

Anno 10 – Numero 10

16 maggio 2012

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

# IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

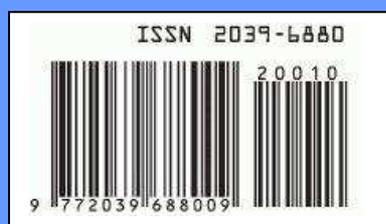
DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

## IN QUESTO NUMERO:

- CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO
- AMMINISTRATORI
- CONTRATTO DI APPALTO

**ItaliaOggi**



**DIREZIONE SCIENTIFICA**  
Oreste Cagnasso – Maurizio Irrera

**COORDINAMENTO SCIENTIFICO**  
Gilberto Gelosa

La *Rivista* è pubblicata con il supporto  
degli Ordini dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili  
di:

Bergamo, Biella, Busto Arsizio, Casale Monferrato,  
Crema, Cremona, Lecco, Mantova, Monza e Brianza,  
Verbania



*NDS* collabora con la rivista:



**VÍA CRISIS**  
*Revista Electrónica de Derecho Concursal*

**SEZIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE**

a cura di Luciano Panzani

**SEZIONE DI DIRITTO INDUSTRIALE**

a cura di Massimo Travostino e Luca Pecoraro

**SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO**

a cura di Gilberto Gelosa

**SEZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA**

a cura di Marco Casavecchia

**SEZIONE DI TRUST E NEGOZI FIDUCIARI**

a cura di Riccardo Rossotto e Anna Paola Tonelli

**COMITATO SCIENTIFICO DEI REFEREE**

Carlo Amatucci, Guido Bonfante, Mia Callegari, Oreste Calliano, Maura Campra, Matthias Casper, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paoloefisio Corrias, Emanuele Cusa, Eva Desana, Francesco Fimmanò, Toni M. Fine, Patrizia Grosso, Javier Juste, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, Alberto Musy, Gabriele Racugno, Paolo Reviglionio, Emanuele Rimini, Marcella Sarale, Giorgio Schiano di Pepe

**COMITATO DI INDIRIZZO**

Carlo Luigi Brambilla, Alberto Carrara, Paola Castiglioni, Luigi Gualerzi, Stefano Noro, Carlo Pessina, Ernesto Quinto, Mario Rovetti, Michele Stefanoni, Mario Tagliaferri, Maria Rachele Vigani, Ermanno Werthhammer

**REDAZIONE**

Maria Di Sarli (coordinatore)

Paola Balzarini, Alessandra Bonfante, Maurizio Bottoni, Mario Carena, Marco Sergio Catalano, Alessandra Del Sole, Massimiliano Desalvi, Elena Fregonara, Sebastiano Garufi, Stefano Graidì, Alessandro Monteverde, Enrico Rossi, Cristina Saracino, Marina Spiotta, Maria Venturini

**HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO**

Gianandrea Giancotti, Luciano Panzani, Valerio Sangiovanni, Federico Tallia

# INDICE

	<i>pag.</i>
<b>STUDI E OPINIONI</b>	
<i>Composizione delle crisi da sovraindebitamento</i> di <b>Luciano Panzani</b>	7
<i>Il dovere di agire in modo informato</i> di <b>Federico Tallia</b>	38
<b>RELAZIONI A CONVEGNI</b>	
<i>Il contratto di appalto, difformità e vizi e responsabilità dell'appaltatore</i> di <b>Valerio Sangiovanni</b>	58
<i>Le controversie arbitrabili, con particolare attenzione all'arbitrato lavoristico</i> di <b>Gianandrea Giancotti</b>	77
<b>SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE</b>	104
<b>SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO</b>	108
<b>INFORMAZIONE CONVEGNI</b>	110

# SOMMARIO

## STUDI E OPINIONI

### **Composizione delle crisi da sovraindebitamento**

*L'Autore illustra la disciplina della crisi da sovraindebitamento di soggetti diversi dagli imprenditori commerciali di cui alla legge 27 gennaio 2012, n. 3.*

di **Luciano Panzani**

### **Il dovere di agire in modo informato**

*L'evoluzione che ha caratterizzato il consiglio di amministrazione è stata significativa: si è passati, infatti, dall'idea di un consiglio che gestisce (managing board) a quella di un consiglio che controlla (monitoring board). Il nostro legislatore, con la riforma del 2003, ha recepito l'idea di monitoring board. In particolare, l'art. 2381 c.c. ben delinea i doveri di monitoraggio spettanti agli amministratori non esecutivi tra cui spicca il dovere di agire in modo informato.*

di **Federico Tallia**

## RELAZIONI A CONVEGNI

### **Il contratto di appalto, difformità e vizi e responsabilità dell'appaltatore**

*L'Autore prende in esame alcuni profili della disciplina dell'appalto, soffermandosi in particolare sulla garanzia legale per le difformità e i vizi, sull'ipotesi di esclusione di quest'ultima in caso di accettazione dell'opera, nonché sui termini di decadenza e prescrizione. Nello scritto si ripercorre inoltre lo spettro dei rimedi a favore del committente: l'azione di esatto adempimento, la riduzione del prezzo, la risoluzione del contratto, ed il risarcimento del danno.*

di **Valerio Sangiovanni**

### **Le controversie arbitrabili, con particolare attenzione all'arbitrato lavoristico**

*L'Autore, alla luce delle novità introdotte dalla L. 4 novembre 2010, n. 183, prende in esame il tema delle controversie arbitrabili in ambito lavoristico.*

di **Gianandrea Giancotti**

# INDEX-ABSTRACT

	<i>Page</i>
<b>STUDIES AND OPINIONS</b>	
<b>Composition of insolvencies caused by excess of debts</b>	7
<i>The Author analyzes the discipline by L. 27 January 2012, n. 3 about insolvency caused by excess of debts and not concerning commercial entrepreneurs.</i>	
by <b>Luciano Panzani</b>	38
<b>Duty of inquiry</b>	
<i>The evolution that typified board of directors has been relevant, involving the changeover from the idea of managing board to the idea of monitoring board. The Parliament, with 2003 Reform, has acknowledged the idea of monitoring board. Indeed, duties of monitoring, burdening on non executive directors, are well-defined by art. 2381 c.c. In particular, the Author focuses on duty of inquiry.</i>	
by <b>Federico Tallia</b>	
<b>REPORT ON CONFERENCES</b>	
<b>Contract of tender, gaps, defects and contractor's liability</b>	58
<i>The Author examines some features about tender discipline, focusing on legal warranty for gaps and defects, on the hypothesis of exclusion of the warranty itself in case the work is accepted and on terms of forfeiture or expiry as well. Besides the essay analyzes remedies for purchasers: claim for exact fulfillment of the contract, price reduction, cancellation of the contract, claim for damages.</i>	
by <b>Valerio Sangiovanni</b>	
<b>Labor dispute arbitration</b>	77
<i>The author sets out, in the light of recent innovations by L. 4 novembre 2010, n. 183, the theme of labor dispute arbitration.</i>	
by <b>Gianandrea Giancotti</b>	

# COMPOSIZIONE DELLE CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO\*

*L'Autore illustra la disciplina della crisi da sovraindebitamento di soggetti diversi dagli imprenditori commerciali di cui alla legge 27 gennaio 2012, n. 3.*

di LUCIANO PANZANI

### **1. Generalità e requisiti soggettivi e di ammissibilità**

La disciplina della crisi da sovraindebitamento di soggetti diversi dagli imprenditori commerciali è stata dapprima dettata dal D.L. 22 dicembre 2011, n. 212, la cui conversione in legge ha peraltro comportato la caducazione di tutte le norme del provvedimento che si riferivano al nuovo istituto. La ragione è che, nelle more, il Parlamento aveva approvato la legge 27 gennaio 2012, n. 3, al termine di un tormentato iter legislativo iniziato con la presentazione del progetto Centaro, che dettava norme sia in tema di usura che appunto di composizione della crisi da sovraindebitamento. Il nuovo testo non rappresenta probabilmente l'ultima parola sull'argomento perché il Governo ha approvato un disegno di legge in materia. Esso comunque differisce in misura notevole dall'originario progetto di legge Centaro, avendo recepito in rilevante misura la disciplina già prevista dal decreto legge.

In questa sede intendiamo offrire una prima esegesi della nuova disciplina dettata dalla legge 3/2012, senza prendere in esame, perché prematuro, le modifiche che ad essa reca il disegno di legge governativo<sup>1</sup>.

---

\* Questo testo è destinato alla pubblicazione nell'opera *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, II edizione, da me diretta, nella collana *Il diritto privato nella giurisprudenza* coordinata da P.CENDON.

<sup>1</sup> In estrema sintesi, come risulta dalla Relazione di accompagnamento, il disegno di legge intende modificare il presupposto soggettivo della procedura, individuando uno specifico procedimento riservato al consumatore, e modificare la disciplina dell'accordo di composizione della crisi da sovra indebitamento trasformandolo in chiave concordataria. La proposta diviene obbligatoria anche per i creditori non aderenti, ove sia stato superato il vaglio di convenienza ed anche quello di meritevolezza nel caso del consumatore. E' prevista la possibilità di pagamento non integrale dei creditori privilegiati, fatta eccezione per i crediti tributari e previdenziali. Accanto alla procedura di accordo viene inoltre prevista una diversa procedura liquidatoria di tutti i beni del debitore, anche se consumatore. Per i creditori non soddisfatti è previsto l'effetto

# STUDI E OPINIONI

CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

La legge 3/2012 prevede per la prima volta una procedura dedicata all'insolvente civile. L'art. 6 precisa infatti che le finalità della nuova disciplina consistono nel "porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento non soggette né assoggettabili alle vigenti procedure concorsuali". Ed ancora l'art. 7, comma 2, precisa che la proposta di accordo di ristrutturazione dei debiti che il debitore può presentare ai creditori presuppone, a pena d'inammissibilità, che questi non sia assoggettabile alle *procedure previste dall'articolo 1 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni*.

Ne deriva che deve trattarsi o di un imprenditore commerciale sotto-soglia, che non raggiunga i requisiti quantitativi previsti dall'art. 1 l.fall. ovvero di un imprenditore non commerciale o di un soggetto che non sia imprenditore. A questo proposito va ricordato che ai sensi dell'art. 12, ultimo comma, della legge la sentenza di fallimento pronunciata a carico del debitore risolve l'accordo.

Nella vigenza del D.L. 212/2011 avevo osservato<sup>2</sup> che l'art. 23, comma 43, del D.L. 6 luglio 2011, n. 98, convertito in legge 15 luglio 2011, n. 111, ha esteso gli accordi di ristrutturazione e la transazione fiscale agli imprenditori agricoli in stato di crisi o di insolvenza. Tale estensione, a mio avviso, non comportava che tali soggetti non potessero avvalersi della nuova procedura posto che la dottrina pressoché unanime ritiene che gli accordi di ristrutturazione non siano una procedura concorsuale, mentre certamente la transazione fiscale non è una procedura concorsuale di per se stessa. Tale conclusione è ancor valida con la nuova disciplina dettata dalla legge 3/2012 perché il legislatore non richiede più che il debitore non sia assoggettabile alle procedure concorsuali, ma come si è detto alle procedure previste dall'articolo 1 legge. fall., vale a dire al fallimento ed al concordato preventivo. L'art. 1 l.fall. non considera gli accordi di ristrutturazione.

Ancora va rilevato che la qualità di consumatore non è un requisito soggettivo per l'ammissione alla procedura. L'art. 1, comma 2, lett. b) del D.L. 212/2011 offriva una definizione di *sovraindebitamento del consumatore*, che rilevava peraltro principalmente soltanto per abbassare la percentuale di creditori necessaria per l'omologazione dell'accordo dal 70% dei crediti al 50%. La disciplina dettata dalla legge 3/2012 non fa più menzione del consumatore. E' quindi assodato che la nuova disciplina si rivolge a tutti i soggetti che non sono assoggettabili alle procedure concorsuali, indipendentemente dalla loro qualità di consumatori.

Il debitore deve trovarsi in stato di sovraindebitamento, come chiarisce l'incipit dell'art. 7. La nozione è offerta dall'art. 6 della legge che stabilisce che il sovraindebitamento sussiste quando vi sia: a) la definitiva incapacità del debitore di

---

esdebitatorio, subordinato peraltro al verificarsi di determinate condizioni ed ad uno specifico giudizio del Tribunale.

<sup>2</sup> L. PANZANI, *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *NDS*, 2012, 1, 9 e ss.

# STUDI E OPINIONI

## CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

adempiere regolarmente le proprie obbligazioni; b) una situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte ed il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte. La definizione corrisponde quasi del tutto a quella già offerta dal D.L. 212/2011, essendosi soltanto aggiunto l'avverbio *prontamente* per definire il patrimonio liquidabile oggetto di raffronto con le obbligazioni assunte dal debitore.

Va sottolineato che la prima delle due definizioni di sovraindebitamento offerte dal legislatore corrisponde alla definizione canonica dello stato d'insolvenza secondo l'art. 5 l.fall. La seconda invece è nuova, ma non troppo, perché la giurisprudenza ha ritenuto che nel caso di società inattiva, in liquidazione, in tanto si abbia insolvenza in quanto l'attivo liquidabile non sia sufficiente a far fronte alle obbligazioni assunte<sup>3</sup>. Con riferimento al testo dettato dal decreto legge 212/2011 scrivevamo che nel valutare lo squilibrio non doveva farsi riferimento ai redditi futuri perché il comma 2 dell'art. 3 del D.L. precisava che, quando i redditi futuri (oltre che i beni) del debitore non fossero sufficienti ad assicurare la fattibilità del piano, occorreva che lo stesso fosse assistito da garanzie. Ne derivava che il reddito futuro era strumento di adempimento del piano, ma non incideva sull'esistenza della situazione di sovraindebitamento. Le conclusioni non mutano ora, perché la necessità che il patrimonio sia prontamente liquidabile comporta che esso sia facilmente monetizzabile e che non si possa tener conto di redditi non ancora percepiti, salvo che l'incasso possa avvenire in tempi brevi. Va sottolineato a questo proposito che la formula adottata dal legislatore si riferisce soltanto alla situazione di sovraindebitamento, perché l'art. 7 precisa che l'accordo prevede le modalità per l'eventuale liquidazione dei beni. Nulla impedisce pertanto di formulare proposte ai creditori che si fondino sulla liquidazione di cespiti facenti parte del patrimonio del debitore, come ad esempio di beni immobili, anche quando non vi sia già un'offerta di acquisto.

Ulteriore requisito di ammissibilità alla procedura è che il debitore non vi abbia fatto ricorso nei tre anni precedenti (art. 7, ultimo comma).

---

<sup>3</sup> Cfr. da ultimo Cass. 14 ottobre 2009, n. 21834: Quando la società è in liquidazione, la valutazione del giudice, ai fini dell'applicazione dell'art. 5 della legge fall., deve essere diretta unicamente ad accertare se gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare l'eguale ed integrale soddisfacimento dei creditori sociali, e ciò in quanto - non proponendosi l'impresa in liquidazione di restare sul mercato, ma avendo come esclusivo obiettivo quello di provvedere al soddisfacimento dei creditori sociali, previa realizzazione delle attività sociali, ed alla distribuzione dell'eventuale residuo tra i soci - non è più richiesto che essa disponga, come invece la società in piena attività, di credito e di risorse, e quindi di liquidità, necessari per soddisfare le obbligazioni contratte.

