina applicabile *ratione temporis* al contratto di mutuo fondiario, e coincidente con il d.p.r. 21 gennaio 1976, n. 7 (successivamente non modificata dalla l. 6 giugno 1991, n. 75, e in vigore *ratione temporis* per effetto dell'art. 161, commi 5 e 6, t.u.b.), autorizza, in deroga al divieto espresso dall'art. 1283 c.c., l'applicazione dell'interesse composto. È la stessa normativa, prosegue il collegio, ad imporre che il pagamento di interessi, annualità, compensi, diritti di finanza e rimborso di capitali dovuti producono di pieno diritto interesse dal giorno della scadenza (cfr. oltre all'art. 38, r.d. 16 luglio 1905, n. 646, l'art. 14 del d.p.r. 21 gennaio 1976, n. 7, successivamente ripreso dall'art. 16, l. 6 giugno 1991, n. 75). Per ciò stesso, secondo quanto già affermato anche dalla giurisprudenza di legittimità, “*non c'è dubbio che l'anatocismo, nella materia del credito fondiario, costituisce, per espressa previsione di legge, la regola, a differenza da quel che avviene nella disciplina posta dal codice civile*” (cfr. Cass., 8 luglio 1986, n. 4451, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1988, II, 42; Cass., 19 giugno 1990, n. 6153, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1991, II, 305; Cass. 20 febbraio 2003, n. 2593; per la giurisprudenza di merito si vedano App. Catania, 7 luglio 1983, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1984, II, 493; Trib. Napoli, 8 giugno 2001, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, II, 90; Trib. Torino, 22 gennaio 1987, *ivi*, 1989, II, 91).

Secondo la Corte, e la giurisprudenza che aderisce a tale orientamento, il fenomeno dell'interesse composto nel mutuo fondiario conseguirebbe al cumulo degli interessi di mora, applicati alle rate scadute e non pagate, ai (già compresi) interessi corrispettivi: più precisamente, l'interesse moratorio si cumulerebbe con l'interesse corrispettivo poiché quest'ultimo risulta incorporato in una con il capitale (dove interesse corrispettivo e capitale formano il c.d. piano di ammortamento). Simile privilegio risulterebbe giustificato dalla correlazione, tipica della struttura del “mutuo fondiario abrogato”, tra erogazione e raccolta della provvista presso i terzi attraverso la nota emissione di cartelle fondiarie (nella sostanza titoli obbligazionari). In questa logica, il costo del finanziamento della provvista esigerebbe la regolarità della remunerazione

del mutuo erogato.

La Corte campana dedica invece una stringata motivazione alla parte della pronuncia nella quale chiarisce l'effetto dell'intimazione al pagamento delle rate scadute. La Corte si limita a stabilire che con il precetto la banca mutuante si avvale correttamente della facoltà di intimare il pagamento delle sole semestralità scadute, ben potendo rinviare alla fase propriamente esecutiva la produzione dell'effetto risolutivo del contratto. Si tratta di statuizione male argomentata anche alla luce del principio di diritto affermato da Cass. 21 ottobre 2005, n. 20449 (in *Rep. Foro it.*, 2005, *Credito fondiario* [1950], n. 8) in forza del quale in materia di mutuo fondiario disciplinato, *ratione temporis*, dal d.p.r. n. 7 del 1976, la notificazione da parte della banca di atto di precetto al mutuatario inadempiente per il pagamento del credito rimasto insoddisfatto comporta la risoluzione del contratto (per il futuro) posto che, con tale atto, il creditore manifesta la volontà di avvalersi della clausola risolutiva espressa prevista dall'art. 15 d.p.r. 7/1976. Ma si tratta di argomentazione insoddisfacente atteso che l'effetto del precetto sul contratto di mutuo fondiario condiziona in modo decisivo la soluzione della questione avente ad oggetto il computo degli interessi.

Sembra ricomporre la questione, offrendo una interpretazione più equilibrata dei complessivi profili attinenti la fase patologica del rapporto di mutuo fondiario, la pronuncia delle Sezioni Unite oggetto del commento nel prossimo paragrafo.

14.2. *Credito fondiario ed effetti dell'intimazione al pagamento.* Con riferimento ai contratti di credito fondiario stipulati anteriormente all'entrata in vigore del t.u.b., ed in particolare con riferimento agli effetti conseguenti all'intimazione della banca mutuante al pagamento delle rate scadute ed a scadere, si era di recente registrato un contrasto in seno alla giurisprudenza di legittimità.

