

**A.DI.G.E.**

**ASSOCIAZIONE PER LA DIFFUSIONE DELLA GIURISPRUDENZA ECONOMICA**

**RIVISTA DI GIURISPRUDENZA  
ED ECONOMIA D'AZIENDA**

**N. 2 – anno 2007**

**A.DI.G.E.**

ASSOCIAZIONE PER LA DIFFUSIONE DELLA GIURISPRUDENZA ECONOMICA

# **RIVISTA DI GIURISPRUDENZA ED ECONOMIA D'AZIENDA**

## **Di particolare interesse in questo numero:**

- Validità delle clausole compromissorie statutarie e decreto n. 5/2003
- Responsabilità di società farmaceutica per reati di corruzione
- Legittimità della scelta meno onerosa fiscalmente tra più alternative ammissibili
  - Esame di avvocato difetto di motivazione

Con il contributo di



**Nuova serie**

**N. 2 – 2007**



RIVISTA DI GIURISPRUDENZA  
ED ECONOMIA D'AZIENDA  
Pubblicazione periodica autorizzata  
dal Tribunale C.P. di Verona  
Reg. n. 1266 dell'8 aprile 1997

Copyright © MMVII  
A.D.I.G.E. di Verona

ISBN 978-88-548-1445-4  
ISSN 1973-0152

*I diritti di traduzione, di memorizzazione  
elettronica, di riproduzione e di adattamento  
anche parziale, con qualsiasi mezzo,  
sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite  
le fotocopie senza il permesso scritto  
dell'Editore.*

I edizione: novembre 2007

#### **Direttore**

Lorenzo Picotti

#### **Comitato di redazione**

Pasquale D'Ascola (Diritto Civile)  
Andrea Mirenda (Diritto Processuale Civile)  
Lamberto Lambertini (Diritto Societario)  
Pierpaolo Lanni (Diritto Societario)  
Francesco Abate (Diritto Fallimentare)  
Antonio Matano (Diritto del Lavoro)  
Francesco Moschetti (Diritto Tributario)  
Lorenzo Picotti (Diritto Penale)  
Giorgio Piziali (Procedura Penale)  
Giovanni Antonio Sala (Diritto Amministrativo)  
Giovanni Alberti (Economia Aziendale)

#### **Comitato Editoriale**

Chiara Pigozzi (Diritto Civile e Diritto  
Processuale Civile)  
Federico Cena (Diritto Societario)  
Elisabetta Ubini (Diritto Fallimentare)  
Anita Viviani (Diritto del Lavoro)  
Claudio Todesco (Diritto Tributario)  
Stefano Golin (Diritto Tributario)  
Roberto Flor (Diritto Penale)  
Stefano Marcolini (Procedura Penale)  
Davide Lo Presti (Diritto Amministrativo)  
Chiara Leardini (Economia Aziendale)

#### **Direttore Responsabile**

Francesco Ruffo  
Iscritto al numero 167 dell'Ordine  
dei Giornalisti del Veneto – Albo Professionisti

#### **Segreteria di Redazione**

Silvia Scartezzini  
presso il Centro Studi Verona Innova  
via Montanari 9 – 37122 Verona  
Tel. 0458028849 – Fax 0458028825  
e-mail: Verona.Innova@giurisprudenza.univr.it

#### **Editore**

Aracne editrice S.r.l.  
www.aracneeditrice.it  
info@aracneeditrice.it  
via Raffaele Garofalo, 133 A/B  
00173 Roma  
(06) 93781065

Stampato in Italia – Printed in Italy

## **EDITORIALE**

### ***Una realtà che cresce***

Nel licenziare il secondo numero della ‘nuova serie’ della Rivista, va innanzitutto espressa soddisfazione per l’impatto che l’iniziativa ha già avuto, ben oltre l’ambito territoriale veronese e la cerchia degli studiosi e giuristi entro cui è nata. E’ stato coinvolto un ampio pubblico di professionisti, magistrati, responsabili ed operatori di amministrazioni ed aziende, dottorandi, specializzandi un po’ di tutta l’area del Triveneto.

Un eloquente ed incoraggiante riscontro è stato offerto dal Convegno di presentazione, svoltosi a fine settembre nell’affollata aula “Bartolomeo Cipolla” della Facoltà di Giurisprudenza (di cui riferisce dettagliatamente il resoconto pubblicato nella Parte II), nel corso del quale ha assunto concretezza la constatazione che il progetto è decollato e si tratta adesso di rafforzarlo, estenderlo, proseguirlo con puntualità e competenza.

La giurisprudenza di merito, oggetto primo della pubblicazione, si conferma feconda miniera e costante stimolo di conoscenza giuridica, per le soluzioni concrete che produce, formando quel “diritto vivente” che talora anticipa, più spesso corregge od adegua alla realtà dei conflitti quotidiani le scelte legislative, sottoposte ad un puntuale vaglio di opportunità ed efficacia.