# STUDI E OPINIONI

CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

## 2. L'accordo ed il piano

Il legislatore nell'art. 7 della legge prevede che il debitore in stato di sovraindebitamento può proporre ai creditori un accordo di ristrutturazione dei debiti sulla base di un piano. Il primo comma dell'art. 8 precisa peraltro, copiando la disciplina dettata in tema di concordato preventivo dall'art. 160, comma 1, lett. a) che la proposta di accordo prevede *la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei crediti futuri*. Ne deriva che la proposta di accordo può avere qualunque contenuto e carattere dilatorio o esdebitatorio o può cumulare entrambe queste soluzioni. Non rientra a stretto rigore nell'efficacia dilatoria la previsione, ai sensi dell'art. 10, comma 3 della legge, che la proposta di accordo determini l'obbligo del giudice, in assenza di iniziative o atti in frode ai creditori, di disporre la sospensione delle azioni esecutive, cautelari ( limitatamente ai sequestri conservativi) ed il divieto di acquisto di diritti di prelazione per 120 giorni. Altrettanto può dirsi della sospensione ex lege delle azioni esecutive che segue all'omologazione ( art. 12, comma 3). Rientra invece nell'ambito del contenuto dilatorio della proposta la possibilità, ai sensi dell'art. 8, comma 4, che il piano possa prevedere una moratoria sino ad un anno per il pagamento dei creditori estranei a condizione che il piano risulti idoneo ad assicurare il pagamento alla scadenza del nuovo termine e che la moratoria non riguardi i titolari di crediti impignorabili. Occorre inoltre che l'esecuzione del piano sia affidata ad un liquidatore nominato dal giudice su proposta dell'organismo di composizione della crisi. Tra i crediti il cui pagamento può essere dilazionato rientrano anche i crediti privilegiati che l'art. 7, comma 1, stabilisce che debbano essere pagati integralmente. Per tali crediti pertanto la proposta può avere soltanto carattere dilatorio.

Vi è dunque una profonda differenza tra la disciplina dell'accordo di ristrutturazione regolato dall'art. 182 bis l.fall. e la nuova procedura. Nella prima i creditori estranei debbono essere regolarmente pagati alla scadenza, salvo l'effetto della sospensione delle azioni esecutive che può essere accordata dal Tribunale prima dell'omologazione e che segue di diritto all'omologazione stessa; nella seconda la proposta di accordo può prevedere la dilazione del pagamento di tali crediti sino ad un anno, ancorché i titolari rimangano, anche per sola scelta del debitore, estranei all'accordo. Si tratta dunque di creditori che subiscono un sacrificio senza alcun corrispettivo e senza avervi prestato consenso. Può sollevarsi qualche dubbio sulla costituzionalità di tale previsione per violazione del principio di parità di trattamento tra creditori a seconda che sia aperta o meno la procedura di ristrutturazione, tenuto conto che si tratta di creditori estranei all'accordo che non ne ricavano alcun beneficio. Rimane poi dubbio se l'art. 42 Cost., che vieta l'esproprio senza indennizzo possa trovare applicazione ai rapporti tra privati. Forse in materia potrebbe essere invocato l'art. 2 Cost. per quanto concerne i doveri di solidarietà, dove il sacrificio, relativamente

# STUDI E OPINIONI

## CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

modesto, del debitore estraneo consente il soddisfacimento, sia pure parziale, degli altri creditori e la soluzione della crisi da sovraindebitamento.

Ancora va rilevata un'ulteriore differenza tra la disciplina degli accordi di ristrutturazione secondo gli artt. 182 *bis* e ss. l.fall. e la nuova procedura. Nel primo caso l'accordo di ristrutturazione è un contratto di diritto privato ( o un fascio di contratti collegati) che può essere concluso tra il debitore e uno o più dei suoi creditori, senza alcun bisogno di informare o consultare gli altri creditori. L'accordo di ristrutturazione diviene efficace con la pubblicazione nel registro delle imprese, indipendentemente dall'omologazione che costituisce requisito per l'esenzione da revocatoria, il riconoscimento della predeuzione nei casi previsti dalla legge e l'esenzione da responsabilità penale ai sensi dell'art. 217 *bis* l.fall. A dire il vero in dottrina è oggi prevalente l'opinione che costruisce gli accordi non come fascio di accordi bilaterali tra il debitore e ciascun creditore, ma sul presupposto dell'unità negoziale. A tal proposito si è parlato sia di contratto bilaterale plurisoggettivo a causa unitaria sia di contratto consensuale plurilaterale fondato sulla comunione di scopo tra le parti. Quest'ultima costruzione comporta la caducazione dell'accordo nella sua totalità nel caso d'invalidità ( artt. 1420 e 1446 c.c.) o di risoluzione ( artt. 1459 e 1466 c.c.).

Per quanto concerne gli accordi da sovraindebitamento, la proposta del debitore riguarda tutti i crediti oggetto della proposta stessa ed anche i creditori estranei per quanto concerne l'effetto dilatorio, e produce effetti soltanto con l'omologazione e con la pubblicazione nelle forme previste dal giudice ( art. 12, comma 3) oltre, nel caso in cui il debitore svolga attività d'impresa, che in apposita sezione del registro delle imprese. E' dunque evidente che l'accordo ha carattere di negozio plurilaterale, dove non è sufficiente il consenso espresso dalla maggioranza qualificata dei creditori ( 70%), ma occorre anche l'omologazione da parte del Tribunale. Sotto questo profilo la disciplina della nuova procedura è assai più simile a quella del concordato che a quella dell'accordo di ristrutturazione di cui agli artt. 182 *bis* e ss l.fall. Ne deriva conseguentemente che l'eventuale risoluzione che ciascun creditore può chiedere in caso d'inadempimento, come pure l'annullamento, riguarderanno l'accordo nella sua globalità e non il singolo rapporto tra il debitore ed un singolo creditore.

Mentre in generale il legislatore disciplinando il concordato preventivo, fallimentare e gli accordi di ristrutturazione non ha speso molte parole sul contenuto del piano, in questo caso ha fornito maggiori indicazioni. Il piano deve anzitutto assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei e l'integrale pagamento dei creditori privilegiati, salvo il caso che essi vi abbiano rinunciato. Il legislatore precisa che la rinuncia può essere parziale. Non dice quale sia il regime giuridico in caso di rinuncia, ma è da ritenere che il credito debba essere considerato chirografario. Più delicata è la questione del regime del credito privilegiato nel caso in cui esso non sia capiente. Il legislatore non ha infatti riprodotto il disposto dell'art. 160, comma 2, sulla possibilità

# STUDI E OPINIONI

CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

di trattare come chirografari i creditori privilegiati in caso d'incapienza del bene oggetto del privilegio o della garanzia.

Il piano deve prevedere i termini e le modalità di pagamento dei creditori, che possono essere suddivisi in classi, le eventuali garanzie rilasciate per l'adempimento dei debiti, le modalità per l'eventuale liquidazione dei beni ( art. 7, comma 1). Per quanto concerne termini e modalità di pagamento dei creditori non è previsto, come del resto nell'accordo di ristrutturazione disciplinato dall'art. 182 *bis*, che i creditori debbano essere soddisfatti secondo la regola del concorso. Il piano può dunque prevedere condizioni differenziate per ciascun creditore, salva la regola che i creditori privilegiati debbono essere soddisfatti integralmente. Come si è già accennato, il legislatore ha previsto la possibilità che i creditori siano suddivisi in classi. La disciplina dettata dagli artt. 182 *bis* e ss. non fa alcun riferimento alle classi, proprio in ragione del fatto che i creditori possono ricevere trattamenti differenziati. Anche in questo caso il legislatore sembra aver avuto come punto di riferimento più la disciplina del concordato preventivo e fallimentare che quella degli accordi di ristrutturazione propriamente detti. Manca però, diversamente da quanto stabilito dal legislatore per il concordato, l'indicazione di criteri per la formazione delle classi dei creditori. In particolare non è richiamata la regola per cui i crediti possono essere suddivisi in classi a seconda della natura giuridica e degli interessi economici omogenei. La suddivisione dei creditori in classi risponde all'esigenza di prevedere condizioni differenziate di trattamento dei crediti nell'ambito di una disciplina concorsuale fondata sulla regola della *par condicio*. Come si è detto, il legislatore per quanto concerne la nuova procedura non sembra aver fatto riferimento a questo fondamentale canone, sì che il richiamo alla disciplina delle classi appare, almeno ad una prima lettura, non chiaro. In sostanza la classe riunisce più creditori cui offrire il medesimo trattamento, senza che debbano essere rispettati criteri di omogeneità tra i crediti posto che, come si è detto, non si applica la regola della *par condicio*. Com'è stato giustamente osservato<sup>4</sup>, se il creditore non aderisce, l'effetto è solo quello che gli spetta il pagamento integrale.

Per quanto concerne le modalità di liquidazione dei beni, che pure debbono essere indicate nel piano, giova anzitutto ricordare che ai sensi dell'art. 13, comma 1, l.fall. in sede di omologazione il Tribunale, se per la soddisfazione dei crediti sono utilizzati beni sottoposti a pignoramento ovvero se è previsto dall'accordo, nomina un liquidatore, che dispone in via esclusiva dei beni stessi o delle somme incassate. La precisazione contenuta nella norma che si applica l'art. 28 l.fall. comporta che il liquidatore debba avere i requisiti previsti per la nomina a curatore fallimentare.

---

<sup>4</sup> M. FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"* (d.l. 212/2011), in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

# STUDI E OPINIONI

## CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

L'art. 7, comma 1, ultimo periodo, prevede ancora che, fermo restando quanto stabilito dall'art. 13, comma 1, il piano può prevedere l'affidamento del patrimonio del debitore ad un fiduciario per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori.

Va sottolineato che la nomina obbligatoria del liquidatore riguarda soltanto il caso in cui vi siano beni sottoposti a pignoramento. In tale ipotesi il liquidatore dispone in via esclusiva dei beni pignorati e delle somme incassate dalla loro alienazione. Non pare, almeno ad un'interpretazione letterale, che il liquidatore abbia ulteriori poteri. Egli quindi non potrà disporre dei beni che non siano oggetto di pignoramento o dei crediti non pignorati. Neppure sembra che il liquidatore abbia poteri ulteriori che riguardano la fase della distribuzione del ricavato ai creditori. Ovviamente la nomina del liquidatore nell'ipotesi che esso sia previsto nel piano potrà comportare l'attribuzione a quest'ultimo di maggiori poteri, in conformità al contenuto del piano. Non è chiara la differenza tra la figura del liquidatore e quella del fiduciario previsto dall'art. 2 ( cfr però *infra*). Nella pratica probabilmente il liquidatore ed il fiduciario nominati nel piano tenderanno ad assumere un carattere unitario.

Va sottolineato che i pagamenti e gli atti dispositivi dei beni posti in essere in violazione dell'accordo e del piano sono nulli ( art. 13, comma 4). Ne deriva che per effetto della presentazione della proposta o comunque a seguito dell'omologazione dell'accordo il debitore perde la disponibilità del proprio patrimonio, almeno della parte di esso considerata nel piano. A differenza che nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali la sanzione dell'atto di disposizione non è l'inefficacia, ma la nullità. E' probabile che questa diversa scelta sia dovuta all'inesperienza del legislatore in materia, che non ha compreso che non ogni atto di disposizione deve essere sanzionato, ma soltanto quello che lede gli interessi dei creditori e soltanto nella misura in cui costoro si dolgono dell'atto illegittimo posto in essere.

Va ancora osservato che spetta al giudice (art. 13, comma 3), sentito il liquidatore e verificata la conformità dell'atto dispositivo all'accordo e al piano, anche con riferimento alla possibilità di pagamento dei creditori estranei, autorizzare lo svincolo delle somme e ordinare la cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e di ogni altro vincolo. Stando alla lettera della legge non compete pertanto al giudice autorizzare il liquidatore a procedere agli atti di alienazione, ma soltanto a svincolare le somme ricavate dalla liquidazione nel momento in cui debbono essere effettuati i pagamenti ai creditori in attuazione del piano. E' forse possibile ritenere che i poteri autorizzativi spettino al giudice soltanto nei casi in cui vi è un liquidatore o per previsione obbligatoria di legge o perché indicato nella proposta. Ove invece si sia prevista la nomina del fiduciario, tali poteri non spetteranno al giudice, precisandosi all'art. 7 che al fiduciario compete anche la distribuzione del ricavato.

# STUDI E OPINIONI

CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

Il contenuto del piano può anche prevedere, come già si è detto, la moratoria sino ad un anno per il pagamento dei creditori estranei alle condizioni già viste (art. 8, comma 4).

La proposta deve contenere, oltre al piano, la sottoscrizione oltre che del debitore anche dei terzi che consentano il conferimento, anche in garanzia, di redditi o beni sufficienti per l'attuabilità dell'accordo, nei casi in cui i redditi del debitore non siano sufficienti a garantire la fattibilità del piano. Anche se il legislatore non lo dice, pare evidente che la cessione di beni di terzi o la concessione in garanzia degli stessi non sarà necessaria non soltanto quando il debitore abbia redditi sufficienti ad assicurare la fattibilità del piano, ma anche quando egli disponga di beni sufficienti a tal fine.

La proposta deve anche indicare le eventuali limitazioni all'accesso al mercato del credito al consumo di cui soffre il debitore, ovvero all'utilizzo di strumenti di pagamento elettronico a credito ed alla sottoscrizione di strumenti creditizi e finanziari.

Va ricordato che la proposta ed il piano sono redatti con l'ausilio degli organismi di composizione della crisi con sede nel circondario del tribunale competente, vale a dire quello del luogo di residenza del debitore o in cui questi abbia la sede. Spetta a tali organismi, ai sensi dell'art. 17, comma 1, della legge, assumere "ogni iniziativa funzionale alla predisposizione del piano di ristrutturazione, al raggiungimento dell'accordo e all'esecuzione di esso, finalizzata al superamento della crisi da sovraindebitamento". Spetta inoltre all'organismo di composizione della crisi verificare la "veridicità dei dati contenuti nella proposta e nei documenti allegati" ed attestare la fattibilità del piano ( art. 17, comma 2). Anche l'attestazione definitiva sulla fattibilità all'esito dell'approvazione dell'accordo, decorso il termine di dieci giorni entro il quale i creditori possono sollevare contestazioni spetta all'organismo di composizione della crisi (art. 12, comma 1).

Il meccanismo di attestazione è dunque analogo a quello previsto per l'accordo di ristrutturazione di cui agli artt. 182 *bis* e ss. con la differenza che il ruolo dell'esperto è qui svolto dall'organismo di composizione della crisi, cui compete anche la redazione del piano d'intesa con il debitore, e l'esecuzione per quanto non di competenza del liquidatore o del fiduciario all'uopo nominato e dello stesso debitore. Spetta all'organismo di composizione della crisi anche l'attestazione in ordine alla veridicità dei dati sui quali il piano si fonda. L'organismo in parola non è dunque soggetto terzo ed indipendente perché partecipa alla redazione del piano e svolge un ruolo fortemente attivo quale coadiutore del debitore e facilitatore dell'accordo. Sul punto si ritornerà in prosieguo.