Sia l'art. 39 del r.d. n. 646/1905, sia l'art. 15 del più recente d.p.r. n. 7/1976 disponevano, con soluzioni linguistiche pressoché coincidenti, che si intendeva apposta la condizione risolutiva per il caso di ritardato pagamento anche di una sola parte del credito scaduto con la precisazione che l'ente mutuante poteva chiedere esecutivamente il pagamento di ogni somma ad esso dovuta. In tale contesto, la giurisprudenza è stata più volte investita della questione concernente la sopravvivenza o la risoluzione del rapporto ove, in presenza di un inadempimento, la banca avesse intimato l'integrale pagamento dell'importo erogato. Attese, in merito al quesito in esame, soluzioni contrastanti negli orientamenti della stessa Cassazione, si pronunciano le Sezioni Unite.

La soluzione della “sopravvivenza” del rapporto trovava fondamento nella stretta correlazione economico-giuridica tra l'erogazione del mutuo e gli strumenti necessari per la costituzione della provvista, e coincidenti con l'emissione delle note cartelle fondiari: solo la continuazione del rapporto anche in caso di mora del debitore non pregiudicava la corrispondenza tra raccolta ed erogazione. Confermerebbero una simile conclusione anche le disposizioni concernenti il diritto della banca di percepire le rendite dell'immobile del mutuatario garantito da ipoteca imputandole alle semestralità maturate e financo a quelle ancora da scadere; così come le disposizioni aventi ad oggetto il diritto del terzo aggiudicatario dell'immobile espropriato a subentrare nel rapporto di mutuo pagando le semestralità scadute. La sopravvivenza del rapporto veniva motivata con l'interpretazione della condizione risolutiva stabilita *ex lege* quale ipotesi di decadenza dal beneficio del termine. La conseguenza di maggior rilievo di una simile opzione riguardava l'importo oggetto della pretesa restitutoria: in questa logica, la banca avrebbe avuto diritto a richiedere ed ottenere il pagamento del capitale, degli interessi corrispettivi incorporati nelle rate – costituenti il piano di ammortamento – ed infine anche gli interessi convenzionali di mora. Evidentemente solo da queste premesse, e quindi all'interno di questa soluzione, si poneva il noto problema della esistenza nell'ambito del mutuo fondiario di uno spazio di vigenza per il fenomeno dell'anatocismo. Una tale soluzione era stata proposta – oltre che dalla già segnalata App. Salerno – da Cass. n. 11916/1990, Cass. n. 3763/1991, Cass. n. 9219/1995, Cass. n. 14337/2000 e Cass. n. 14584/2005.

La diversa opzione della risoluzione valorizzava invece il dato testuale della legge (ancorché si premurava di chiarire che l'espressione “condizione risolutiva” doveva essere intesa come riferita a “clausola risolutiva”); precisava altresì che soprattutto il d.p.r. 7/1976 non sembrava offrire argomenti così incontrovertibili alla necessaria correlazione tra la raccolta e l'impiego; riteneva, infine, che solo una soluzione del genere sarebbe stata in grado di garantire un equo temperamento degli interessi poiché idonea ad evitare ingiustificati oneri alla parte inadempiente. Una tale soluzione rendeva meno certo che la banca avesse diritto anche agli interessi convenzionali da applicarsi sulle rate a scadere posto che la pretesa doveva contenersi al diritto di percepire l'integrale rimborso del prestito sul quale eventualmente calcolare gli eventuali interessi di mora al tasso legale (in assenza di una pattuizione avente ad oggetto interessi convenzionali sull'intera somma e non sulle singole rate).

Questo orientamento è stato proposto da Cass. 21 ottobre 2005, n. 20449 ed è oggi fatto proprio anche dalle Sezioni Unite della Cassazione

con la sentenza 19 maggio 2008, n. 12639, *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1145, con nota di C. LEGGIERI, *Mutuo fondiario ed inadempimento del mutuatario: calcolo degli interessi di mora*, e *Foro it.*, 2008, 2500. Le argomentazioni fornite dalle SS.UU. sono, in sintesi, le seguenti: a) la lettera della norma (in particolare art. 15 d.p.r. 7/1976) depone inequivocabilmente per la risoluzione del rapporto; b) la correlazione tra erogazione e impiego delle somme a titolo di mutuo fondiario non è elemento caratterizzante l'istituto come dimostrerebbe la stessa disciplina nella parte in cui consente alla banca di realizzare la provvista da impiegare ai fini dell'erogazione per mezzo della emissione di obbligazioni. Tali premesse comportano i seguenti ulteriori effetti: a) obbligo del mutuatario di provvedere all'immediata restituzione dell'intera somma ricevuta; b) corrispondente diritto della banca di ricevere, oltre all'importo delle rate semestrali già scadute, la quota di capitale residuo senza interessi incorporati nelle semestralità a scadere e c) a percepire sul credito così determinato gli interessi di mora ad un tasso corrispondente al tasso legale, in ossequio al disposto dell'art. 1224, co. 1, c.c.