In questo numero sono di sicuro interesse numerose pronunce, fra cui sembrano da segnalare, in particolare, quelle sui limiti di validità delle clausole compromissorie contenute in statuti (diritto processuale civile), sulla legittimità della scelta, tra più alternative ammissibili, di quella meno onerosa fiscalmente (diritto tributario), sulla responsabilità “amministrativa” - per reati di corruzione - di una società farmaceutica che ha patteggiato le relative specifiche sanzioni (diritto e procedura penale), sull’invalidità della mancata ammissione alle prove orali d’esame di avvocato per difetto di motivazione (diritto amministrativo).

La cadenza semestrale della Rivista si dimostra adeguata alle concrete possibilità operative della redazione ed alle esigenze di raccolta e selezione del materiale.

Ma i compiti da affrontare si profilano più incalzanti, non solo sul versante delle attività redazionali, bensì anche su quello dei contatti da mantenere e da sviluppare: a monte, per la raccolta dei contributi, ed a valle per la successiva circolazione della pubblicazione.

Sotto entrambi gli aspetti la promozione di iniziative scientifiche, di studio, aggiornamento ed approfondimento – come quella menzionata di presentazione – si delinea come parte integrante dell’impegno che la Rivista si assume, anche oltre l’ambito locale, per sviluppare la riflessione ed il confronto sui “propri” temi, in stretta sintonia con il mondo forense, professionale e delle aziende, da cui proviene l’incoraggiamento a proseguire sulla strada intrapresa e ad estenderne gli orizzonti.

ottobre 2007

*Lorenzo Picotti*

## SOMMARIO

### PARTE PRIMA

#### GIURISPRUDENZA

##### DIRITTO CIVILE

*Effetti e valore dell'autocertificazione di "operatore qualificato" resa ex art. 31, comma 2, reg. CONSOB n. 11522/98*

TRIBUNALE DI VERONA – SEZ. IV CIVILE – ORDINANZA 22 GIUGNO 2007 – EST. LANNI  
11

*Responsabilità del proprietario per il danno cagionato ai terzi dalla cosa locata. Configurabilità e limiti*

TRIBUNALE DI VERONA – SEZ. IV CIVILE – SENTENZA 28 FEBBRAIO 2007 – N. 628 – EST. LANNI  
21

##### DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

*Clausole compromissorie statutarie. Validità della clausola priva dei requisiti previsti dall'art. 34, comma 1, D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*

TRIBUNALE DI VERONA – SEZ. IV CIVILE – 31 MARZO 2007 – PRES. RIZZO – EST. RIZZUTO  
31

*E' valido l'appello proposto con ricorso piuttosto che con citazione purché vengano rispettati i termini per l'impugnazione propri del modello impugnatorio prescelto. L'appello avverso le sentenze rese nei procedimenti ex art. 22, legge 24 novembre 1981, n. 689 in cui è parte un'amministrazione statale soggiace alla regola del c.d. Foro erariale*

TRIBUNALE DI VERONA – SEZ. IV CIVILE – SENTENZA 29 MARZO 2007 – EST. MIRENDA  
39

*Deferibilità ad arbitri delle impugnazioni delle delibere assembleari*

TRIBUNALE DI VERONA – SEZ. IV CIVILE – 3 NOVEMBRE 2006 – PRES. MIRENDA – EST. LANNI  
46

##### DIRITTO SOCIETARIO

*Recesso dalla S.p.a. e la perdita dello status di socio del recedente*

COLLEGIO ARBITRALE - PRES. PORTALE, BENATTI, RICCI – 4 LUGLIO 2006 – LODO RESO IN MILANO  
53

## SOMMARIO

- Inapplicabile l'art. 2373 comma 2 c.c. al socio-amministratore di S.r.l.*  
TRIBUNALE DI VERONA – SEZ. IV CIVILE – 9 MARZO 2007 – EST. MIRENDA 63

### DIRITTO FALLIMENTARE

- Omologa della proposta di concordato preventivo con previsione di non integrale soddisfazione dei creditori privilegiati e riconoscimento del diritto di voto dei medesimi*  
TRIBUNALE DI VERONA – SEZ. FALLIMENTARE - DECRETO 15 GIUGNO 2007 – N. 13 – PRES. ABATE, REL. TULUMELLO 71

### DIRITTO TRIBUTARIO

- Nell'ambito del "regime del margine" all'acquirente non spettano compiti appartenenti all'amministrazione finanziaria*

COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE DEL VENETO – SEZ. XXXI – 1 SETTEMBRE 2006 – N. 26 – PRES. VALMASSOI – REL. ROTA 83