### **3. Il procedimento**

Il procedimento nella sua prima fase, diretta ad instaurare il contraddittorio con i creditori, è regolato dall'art. 10 della legge.

# STUDI E OPINIONI

CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

La proposta di accordo deve essere depositata presso il tribunale del luogo in cui si trova la residenza o la sede del debitore. Insieme alla proposta, oltre al piano, debbono essere depositati alcuni documenti (art. 9):

- a) l'elenco di tutti i creditori, con l'indicazione delle somme dovute;
- b) l'elenco dei beni e degli eventuali atti di disposizione compiuti negli ultimi cinque anni, corredati delle dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni;
- c) l'attestazione sulla fattibilità del piano;
- d) l'elenco delle spese correnti necessarie al sostentamento del debitore e della sua famiglia, previa indicazione della composizione del nucleo familiare corredata del certificato dello stato di famiglia.

Nel caso in cui si tratti d'imprenditore che svolge attività d'impresa debbono essere depositate anche le scritture contabili degli ultimi tre esercizi, cui deve essere allegata una dichiarazione che ne attesti la conformità all'originale. Non è stata più riportata nel testo di legge la previsione contenuta nel D.L. 212/2011 secondo la quale le scritture contabili potevano essere eventualmente sostituite, per lo stesso periodo, dagli estratti conto bancari tenuti ai sensi dell'art. 14, comma 10<sup>5</sup>, legge 183/2011.

La presentazione della proposta determina l'apertura di un procedimento affidato al giudice monocratico, regolato dagli artt. 737 e ss. c.p.c. Contro i provvedimenti del giudice monocratico è ammesso reclamo, di competenza dello stesso tribunale in composizione collegiale, di cui non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento.

Il giudice, se la proposta soddisfa i requisiti previsti dagli artt. 7 e 9 in ordine ai presupposti di ammissibilità ed ai presupposti soggettivi ed oggettivi, fissa con decreto udienza avanti a sé, disponendo la comunicazione ai creditori del decreto e della proposta. La comunicazione può essere effettuata presso la residenza o la sede legale dei creditori e può essere effettuata per telegramma, lettera raccomandata con avviso di ricevimento, per telefax o per posta elettronica certificata. Il decreto deve contenere l'avvertimento dei provvedimenti che, ai sensi del comma 3 dell'art. 10 della legge, possono essere assunti all'udienza, vale a dire della sospensione delle azioni esecutive e del divieto di procedere a sequestro conservativo oltre che di acquisto di diritti di prelazione sui beni del debitore per 120 giorni. Con il decreto inoltre il giudice dispone idonea forma di pubblicità della proposta e del decreto. Nel caso in cui il proponente svolga attività d'impresa dovrà inoltre essere disposta la pubblicazione su apposita sezione del registro delle imprese.

Va osservato che il legislatore non stabilisce un termine minimo a comparire in favore dei creditori. Tale omissione comporta a nostro avviso una censura d'illegitimità

---

<sup>5</sup> La norma recita: *“I soggetti in contabilità semplificata e i lavoratori autonomi che effettuano operazioni con incassi e pagamenti interamente tracciabili possono sostituire gli estratti conto bancari alla tenuta delle scritture contabili”*.

## STUDI E OPINIONI

CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

costituzionale per violazione del diritto di difesa, ove in concreto lo *spatium deliberandi* concesso ai creditori sia troppo esiguo.

Il legislatore non dice se il giudice, in sede di valutazione della sussistenza dei requisiti previsti dagli artt. 7 e 9 della legge, in ordine ai presupposti di ammissibilità della proposta ed alla sussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi per l'ammissione alla procedura, possa sindacare nel merito la fattibilità del piano ed il contenuto dell'attestazione rilasciata dall'organismo di mediazione. E' noto il dibattito in tema di concordato preventivo in ordine alla sussistenza di un potere di sindacato nel merito della fattibilità del piano, che parte della giurisprudenza di merito ammette e la giurisprudenza di legittimità pare escludere. In questo caso sembra ragionevole ritenere che il giudice possa sindacare se la dichiarazione di fattibilità e di veridicità dei dati che l'organismo di composizione della crisi deve rilasciare ai sensi dell'art. 17, comma 2, della legge sia completa ed adeguata, mentre il testo di legge non pare prevedere un sindacato nel merito della fattibilità da parte del giudice.

All'udienza, in assenza di iniziative o di atti di frode ai creditori da parte del debitore (è evidente il richiamo alla fattispecie in tema di concordato preventivo regolata dall'art. 173 l.fall., ma va anche richiamata la disciplina dell'annullamento dell'accordo regolata dall'art. 14, comma 1, della legge) dispone la sospensione delle azioni esecutive per non oltre centoventi giorni. Il legislatore ha cura di precisare che il divieto di iniziare o proseguire tali azioni riguarda soltanto quelle individuali, con la conseguenza che è pur sempre possibile proporre istanza di fallimento<sup>6</sup>. Aggiunge che il divieto impedisce anche di richiedere sequestri conservativi (non vi è quindi una generale previsione della sospensione delle azioni cautelari come stabilito dall'art. 182 bis) e di acquistare diritti di prelazione sul patrimonio del debitore che ha presentato la proposta di accordo da parte dei creditori aventi titolo o causa anteriore. In questo caso il legislatore non ha fatto riferimento all'eccezione al divieto prevista in tema di accordi

---

<sup>6</sup> In materia di accordi di ristrutturazione la giurisprudenza è pervenuta alla medesima conclusione: Trib. Milano, 15 ottobre 2009, *cit.*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), secondo il quale “*Il procedimento di omologazione dell'accordo di ristrutturazione può essere riunito a quello per dichiarazione di fallimento in considerazione del rapporto di pregiudizialità che li lega, posto che l'attitudine dell'accordo al superamento dello stato di crisi potrebbe escludere il fallimento*”. Ed ancora: “*Il divieto di azioni cautelari od esecutive sul patrimonio del debitore di cui all'art. 182 bis, comma 3, legge fallimentare non riguarda la proposizione dell'istanza di fallimento. A tale conclusione è possibile pervenire sia in considerazione del fatto che la norma tende ad evitare vincoli sul patrimonio del debitore solo a vantaggio di alcuni creditori, sia perché l'esigenza pubblicistica di accertare l'eventuale stato di insolvenza ha carattere preliminare rispetto alla tutela dell'interesse particolare del debitore a non veder turbato il suo stato patrimoniale per i sessanta giorni previsti dalla norma in esame*”.

# STUDI E OPINIONI

## CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

di ristrutturazione nel caso in cui il titolo di prelazione sia concordato. Va tuttavia ricordato che il divieto riguarda i crediti per titolo o causa anteriore, sì che sarà legittima la concessione di titoli di prelazione a fronte di nuovi finanziamenti destinati a fornire la provvista per l'esecuzione del piano.

Va poi aggiunto che il legislatore, diversamente da quanto previsto dall'art. 182 *bis*, ha anche opportunamente precisato che il divieto è sancito a pena di nullità. Ne deriva che anche nel caso in cui la proposta non vada a buon fine e non venga omologata, gli atti di esecuzione, i sequestri ed i titoli di prelazione acquisiti nonostante il divieto rimarranno improduttivi di effetti.

Va poi aggiunto che la sospensione delle azioni esecutive, ma è da ritenere che la norma si applichi anche alle azioni promosse in pendenza del divieto, non si applica nel caso di titolari di crediti impignorabili. Durante il periodo di centoventi giorni le prescrizioni rimangono sospese e le decadenze non si verificano. Le procedure esecutive individuali possono essere sospese per una volta sola anche nel caso di successive proposte di accordo.

Va ricordato che dall'omologazione seguono effetti sospensivi ed inibitori delle azioni esecutive, dei sequestri e dell'acquisizione di titoli di prelazione ben più durevoli, perché essi possono essere efficaci sino ad un anno dalla data di omologazione ( art. 12, comma 3, della legge). A questo proposito il legislatore non dice a quali criteri il giudice debba ispirarsi nel determinare il periodo, non superiore ad un anno, per il quale si producono gli effetti protettivi del patrimonio del debitore. E' da ritenere che si tratti di un potere discrezionale nel cui esercizio il giudice dovrà contemperare la possibilità concreta di esecuzione dell'accordo con l'esigenza di protezione dei creditori, prima di tutto dei creditori estranei.

Per quanto concerne questi ultimi è peraltro prevista una diversa disciplina, perché l'art. 8 stabilisce soltanto per tali creditori che il piano può prevedere una moratoria fino ad un anno quando ricorrono cumulativamente le seguenti condizioni: il piano risulti idoneo ad assicurare il pagamento alla scadenza del nuovo termine; l'esecuzione del piano sia affidata ad un liquidatore nominato dal giudice su proposta dell'organismo di composizione della crisi; la moratoria non riguardi il pagamento dei titolari di crediti impignorabili. Ne deriva a contrario che, ove non sussistano tali condizioni l'omologazione non possa comportare efficacia sospensiva delle azioni esecutive e cautelari promosse dai creditori estranei, ancorché in forza di titolo o causa anteriore all'apertura della procedura.

Poiché la deroga alla disciplina generale della moratoria riguarda soltanto quella successiva all'omologazione, ne segue che anche nei confronti dei creditori estranei si produrrà l'efficacia sospensiva del provvedimento adottato dal giudice all'esito dell'udienza fissata a seguito della proposizione della domanda di accordo da parte del debitore.

# STUDI E OPINIONI

CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

Ancora va sottolineato che la disciplina della moratoria per i creditori estranei renderà verosimilmente più frequente il ricorso alla previsione, in sede di piano, della nomina di un liquidatore proposto dall'organismo di composizione della crisi e nominato dal giudice, in conformità alla previsione dell'art. 8.

## 4. L'accordo

La votazione dei creditori avviene al di fuori della sede giudiziaria. Il legislatore infatti demanda la raccolta delle dichiarazioni di voto dei creditori e la loro valutazione all'organismo di composizione della crisi, cui compete all'esito della votazione trasmettere ai creditori una relazione sui consensi espressi e sul raggiungimento della percentuale necessaria per l'approvazione, allegando il testo dell'accordo ( art. 12, comma 1, della legge) e, alla scadenza del termine di dieci giorni dal ricevimento della relazione, inviarne il testo unitamente alle contestazioni ed alla dichiarazione definitiva sulla fattibilità dell'accordo, al tribunale.

I creditori dovranno far pervenire le dichiarazioni di consenso all'organismo di composizione della crisi per telegramma, lettera raccomandata con avviso di ricevimento, telefax, posta elettronica certificata. Il legislatore ha cura di precisare che la dichiarazione deve essere "sottoscritta" e dunque occorrerà la firma autografa del creditore ovvero la firma digitale. Occorrerà inoltre che l'adesione corrisponda al contenuto della proposta come eventualmente modificata dal debitore in corso di procedimento. Ne deriva che se, per effetto delle contestazioni mosse da taluno dei creditori, il debitore modifica la proposta occorrerà una nuova manifestazione di consenso di ciascun creditore, salvo che la modifica possa ritenersi ininfluenza sulla posizione di quel singolo creditore.

Il legislatore non dice quali creditori siano ammessi al voto, ma è da ritenere che non siano legittimati a votare oltre ai creditori estranei anche i creditori privilegiati di cui è previsto il pagamento integrale, salvo il caso di rinuncia al privilegio.

L'accordo è approvato se raggiunge la maggioranza del 70% dei crediti.

Il legislatore ha opportunamente precisato che l'accordo non determina la novazione delle obbligazioni, salvo che sia diversamente stabilito ( art. 11, comma 4, della legge). A differenza dell'accordo di ristrutturazione di cui agli artt. 182 *bis* e ss. e similmente al concordato preventivo e fallimentare, esso non pregiudica i diritti dei creditori nei confronti dei coobbligati, fideiussori del debitore ed obbligati in via di regresso, sì che costoro non si avvantaggiano della riduzione del credito nei confronti dell'obbligato principale come è invece previsto in caso di remissione del debito dall'art. 1239 c.c..

Come si è detto, quando l'accordo è raggiunto l'organismo di composizione della crisi trasmette ai creditori una relazione sui consensi espressi e sul raggiungimento della percentuale richiesta per l'approvazione, allegando il testo dell'accordo. Nei dieci

# STUDI E OPINIONI

CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

giorni dal pervenimento della relazione i creditori possono sollevare contestazioni. Decorso il termine l'organismo di composizione della crisi trasmette al giudice la relazione già inviata ai creditori, allegando le contestazioni ricevute e l'attestazione definitiva sulla fattibilità del piano.

Il giudice deve verificare il raggiungimento dell'accordo con la percentuale di legge e l'idoneità ad assicurare il pagamento dei creditori estranei e deve risolvere ogni altra contestazione mossa dai creditori. Va sottolineato che il procedimento non prevede che le parti abbiano diritto a comparire ed ad essere sentite dal giudice né che sia garantito il diritto al contraddittorio oltre che alla difesa tecnica. Questa scelta del legislatore, che era già presente nel D.L. 212/2011, ha portato un primo commentatore<sup>7</sup> a ritenere, condivisibilmente, che risulti violato il principio costituzionale del diritto di difesa e che, in sede di conversione in legge, la disciplina dettata dal legislatore dovesse essere interamente rivista. Di tali rilievi il legislatore non pare peraltro aver tenuto conto.

Va aggiunto che le contestazioni potranno avere ad oggetto il calcolo dell'avvenuto raggiungimento della percentuale di adesioni di legge, ma anche la pretermissione di un creditore dall'elenco dei creditori, ovvero la non fattibilità del piano e l'incapacità del debitore di adempiere alla proposta<sup>8</sup>. Si tratta di un catalogo non esaustivo, cui la pratica potrà aggiungere ulteriori ipotesi, quali ad esempio i criteri adottati per la formazione delle classi ove non si ritenga che essa possa essere del tutto discrezionale.

In caso di omologazione il giudice disporrà la pubblicazione dell'accordo in tutte le forme previste dall'art. 10, comma 2, e dunque disporrà idonea forma di pubblicità. Nel caso in cui il proponente svolga attività d'impresa dovrà inoltre essere disposta la pubblicazione su apposita sezione del registro delle imprese. Giova ricordare che l'esecuzione della pubblicità è demandata all'organismo di composizione della crisi (art. 17, ult. comma).

Già si è detto degli effetti protettivi del patrimonio del debitore che seguono alla pronuncia di omologazione. Si rinvia pertanto alle osservazioni già svolte oltre che agli ulteriori rilievi che riguardano l'azione di accertamento del mancato pagamento dei loro crediti che compete ai creditori estranei e che fa cessare tali effetti protettivi.

Come si è ricordato, il provvedimento di omologazione è di competenza del Tribunale in composizione monocratica. Contro tale provvedimento è ammesso reclamo nelle forme previste dal rito camerale, avanti al Collegio, di cui non potrà far parte il giudice che ha emanato il provvedimento impugnato. Ci si è chiesti se il provvedimento

---

<sup>7</sup> M. FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"* (d.l. 212/2011), cit.