14.3. *Credito fondiario e frazionamento*. La Corte di Cassazione con sentenza 20 marzo 2008, n. 7453, in *Mass. Giur. it.*, 2008 (rigetta App. Milano 4 giugno 2002), torna a pronunciarsi sulla natura e sugli effetti del frazionamento del mutuo fondiario così come disciplinato dal d.p.r. 21 gennaio 1976, n. 7. Afferma anzitutto la Corte che il frazionamento è atto unilaterale di rinuncia all'indivisibilità dell'ipoteca ed in quanto tale una mera facoltà dell'ente creditizio, senza che quindi possa sussistere una equivalente pretesa da parte del mutuante o del terzo acquirente. Sotto questo profilo la pronuncia è senz'altro conforme a propri precedenti orientamenti così come risulta condivisa dalla giurisprudenza di merito (cfr. Cass., 12 febbraio 2003, n. 2073, *Rep. Foro it.*, 2003, [1950], n. 4; Trib. Napoli, 23 novembre 1998, *Banca, borsa e tit. cred.*, 2000, II, 601; Trib. Roma, 29 maggio 1993, *Mondo bancario*, 1994, 2, 49).

La sentenza chiarisce altresì che il frazionamento non può comprimere i diritti e le prerogative del terzo acquirente di parte dell'immobile ipotecato fino al punto da considerarlo obbligato nei confronti del mutuante oltre il valore per il quale ha consentito all'accollo. La Corte precisa infatti che gli effetti del frazionamento si producono anzitutto tra mutuante e mutuatario sicché il terzo rimane obbligato nei confronti del mutuante nei limiti in cui si è accollato il debito e mantiene il diritto di proporre al creditore le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta. La Corte può così concludere per l'illegittimità della suddivisione che non abbia rispettato le quote di accollo pattuite

dal mutuatario con i terzi acquirenti, aumentandone l'ammontare. La Corte di legittimità riduce così la portata della equivoca disciplina in materia di frazionamento (cfr. d.p.r. 7/1976, art. 5 che richiama l'art. 20, r.d. 646/1905, ai sensi del quale “*i successori a titolo universale o particolare del debitore e gli aventi causa debbono notificare giudizialmente all'istituto come essi sono sottentrati nel possesso e godimento del fondo ipotecario*” precisando al co. 3 che nonostante la notificazione “*l'istituto procederà contro di loro nel modo stesso come avrebbe proceduto contro l'originario debitore*”). Si tratta evidentemente di questione semmai ancora proponibile da discutere con riferimento ai casi sottoposti alla disciplina abrogata: l'art. 39, t.u.b., infatti, precisa che il frazionamento, ora qualificato come diritto del terzo acquirente, si trasmette anche sulla proporzionale quota di finanziamento.

14.4. *Credito fondiario e natura del privilegio accordato in fase esecutiva all'istituto erogante.* La Corte di Cassazione con sentenza 28 maggio n. 13996, *Rep. Foro it.*, 2008, *Fallimento* [2880], n. 256, torna a pronunciarsi sulla natura del privilegio accordato dalla disciplina in materia di mutuo fondiario. Nel caso di specie, una banca aveva erogato un credito fondiario, assistito da garanzia ipotecaria su di un immobile, a soggetto in seguito dichiarato fallito. La banca, attesa l'opponibilità al fallimento della garanzia reale, aveva iniziato, quale creditore privilegiato, l'azione esecutiva in danno del fallendo prima della dichiarazione di fallimento ed aveva proseguito la medesima azione anche a seguito della dichiarazione di fallimento.

La Corte richiama dapprima il tenore della disciplina in materia di credito fondiario, applicabile *ratione temporis* al rapporto in questione (d.p.r. 7/1976), precisando come la medesima stabilisca che l'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia possa essere iniziata o proseguita dalla banca anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore. In tale contesto, proseguono i giudici di legittimità, la somma ricavata dall'esecuzione, eccedente la quota che in sede di riparto risulta spettante alla banca, viene attribuita al fallimento. Tale prerogativa, peraltro, non risulta incompatibile con quanto disposto dagli artt. 51 e ss. della l.fall. Infatti, fa notare la Corte, è ben vero che l'art. 51 impone il divieto dal giorno della dichiarazione di fallimento di iniziare o proseguire azioni individuali esecutive sui beni compresi nel fallimento ma è altrettanto vero che la stessa norma fa salva diversa disposizione di legge. Tra le deroghe a detto principio rientra certamente l'esecuzione che può essere promossa dall'istituto di credito fondiario: per ciò stesso la vendita del bene nell'ambito dell'esecuzione individuale è al-