- Diritto alla detrazione dell'iva in capo al cessionario in presenza di operazioni fraudolente*

COMMISSIONE TRIBUTARIA DI PRIMO GRADO DI TRENTO – SEZ. III – 7 DICEMBRE 2006 – N. 98 – PRES. E REL. TROVATELLI 87

- Legittimità della scelta, tra più alternative ammissibili, di quella meno onerosa fiscalmente*

COMMISSIONE TRIBUTARIA PROVINCIALE DI PADOVA – SEZ. VIII – 17 OTTOBRE 2006 – N. 241 – PRES. PEZZANGORA – REL. DESTRO 95

- Qualificazione dell'attività del prestatore di servizi tra gli istituti della collaborazione coordinata e continuativa e del lavoro autonomo*

COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE DEL VENETO – SEZ. XXV – 2 MARZO 2007 – N. 21 – PRES. PRATO – REL. PRAVISANO 100

### DIRITTO DEL LAVORO

- Il dipendente di un ente locale che risulti vincitore di un concorso di dottorato di ricerca senza borsa di studio ha diritto ad ottenere l'aspettativa retribuita.*

TRIBUNALE DI VERONA – GIUDICE UNICO DEL LAVORO – 8 FEBBRAIO 2007 – N. 405 – EST. ANGELETTI 108

- L'art. 46 del CCNL Panificatori Aziende Industriali prevede un termine di comporta sine die nel caso di infortunio sul lavoro riconosciuto dall'Inail.*

TRIBUNALE DI VERONA – GIUDICE UNICO DEL LAVORO – 5 GIUGNO 2007 – N. 174 – EST. MATANO 114

## SOMMARIO

### DIRITTO PENALE

*Responsabilità della società farmaceutica ai sensi del D. lgs. 231/2001 per la corruzione di sanitari pubblici da parte di suoi incaricati operata per incrementare la vendita di farmaci*

GIUDICE PER LE INDAGINI PRELIMINARI PRESSO IL TRIBUNALE DI VERONA –  
SENTENZA-ORDINANZA 14 MARZO 2007 – EST. CACCAMO – G. S.P.A. 122

### PROCEDURA PENALE

*Non osta al “patteggiamento” dell’ente per alcuni illeciti (ex art. 63 D. lgs n. 231 del 2001) il contestuale proscioglimento per altri*

GIUDICE DELL’UDIENZA PRELIMINARE PRESSO IL TRIBUNALE DI VERONA – SENTENZA  
14 MARZO 2007 – EST. CACCAMO – G. S.P.A. 136

### DIRITTO AMMINISTRATIVO

*La revoca dell’aggiudicazione nei contratti pubblici*

T.A.R. VENETO – SEZ. I – 15 MARZO 2007 – PRES. AMOROSO – EST. ANTONELLI 141

*Esame di avvocato: difetto di motivazione*

T.A.R. VENETO, VENEZIA – SEZ. I – 4 SETTEMBRE 2007 – N. 553 – PRES. AMOROSO –  
EST. BELLUCCI 146

## PARTE SECONDA

### COMMENTI – RICERCHE – CONVEGNI E SEMINARI

#### DIRITTO TRIBUTARIO

*L’elusione della società e la conseguente evasione dei soci tra il “funambolismo” degli uffici fiscali e il “torpore” dei giudici*

Commento a Commissione Tributaria Provinciale di Padova – sez. VIII – 17 ottobre  
2006 – n. 241 – Pres. Pezzangora – Rel. Destro, Commissione Tributaria Provinciale di  
Padova – sez. II – 15 febbraio 2007 – n. 23 – Pres. Giancesini – Rel. Bolis  
di Mauro Beghin 155

*Le società’ di comodo. Dai recenti interventi normativi alle problematiche di elusione.*

Relazione sul seminario tenutosi a Verona il 26 settembre 2007 presso la Facoltà di  
Giurisprudenza  
di Stefano Golin 161

#### DIRITTO PENALE



## SOMMARIO

<i>Imputazione di responsabilità all'ente per la corruzione di operatori sanitari e conseguenze sanzionatorie</i> Commento a Giudice per le Indagini Preliminari presso il Tribunale di Verona – 14 marzo 2006 (G. S.p.a.) - Est. Caccamo di Lorenzo Picotti	167
--	-----

### **PARTE TERZA**

#### **STUDI PER L'INNOVAZIONE NELLE P.A.**

<i>Il marketing in sanità: un nuovo strumento etico di raccolta fondi</i> di Alessandro Ferronato	181
--	-----