<sup>8</sup> In questo senso M. FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"* (d.l. 212/2011), cit.

# STUDI E OPINIONI

CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

che pronuncia sul reclamo sia impugnabile per cassazione<sup>9</sup>. La risposta affermativa, a mio avviso, s'impone perché dall'omologazione discendono non soltanto il divieto di azioni esecutive per un anno e l'affidamento della liquidazione ad un liquidatore o al fiduciario designato nell'accordo ( ma salvo che per i beni pignorati la liquidazione può avvenire anche per atto del debitore), ma la nullità dei pagamenti e degli atti dispositivi di beni posti in essere in violazione dell'accordo o del piano ( art. 13, ult. comma). Ne deriva che il provvedimento ha carattere decisorio.

Anche il provvedimento di reiezione dell'omologazione é suscettibile di reclamo, come afferma espressamente l'art. 12, comma 2, della legge. E' da ritenere che nel caso in cui il Tribunale ritenga che non sono state raggiunte le maggioranze previste dalla legge, non sia possibile il ricorso per cassazione perché la reiterabilità della proposta di accordo impedisce di affermare il carattere decisorio del provvedimento. Tale conclusione, a mio avviso, non vale nel caso in cui il rigetto avvenga per altri motivi<sup>10</sup>.

Resta a chiedersi quali siano i poteri del Tribunale nel caso in cui non vi siano state contestazioni. In proposito il tenore dell'art. 12, comma 2, che prevede che, oltre a decidere sulle contestazioni, il Tribunale debba pronunciare sull'avvenuto raggiungimento delle percentuali di legge e sull'idoneità del piano ad assicurare il pagamento dei creditori estranei, fa ritenere che non vi sia spazio per l'esercizio di ulteriori poteri ufficiosi, ma appare quantomeno dubbio se il Tribunale non possa procedere in questa fase ad un riesame della sussistenza dei presupposti e delle condizioni di ammissibilità che deve verificare nella prima fase della procedura.

## 5. L'esecuzione dell'accordo

Come si è già accennato l'esecuzione dell'accordo è rimessa ad un liquidatore, nominato dal giudice, quando per la soddisfazione dei crediti siano utilizzati beni sottoposti a pignoramento, o quando la nomina del liquidatore sia prevista dall'accordo. In questo caso il liquidatore dispone in via esclusiva dei beni sottoposti a pignoramento e delle somme incassate, è da ritenere, dalla liquidazione dei beni pignorati ( art. 13, comma 1). Va ricordato che, ai sensi dell'art. 8 la moratoria sino ad un anno in caso di omologazione dell'accordo può riguardare anche i creditori estranei, a condizione però che l'esecuzione del piano sia affidata ad un liquidatore nominato dal giudice su proposta dell'organismo di composizione della crisi. Ne deriva che nella maggior parte dei casi l'esecuzione dell'accordo sarà affidata al liquidatore.

---

<sup>9</sup> Cfr. ancora M. FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"* (d.l. 212/2011), cit.

<sup>10</sup> Si veda per il carattere decisorio del provvedimento, in caso di concordato preventivo, Cass. 25 ottobre 2010, n. 21860.

# STUDI E OPINIONI

## CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

Diversamente, come si è detto, ai sensi dell'art. 7, comma 1, la proposta può prevedere, sempre che non debba farsi luogo alla nomina del liquidatore da parte del giudice (così l'art. 7, comma 1), l'affidamento del patrimonio del debitore ad un fiduciario per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori. Già si è detto dei rapporti tra le due norme.

Nulla vieta che l'esecuzione dell'accordo, salvo il caso che debba farsi luogo alla nomina del liquidatore, sia affidata allo stesso debitore. Questi infatti non subisce spossessamento alcuno per effetto dell'apertura della procedura. Trovandosi *in bonis* può pertanto provvedere egli stesso all'esecuzione dell'accordo, almeno quando possa godere della fiducia dei creditori<sup>11</sup> ovvero quando sia opportuno risparmiare sui costi della procedura, evitando le spese relative al compenso del liquidatore o del fiduciario. L'organismo di composizione della crisi, ai sensi dell'art. 17, comma 1, ha il potere di assumere ogni iniziativa funzionale oltre che al raggiungimento dell'accordo, alla sua buona riuscita e dunque anche all'esecuzione.

L'organismo di composizione della crisi ha inoltre la vigilanza sull'esatto adempimento dell'accordo e deve comunicare ai creditori ogni irregolarità (art. 13). E' da ritenere che tale attività di vigilanza debba essere svolta dall'organismo di composizione della crisi non soltanto nell'interesse dei creditori aderenti all'accordo, ma anche di quelli che sono rimasti estranei. Ad esso è inoltre attribuito un generico potere di risoluzione "delle difficoltà insorte nell'esecuzione dell'accordo", che dovrebbe comportare, al di là dell'espressione tecnica usata dal legislatore, anche il potere di tentare l'amichevole composizione delle controversie eventualmente insorte<sup>12</sup>. Peraltro l'art. 13, comma 2 prevede anche un procedimento, affidato al giudice della procedura, per la decisione delle contestazioni che hanno ad oggetto la violazione di diritti, oltre che sulla sostituzione del liquidatore per giustificati motivi. Il legislatore non precisa in quali forme debba svolgersi il procedimento, ma è da ritenere che si debba applicare il rito camerale richiamato dall'art. 12 per il giudizio di omologazione.

Come si è detto, il debitore non è soggetto a limitazioni nello svolgimento della liquidazione e nella distribuzione del ricavato, salvo per quanto concerne gli atti che sono necessariamente attribuiti alla competenza del liquidatore nominato dal giudice. Tuttavia in quest'ultimo caso compete al giudice, sentito il liquidatore e verificata la conformità dell'atto dispositivo all'accordo e al piano (evidente in questo caso la discendenza della norma dall'art. 104, ultimo comma l.fall.) anche con riferimento alla possibilità di pagamento dei creditori estranei, autorizzare lo svincolo delle somme ed ordinare la cancellazione della trascrizione del pignoramento, delle iscrizioni relative ai

---

<sup>11</sup> In questo senso M. FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"* (d.l. 212/2011), cit.

<sup>12</sup> M. FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"* (d.l. 212/2011), cit.

# STUDI E OPINIONI

CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

diritti di prelazione nonché di ogni altro vincolo ( art. 13, comma 3). Il riferimento al parere del liquidatore e la previsione del potere di ordinare la cancellazione del pignoramento e delle altre formalità iscritte, farebbe ritenere che l'autorizzazione del giudice sia necessaria soltanto con riferimento ai beni pignorati. L'ordine di cancellazione delle formalità iscritte dovrà peraltro essere pronunciato dal giudice in tutti i casi, anche quando non si sia fatto luogo alla nomina del liquidatore, perché in difetto mancherebbe nella legge l'indicazione di un organo che possa emettere tale provvedimento, con conseguente appesantimento della procedura.

Va poi ricordato che ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 13, i pagamenti e gli atti dispositivi dei beni posti in essere in violazione dell'accordo e del piano sono nulli, sì che si è giustamente detto che il patrimonio oggetto dell'accordo e del piano è sottoposto ad un vincolo di destinazione<sup>13</sup>.

## **6. Risoluzione ed annullamento dell'accordo**

In materia di risoluzione ed annullamento il legislatore ha ampiamente attinto dalla corrispondente disciplina in materia di concordato.

Così l'annullamento dell'accordo può essere pronunciato soltanto quando è stato dolosamente aumentato o diminuito il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo ovvero dolosamente simulate attività inesistenti. Non è ammessa alcuna altra azione di annullamento ( art. 14). L'annullamento dell'accordo non pregiudica i diritti acquistati dai terzi in buona fede, con la conseguenza che rimangono fermi gli atti di disposizione dei beni che siano stati compiuti in esecuzione dell'accordo, salvo che si provi la mala fede del terzo acquirente. Anche i pagamenti ricevuti dai creditori aderenti, come si dirà più ampiamente con riferimento alla risoluzione, rimarranno fermi.

L'azione di annullamento spetta ad ogni creditore, in contraddittorio con il debitore, nelle forme del procedimento camerale disciplinato dagli artt. 737 e ss. c.p.c. La competenza spetta al Tribunale in composizione monocratica. Poiché non è ripetuta la disposizione che, in tema di omologazione, prevede la competenza per il reclamo del tribunale in composizione collegiale, è da ritenere che debba trovare applicazione l'art. 739 c.p.c. e che pertanto il reclamo sia rimesso alla competenza della corte d'appello.

Anche la risoluzione dell'accordo può essere chiesta soltanto dai creditori, nelle ipotesi tassative previste dall'art. 14. È da ritenere che la legittimazione a chiedere l'annullamento e la risoluzione spetti soltanto ai creditori che hanno aderito all'accordo e non ai creditori estranei. A costoro, infatti, è riservata la diversa azione prevista dall'art. 12, comma 4. In caso di mancato pagamento, tali creditori possono chiedere, sempre nelle forme del procedimento camerale di cui agli artt. 737 e ss., l'accertamento

---

<sup>13</sup> M. FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"* (d.l. 212/2011), cit.

# STUDI E OPINIONI

CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

di tale situazione. A differenza di quanto stabilito per l'azione di annullamento e di risoluzione dall'art. 14, l'art. 12, pur rinviando al procedimento disciplinato dagli artt. 737 e ss. c.p.c., non prevede la competenza del tribunale in composizione monocratica. E' tuttavia da ritenere che anche in questo caso sia competente il giudice singolo sia perché l'art. 12 disciplina congiuntamente, per quanto concerne gli effetti della pronuncia, l'azione di risoluzione e l'azione in esame, sia perché la competenza del collegio sarebbe frutto di un evidente difetto di coordinamento delle norme.

Gli effetti della pronuncia che accerta il mancato pagamento dei creditori estranei, evidentemente dopo la scadenza della moratoria eventualmente prevista nell'accordo che non può aver durata superiore all'anno, sono il venir meno del divieto di azioni esecutive e degli altri effetti protettivi del patrimonio del debitore. Il creditore estraneo riacquista pertanto la possibilità di agire esecutivamente sui beni di quest'ultimo, senza che venga meno l'efficacia dell'accordo per i creditori che vi hanno prestato adesione. Va peraltro segnalato che il legislatore non si è preoccupato di stabilire che insieme al venir meno degli effetti protettivi che seguono all'omologazione, si caduchi anche la moratoria di un anno per il pagamento dei creditori estranei. Poiché il termine in questione deve essere fatto ragionevolmente decorrere dalla sentenza di omologazione, posto che soltanto per effetto di tale sentenza l'accordo ed il piano possono produrre effetti nei confronti dei creditori estranei, la caducazione degli effetti protettivi rischia di essere di scarsa utilità per questi creditori. E' ben vero che la moratoria è soltanto facoltativa, non scatta ove non sia prevista nella proposta di accordo e può avere durata inferiore all'anno ( art. 8, comma 4: "il piano può prevedere una moratoria sino ad un anno"). E' peraltro ragionevole ritenere che la pronuncia di accertamento del mancato pagamento dei creditori estranei comporti il venir meno anche dell'efficacia della moratoria perché altrimenti nella maggior parte dei casi la pronuncia sarebbe *inutiliter data*. In alternativa si dovrebbe ammettere che anche i creditori estranei siano legittimati all'azione di risoluzione perché soltanto con la risoluzione verrebbero meno, anche nei loro confronti, gli effetti pregiudizievoli dell'accordo. Va comunque segnalato che in caso di moratoria i creditori estranei non potranno dolersi del mancato pagamento prima della scadenza della stessa e che normalmente in tale momento saranno comunque venuti meno gli effetti protettivi del patrimonio del debitore conseguenti all'omologazione dell'accordo, che non possono avere durata superiore all'anno (art. 8, comma 4). L'azione di accertamento del mancato pagamento dei creditori estranei nella pratica avrà scarsa utilità, limitata ai casi, invero rari, in cui la moratoria non sia stata prevista o sia stata prevista per un periodo inferiore all'anno o in cui gli effetti protettivi siano stati riconosciuti per una durata inferiore, come la lettera del comma 3 dell'art. 8 consente di fare.

Va poi ricordato che gli effetti protettivi del patrimonio del debitore riguardano le azioni esecutive individuali, per cui i creditori estranei, ma anche quelli aderenti

# STUDI E OPINIONI

CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

all'accordo, decorso il termine previsto per il pagamento dei loro crediti e per i primi scaduto il termine dell'eventuale moratoria, potranno agire nei confronti del debitore che sia imprenditore commerciale e che nelle more abbia superato le soglie di fallibilità previste dall'art. 1 l.fall., per la dichiarazione di fallimento. I creditori estranei potranno anche contestare che il debitore fosse in precedenza al di sotto delle soglie, salvo che sul punto sia intervenuta in sede di omologazione una pronuncia contraria facente stato nei loro confronti.

Resta a dire dell'azione di risoluzione dell'accordo. Tale azione spetta, come si è detto, ai creditori aderenti<sup>14</sup>. L'azione può essere proposta quando il proponente non adempie regolarmente alle obbligazioni derivanti dall'accordo, se le garanzie promesse non vengono costituite o se l'esecuzione dell'accordo diviene impossibile per ragioni non imputabili al debitore. L'azione è ammissibile entro il termine di un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dall'accordo. Il legislatore ha qui ripreso, in parte, la disciplina della risoluzione dettata dall'art. 137 l.fall. per il concordato fallimentare. Non è stata peraltro ripetuta la norma, dettata dall'art. 186 l.fall. in tema di concordato preventivo, che esclude la possibilità di chiedere la risoluzione quando l'inadempimento ha scarsa importanza. Non si tratta di una mera dimenticanza, perché nel caso del concordato preventivo la risoluzione può essere domandata in caso d'inadempimento, mentre nella procedura in esame come nel concordato fallimentare è sufficiente che il debitore *non adempia regolarmente le obbligazioni derivanti dall'accordo*. Basterà pertanto una qualunque violazione delle condizioni previste dall'accordo per il pagamento dei creditori per legittimare la risoluzione. Dalla formulazione della norma deriva infatti che sia la mancanza, sia l'inesattezza dell'adempimento possono determinare la risoluzione. Va ricordato che in tema di concordato fallimentare, la giurisprudenza ha sempre ritenuto che non vi sia spazio per una valutazione discrezionale del tribunale circa la gravità o l'imputabilità degli inadempimenti<sup>15</sup>. E' invece nuova, rispetto alla disciplina del concordato, la considerazione come ipotesi di risoluzione del caso in cui l'esecuzione dell'accordo diviene impossibile per ragioni non imputabili al debitore, che sembra rifarsi alla disciplina dettata dall'art. 1463 c.c. e che richiama un consolidato orientamento

---

<sup>14</sup> Già si è detto nel testo a quali condizioni può ritenersi una legittimazione concorrente dei creditori estranei.

<sup>15</sup> Cass. 10 gennaio 1996, n. 157, "Nel giudizio di risoluzione del concordato fallimentare per inadempimento degli obblighi concordatari, il tribunale non ha altro compito né altro potere che quello di accertare se il concordato sia stato eseguito, o meno, nei termini e con le modalità stabiliti nella sentenza di omologazione, senza alcun margine di discrezionalità in ordine alla valutazione della gravità o all'imputabilità dell'inadempimento". Cfr. anche Cass. 27 dicembre 1996, n. 11503.