ternativa alla vendita nel contesto della procedura fallimentare. D'altra parte, l'istituto cui viene assegnato il ricavato della vendita coattiva può trattenere la somma ricevuta solo a due condizioni: che abbia chiesto l'ammissione al passivo e che, intervenuta la graduazione dei crediti, la somma ricavata possa essere destinata a soddisfare totalmente il suo credito, non essendovi creditori di grado peggiore. Viene così assicurato il coordinamento del privilegio agli istituti di credito che abbiano erogato credito fondiario con l'esigenza di rispettare il principio della *par condicio creditorum*. Più precisamente, ed in ossequio ad un orientamento ormai consolidato presso la giurisprudenza della stessa corte e fatto proprio anche dalla giurisprudenza di merito (cfr. Cass. n. 23572/2004; Cass. n. 8609/2007; Cass. n. 11014/2007; Cass. n. 314/98; Cass. n. 11234/90; App. Torino, 5 settembre 2007; Trib. di Macerata, 26 gennaio 2008; Trib. di Venezia 3 febbraio 2004) il potere dell'istituto di iniziare o proseguire l'azione esecutiva nei confronti del debitore dichiarato fallito si configura quale privilegio avente natura meramente processuale che, in quanto tale, non si pone in contrasto con il principio fissato dall'art. 52 l.fall. Infatti, l'assegnazione del ricavato nell'ambito della vendita dell'immobile ipotecato ha carattere provvisorio essendo onere dell'istituto procedente di insinuarsi al passivo del fallimento in modo tale da consentire la graduazione dei crediti ed ottenere così che l'assegnazione acquisti carattere di definitività (sempre che sia accertato che quanto ricevuto non debba essere ripartito in tutto o in parte a creditori di grado peggiore). È quindi onere del curatore rivolgersi al creditore, che abbia per tale via ottenuto la provvisoria assegnazione del ricavato della vendita dell'immobile ipotecato, e chiedere che questi si insinuino allo stato passivo.

15. *Concessione di credito agrario in presenza di nulla osta concesso in conformità a leggi regionali.* La Corte di Cassazione con sentenza 16 aprile 2008, n. 10065, in *Resp. civ. on line*, 2008, ha statuito il principio in forza del quale in tema di credito agrario, ove leggi regionali prevedano l'accesso al credito agevolato per le imprese che abbiano ottenuto il nulla osta dal competente ente amministrativo, le banche mantengono comunque autonomia di valutazione quanto alla concessione del finanziamento richiesto: le banche, cioè, non sono tenute a concedere in ogni caso i finanziamenti poiché mantengono il diritto-dovere di valutare la sussistenza delle condizioni per l'erogazione del credito. Per le medesime ragioni, l'autonomia negoziale della banca non può essere condizionata quanto ai tempi dell'istruttoria posto che essi attengono a valutazioni rimesse alla sua discrezionalità, eventualmente limitata

dal solo obbligo di rispettare il principio della buona fede nella fase precedente il perfezionamento del negozio. Conforme, Cass., 15 marzo 2005, n. 5636 (in *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 2005, 575, con nota di GRASSO).

II. BORSA E MERCATO MOBILIARE

SOMMARIO: A) *Autorità di vigilanza* – 16. Responsabilità civile della Consob. – B) *Intermediazione mobiliare*. – 17. Servizi e attività di investimento. – 17.1. Svolgimento dei servizi e delle attività. – 17.1.1. Natura dei «criteri generali» di comportamento e conseguenze della loro violazione. – 17.1.2. Forma dei contratti. – 17.1.3. Formalismo contrattuale e regole di ermeneutica. – 17.1.4. Operatore qualificato. – C. *Emittenti*. – 18. Offerte pubbliche di acquisto e scambio. – 18.1. OPA obbligatoria. Natura. Responsabilità per mancata promozione dell'offerta. – 19. Organi di controllo. – 19.1. Collegio sindacale. Nomina di un membro da parte della minoranza.

A) AUTORITÀ DI VIGILANZA

16. *Responsabilità civile della Consob*. a) Cass., sez. I civ., 9 maggio 2008, n. 11556 (in *Foro it.*, I, 2008, 3220 ss., con nota di PALMIERI, *Una fase di transito per la responsabilità delle authorities*) ha confermato la pronuncia di merito con la quale veniva esclusa la responsabilità della Consob nei confronti di un promotore finanziario e di un risparmiatore che assumevano di essere rimasti danneggiati per effetto del ritardato controllo da parte della Consob medesima su una società fiduciaria, nonostante il promotore finanziario danneggiato avesse segnalato gravi irregolarità poste in essere da quest'ultima.

In particolare, gli attori contestavano che la Consob si fosse attivata solo dopo la denuncia del presidente del Collegio sindacale della società in questione, avvenuta un mese dopo quella del promotore finanziario, sostenendo che proprio al decorso di tale lasso di tempo, senza che l'autorità di vigilanza avesse assunto alcun provvedimento cautelare, potevano causalmente riconnettersi i danni da essi giudizialmente domandati.