**INDICE CRONOLOGICO**

**2006**

Giugno

22 Tribunale di Verona, sez. IV civile, ordinanza

Luglio

4 Collegio Arbitrale, Lodo reso in Milano

Settembre

1 Commissione Tributaria Regionale del Veneto, sez. XXXI, n. 26

Ottobre

17 Commissione Tributaria Provinciale di Padova, sez. VIII, n. 241

Novembre

3 Tribunale di Verona, sez. I civile

Dicembre

7 Commissione Tributaria di primo grado di Trento, sez. III, n. 98

**2007**

Febbraio

8 Tribunale di Verona, Giudice Unico del Lavoro, n. 405

28 Tribunale di Verona, sez. IV civile, n. 628

Marzo

2 Commissione Tributaria Regionale del Veneto, sez. XXV, n. 21

9 Tribunale di Verona, sez. IV civile

14 Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Verona

14 T.A.R. Veneto, sez. I

29 Tribunale di Verona, sez. IV civile

31 Tribunale di Verona, sez. IV civile

Giugno

5 Tribunale di Verona, Giudice Unico del Lavoro, n. 174

Settembre

29 T.A.R. Veneto, Sez. I, n. 533

*PARTE PRIMA*

# GIURISPRUDENZA

**PARTE PRIMA**

**GIURISPRUDENZA**

**DIRITTO CIVILE**

---

**EFFETTI E VALORE DELL'AUTOCERTIFICAZIONE DI  
"OPERATORE QUALIFICATO" RESA EX ART. 31, COMMA 2  
REG. CONSOB, N. 11522/98.**

---

TRIBUNALE DI VERONA – SEZ. IV CIVILE – ORDINANZA 22 GIUGNO  
2007 – EST. LANNI

**Intermediazione finanziaria – negoziazione di strumenti finanziari – obblighi  
di informazione dell'intermediario – operatore qualificato**

(artt. 1175, 1176, comma 2, 1337 e 1375 c.c.; artt. 21 D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; art. 31 reg. Consob 1 luglio 1998, n. 11522)

*In tema di negoziazione di strumenti finanziari derivati, che, secondo i regolamenti Consob, esonerano l'intermediario dal rispetto di una serie di regole di condotta se il cliente è un operatore qualificato, la configurazione di un obbligo dell'intermediario di esaminare il contenuto, la portata e le conseguenze dell'autocertificazione di "operatore qualificato" resa dal cliente è una naturale conseguenza di quegli obblighi di diligenza professionale e di comportamento secondo buona fede nella preparazione ed esecuzione del contratto che, nella materia in questione, assumono una rilevanza ancora più specifica in virtù della previsione contenuta nell'art. 21, D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.*

*Tuttavia non si può arrivare a configurare a carico dell'intermediario un obbligo di informazione più pregante di quello gravante su di lui in caso di contrattazione con operatore non qualificato.*

**Intermediazione finanziaria – negoziazione di strumenti finanziari – obblighi di informazione dell’intermediario – operatore qualificato – valore dell’autocertificazione**

(Artt. 1175, 1176, comma 2, 1337 e 1375 c.c.; artt. 21 D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; art. 31 reg. Consob 1 luglio 1998, n. 11522)

*2. L’autocertificazione di “operatore qualificato” resa ex art. 31, reg. Consob 1 luglio 1998, n. 11522 non può essere ritenuta irrilevante nel caso in cui non corrisponda all’effettiva esperienza del cliente. Tuttavia, se l’intermediario è in grado di apprezzare la non corrispondenza di detta dichiarazione alla posizione effettiva del cliente, l’intermediario è obbligato ad informare il cliente quanto meno della particolare competenza richiesta dalle operazioni poste in essere e, più in generale, dalla stessa autocertificazione.*

(omissis)

**Motivi della decisione**

La domanda della ricorrente è finalizzata a paralizzare, con la tutela cautelare atipica, gli effetti pregiudizievoli degli addebiti conseguenti al contratto di *swap* (della tipologia IRS) del 21 febbraio 2006.

Per ciò che concerne il requisito del *fumus boni iuris*, acquista rilievo preliminare l’autocertificazione di “operatore qualificato” rilasciata dalla ricorrente al momento della stipulazione del contratto, in quanto, come dedotto dalle stesse parti, la violazione degli obblighi di informazione da parte della resistente, allegata dalla ricorrente quale fondamento delle domande di merito tese ad incidere sulla validità ed efficacia del contratto, in tanto è configurabile in quanto non operi l’esclusione dell’operatività delle norme indicate dal primo comma dell’art. 31 del Regolamento Consob 1 luglio 1998, n. 11522, prevista dal secondo comma di tale disposizione.