# STUDI E OPINIONI

CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

giurisprudenziale, maturato soprattutto con riferimento al concordato con cessione dei beni<sup>16</sup>.

Anche nel caso di risoluzione dell'accordo non sono pregiudicati i diritti acquistati dai terzi di buona fede. Tale norma, come si è detto, tutela i terzi acquirenti di buona fede dei beni del debitore, ma è da ritenere che riguardi anche i creditori nei cui confronti sono stati effettuati pagamenti. Ciò perché il legislatore non ha ritenuto di riproporre in questa sede il principio stabilito per il concordato fallimentare dall'art. 140, comma 3, l.fall. per cui i creditori non sono tenuti a restituire quanto già riscosso. Tale regola potrà trovare applicazione anche in caso di risoluzione dell'accordo di sovraindebitamento, ma soltanto a favore dei creditori di buona fede. Altra e diversa questione è se i creditori conservino le garanzie a suo tempo prestate dal debitore per le somme tuttora ad essi dovute, come prevede l'art. 140 l.fall. In proposito va ricordato che la cancellazione delle formalità segue all'alienazione dei beni su provvedimento del giudice del procedimento. Ove l'alienazione non sia ancora intervenuta, non vi saranno difficoltà per il riconoscimento della garanzia. Pur nel silenzio della legge è infatti ragionevole ritenere che i creditori conservino il rango privilegiato ad essi spettante prima dell'accordo, venendo meno per effetto della risoluzione, gli effetti dell'eventuale rinuncia al privilegio. Poiché peraltro la nuova disciplina fa salvi i diritti dei terzi acquirenti di buona fede è da ritenere che costoro abbiano acquistato i beni liberi da vincoli. Nel caso in cui i beni siano già stati alienati, la difficoltà di riconoscere la garanzia o il privilegio deriverà, più che dalla disciplina normativa, dalla difficoltà di individuare nella massa attiva liquida le somme corrispondenti ai beni che sono stati oggetto di alienazione.

Anche nel caso della risoluzione, il procedimento segue il rito camerale ( art. 14, comma 5) ed il Tribunale giudica in composizione monocratica.

Sempre in tema di risoluzione occorre ricordare che ai sensi dell'art. 11, comma 5, l'accordo è revocato di diritto se il debitore non esegue integralmente, entro novanta

---

<sup>16</sup> Si veda in proposito, recentemente, Cass. 20 giugno 2011, n. 13446, che ha affermato che: *“Il concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori deve essere risolto a norma dell'art. 186 legge fall., qualora emerga che esso sia venuto meno alla sua funzione, in quanto, secondo il prudente apprezzamento del giudice del merito, le somme ricavabili dalla liquidazione dei beni ceduti si rivelino insufficienti, in base ad una ragionevole previsione, a soddisfare, anche in minima parte, i creditori chirografari e, integralmente, i creditori privilegiati; la ragione della predetta risoluzione, inoltre, può anche consistere, come nella specie, nell'obiettiva impossibilità sopravvenuta di attuare le condizioni minime previste dalla legge fallimentare, senza che alcun rilievo assuma l'eventuale colpa del debitore che, in caso di consegna dei beni, ha esaurito la sua prestazione, ove non sia prevista la sua liberazione immediata ed invece operi il trasferimento in favore degli organi della procedura della legittimazione a disporre dei beni ceduti ex art. 1977 cod. civ.”.*

# STUDI E OPINIONI

## CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

giorni dalle scadenze previste, i pagamenti dovuti alle Agenzie fiscali ( il D.L. 212/2011 usava la più ampia espressione “amministrazioni pubbliche”) e agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie.

La norma prevede una forma di risoluzione automatica dell'accordo e sembra dire, ad una prima lettura, che questi creditori debbano essere sempre soddisfatti entro novanta giorni e che debbano pertanto essere considerati creditori estranei con la differenza che nei loro confronti non sarebbe ammessa la moratoria di un anno. Il rigore di tale soluzione, che porterebbe a configurare, sul modello della disciplina della transazione fiscale secondo l'interpretazione seguita dall'Agenzia delle Entrate, una sorta di *jus singolare* a favore dello Stato e delle altre pubbliche amministrazioni, suggerisce di proporre una diversa interpretazione<sup>17</sup>, pure compatibile con la lettera della legge. Anche nei confronti delle Agenzie fiscali e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie vale la legge dell'accordo di sovraindebitamento, sia nel senso che essi possono aderire alla proposta del debitore, vincolandosi ai termini ed alle condizioni di pagamento previste nella proposta, sia nel senso che possono invece rimanere estranei, subendo in tal caso gli effetti della moratoria prevista dall'accordo e dell'omologazione dell'accordo stesso per quanto concerne gli effetti protettivi del patrimonio del debitore. A tale ultimo proposito va rilevato che l'art. 8 della legge non prevede che la moratoria sia esclusa per i crediti erariali e previdenziali.

Se tale premessa è vera, la risoluzione di diritto seguirebbe soltanto al mancato pagamento nel termine di novanta giorni dalle scadenze previste nell'accordo o derivanti dall'accordo se si tratta di creditori estranei, fermo restando il diritto di tali creditori di avvalersi dello *jus commune* e quindi della risoluzione per inadempimento. Il vantaggio della disciplina speciale sta evidentemente nell'effetto risolutivo automatico che deriva dal ritardo nei pagamenti protratto oltre i novanta giorni, senza che occorra che il creditore si attivi chiedendo la risoluzione.

Un'ulteriore ipotesi di risoluzione di diritto è prevista dall'art. 12, ult. comma, che stabilisce che la sentenza di fallimento pronunciata a carico del debitore risolve l'accordo. Il fallimento può seguire sia nel caso in cui il debitore originariamente aveva i requisiti per essere considerato imprenditore commerciale sia nell'ipotesi in cui egli abbia assunto tale qualità successivamente o sia stato dichiarato fallito in estensione quale socio illimitatamente responsabile di società di persone o di società in accomandita per azioni. Il legislatore non dice se la risoluzione segua anche quando sia decorso l'anno dalla scadenza dell'ultimo termine fissato per l'esecuzione dell'accordo, ma nel silenzio della legge, si deve ritenere di sì. Neppure la norma dice se sono fatti salvi i diritti acquistati dai terzi di buona fede, ma è da ritenere che anche tale norma,

---

<sup>17</sup> In questo senso cfr. M. FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore “non fallibile” (d.l. 212/2011)*, cit.

# STUDI E OPINIONI

## CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

contenuta nell'art. 14 che regola la risoluzione su domanda del debitore, non possa trovare diretta applicazione. Resteranno però salvi gli effetti degli atti negoziali già compiuti ed i pagamenti effettuati, salva la domanda di revoca degli stessi secondo i principi generali.

### **7. Gli organismi di composizione della crisi**

Tutta la disciplina della composizione della crisi da sovraindebitamento ruota intorno agli organismi di composizione della crisi. Il legislatore dedica varie norme in ordine alla disciplina della loro costituzione ed in ordine alle attività che sono loro riservate.

L'art. 15 della legge stabilisce anzitutto che gli enti pubblici possono costituire organismi per la composizione delle crisi da sovraindebitamento con adeguate garanzie di indipendenza e professionalità.

Gli organismi di conciliazione costituiti presso le camere di commercio, il segretariato sociale per informazione e consulenza al singolo e ai nuclei familiari, costituito dalle Regioni ai sensi dell'articolo 22, comma 4, lettera a), della legge 8 novembre 2000, n. 328, gli ordini professionali degli avvocati, dei commercialisti ed esperti contabili e dei notai possono operare come organismi di composizione della crisi.

Tutti questi organismi sono iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della Giustizia, a semplice domanda nel caso degli organismi costituiti presso le camere di commercio, il segretariato sociale e gli ordini professionali. Con apposito regolamento il Ministro della Giustizia stabilisce i requisiti, i criteri e le modalità di iscrizione nel registro. Con lo stesso decreto sono disciplinate la formazione dell'elenco e la sua revisione, l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti, nonché la determinazione delle indennità spettanti agli organismi, a carico dei soggetti che ricorrono alla procedura.

Dalla costituzione degli organismi costituiti dagli enti pubblici non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, e le attività degli stessi devono essere svolte nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente.

Come si vede la sfera dei soggetti legittimati a costituire organismi di composizione della crisi è più ristretta di quanto previsto per la media-conciliazione. Il fatto che essi debbano essere costituiti, per quanto concerne gli enti pubblici, senza costi aggiuntivi per l'Amministrazione, non lascia molto sperare in termini di professionalità ed efficienza.

Gli organismi di cui all'articolo 15, unitamente alla domanda di iscrizione nel registro, depositano presso il Ministero della giustizia il proprio regolamento di procedura e comunicano successivamente le eventuali variazioni (art. 16).

## STUDI E OPINIONI

CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

L'art. 20, denominato "disposizioni transitorie e finali" stabilisce che i compiti e le funzioni attribuiti agli organismi di composizione della crisi possono essere svolti anche da un professionista in possesso dei requisiti per la nomina a curatore fallimentare previsti dall'art. 28 l.fall., e successive modificazioni, ovvero da un notaio, nominati dal presidente del tribunale o dal giudice da lui delegato. Nel testo della legge è sparito il riferimento, presente invece nel testo del D.L. 212/2011, oltre che al professionista in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28 l.fall., alla società tra professionisti.

Il primo comma dell'art. 20 prevede che con uno o più decreti, il Ministro della giustizia stabilisce, anche per circondario di tribunale, la data a decorrere dalla quale i compiti e le funzioni che la legge attribuisce agli organismi di composizione della crisi di cui all'articolo 15, e quindi costituiti da enti pubblici, sono svolti in via esclusiva dai medesimi.

Come in altre ipotesi in cui è richiamata la disciplina dettata dall'art. 28 l.fall., ci si deve domandare se trovi applicazione anche l'ultimo comma della norma, in forza del quale non potrebbero svolgere le funzioni di organismo di composizione della crisi il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado del debitore, i creditori e chi ha concorso al dissesto entro i due anni anteriori all'apertura della procedura nonché chiunque si trovi in conflitto d'interessi con la stessa. E' ben vero che l'ultimo comma dell'art. 28 non è espressamente richiamato dalla legge, ma il riferimento ai requisiti previsti dalla norma potrebbe far ritenere che in tale nozione possano rientrare anche i requisiti di incompatibilità regolati da tale ultimo comma. Nel commento alla corrispondente norma del D.L. 212/2011 abbiamo sostenuto la tesi affermativa. Ci pare ora, *re melius perpensa*, che l'autonoma previsione tra i soggetti legittimati del notaio, ed il mancato richiamo a proposito di quest'ultimo delle incompatibilità previste dall'art. 28, comporti l'inapplicabilità della norma. L'indipendenza del professionista è peraltro un requisito che dovrebbe essere affermato dal legislatore sì che sul punto la disciplina transitoria dettata dal legislatore è indubbiamente lacunosa.

Sia nei confronti degli organismi di composizione della crisi propriamente detti sia nei confronti dei professionisti abilitati in via transitoria il Ministero della Giustizia è competente a stabilire con suo decreto le tariffe applicabili, da porre a carico dei soggetti che ricorrono alla procedura. Nel caso dei professionisti il Ministro dovrà tener conto del valore della procedura e delle finalità sociali della medesima (art. 20).

Venendo ai compiti affidati agli organismi di composizione della crisi, va detto che essi provvedono a moltissime attività, durante l'intero arco della procedura. Operano già in funzione di ausilio del debitore in sede di predisposizione del piano e della proposta di accordo; ad essi spetta il ruolo, fondamentale, di verificare la veridicità dei dati contenuti nella proposta e di attestare la fattibilità del piano. Depositato l'accordo, agli organismi di composizione della crisi è affidato il compito di effettuare la pubblicità e di ricevere le dichiarazioni di consenso dei creditori, presentando

# STUDI E OPINIONI

CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

successivamente una relazione ai creditori sull'esito della votazione, di raccogliere le contestazioni e riferire al giudice concludendo definitivamente in ordine alla fattibilità. Ancora sono gli organismi di composizione della crisi che debbono effettuare le comunicazioni disposte dal giudice nell'ambito del procedimento ( art. 17, comma 3). Dopo l'omologazione, spetta agli organismi di composizione della crisi vigilare sull'adempimento dell'accordo e risolvere le difficoltà insorte nell'esecuzione. Il primo comma dell'art. 17 del D.L. precisa che l'organismo di composizione della crisi assume ogni iniziativa funzionale alla predisposizione del piano di ristrutturazione, al raggiungimento dell'accordo, ed alla buona riuscita dello stesso.

E' stato giustamente osservato che in tal modo il legislatore ha così mescolato compiti di supporto al debitore, compiti di fidejussione verso i creditori, compiti di ausilio del giudice e di controllore nell'interesse dei creditori<sup>18</sup>. E' evidente che in tal modo si apre la strada al conflitto d'interessi. Né può valere il richiamo alla poliedricità dei compiti del curatore del fallimento, perché è vero che questi si sostituisce al fallito nell'amministrazione del patrimonio, ma lo fa nell'interesse dei creditori ed in attuazione dello spopolamento previsto dalla legge fallimentare. Qui invece l'organismo di composizione della crisi è al tempo stesso il consulente del debitore, l'attestatore della veridicità dei dati e della fattibilità del piano, organo pubblico che procede all'accertamento dell'esito della votazione e ne riferisce al giudice nei cui confronti opera come ausiliario, controllore dell'adempimento nell'interesse dei creditori.

E' evidente che il possibile conflitto d'interessi in tanto può trovare soluzione in quanto le varie funzioni non siano svolte dai medesimi soggetti, sia pur nell'ambito dello stesso organismo di composizione della crisi. Ha quindi senso la proposta<sup>19</sup> che suggerisce che l'Organismo adotti un regolamento nel quale i diversi compiti vengano attribuiti a professionisti differenti, con una vera e propria delega di funzioni. Nel caso di nomina del professionista, in virtù della norma transitoria, da parte del presidente del tribunale ovvero del giudice da lui delegato, si potrà immaginare la nomina di distinti professionisti per lo svolgimento di varie attività tutte le volte che si delinea il conflitto d'interessi. Sarà però necessario prevedere il frazionamento dell'indennità onde evitare che la soluzione del problema si traduca in un maggior costo per il debitore.

L'attuale disciplina di legge prevede, a differenza di quanto stabilito dal decreto legge 212/2011, che per lo svolgimento dei compiti e delle attività previsti dal presente capo, il giudice e, previa autorizzazione di quest'ultimo, gli organismi di cui all'articolo 15 possono accedere ai dati contenuti nell'anagrafe tributaria, nei sistemi di

---

<sup>18</sup> Cfr. M. FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"* (d.l. 212/2011), *cit.*

<sup>19</sup> Cfr. M. FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"* (d.l. 212/2011), *cit.*

# STUDI E OPINIONI

CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

informazioni creditizie, nelle centrali rischi e nelle altre banche dati pubbliche, nel rispetto delle disposizioni contenute nel codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e del codice di deontologia e di buona condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti, di cui alla deliberazione del Garante per la protezione dei dati personali 16 novembre 2004, n. 8, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 300 del 23 dicembre 2004 ( art. 18, comma 1).