La Cassazione, di contro, ha ritenuto non censurabile il ragionamento dei giudici di merito nella parte in cui considerava non ascrivibile alla Consob un ritardo colposo nell'esercizio delle proprie funzioni, rilevando, per un verso, come l'esposto del promotore finanziario non fosse accompagnato da documenti tali da assumere provvedimenti urgenti, e, per altro verso, come la segnalazione a fronte della quale la Consob ave-

va infine adottato provvedimenti cautelari provenissero da un soggetto istituzionalmente deputato a svolgere attività di controllo ed in quanto tale meritevole di affidabilità anche a prescindere dall'esistenza di documentazione di supporto.

b) Trib. Roma, 28 aprile 2008 (in *Foro it.*, I, 2008, 3221 ss., unitamente a Cass. 9 maggio 2008, n. 11556, cit.), giudicando di un caso in cui non era applicabile *ratione temporis* la speciale disciplina della responsabilità della Consob (e di altre autorità di vigilanza) recata dalla l. 262/2005, così come modificata dal d.lgs. 303/2006 (in argomento v. CARRIERO, *La responsabilità civile delle autorità di vigilanza (in difesa del co. 6-bis dell'art. 24 della legge sulla tutela del risparmio*, in *Foro it.*, 2008, V, 221 ss.), ha affermato, conformemente alla giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass. 3 marzo 2001, n. 3132, in *Foro it.*, 2002, I, 1139, con nota di PALMIERI, *Responsabilità per omessa o insufficiente vigilanza: si affievolisce l'immunità della pubblica amministrazione*), la sussistenza della responsabilità della Consob per omessa vigilanza verso gli attori, investitori danneggiati dall'operato di un agente di cambio e da una SIM, anche alla stregua della disciplina di settore precedente l'entrata in vigore del d.lgs. n. 415 del 1996 ed indipendentemente dall'esistenza di rapporti contrattuali diretti tra i danneggianti e gli investitori danneggiati.

Stante l'esistenza di poteri di vigilanza e cautelari, anche alla luce della disciplina all'epoca dei fatti in vigore, ciò che per i giudici di legittimità ha assunto rilievo ai fini del giudizio di responsabilità è, da un lato, con specifico riferimento all'agente di cambio, la circostanza che se la Consob avesse svolto i controlli avrebbe rilevato numerose irregolarità ed avrebbe potuto conseguentemente porre in essere misure tese a far cessare le medesime, e, dall'altro, per quanto riguarda la SIM, la circostanza che la Consob non abbia vigilato sulla sana e prudente gestione di quest'ultima, permettendo l'aggravarsi della situazione finanziaria e patrimoniale.

B) INTERMEDIAZIONE MOBILIARE

17. Servizi e attività di investimento

17.1. Svolgimento dei servizi e delle attività

17.1.1. *Natura dei «criteri generali» di comportamento e conseguenze della loro violazione.* a) Nel periodo in rassegna, Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, di cui si è dato conto in *Dir. banc.*, 2009, I, 141, è stata pubblicata in *Società*, 4/2008, 449 ss., con commento di Sco-

GNIAMIGLIO. Nel medesimo periodo, oggetto di pubblicazione è stata pure la gemella Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Giur. comm.*, 2008, II, 344 ss., con nota di Gobbo, *Le sanzioni applicabili alla violazione delle regole di condotta in tema di investimenti mobiliari: la prima pronuncia nomofilattica sulla nullità e responsabilità contrattuale*.

17.1.2. *Forma dei contratti*. a) Trib. Milano, 11 aprile 2008, n. 4798 (in *Società*, 4/2009, 479 ss., con commento di BRUTTI) ha qualificato «senza causa» l'attività di intermediazione mobiliare posta in essere da una banca, condannandola conseguentemente a restituire le somme ricevute dagli attori a fini di investimento, in relazione alla circostanza che essa aveva agito in esecuzione di ordini di borsa impartiti oralmente, sebbene il contratto quadro di negoziazione di strumenti finanziari e di ricezione e trasmissione di ordini prevedesse che questi ultimi fossero impartiti per iscritto ovvero nel corso di conversazioni telefoniche registrate.

Pur riconoscendo l'esistenza di talune similitudini tra il contratto avente ad oggetto servizi di intermediazione mobiliare ed il contratto di mandato, contrariamente a quanto sosteneva la difesa della banca, i giudici ambrosiani hanno escluso la coincidenza tra le due figure negoziali ed hanno conseguentemente negato che i singoli ordini possano configurarsi come mere istruzioni impartite dagli investitori-mandanti in esecuzione di un mandato conferito a monte nel contratto di negoziazione e di ricezione e trasmissione ordini.