La ricorrente, nel negare la propria qualità di operatore qualificato, ha contestato la valenza di tale autocertificazione richiamando: a) il precedente di questo Tribunale che ha affermato l’obbligo dell’intermediario di non limitarsi ad una semplice ricezione passiva della dichiarazione dell’investitore, ma di interloquire sulla portata e le conseguenze della dichiarazione stessa; b) altro precedente di merito (Trib. Novara 18 gennaio 2007), che ha affermato la natura di mera dichiarazione di scienza dell’autocertificazione e quindi la sua irrilevanza quando non corrisponda alla realtà fattuale preesistente (ossia quando

l'investitore non abbia precedentemente maturato un'esperienza rilevante nella negoziazione degli strumenti finanziari).

Sotto il primo profilo va osservato che la configurazione di un obbligo dell'intermediario di esaminare il contenuto, la portata e le conseguenze dell'autocertificazione insieme al cliente può ritenersi una naturale conseguenza di quegli obblighi di diligenza professionale (art. 1176, comma 2, c.c.) e di comportarsi secondo buona fede nella preparazione e nell'esecuzione del contratto (artt. 1175, 1337 e 1375 c.c.), che nella materia in questione assumono una rilevanza ancor più specifica in considerazione della previsione contenuta nell'art. 21 del D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, senza peraltro che si possa arrivare a configurare a carico dell'intermediario un obbligo di informazione più pregnante di quello gravante su di lui in caso di contrattazione con operatore non qualificato, come sostenuto dalla resistente (in questo caso, infatti, l'intermediario non deve soffermarsi sul contenuto e le conseguenze degli obblighi di informazione gravanti su di lui, in quanto deve direttamente adempiere tali obblighi).

Peraltro, nel caso di specie l'autocertificazione sottoscritta dalla ricorrente il 21 febbraio 2006 è stata redatta su un documento autonomo e distinto sia dal contratto quadro che dal contratto di *swap* e contiene un espresso richiamo alle sue conseguenze, con specifico riferimento all'esenzione dell'intermediario dall'osservanza delle norme indicate nel citato art. 31.

Non appare quindi configurabile quel comportamento meramente passivo e disinformativo che può assumere rilevanza nella prospettiva considerata.

Per ciò che concerne, invece, il secondo profilo, va osservato che l'espressa richiesta di una specifica dichiarazione scritta da parte del secondo comma del citato art. 31 non può essere svilita affermando l'irrelevanza di tale dichiarazione nel caso in cui non corrisponda all'effettiva esperienza del cliente, in quanto appare evidente la volontà normativa di richiamare, attraverso la scelta della forma scritta, l'attenzione del cliente circa l'importanza della dichiarazione e di svincolare l'intermediario da un accertamento di fatto dai connotati obiettivamente incerti nell'attuale contesto normativo.

Tuttavia, qualora l'intermediario, nel momento in cui riceve la dichiarazione, sia in grado di apprezzarne la non corrispondenza alla posizione effettiva dell'investitore, in quanto ne conosca l'ignoranza o l'inesperienza in materia di negoziazione degli strumenti finanziari, i doveri di diligenza professionale ed il necessario rispetto delle comuni

regole di correttezza escludono che l'intermediario stesso possa limitarsi ad un comportamento meramente passivo, ma lo obbligano ad informare il cliente quanto meno della particolare competenza richiesta dalle operazioni poste in essere e più in generale dalla stessa autocertificazione.

In caso contrario, infatti, si potrebbe configurare una fattispecie di abuso del diritto da parte dell'intermediario ed ipotizzare l'esperibilità da parte del cliente di una *exceptio doli generalis*, idonea a superare l'esclusione dei doveri informativi prevista dal primo comma del citato art. 31.

Ovviamente, questa *exceptio* presuppone l'allegazione (e la dimostrazione) da parte del cliente della conoscenza della propria inesperienza e della propria ignoranza da parte dell'intermediario.

Nel caso di specie, invece, quest'onere di allegazione non può ritenersi assolto, essendosi la ricorrente limitata a negare la propria qualità di operatore qualificato, senza però indicare alcun elemento idoneo a dimostrare l'effettiva consapevolezza (e non già la semplice conoscibilità) di tale mancanza da parte della resistente.

Ed anzi, assume significativo rilievo nel senso del riconoscimento alla ricorrente di una specifica conoscenza degli strumenti finanziari derivati, la circostanza che il contratto di *swap* del 21 febbraio 2006 cui la parte riferisce lo contestazione giudiziale (peraltro, preceduto da un nuovo contratto quadro, con un'autonoma certificazione di "operatore qualificato"), sia l'ultimo di una serie di contratti di *swap* (il primo dei quali stipulato il 21 ottobre 2002).

Appare infatti difficile ipotizzare che la parte, dopo aver stipulato sei distinti contratti, sia pure per adeguare ripetutamente l'operazione finanziaria iniziale, al momento della stipulazione del settimo contratto non avesse ancora compreso le caratteristiche e le modalità di funzionamento dello strumento prescelto.