I dati personali acquisiti per le finalità di cui al comma 1 possono essere trattati e conservati per i soli fini e tempi della procedura e devono essere distrutti contestualmente alla sua conclusione o cessazione. Dell'avvenuta distruzione è data comunicazione al titolare dei suddetti dati, tramite lettera raccomandata con avviso di ricevimento o tramite posta elettronica certificata, non oltre quindici giorni dalla distruzione medesima ( art. 18, comma 2).

La delicatezza dei poteri che, sia pur su autorizzazione del giudice, possono essere attribuiti agli organismi di composizione della crisi, fa ritenere, in difetto di espressa previsione legislativa, che essi non possano venir attribuiti ai professionisti incaricati in via transitoria di svolgerne le funzioni. Per essi ove ne sussista la necessità, potrà provvedere direttamente il giudice. Va inoltre sottolineato che l'attribuzione del potere di accesso alle banche dati pubbliche potrà avvenire soltanto con riferimento ad una specifica procedura e non in via generale. Ancora l'autorizzazione dovrà essere data dal giudice a fronte di specifica istanza, con cui l'organismo di composizione della crisi precisi per lo svolgimento di quali compiti ed attività è necessario l'accesso alle banche dati pubbliche. Preoccupa inoltre il generico riferimento alle "altre banche dati pubbliche", che potrebbe attribuire agli organismi di composizione della crisi poteri d'indagine assolutamente sproporzionati alle finalità di legge. A tale proposito è dunque necessario che il giudice faccia attento uso del potere di autorizzazione verificando la necessità dell'accesso in rapporto alle esigenze indicate dall'organismo di composizione della crisi.

Ancora va sottolineato che in base alla legge all'organismo di composizione della crisi spetta il compito di agevolare la presentazione della proposta di accordo (art. 17, comma 1) e la redazione del piano e che il debitore, unitamente alla proposta, deposita l'elenco di tutti i creditori, con l'indicazione delle somme dovute e dei beni (art. 9). Ancora l'organismo di composizione della crisi deve verificare la veridicità dei dati contenuti nella proposta e nei documenti allegati (art. 17). A tali fini potrebbe rendersi necessario l'accesso alle banche dati pubbliche anche prima che la proposta venga formalmente presentata. In tale ipotesi l'organismo dovrà chiedere ugualmente l'autorizzazione al giudice, anche prima che questi venga investito della cognizione della procedura, perché è proprio in questa fase iniziale che occorre rimediare al deficit informativo in cui può trovarsi il debitore che non abbia una chiara percezione della

# STUDI E OPINIONI

CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

propria situazione debitoria, tanto più in difetto di un obbligo di legge di tenuta delle scritture contabili. Il giudice peraltro si troverà in situazione di grave difficoltà perché non avrà alcun elemento di riscontro della congruità della richiesta, che potrebbe peraltro non tradursi neppure nella presentazione di una proposta di accordo, ove, acquisite le informazioni, si verifichi che vi sono difficoltà insormontabili.

Ancora va rilevato che la violazione dei limiti previsti dall'autorizzazione o la richiesta d'informazioni alle banche dati pubbliche che esulino dai compiti e dalle attività previste dalla legge e richieste dalla procedura di sovraindebitamento è sfornita di sanzione penale, nonostante il legislatore abbia introdotto ex novo una disciplina penale che si riferisce sia al debitore che al componente dell'organismo di composizione della crisi.

## **8. Le sanzioni penali**

A differenza di quanto stabilito dal decreto legge 212/2011 il legislatore ha ora correato la disciplina civilistica con un complesso di norme penali, che riguardano le condotte sia del debitore che del componente dell'organismo di composizione della crisi.

Per quanto concerne il debitore è prevista la condotta di chi, al fine di ottenere l'accesso alla procedura di composizione della crisi, aumenta o diminuisce il passivo ovvero sottrae o dissimula una parte rilevante dell'attivo ovvero dolosamente simula attività inesistenti. Il reato pare collegato alla previsione dell'art. 10, comma 1, in forza del quale il giudice, se la proposta soddisfa i requisiti previsti dagli articoli 7 e 9, fissa udienza di comparizione del debitore e dei creditori, e dell'art. 10, comma terzo, della legge che prevede che all'udienza, *in assenza di iniziative o di atti in frode ai creditori*, il giudice dispone la sospensione delle azioni esecutive. Poiché i comportamenti simulatori previsti riguardano soltanto la dissimulazione dell'attivo o la simulazione di attività inesistenti, la condotta di aumento o diminuzione del passivo è da ritenere che sia sanzionata in quanto il passivo ne risulti effettivamente aumentato o diminuito. Nel primo caso si tratterà di un debitore che contrae nuovi debiti e nel secondo che provvede all'estinzione di debiti preesistenti. Non è chiaro come tale condotta possa incidere sull'accesso alla procedura posto che, a tutto concedere, il sindacato del giudice sulla sussistenza dei requisiti previsti dagli artt. 7 e 9, può spingersi a verificare la fattibilità del piano, ma non certamente la sua convenienza. E' vero che la presenza di un passivo accresciuto può indurre i creditori precedenti ad aderire più facilmente alla proposta di accordo, ma il legislatore sanziona la condotta finalizzata all'accesso alla procedura e non all'approvazione dell'accordo da parte dei creditori. Bisognerebbe dunque interpretare accesso alla procedura come approvazione dell'accordo ed omologazione da parte del giudice, ma non pare che, soprattutto in materia penale, sia possibile un'interpretazione così ampia della formula adottata dal legislatore. Pare comunque una

# STUDI E OPINIONI

CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

lacuna il fatto di non aver previsto la condotta simulatoria di passività inesistenti. Non paiono invece creare difficoltà particolari le formule utilizzate dal legislatore per descrivere le altre condotte alternativamente sanzionate, vale a dire la sottrazione o dissimulazione di una parte rilevante dell'attivo ovvero la dolosa simulazione di attività inesistenti.

La seconda ipotesi sanzionata penalmente in capo al debitore è ricalcata sullo schema della bancarotta documentale e punisce il debitore che, sempre al fine di ottenere l'accesso alla procedura, *produce documentazione contraffatta o alterata, ovvero sottrae, occulta o distrugge, in tutto o in parte, la documentazione relativa alla propria situazione debitoria ovvero la propria documentazione contabile*. Occorre ricordare che, ai sensi dell'art. 9, il debitore unitamente alla proposta deve depositare l'elenco di tutti i creditori, con l'indicazione delle somme dovute, dei beni e degli eventuali atti di disposizione compiuti negli ultimi cinque anni, corredati delle dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni e dell'attestazione sulla fattibilità del piano, nonché l'elenco delle spese correnti necessarie al sostentamento suo e della sua famiglia, previa indicazione della composizione del nucleo familiare corredata del certificato dello stato di famiglia. Il debitore che svolge attività d'impresa deposita altresì le scritture contabili degli ultimi tre esercizi, unitamente a dichiarazione che ne attesta la conformità all'originale.

Come si è detto, il giudice, ai sensi dell'art. 10, fissa l'udienza se la proposta soddisfa i requisiti previsti dagli artt. 7 e 9 e dunque la presentazione della documentazione relativa alla propria situazione patrimoniale è condizione di ammissibilità alla procedura. In questo caso il dolo specifico richiesto per la sussistenza dell'illecito documentale è del tutto coerente con la disciplina civilistica. Va poi osservato che le condotte punite sono condotte di falso, sia nel senso della contraffazione od alterazione della documentazione contabile sia nel senso della soppressione di quella esistente.

Ancora è punito il debitore che, nel corso della procedura, effettua pagamenti non previsti nel piano, fatto salvo il pagamento dei creditori estranei. Poiché è fatto salvo il regolare pagamento dei creditori estranei, rimane il quesito se integri la fattispecie penale oltre il pagamento ai creditori aderenti al piano di somme non previste dal piano stesso, anche il pagamento di creditori non previsti dal piano, ma non indicati nella situazione debitoria come creditori estranei. Ci pare più rispettosa della formula adottata dal legislatore la soluzione negativa. La ratio legis è chiaramente nel senso di punire la condotta di chi effettua pagamenti ulteriori ai creditori aderenti al piano.

Ancora è punito chi aggrava la propria posizione debitoria dopo il deposito della proposta e per tutta la durata della procedura. Ci si può domandare in che cosa consista l'aggravamento della propria posizione debitoria e se quindi oltre alla contrazione di

# STUDI E OPINIONI

CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

nuovi debiti, vi rientri anche il riconoscimento di passività pregresse, non denunciate con la proposta di accordo, ad esempio addivenendo alla transazione con un creditore che ha proposto domanda giudiziale per il riconoscimento del proprio debito. E ci si può domandare se tra i nuovi debiti che danno luogo a responsabilità penale rientrino anche i debiti contratti per esigenze primarie di vita. Pur nell'incertezza sulla risposta a questi quesiti (ma in parte potrà soccorrere la giurisprudenza in tema di bancarotta semplice sull'aggravamento del dissesto) ci pare che la risposta più liberale meglio risponda allo spirito della norma.

Occorre poi domandarsi se il legislatore con l'espressione *per tutta la durata della procedura*, abbia inteso far riferimento al periodo che va dalla presentazione della proposta di accordo all'omologazione o anche al periodo successivo riservato all'adempimento. In senso tecnico dopo l'omologazione non vi è più una procedura pendente, ma va ricordato che il soddisfacimento dei creditori sopraggiunge soltanto con l'adempimento. In questo caso il termine finale coinciderebbe con la scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dall'accordo, decorso il quale comincia a decorrere l'anno per la domanda di risoluzione o annullamento. La prima soluzione ci pare più rispettosa della lettera della legge.

Va osservato che nella bancarotta semplice l'aggravamento del dissesto riguarda la condotta del debitore anteriore alla dichiarazione di fallimento. Nel caso in esame l'aggravamento della posizione debitoria è invece condotta successiva all'apertura della procedura. E' pertanto da ritenere che esso sia penalmente rilevante in quanto pregiudichi il soddisfacimento dei creditori, che potrebbe anche non verificarsi, ad esempio nel caso in cui costoro siano garantiti da garanzie rilasciate da terzi.

E' infine sanzionata la condotta del debitore che *intenzionalmente non rispetta i contenuti dell'accordo*. Anche in questo caso s'intende punire la condotta di chi, non per circostanze oggettive imputabili a terzi o alle mutate condizioni del mercato, non adempie l'accordo. Resta peraltro da chiarire la portata dell'avverbio intenzionalmente ed anche da verificare se la sfera di punibilità comprende anche i casi in cui i creditori non si sono attivati per domandare l'annullamento o la risoluzione dell'accordo e siano decorsi i termini per domandare la risoluzione e l'annullamento, parendo in questi casi che la tutela penale sia eccessiva a fronte del disinteresse dei creditori che non ritengono di attivarsi.

Le ultime due ipotesi di reato introdotte dal legislatore riguardano, opportunamente, la condotta del componente dell'organismo di composizione della crisi che compie false attestazioni o che omette o rifiuta senza giustificato motivo un atto del suo ufficio. Il primo quesito che occorre affrontare, trattandosi di reato proprio, è chi sia il soggetto qualificato dal legislatore come *componente dell'organismo di composizione della crisi*. Va osservato in proposito che la disciplina civilistica della procedura di sovra indebitamento là dove individua i compiti ed i poteri dell'organismo di

# STUDI E OPINIONI

## CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

composizione della crisi non fa mai riferimento ai componenti dell'organismo, ma all'ente in quanto tale. Ne deriva che componente dell'organismo sarà certamente qualunque soggetto che ricopra la posizione di organo dell'organismo stesso e sia, in base alla disciplina statutaria interna, legittimato ad esprimerne ed ad attuarne la volontà. Non pare pertanto che la definizione si limiti a riferirsi al legale rappresentante dell'ente, dovendosi estendere a chi, anche in posizione subordinata, con riferimento ad una data procedura, sia autorizzato a manifestare ed esprimere la volontà dell'ente nei confronti del debitore e dei terzi, in particolare dei creditori. Va poi aggiunto che, naturalmente, la responsabilità si estenderà a chi, pur non rivestendo la qualifica di componente dell'organismo, concorra con questi nella condotta penalmente rilevante.

Va ricordato che, ai sensi dell'art. 20, la responsabilità penale è estesa al professionista che in via transitoria può svolgere le funzioni di organismo di composizione della crisi. La norma parifica infatti il professionista, anche agli effetti penali, al componente dell'organismo di composizione della crisi.

La condotta punita è una condotta di falso e riguarda i momenti tipici della procedura dell'accordo che debbono essere certificati dall'organismo di composizione della crisi con riferimento, in ordine logico (che non è quello seguito dalla norma di legge) alla certificazione della veridicità dei dati contenuti nella proposta di accordo o nei documenti ad essa allegati, alla fattibilità del piano, all'esito della votazione dei creditori. La falsa attestazione non potrà riguardare i giudizi fattuali espressi dal componente dell'organismo di composizione della crisi, ma le circostanze di fatto che egli certifica. Per quanto attiene alle valutazioni che sono implicite nella redazione del bilancio e delle situazioni patrimoniali in generale dovrà farsi riferimento al caso in cui vengano esposti *fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni*, secondo la formula usata dall'art. 2622 c.c. ovvero vengano taciuti fatti che comportino una falsa rappresentazione della situazione patrimoniale del debitore.

Come si è detto, è più generica la previsione di responsabilità del componente dell'organismo di composizione della crisi che cagioni danno ai creditori omettendo o rifiutando senza giustificato motivo un atto del suo ufficio. Sono particolarmente rilevanti a questi fini i doveri dell'organismo di composizione della crisi per quanto concerne l'effettuazione delle varie forme di pubblicità previste dall'accordo e le comunicazioni ai creditori disposte dal giudice, oltre che l'adempimento del generale dovere previsto dall'art. 17 di collaborazione con il debitore e con i creditori anche attraverso la modifica del piano oggetto della proposta di accordo. Va peraltro sottolineato che, se la norma penale prevede che la condotta attiva debba cagionare danno ai creditori, il rifiuto o il ritardo può riguardare anche atti che non sono direttamente diretti ai creditori, riferendosi invece al debitore, purché da essi derivi danno ai creditori. Sotto tale profilo ogni condotta dolosa che pregiudichi il raggiungimento dell'accordo o ne impedisca l'omologazione potrà venire in esame ove

# STUDI E OPINIONI

CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

ad essa sia seguito danno per i creditori, perché essi hanno visto pregiudicato il proprio diritto al soddisfacimento del credito sia con riferimento al corrispettivo percepito sia con riguardo ai tempi del pagamento. Resta peraltro da domandarsi se sia sufficiente il pregiudizio ad un unico creditore ovvero occorra un danno per l'intero ceto creditorio e tale seconda ipotesi appare meno convincente ove si consideri che la procedura di accordo non prevede l'applicazione della regola del concorso.