Sul punto, il Tribunale, seguendo un nutrito orientamento tanto giurisprudenziale quanto dottrinale (v., tuttavia, quanto sostiene GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2008, 1, 3 ss.), ha precisato che i contratti relativi ai servizi di investimento si configurano come contratti normativi, dai quali, contrariamente al mandato, non discendono obbligazioni attuali in capo alle parti; sicché i singoli ordini godrebbero di una propria autonomia negoziale, innestandosi sulle condizioni generali previste dal contratto quadro come fonte a sé stante di obbligazioni, tra le quali, in primo luogo, quella dell'intermediario di eseguire il servizio conformemente a quanto previsto nel contratto quadro.

Proprio sulla scorta dell'inquadramento negoziale degli ordini di borsa, il Tribunale ha potuto presumere, ai sensi dell'art. 1352 c.c., che, nell'intenzione delle parti, la forma dei singoli ordini di borsa prevista nel contratto di intermediazione mobiliare fosse richiesta *ab substantiam*, ed ha potuto conseguentemente rilevare che, in difetto di ordini impartiti nella forma convenzionalmente prevista, l'attività di investimento posta in essere banca era da considerarsi priva di qualsiasi titolo giuridico, giustificando l'accoglimento della domanda di ripetizione delle somme

originariamente investite, con contestuale restituzione dei titoli frutto di quegli investimenti.

In argomento, v. pure Trib. Novara, 18 gennaio 2007, di cui si è dato conto in *Dir. banc.*, 2009, I, ..., pubblicata, nel periodo in rassegna, in *Società*, 6/2008, 755 ss., con nota di G. AFFERNI.

17.1.3. *Formalismo contrattuale e regole di ermeneutica*. Cass., sez. I civile, 25 giugno 2008, n. 17341 (in *Foro it.*, 2009, I, 188 ss. con nota di SCONDITTI) ha cassato con rinvio App. Milano, 15 ottobre 2004 (inedita), nella quale i giudici di merito avevano interpretato un contratto avente ad oggetto il servizio di negoziazione ordini come relativo anche alla negoziazione di derivati esteri; e ciò sulla scorta, per un verso, della intitolazione del contratto, che faceva generico riferimento a valori mobiliari "quotati nei mercati regolamentati", e, per altro verso, del comportamento tenuto dagli investitori, i quali, successivamente alla stipulazione di detto contratto, avevano impartito anche ordini relativi, appunto, a derivati esteri.

La Suprema Corte, dopo aver precisato l'insufficienza della mera intitolazione ai fini della interpretazione di un atto di autonomia negoziale, facendo applicazione di un principio già più volte affermato in termini generali (e v., *ex multis*, Cass., 11 maggio 2007, n. 10868, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Contratti pubblici*, n. 471; Cass., 22 giugno 2006, n. 14444, *ivi*, voce *Contratto in genere*, n. 452; Cass., 13 settembre 2004, n. 18361, *Rep. Foro. it.*, 2004, voce *Contratto in genere*, n. 401; Cass., 5 febbraio 2004, n. 2216, *ivi*, voce *Contratto in genere*, n. 433), ha negato che nei contratti relativi a servizi di investimento, così come in tutti i negozi per i quali la forma scritta è prevista *ab substantiam* (tale previsione nel caso dei contratti in questione è contemplata dall'art. 23, co. 1, t.u.f.), la comune intenzione delle parti in ordine ad uno degli elementi essenziali del contratto, e dunque anche in ordine all'oggetto, possa essere individuata, come invece avevano fatto i giudici di merito, alla stregua dell'art. 1362, co. 2, c.c., avendo cioè riguardo al comportamento tenuto dalle parti successivamente alla conclusione dell'accordo.

Sulla base di questo principio, i giudici di legittimità hanno riconosciuto un vizio nella sentenza della Corte d'Appello là dove, nella prospettiva di individuare l'oggetto del contratto, si riconosceva rilievo alla circostanza che gli investitori, dopo la conclusione per iscritto del contratto quadro, avevano impartito telefonicamente alla banca anche ordini aventi ad oggetto derivati esteri.

17.1.4. *Operatore qualificato*. a) Cass., sez. I civile, 25 giugno 2008, 17340 (in *Foro it.*, 2008, I, 189 ss., con nota di SCONDITTI) ha cassato App.