In forza di tali considerazioni il requisito del *fumus bonus iuris* non può ritenersi sussistente, dovendosi riconoscere, in base ad una prima sommario delibazione, l'irrelevanza dei doveri di informazione invocati dalla ricorrente, a fronte dell'operatività dell'autocertificazione di "operatore qualificato".

La domanda cautelare deve quindi essere rigettata a prescindere da ogni considerazione sul requisito del *periculum in mora*.

Quanto alle spese del procedimento cautelare, considerata la complessità della questione tratta, si giudica che sussistano giusti motivi per disporre la compensazione integrale.

(*omissis*).

## OSSERVAZIONI

### 1. Riferimenti normativi

(1-2) Il provvedimento in esame è uno dei numerosissimi intervenuti in materia di “strumenti finanziari derivati”.

Come è noto, all’interno di questo ampio *genus* – peraltro in continua evoluzione sotto la spinta creatrice degli operatori finanziari – si è soliti distinguere quattro tipologie di contratti derivati: *futures*, *options*, *swaps* e *credit derivatives*.

Le operazioni di *swap*, in particolare, possono essere a loro volta suddivise in quattro tipi principali: *swaps* di interessi, di valute, di merci e di indici di mercato.

Tutti i contratti di *swaps* consistono in un patto in virtù del quale le parti si obbligano a scambiarsi, ad una o più scadenze prefissate, due somme di denaro quantificate applicando due diversi parametri ad un unico ammontare di riferimento.

Nel caso di *swap* di interessi (come quello oggetto del provvedimento) le parti – ognuna delle quali è a sua volta debitrice di un terzo – si promettono reciprocamente che ciascuna adempirà il debito dell’altra nei confronti del terzo. Tale accordo ha efficacia solo tra le parti dello *swap*, e non è opponibile ai rispettivi creditori. L’utilità (sperata) del contratto risiede nel fatto che le parti stabiliscono a quale tasso o cambio dovrà avvenire l’adempimento del debito altrui, sicché il contratto risulterà vantaggioso solo se al momento della scadenza il debito del contraente verso il terzo si sia deprezzato rispetto al debito “garantito” dalla controparte.

L’ordinanza veronese affronta il tema della valenza dell’autocertificazione resa a norma dell’art. 31, comma 2 del regolamento adottato dalla Consob con delibera n. 11522 del 1 luglio 1998 (c.d. regolamento intermediari), in attuazione del D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (c.d. T.u.f.).

Tale norma fornisce la definizione di operatori qualificati, precisando che per tali si intendono “*gli intermediari autorizzati, le società di gestione del risparmio, le SICAV, i fondi pensione, le compagnie di assicurazione, i soggetti esteri che svolgono in forza della normativa in vigore nel proprio Stato d’origine le attività svolte dai soggetti di cui sopra, le società e gli enti emittenti strumenti finanziari negoziati in mercati regolamentati, le società iscritte negli elenchi di cui agli arti-*



*coli 106, 107 e 113 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, i promotori finanziari, le persone fisiche che documentino il possesso dei requisiti di professionalità stabiliti dal Testo Unico per i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso società di intermediazione mobiliare, le fondazioni bancarie, nonché ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante”.*

Se il cliente è un operatore qualificato l'intermediario è esentato dal rispetto di una serie di regole di condotta, che trovano invece applicazione qualora si contratti con un operatore non qualificato.

In particolare, non sono applicabili: l'art. 28 che, sotto la rubrica *“Informazioni tra gli intermediari e gli investitori”*, dispone a carico dell'intermediario precisi doveri di informazione nei confronti dell'investitore; l'art. 29 che, sotto la rubrica *“Operazioni non adeguate”*, impone una specifica condotta in ipotesi di operazioni non adeguate al profilo di rischio dell'investitore; l'art. 30 che disciplina i *“Contratti con gli investitori”* stabilendo forma e contenuto dei medesimi; le norme sulla segnalazione dell'eventuale conflitto di interessi).

Tali norme costituiscono una specificazione del disposto dell'art. 21 del T.u.f., il quale – nel dettare i *“criteri generali”* cui gli intermediari devono attenersi – impone a questi ultimi l'obbligo di comportarsi con correttezza e diligenza nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati, operando in modo che gli investitori siano sempre adeguatamente informati.

Se per i soggetti indicati nella prima parte del comma 1 dell'art. 31, reg. Consob non si pone il problema di verificare il possesso del requisito di *“operatore qualificato”*, diverso è il caso delle società o persone giuridiche che, per il tramite del loro legale rappresentante abbiano espressamente dichiarato per iscritto il *“possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari”*.

Non stupisce quindi che la valenza e gli effetti di tale autocertificazione rappresentino argomenti tuttora oggetto di ampio dibattito.