## 9. Conclusioni

E' naturalmente azzardato fare previsioni, allo stato, sul successo della procedura. Si può cominciare ad osservare che il nostro Paese, insieme alla Grecia, era rimasto l'unico a non contemplare una procedura di composizione dell'insolvenza civile, del non imprenditore e che, divenuto il fallimento a seguito della riforma del 2005-2006 da procedura sanzionatoria un procedimento di soluzione della crisi d'impresa cui può seguire l'esdebitazione, mancava uno strumento analogo per le insolvenze degli imprenditori sotto soglia e di coloro che non sono imprenditori. Si può ancora aggiungere che mancava una procedura che consentisse al debitore di raggiungere un accordo con i propri creditori deflazionando il numero delle procedure esecutive, mobiliari ed immobiliari, che ingolfano i nostri tribunali, spesso senza reali vantaggi in termini di recupero del credito.

Sicuramente dunque il testo di legge ha riempito una lacuna rilevante, che doveva essere colmata.

Resta da domandarsi se la procedura avrà successo in termini concreti. Un punto di forza è sicuramente rappresentato dal fatto che i creditori sono in genere più che pronti ad accettare soluzioni transattive che gli consentano di evitare i tempi ed i costi del procedimento giudiziale. Chiunque frequenti un'aula di giustizia può confermare quest'affermazione. L'accordo di ristrutturazione della crisi da sovraindebitamento potrà sicuramente funzionare, soprattutto quando vi siano a fianco del debitore familiari o altri soggetti disposti ad offrire garanzie sui propri beni per l'esecuzione dell'accordo.

I profili negativi e preoccupanti sono tuttavia rilevanti. Da un lato vi è il carattere macchinoso della procedura. Alla presentazione della proposta di accordo non segue automaticamente l'effetto sospensivo delle azioni esecutive, ma soltanto all'esito di un'udienza che presuppone la convocazione di tutti i creditori (attività non sempre facile ed agevole, soprattutto nel caso di chi non ha alcun obbligo od abitudine di tenere le scritture contabili). Non si comprende davvero perché occorra un'udienza ad hoc per sospendere per 120 giorni le procedure esecutive ed assicurare gli ulteriori effetti protettivi del patrimonio, quando in tale udienza il giudice può non concedere tale beneficio soltanto ove risultino iniziative od atti in frode ai creditori. Sarebbe stato opportuno far derivare l'effetto interdittivo dalla semplice presentazione della proposta salvo revoca nel caso di atti in frode lasciando ai creditori e all'organismo di

# STUDI E OPINIONI

CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

composizione della crisi il compito di denunciarli. Ancora, una volta scelta la strada di lasciare lo svolgimento della votazione al di fuori delle aule giudiziarie ( e si tratta di scelta opportuna che andrebbe imitata anche per quanto concerne il concordato preventivo), non si comprende perché il raggiungimento delle maggioranze e l'omologa richieda un secondo provvedimento del Tribunale e non possa seguire come effetto automatico alla mancata proposizione di opposizioni da parte dei creditori entro un dato termine.

In altri termini se si ritiene che gli organismi di composizione della crisi possano svolgere le funzioni certificative e di vigilanza loro attribuite in modo efficace, perché non lasciare il ricorso al giudice all'iniziativa discrezionale del creditore? Occorre considerare che nella maggior parte dei casi si tratterà di procedimenti per crediti modesti, derivanti dall'eccessivo uso della carta di credito o dall'incapacità di far fronte al mutuo sulla casa in conseguenza della perdita del posto di lavoro, ecc. Non occorre veramente l'intervento del giudice, in difetto di contestazioni, per garantire il corretto svolgimento del procedimento.

Un altro aspetto negativo è rappresentato dalla mancanza di provvedimenti che assicurino un'adeguata professionalità agli organismi di composizione della crisi e l'affidamento, sia pur in via transitoria, di tali funzioni ai professionisti. Qui saranno gli ordini professionali da una parte e gli enti pubblici interessati, oltre che abilitati, a costituire gli organismi di composizione della crisi, a doversi dare regolamenti e metodologie operative che assicurino professionalità e garantiscano un'adeguata tutela del debitore e dei creditori e soprattutto tempi brevi ed efficienza. Proprio perché la riforma fonda l'accordo a tutto campo sull'operatività degli organismi di composizione della crisi, bisogna che tali organismi siano in grado di svolgere le loro funzioni in termini tali da rendere lo strumento della composizione della crisi appetibile.

Un vincolo rilevante è poi rappresentato dalla elevata maggioranza richiesta per l'approvazione dell'accordo che, unitamente alla necessità di pagamento integrale ancorché dilazionato dei creditori privilegiati, rappresenterà certamente un limite alla concreta operatività del nuovo istituto.

Anche sulla disciplina sanzionatoria si possono svolgere rilievi critici. Il legislatore ha posto rimedio alla mancanza nel decreto legge 212/2011 di norme penali, ma non sarebbe stato inopportuno prevedere sanzioni amministrative nei confronti del debitore scorretto ( l'interdizione all'accesso alla procedura) e degli organismi di composizione della crisi inefficienti e non professionali, che potessero avere un effetto dissuasivo.

Manca poi uno strumento di accesso al credito che consenta al debitore di sostituire tramite l'accordo di ristrutturazione ad una pluralità di creditori un finanziatore a condizioni eque. La legge, a differenza del decreto legge 212/2011, ha legato opportunamente la soluzione della crisi da sovraindebitamento del consumatore

## STUDI E OPINIONI

CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

ai provvedimenti anti-usura. Non sono però previsti interventi quando la crisi da sovraindebitamento non dipenda da una situazione di usura. Ciò è comprensibile in ragione delle attuali difficoltà di accesso al credito, ma certamente inciderà sulle possibilità di successo della nuova disciplina.

Va infine osservato che, a differenza del disegno di legge di modifica della legge 3/2012 approvato dal Governo, il legislatore non ha previsto, accanto all'accordo di ristrutturazione, un diverso strumento che consenta al debitore che non sia in grado di proporre ai creditori un accordo, di porre a disposizione dei propri creditori il proprio patrimonio attraverso una procedura liquidatoria, cui segua l'esdebitazione. Permane pertanto l'ingiustificata differenza di disciplina tra l'imprenditore che può, attraverso il fallimento ormai privo di connotati sanzionatori, pervenire alla cancellazione pressoché integrale dei propri debiti, e il debitore civile, cui tale possibilità è tuttora negata.

## IL DOVERE DI AGIRE IN MODO INFORMATO

*L'evoluzione che ha caratterizzato il consiglio di amministrazione è stata significativa: si è passati, infatti, dall'idea di un consiglio che gestisce (managing board) a quella di un consiglio che controlla (monitoring board). Il nostro legislatore, con la riforma del 2003, ha recepito l'idea di monitoring board. In particolare, l'art. 2381 c.c. ben delinea i doveri di monitoraggio spettanti agli amministratori non esecutivi tra cui spicca il dovere di agire in modo informato.*

di **FEDERICO TALLIA**

### 1. Introduzione

Con la riforma del 2003 è stato, definitivamente<sup>1</sup>, sancito il ruolo chiave del *board* nel governo societario, precisando che la funzione primaria dei consiglieri consiste nel vigilare sull'amministrazione della società spettante agli *executives*<sup>2</sup>. Compito da adempiere non attraverso un controllo diretto e costante dei delegati, ma tramite "l'installazione di sistemi che producano le informazioni che gli amministratori dovrebbero possedere, e dall'esercizio di un controllo su questi sistemi per assicurarsi il loro corretto funzionamento"<sup>3</sup>. Occorre, quindi, soffermarsi sul delicato tema dei flussi informativi intercorrenti tra amministratori delegati e consiglio di amministrazione quale organo collegiale. Argomento che suscita l'interesse della dottrina poiché strettamente interconnesso a questioni di trasparenza e di ripartizione della responsabilità<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> C. MALBERTI, F. GHEZZI e M. VENTORUZZO, Commento sub Art. 2380 c.c., in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2005, p. 8, descrivono "un sostanziale riconoscimento e rafforzamento della centralità dell'organo amministrativo nell'ambito dell'organizzazione corporativa, in particolare nei confronti dell'assemblea dei soci, quale preconditione per favorire l'efficienza della gestione sociale".

<sup>2</sup> Cfr. M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, p. 1 ss.

<sup>3</sup> Testualmente M.A. EISENBERG, *Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano*, in *Giur. Comm.*, 1992, vol. I, p. 619.

<sup>4</sup> Cfr. P. MONTALENTI, *Consiglio di amministrazione e organi delegati: flussi informativi e responsabilità*, in *Le Società*, 1998, p. 899 ss.

## STUDI E OPINIONI

In via preliminare, siano consentite alcune considerazioni di carattere generale sulle scelte operate dal legislatore.

La prima attiene alla previsione del dovere di agire in modo informato che richiede qualcosa di più della semplice ricezione di flussi informativi, si potrebbe definire agire informato “*in senso forte*”. Infatti, tale dovere implica che ogni amministratore, nel momento in cui è chiamato ad agire, operi sulla base di quelle informazioni che l’art. 2381 c.c., al primo, terzo e quinto comma, considera necessarie per poter operare in modo consapevole<sup>5</sup>.

La seconda considerazione riguarda la scelta di imporre, all’interno del consiglio di amministrazione, la creazione di adeguati flussi informativi con l’obiettivo di consentire la valutazione, costante e puntuale, dell’andamento della gestione<sup>6</sup>. In particolare, la formula legislativa adottata nel 2003 inquadra in modo nuovo i doveri degli amministratori. Laddove, *ante* riforma, si faceva riferimento ad un generico dovere di vigilanza spettante ad ogni singolo amministratore, a partire dal d.lgs. 6/2003 gli amministratori non esecutivi hanno un diritto-dovere di informazione al fine di una completa valutazione delle scelte gestorie che si estrinseca nella creazione, diretta o mediata, di idonei sistemi organizzativi-informativi. Questo comporta la piena responsabilità degli amministratori nel caso in cui dalle carenze del sistema derivino danni alla società. Il modello, inoltre, distingue due momenti: quello attivo che spetta ai delegati e quello valutativo ad appannaggio del *plenum*. In questo modo, i primi risponderanno delle azioni od omissioni, i secondi delle eventuali carenze delle analisi e valutazioni effettuate.

Inoltre, gli interventi legislativi hanno l’indubbio merito di aver eliminato i “*costi da incertezza*” relativi ai flussi informativi. Infatti, nel silenzio della legge, l’amministratore non esecutivo sapeva di dover ricevere delle informazioni, ma non sapeva quando tale diritto si sarebbe trasformato in dovere. Il Testo unico prima e la riforma poi hanno permesso di fare maggior chiarezza sul punto<sup>7</sup>. Pertanto, gli amministratori esecutivi, in base al dettato del 5° comma dell’art. 2381 c.c., “*riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e*

---

<sup>5</sup> Sul tema A. ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nelle società per azioni*, Padova, 2010, p. 97 ss.

<sup>6</sup> Si veda A. ZANARDO, *Delega di funzioni*, cit., p. 97, la quale afferma che “*solo flussi informativi adeguati e tempestivi consentono al consiglio il corretto ed efficace esercizio delle sue funzioni di indirizzo strategico e di supervisione, mettendolo nella condizione di assumere decisioni ponderate e, se del caso, di adottare i correttivi ritenuti necessari, nonché l’efficace raccordo tra l’attività di gestione corrente e l’attività di valutazione della stessa*”.

<sup>7</sup> P. MONTALENTI, *Le nuove regole di governance delle società per azioni: il punto di vista del giurista*, in *Quaderni Giur. comm.* (n. 263), Milano, 2004, p. 50.

## STUDI E OPINIONI

sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate”. Qualora l’informazione non venisse resa il consigliere di amministrazione sarebbe tenuto ad agire non in virtù di un diritto, bensì di un potere-dovere di attivazione<sup>8</sup>.

Dunque, in base al quadro delineato dal legislatore emerge come l’attribuzione di funzioni agli organi delegati non riduca la centralità del *board*, che non solo mantiene una competenza concorrente sulle materie oggetto di delega, ma esercita anche una fondamentale funzione di *monitoring* che “viene reso attuabile attraverso la messa in funzione di costanti flussi informativi tra organo di governo e delegati”<sup>9</sup>.

### **2. Poteri individuali e dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione**

In primo luogo, si ritiene opportuna un’analisi in merito ai poteri individuali dei componenti del consiglio di amministrazione e al dovere di vigilanza prima che intervenissero le profonde modifiche introdotte dalla riforma del 2003<sup>10</sup>.

Per introdurre una riflessione sui poteri individuali si possono prendere le mosse dal previgente articolo 2380, 2° comma, c.c. che stabiliva che quando la gestione era affidata a più persone queste costituivano il consiglio di amministrazione. Da ciò derivava che potere e dovere di amministrare spettassero ad un organo unitario e collegiale. Non erano presenti, invece, norme che riconoscessero poteri e competenze individuali ai singoli consiglieri di amministrazione<sup>11</sup>. Quanto sostenuto induceva ad affermare il carattere collegiale dell’amministrazione pluripersonale. Ad ulteriore conferma si richiamava il previgente art. 2381 c.c. che riguardo alla delegabilità di attribuzioni individuali stabiliva quale condizione per poter derogare alla collegialità l’autorizzazione contenuta all’interno dell’atto costitutivo o il consenso dell’assemblea. Inoltre, sia la giurisprudenza<sup>12</sup> che la dottrina<sup>13</sup> affermavano la non derogabilità del

---

<sup>8</sup> Così P. MONTALENTI, *Le nuove regole di governance delle società per azioni*, cit., p. 49.

<sup>9</sup> In questi termini lo studio Assonime 6/2011, p. 37, dal titolo “*Alcune proposte in tema di controlli societari*” e reperibile sul sito [www.assonime.it](http://www.assonime.it).

<sup>10</sup> Sul tema C. DI NANNI, *La vigilanza degli amministratori sulla gestione nelle società per azioni*, Napoli, 1992; A. GAMBINO, *Sui poteri individuali dei componenti del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo della società per azioni*, in AA. VV., *Scritti in onore di G. Cottino*, vol. I, Padova, 1997, p. 641 ss.; F. CAMILLETTI, *Brevi note sull’obbligo di vigilanza ed intervento degli amministratori di società di capitali*, in *Giur. comm.*, II, 1995, p. 155 ss.

<sup>11</sup> Cfr. A. GAMBINO, *Sui poteri individuali*, cit., p. 641.

<sup>12</sup> Si veda, *ex multis*, Cass., 24 aprile 1963, n. 1084, in *Foro it.*, 1963, I, col. 1425; Trib. Milano, 14 novembre 1977, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 79.

## STUDI E OPINIONI

metodo collegiale nell'amministrazione pluripersonale sulla base di una maggior ponderazione e coerenza nella formazione della volontà consiliare e, quindi, gestoria<sup>14</sup>.