Aquila, 31 ottobre 2003 (inedita), affermando il principio secondo il quale, ai sensi della normativa in materia di intermediazione mobiliare precedente al recepimento della direttiva MiFID, l'operatività delle regole di comportamento imposte agli intermediari autorizzati relative all'informazione sulle caratteristiche e sulla rischiosità in concreto dell'investimento e all'adeguatezza dell'operazione, il cui ambito di applicazione si deve ritenere esteso anche alla mera esecuzione di ordini [in senso contrario, nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Genova, 15 marzo 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 2539, con nota di PALMERI, *Prestiti obbligazionari, «default» e tutela «successiva» degli investitori: la mappa dei primi verdetti*; nonché, oggi, anche il nuovo Reg. Intermediari, che, per i servizi di *execution only*, a certe condizioni, ammette una attenuazione del rigore degli obblighi gravanti sull'intermediario], non è preclusa dal fatto che l'investitore abbia precedentemente posto in essere altre operazioni rischiose, non essendo tale circostanza di per sé idonea a considerare detto investitore come operatore qualificato e conseguentemente ad esonerare l'intermediario dalla soggezione alle citate regole.

b) App. Milano, 12 ottobre 2007 (in *Giur. it.*, 2008, 1165, con nota di MOTTI; in *Corr. giur.*, 2008, 1747, con nota di SESTA) ha affermato che la dichiarazione con la quale l'investitore si autodefinisce "operatore qualificato", ai sensi dell'art. 31 Reg. Intermediari (nel testo previgente il recepimento della direttiva MiFID: Reg. n. 11522/1998) – la quale, non richiedendo una scrittura *ad hoc*, può anche essere inserita nel contratto quadro tra intermediario e investitore –, se resa dal legale rappresentante di una società è idonea a liberare l'intermediario dall'obbligo di verificare l'effettiva sussistenza della specifica competenza ed esperienza dichiarate (conforme: Trib. Milano, 7 aprile 2008, in *Corr. giur.*, 2008, 1749, con nota di SESTA; in senso contrario, v. però Trib. Novara, 18 gennaio 2007, cit., di cui si è dato conto in *Dir. banc.*, 2009, I, 145, pubblicata nel periodo in rassegna in *Società*, 6/2008, 755 ss., con nota di AFFERNI).

Il tribunale milanese giunge a tale conclusione argomentando dal tenore letterale dell'art. 31 del Reg. Intermediari, che, mentre prevede espressamente che le persone fisiche debbono documentare la loro competenza ed esperienza (v. tuttavia Trib. Savona, 10 novembre 2005, in *Foro. pad.*, 2007, I, 173 ss., con nota di GHIGLIOTTI, ove la dichiarazione dell'investitore persona fisica è servita, in verità unitamente al compimento di precedenti operazioni rischiose, per argomentare l'esonazione dell'intermediario da alcuni obblighi informativi), nulla dice a tal riguardo con riferimento alle società e alle persone giuridiche (diverse da quelle qualificate "operatore qualificato" dal medesimo Regolamen-

to), rispetto alle quali, pertanto, secondo il tribunale, dovrebbe valere un regime diverso e meno rigoroso in punto di efficacia esimente della dichiarazione dell'investitore.

C) EMITTENTI.

18. Offerte pubbliche di acquisto e scambio.

18.1. *OPA obbligatoria. Natura. Responsabilità per mancata promozione dell'offerta.* a) Trib. Milano, 17 maggio 2007 (in *Giur. comm.*, 2008, II, 465 ss., con nota di CACCHI PESSANI, *Violazione dell'obbligo di OPA e risarcimento del danno*), mutando orientamento rispetto a precedenti decisioni rese nell'ambito della medesima vicenda (v. Trib. Milano, 26 maggio 2005, in *Giur. comm.*, 2006, II, 753 ss., con note di GAMBARRO, *Riflessione breve sull'argomentazione giurisprudenziale*, e di GATTI, *Mancata promozione di OPA obbligatoria e risarcimento del danno*; Trib. Milano, 8 maggio 2006, in *Corr. giur.*, 2006, 983 ss., con commento di ROLFI, *Quando l'o.p.a. diventa veramente "obbligatoria"*; in *Giur. it.*, 2007, 1707 ss., con nota di DESANA; Trib. Milano, 2 maggio 2007, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, II, 572 ss., con nota di DESANA, *Tribunale versus Corte d'Appello nella vicenda Sai-Fondiarria: due pronunce sulle conseguenze della violazione dell'o.p.a. obbligatoria*), ha riconosciuto la *ratio* della disciplina dell'OPA obbligatoria, non già nel principio della parità di trattamento di cui all'art. 93 t.u.f., ma nella tutela degli azionisti di minoranza, e segnatamente nella tutela del valore della loro partecipazione (*rectius*: del diritto di voto incorporato nella partecipazione) rispetto dall'acquisto del controllo della società da parte di un terzo.