In tale dibattito si inserisce il provvedimento in commento, emesso in esito ad un procedimento promosso *ex art. 700 c.p.c.* da una società a responsabilità limitata che aveva sostenuto fossero applicabili le norme poste a tutela degli operatori non qualificati proprio in ragione dell'irrelevanza dell'autocertificazione rilasciata al momento della stipulazione del contratto di *swap*.

La prima parte dell'ordinanza richiama inoltre gli obblighi di diligenza professionale (art. 1176, comma 2, c.c.) e di comportamento secondo buona fede nella preparazione e nell'esecuzione del contratto (artt. 1175, 1337 e 1375), che nella materia in questione divengono ancora più stringenti in forza del disposto del citato art. 21 del T.u.f.

## 2. Riferimenti giurisprudenziali

(1-2) Il tema di cui alla prima massima è già stato oggetto di una pronuncia del Tribunale di Verona (ord. 14 agosto 2005, Est. Tommasi di Vignano, *ined.*), richiamata dall'ordinanza in commento che ha ritenuto che l'intermediario non possa limitarsi ad una semplice ricezione passiva della dichiarazione dell'investitore, ma abbia l'obbligo di interloquire con il cliente sulla portata e sulle conseguenze della dichiarazione medesima.

Non si rinvencono altri precedenti in termini.

Il tema di cui alla seconda massima è stato invece recentemente oggetto di una pronuncia del Tribunale di Novara (18 gennaio 2007, in <http://www.ilcaso.it>), anch'essa menzionata nell'ordinanza veronese, e di una sentenza del Tribunale di Torino, intervenuta dopo quella in commento (Trib. Torino, 18 settembre 2007, in <http://www.ilcaso.it>).

Il Tribunale di Novara ha ritenuto che “è da escludersi il riconoscimento di giuridica efficacia alla dichiarazione di “operatore qualificato” resa dal legale rappresentante della società attrice, siccome non corroborata da un concreto e obiettivo riscontro all'autoproclamata “competenza ed esperienza in operazioni in strumenti finanziari”.

Il Tribunale di Novara si è così discostato dall'orientamento maggioritario, espresso in particolare dal tribunale ambrosiano, secondo il quale la dichiarazione autoreferenziale esenta la banca dall'onere di verificare l'effettivo possesso delle competenze autocertificate dal cliente (Trib. Monza, 8 gennaio 2007, in *Rep. Utet*, 2007; Trib. Milano, 25 novembre 2005, *ined.*; Trib. Milano, 10 agosto 2005, *ined.*; Trib. Milano, 11 luglio 2005, *ined.*; Trib. Torino, 7 luglio 2005, *ined.*; Trib. Mantova, 9 giugno 2005, in <http://www.ilcaso.it>; Trib. Milano, 6 aprile 2005, in <http://www.ilcaso.it>; Trib. Rimini, 23 marzo 2005, in *Contratti*, 2006, 3, 275; Trib. Milano, 2 aprile 2004, in <http://www.ilcaso.it>).

L'ordinanza del Tribunale di Verona si pone in una posizione intermedia tra i due menzionati orientamenti.

Ed infatti, da un lato osserva che l'autocertificazione non può essere ritenuta irrilevante poiché è chiaro che l'intento del legislatore sia stato

quello di richiamare, attraverso la scelta della forma scritta, l'attenzione del cliente sull'importanza della dichiarazione.

Dall'altro evidenzia comunque che, ove l'intermediario, nel momento in cui riceve la dichiarazione, sia in grado di verificare che quanto dichiarato con corrisponde alla realtà dei fatti (perché conosce l'ignoranza o l'inesperienza del cliente in tema di strumenti finanziari), non può assumere un comportamento meramente passivo, ma deve informare il cliente.

Il giudice veronese rileva inoltre come il mancato adempimento di tale obbligo da parte dell'intermediario potrebbe configurare una fattispecie di abuso del diritto, che onererebbe però il cliente che volesse esperire una *exceptio doli generalis* di fornire la prova della effettiva conoscenza della propria inesperienza ed ignoranza da parte dell'intermediario.

La recentissima pronuncia del Tribunale di Torino – resa a distanza di tre mesi dal provvedimento veronese – ha ripreso espressamente alcune delle argomentazioni utilizzate dal Tribunale di Novara e, sottolineando come *“anche l'investitore “società o persona giuridica”, per essere considerato operatore qualificato ai sensi e per gli effetti dell'art. 31 Reg. Consob n. 11522/98, deve effettivamente possedere la specifica competenza e l'esperienza richieste per comprendere i rischi connessi all'operazione finanziaria che intende porre in essere”*, ha osservato che la dichiarazione di cui all'art. 31, comma 2, Reg. Consob n. 11522/98 sottoscritta dal legale rappresentante della società o persona giuridica investitrice, e contenente l'attestazione di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari, può assumere valenza confessoria e sollevare l'intermediario da ogni onere probatorio in merito *“a condizione che la dichiarazione medesima non sia indeterminata e contenga l'elencazione di fatti (non di opinioni) effettivamente indicativi di tale competenza e di tale esperienza”*(Trib. Torino, 18 settembre 2007, cit.).