Su questa base, la violazione dell'obbligo di lanciare l'OPA al superamento della soglia di partecipazione legislativamente prefissata – superamento della soglia realizzato, nel caso di specie, per effetto di acquisti posti in essere da più soggetti in “concerto” tra loro, ai sensi dell'art. 109 t.u.f. – è stata ritenuta, in questo caso conformemente ai precedenti sopra citati, fonte di responsabilità di natura contrattuale, in quanto inadempimento di una obbligazione *ex lege* (art. 1173 c.c.). Il Tribunale, anche in questa occasione, ha tuttavia precisato che il rimedio risarcitorio non è invocabile in ogni caso, ma solo ove i rimedi legali previsti nell'art. 110 t.u.f., ossia sospensione del diritto di voto e obbligo di alienazione, non siano riusciti ad evitare il consolidamento del controllo e con esso del pregiudizio al valore delle partecipazioni azionarie di minoranza.

b) Trib. Milano, 7 giugno 2007 (pubblicata unitamente a Trib. Mila-

no, 17 maggio 2008, cit., in *Giur. comm.*, 2008, II, 465 ss.), giudicando anch'essa, come Trib. Milano, 17 maggio 2007, cit., di una azione di risarcimento danni intentata da azionisti di minoranza che, nell'ambito del caso SAI-Fondiaria, si assumevano danneggiati dal mancato lancio di una OPA obbligatoria sulle loro partecipazioni, ha ulteriormente mutato la ricostruzione della *ratio* sottesa alla disciplina dell'OPA obbligatoria, riconoscendo a quest'ultima, per un verso, la finalità di tutelare l'autonomia negoziale degli investitori in caso di mutamento del controllo, e, per altro verso, quella di regolare il mercato del controllo societario. Ma il Tribunale non ha solo operato un ripensamento della *ratio*. Contrariamente a quanto aveva fatto nella sentenza sopra citata, in questo caso, infatti, ha rinunciato a costruire l'obbligo di OPA come obbligazione *ex lege*, riconoscitovi una obbligazione che integra il contenuto del contratto sociale ai sensi dell'art. 1374 c.c. e che dunque presenta fonte e natura contrattuale. Ciò che ha permesso ai giudici ambrosiani di affermare, anche in questo caso innovando rispetto all'orientamento seguito nelle precedenti sentenze, che, in caso di violazione di tale obbligazione, la responsabilità di coloro che non hanno lanciato l'OPA e il conseguente obbligo di risarcimento del danno sono indipendenti dall'operatività e dall'efficacia dei rimedi legali.

c) Trib. Milano, 28 maggio 2008 (in *Giur. comm.*, 2008, II, 465 ss., unitamente a App. Milano, 20 dicembre 2007 ed a Trib. Firenze, 19 dicembre 2007, con nota di DESANA, *Il caso SAI Fondiaria: ancora tre decisioni attendono la Cassazione*), chiamato ancora una volta a giudicare di un'azione di responsabilità per mancato lancio dell'OPA obbligatoria nel caso SAI-Fondiaria, ha costruito l'obbligo di OPA come opzione put di fonte legale, che, se violata, integra inadempimento contrattuale e genera l'omonima responsabilità, la quale può essere fatta valere indipendentemente dall'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 110 t.u.f., in effetti destinate alla tutela di interessi diversi.

19. Organi di controllo

19.1. *Collegio sindacale. Nomina di un membro da parte della minoranza.* Cass. 13 settembre 2007, n. 19160 (in *Foro it.*, 2008, I, 859 ss., con nota di richiami di RORDORF; in *Giur. comm.*, 2009, II, 57 ss., con nota di GUCCIONE, *Il problema della validità della clausola che attribuisce agli amministratori di società quotata la facoltà di presentare una propria lista di candidati sindaci*), applicando alla fattispecie l'art. 148, co. 2, t.u.f., nella versione previgente alla l. 28 dicembre 2005, n. 262 e al d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303, nonché al nuovo Reg. Emittenti, titolo V-bis,

adottato con delibera 15915 del 3 maggio 2007, ha affermato l'illegittimità di una clausola dello statuto di una s.p.a. con la quale si attribuiva al c.d.a. il diritto di presentare una propria lista di candidati alla carica di sindaco.

I giudici di legittimità, respingendo la tesi della difesa della società ricorrente, secondo la quale una tale clausola, non escludendo la possibilità che altra lista di candidati possa essere presentata dai soci di minoranza, non poteva ritenersi in contrasto con la previsione di cui all'art. 148 t.u.f. (tesi in verità sostenuta anche in dottrina: e v. CAVALLI, sub *art. 148*, in CAMPOBASSO (a cura di), *Testo unico della finanza. Commentario*, t. 2, Torino, Utet, 2002, 1217), ha ritenuto leso l'interesse della minoranza, tutelato da quest'ultima norma, in quanto mediante detta clausola non veniva assicurato che del collegio sindacale facesse parte un membro votato dalla minoranza.