### 3. Riferimenti dottrinali

(1-2) Sugli obblighi informativi gravanti sull'intermediario (e sui rimedi attivabili dall'investitore nel caso di violazione degli stessi) si vedano ROPPO – AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione sulla nullità virtuale e responsabilità contrattuale*, in *Foro it.*, 2006, 29; LIACE, *La finanza innovativa e la tutela del risparmiatore: il caso 4You*, *ibid.*, 2006 189; DELLA CASA, *Collocamento di prodotti finanziari e regole di informazione: la scelta*

*del rimedio applicabile, id.*, 2005, 1241; POLIANI, *Obblighi di informazione e acquisto di obbligazioni Parmalat*, in *Contratti*, 2006, 14; AMBROSOLI, *Doveri di informazione dell'intermediario finanziario e sanzioni, id.*, 2005, I 301; GAETA, *Responsabilità oggettiva degli intermediari e validità dei contratti di investimento, ibid.*, 589; DI MAJO, *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, in *Corr. giur.*, 2005, 1282; PIAZZA, *La responsabilità della banca per acquisizione e collocamento di prodotti finanziari inadeguati al profilo dell'investitore, ibid.*, 1027; ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'“ambaradan” dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, 896; MIRIELLO, *La strenua difesa dell'investitore; scandali finanziari e pretese nullità virtuali dei contratti di vendita di titoli obbligazionari, ibid.*, 495; PISANI MASSAMORMILE, *Emissione obbligazionarie e responsabilità degli intermediari*, in *Banca, borsa, tit cred.*, 2005, I, 760; PELLEGRINI, *Brevi note sulla “vexata quaestio” del “bonds” argentini, ibid.*, 682; VIGO, *La reticenza dell'intermediario nei contratti relativi alla prestazione di servizi d'investimento, ibid.*, 665; BARBARA – BRUNO, *Servizi di investimento ed obblighi di informazione nei confronti dell'investitore*, in *Giur. merito*, 2005, 2056; MUNGO, *La responsabilità civile nei rapporti tra banca e cliente. Il difetto di informazione del cliente, ibid.*, suppl. al fasc. 5, 51; LUCCHINI GUASTALLA, *Danno agli investitori e responsabilità delle autorità di vigilanza e degli intermediari*, in *Resp. civ.*, 2005, 21; GRECO, *Tutela dei risparmiatori e responsabilità del promotore finanziario, del soggetto abilitato e della Consob, ibid.*, 974; PERRONE, *Sevizi di investimento e violazione delle regole di condotta*, in *Riv. soc.*, 2005, 1012; COLAVOLPE, *Prestazione di servizi di investimento; violazione delle regole di comportamento, della forma scritta e nullità virtuale, in Soc.*, 2005, 626; LEMBO, *Finalmente una sentenza a favore delle banche nelle negoziazione di “corporate bonds” (Cirio)*, in *Dir. banc.*, 2005, I, 480; NEGRO, *Regole di condotta degli intermediari finanziari; gli obblighi di informazione, in Giur. comm.*, 2005, II, 48; CALMIERI, *Responsabilità dell'intermediario finanziario per violazione degli obblighi di informazione e protezione dell'investitore non professionale, ibid.*, 513; GILOTTA, *La ripartizione dell'onere probatorio nei giudizi di risarcimento dei danni derivanto dallo svolgimento dei servizi di investimento, ibid.*, 620; PIZZIRUSSO, *Negoziazione di strumenti finanziari e responsabilità della banca, in Dir. e prat. Soc.*, 2005, fasc. 5, 75; CAROZZI, *Violazione delle regole di condotta degli intermediari e rimedi civilistici, ibid.*, fasc. 16, 32; SALVATORE, *Servizi*

*di investimento e responsabilità civile*, Milano, 2004; AMOROSINO – RABITTI BEDOGNI, *Manuale di diritto dei mercati finanziari*,

Sugli obblighi di informazione e trasparenza nei confronti degli investitori cfr. altresì ALPA, *Quando il segno diventa comando: la “trasparenza” dei contratti bancari, assicurativi e dell’intermediazione finanziaria*, a cura di PARADISO, *I mobili confini dell’autonomia privata*, Milano, 2005, 475 ss. e ROSSETTI, *Intermediari: le nuove “regole del gioco”*, in *Assicurazioni*, 2005, I, 201.

*Chiara Pigozzi*

Avvocato del Foro di Verona