All'interno di questo contesto parte della dottrina<sup>15</sup> si era domandata se lontano dalle riunioni del consiglio di amministrazione i singoli amministratori non esecutivi potessero esercitare poteri individuali quali quelli di controllo sulla gestione, di istruttoria tecnica e di acquisizione di informazioni. Una parte riconosceva tale possibilità sul presupposto che il dovere di vigilanza avesse carattere individuale e, perciò, sosteneva che ciascun amministratore avesse il potere di fissare il limite fino a cui spingere la conoscenza sulla gestione dell'impresa<sup>16</sup>. Altri autori non concordavano ritenendo che all'interno di un'articolazione complessa quale quella societaria il potere-dovere di vigilanza spettasse all'organo amministrativo nella sua dimensione collegiale dal momento che all'esercizio della funzione di controllo era preposto il collegio sindacale (*ex* previgente art. 2403, 3° comma, c.c.)<sup>17</sup>. La dottrina che aderiva a questa seconda soluzione sosteneva che il generale andamento della gestione fosse condizionato dalle operazioni di maggior rilievo e che il potere, in quanto attribuzione individuale, non potesse “*essere costretto negli schemi di un esercizio collegiale*”<sup>18</sup>, ma non sarebbe stato corretto dedurre che il potere di vigilanza spettasse a ciascun

---

<sup>13</sup> Cfr. O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Trattato della società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, IV, Torino, 1991, p. 251; V. CALANDRA – BUONAURA, *Amministrazione disgiuntiva e società di capitali*, Milano, 1984, p. 104 ss.; G. COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. I, t. 2, Padova, 1994, p. 505.

<sup>14</sup> A. GAMBINO, *Sui poteri individuali*, cit., p. 642, precisa che “*in altri termini, i singoli amministratori esercitano le competenze loro affidate nell'ambito dell'organo collegiale e non hanno poteri individuali di gestione, salvi il conferimento di poteri delegati a singoli amministratori ex art. 2381 c.c. e il potere gestionale esterno connesso alla rappresentanza legale art. 2384 c.c.*”.

<sup>15</sup> In particolare, F. BONELLI, *Poteri individuali del sindaco*, in *Giur. comm.*, 1988, I, p. 521 ss.; P. ABBADESSA, in *I poteri di controllo degli amministratori di minoranza*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 818.

<sup>16</sup> O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni*, Torino, 1976, p. 100; A. DALMARTELLO – G.B. PORTALE, *I poteri di controllo degli amministratori di minoranza*, cit., p. 799; P. ABBADESSA, in *I poteri di controllo degli amministratori di minoranza*, cit., p. 818.

<sup>17</sup> G. CAVALLI, *I sindaci*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, V, Torino, 1988, p. 89 ss.; G. FERRI, *Le società*, 3ª edizione, Torino, 1985, p. 667, precisa che “*fuori dal collegio il singolo amministratore non ha poteri, neppure quello di chiedere direttamente informazioni o di consultare personalmente i documenti sociali*”.

<sup>18</sup> In questi termini F. GALGANO, *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1984, p. 248 ss.

## STUDI E OPINIONI

amministratore su tutti gli atti ed operazioni sociali<sup>19</sup>. Pertanto, si riteneva che il singolo amministratore, al di fuori delle sedute del consiglio, non disponesse del potere di recarsi presso uffici e strutture societarie al fine di acquisire personalmente atti e informazioni. A quanto detto si poteva individuare un'eccezione nella circostanza che l'amministratore assumesse informazioni al di fuori della seduta consiliare, purché si trattasse di notizie e documenti riguardanti le materie poste all'ordine del giorno. A tale eccezione corrispondeva un limite, ossia la richiesta di informazioni doveva essere rivolta ai vertici della struttura societaria. In caso contrario si sarebbe legittimato il singolo consigliere a ricercare informazioni presso le "istanze inferiori" esercitando, di fatto, un'attività ispettiva<sup>20</sup>.

Altro aspetto su cui si era posta l'attenzione era la delega amministrativa<sup>21</sup> che si riteneva non comportasse il venir meno di ogni attribuzione del consiglio di amministrazione poiché esso avrebbe potuto, in ogni momento, avocare a sé l'esercizio dei poteri delegati. In questo modo la delega creava una competenza concorrente dell'organo delegato con l'organo delegante, possibilità riconosciuta in via interpretativa poiché non espressamente prevista dal previgente art. 2381 c.c. All'interno di tale contesto, si sosteneva che gli amministratori non esecutivi avessero il diritto di richiedere ai delegati informazioni, dati e notizie. In *primis*, per potere eventualmente esercitare la competenza concorrente cumulativa. In *secundis*, per adempiere all'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione *ex* art. 2392, 2° comma, c.c. Ne derivava quale diretta conseguenza che gli organi delegati non avrebbero potuto rifiutarsi di fornire documenti, dati o informazioni<sup>22</sup>.

Illustre dottrina concludeva che il problema di fondo, si ritiene più che mai attuale<sup>23</sup>, fosse quello di individuare un punto di ragionevole equilibrio "tra l'esigenza, da un lato, di porre rimedio ad un certo fenomeno di passività dei consigli di

---

<sup>19</sup> Cfr. A. GAMBINO, *Sui poteri individuali*, cit., p. 646.

<sup>20</sup> Si veda A. GAMBINO, *Sui poteri individuali*, cit., p. 647.

<sup>21</sup> A. BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, cit., p. 202 ss.; O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, cit., p. 304 ss.; F. GALGANO, *La società per azioni*, cit., p. 53 ss.

<sup>22</sup> Cfr. A. GAMBINO, *op. ult. cit.*, p. 655.

<sup>23</sup> O. WILLIAMSON, *Corporate Boards of Directors: In Principles and in Practice*, in *24 Journal of Law, Economics, and Organization*, 2008, p. 274; G. FERRARINI, *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari*, in AA. VV., a cura di Assonime, *I controlli societari. Molte regole nessun sistema*, Milano, 2009, p. 51 ss.; P. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Rivista di Diritto Societario*, in corso di pubblicazione. In tale recente opera l'A. esorta affinché "non si dimentichino insomma i fondamentali della responsabilità civile: che lo spettro della responsabilità oggettiva non riprenda ad aggirarsi per l'Europa".

## STUDI E OPINIONI

*amministrazione rispetto alla concentrazione del potere degli organi delegati e nello stesso tempo di evitare il rischio di coinvolgere indebitamente i non delegati in responsabilità per gestione diretta, che invece devono continuare a spettare soltanto agli organi delegati”<sup>24</sup>.*

Secondo interessante aspetto, già indicato in precedenza, è rappresentato dal dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione<sup>25</sup>. Tale dovere era previsto dal previgente art. 2392, 2° comma, c.c.

Lo spunto per una riflessione è offerto dalle parole di quella dottrina che sosteneva come “*il dovere posto a carico degli amministratori «passivi» di vigilare, e conseguentemente di intervenire, sul generale andamento della gestione societaria risponda ad una esigenza di tutela di tutti i soggetti che, trovandosi in rapporto con la società, possono subire un danno dai comportamenti degli amministratori «attivi» contrari ai loro obblighi*”<sup>26</sup>. Queste parole non devono trarre in inganno. Infatti, l’obbligo di vigilanza non rappresentava, e non rappresenta, un ‘doppione’ di quello previsto, dai previgenti artt. 2403 e 2407 c.c., per i sindaci poiché il contenuto e le modalità di esercizio erano, e sono tutt’ora, profondamente diversi. La *ratio* di questo obbligo specifico era quella di garantire che la gestione della società oltre che corretta fosse anche rivolta all’interesse sociale. In questo modo, si riteneva sarebbero stati meglio tutelati non solo i singoli soci, ma anche i creditori sociali<sup>27</sup>.

Come accennato in precedenza, la dottrina si era interrogata sull’estensione del dovere di vigilanza e, in particolare, sulla natura individuale o collettiva di tale obbligo<sup>28</sup>. Secondo una parte, essendo il metodo collegiale principio fondamentale all’interno della società per azioni anche il dovere di vigilanza avrebbe dovuto rispondere a tale criterio. Così, il singolo amministratore non avrebbe potuto vigilare

---

<sup>24</sup> Così P. MONTALENTI, *Consiglio di amministrazione e organi delegati*, cit., p. 900.

<sup>25</sup> Sul tema F. CAMILLETTI, *Brevi note sull’obbligo di vigilanza*, cit., p. 155 ss.; R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, p. 193 ss.; F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, p. 51 ss.

<sup>26</sup> Testualmente C. DI NANNI, *Il dovere di vigilanza degli amministratori di s.p.a.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, II, p. 393.

<sup>27</sup> Cfr. F. CAMILLETTI, *op. ult. cit.*, p. 155.

<sup>28</sup> Si v., *ex multis*, C. DI NANNI, *Il dovere di vigilanza degli amministratori di s.p.a.*, cit., p. 400; A. BORGIOLO, *L’amministrazione delegata*, cit., p. 323; F. DEVESCOVI, *Controllo degli amministratori sull’attività degli organi delegati*, in *Riv. soc.*, 1981, p. 87; F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 53 ss. Per un’analisi recente della situazione ante riforma L. CALVOSA, *Sui poteri individuali dell’amministratore nel consiglio di amministrazione di società per azioni*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, AA.VV., Torino, 2010, p. 364 ss.; F. BARACHINI, *La gestione delegata nelle società per azioni*, Torino, 2008, p. 42 ss.

## STUDI E OPINIONI

sull'andamento della gestione al di fuori delle sedute del consiglio di amministrazione e, pertanto, soltanto in sede consiliare avrebbe potuto richiedere informazioni o ispezioni. Si sosteneva che “*pur essendo vero che l'istruttoria occorrente all'esercizio della vigilanza sul generale andamento della gestione è un diritto individuale di ogni amministratore, resta però che è nel consiglio che tale istruttoria deve svolgersi*”<sup>29</sup>. In sostanza, l'amministratore avrebbe avuto diritto all'istruttoria, ma non l'avrebbe potuta svolgere individualmente, poiché soggetto al vincolo della collegialità<sup>30</sup>.

Altra parte, argomentava che il dovere di vigilanza non richiedendo il compimento di atti giuridicamente vincolanti, ma tutt'al più la richiesta di informazioni e la presa visione di atti e documenti, rappresentava un obbligo individuale<sup>31</sup>. A sostegno di tale tesi si richiamava il principio della collegialità consiliare. La dottrina affermava, infatti, che la ragion d'essere della collegialità risiedesse nella necessità di salvaguardare la coerenza dell'amministrazione sociale in modo da evitare una gestione entropica ed inefficiente<sup>32</sup>. Dunque, non ricorrendo tale esigenza si riteneva che gli amministratori potessero esercitare individualmente il dovere di vigilanza. Tale soluzione conduceva a due conseguenze: la prima portava alla non delegabilità dell'obbligo in parola; la seconda determinava l'esercizio di un potere-dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione anche in capo ai delegati poiché si trattava di una competenza personale attribuita a tutti gli amministratori. Tale soluzione determinava una precisa conseguenza: ciascun amministratore si sarebbe visto attribuire una serie di poteri individuali<sup>33</sup>. In particolare, si riconoscevano il potere di ispezione ed il potere di informazione. Il primo consentiva l'accesso alla documentazione sociale. Il secondo consentiva l'assunzione di dati e notizie riguardanti l'andamento della gestione. Si segnala, infine, che la dottrina non era concorde sull'individuazione dei confini di tali poteri e sulle modalità di esercizio degli stessi<sup>34</sup>.

Ulteriore quesito era rappresentato dalla natura sintetica o analitica del dovere di vigilanza. In molti sostenevano la natura sintetica dell'obbligo sulla base della considerazione che la vigilanza riguardasse non singoli atti, ma, appunto, il generale

---

<sup>29</sup> Così S. SCOTTI CAMUZZI, *I poteri di controllo degli amministratori di minoranza (membro del comitato esecutivo con voto consultivo?)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 788. *Contra* P. ABBADESSA, in *I poteri di controllo degli amministratori di minoranza*, cit., p. 816.

<sup>30</sup> In questi termini L. CALVOSA, *op. ult. cit.*, p. 364.

<sup>31</sup> F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 53 ss.; C. DI NANNI, *Il dovere di vigilanza degli amministratori di s.p.a.*, cit., p. 400.

<sup>32</sup> F. CAMILLETTI, *Brevi note sull'obbligo di vigilanza*, cit., p. 159.

<sup>33</sup> Nel senso del riconoscimento di tali poteri O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni*, p. 100; A. BORGIOLO, *op. ult. cit.*, p. 266.

<sup>34</sup> Cfr. O. CAGNASSO, *op. ult. cit.*, p. 100.

## STUDI E OPINIONI

andamento della gestione<sup>35</sup>. Perciò si affermava che gli amministratori non potessero esercitare un controllo analitico e, quindi, chiedere il rendiconto di ogni singola operazione, ma dovessero limitarsi a verificare che la gestione fosse orientata al conseguimento dell'interesse sociale<sup>36</sup>.

Tuttavia, tale orientamento dottrinale era stato oggetto di critiche severe non solo perché ammetteva una deroga significativa nel caso in cui l'atto compiuto fosse stato di notevole rilevanza<sup>37</sup>, ma anche e soprattutto perché il previgente art. 2392 c.c. nello stabilire la vigilanza sul «generale» andamento della gestione sembrava riferirsi all'intera gestione societaria e non ad una supervisione «generica»<sup>38</sup>. Inoltre, si affermava che la valutazione del contenuto del dovere di vigilanza dovesse basarsi non su formule astratte, ma sulle concrete situazioni in cui si sarebbe trovato ad operare l'amministratore. Pertanto, si sosteneva che di fronte ad elementi che avessero fatto emergere sospetti sulla non corretta gestione della società gli amministratori avrebbero dovuto esercitare una vigilanza analitica su ogni singolo atto gestorio<sup>39</sup>. Si concludeva, quindi, che *“più correttamente si deve ritenere che il potere di vigilanza dei singoli amministratori si estenda agli atti che abbiano rilevanza significativa sulle sorti dell'azienda, essendo tale potere-dovere l'espressione del particolare atteggiarsi, nelle circostanze concrete, del dovere di amministrare con diligenza”*<sup>40</sup>.

Infine, sorgevano interrogativi sul dovere di intervento stabilito dal secondo comma del previgente art. 2392 c.c. Infatti, la norma enunciava la responsabilità solidale degli amministratori che *“essendo a conoscenza di atti pregiudizievole, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose”*.

---

<sup>35</sup> F. DEVESCOVI, *Controllo degli amministratori sull'attività degli organi delegati*, cit., p. 97; A. BORGIOI, *La responsabilità solidale degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 1088; R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, cit., p. 195.

<sup>36</sup> C. DI NANNI, *Il dovere di vigilanza degli amministratori di s.p.a.*, cit., p. 397; O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni*, cit., p. 96.

<sup>37</sup> In dottrina si ammetteva la deroga nel caso in cui il singolo atto fosse così rilevante da poter compromettere l'esistenza stessa della società. Si veda R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, cit., p. 95.

<sup>38</sup> Cfr. F. CAMILLETI, *Brevi note sull'obbligo di vigilanza*, cit., p. 161.

<sup>39</sup> Cfr. F. CAMILLETI, *op. ult. cit.*, p. 162. Interessante la posizione assunta da P. MONTALENTI, *op. ult. cit.*, p. 899, che sostiene che *“la vigilanza ha un carattere generale; si tratta quindi di vigilanza sintetica e non su singoli atti, laddove però connotati di «singolarità» assume invece il potere-dovere di intervento”*.

<sup>40</sup> Testualmente A. GAMBINO, *Sui poteri individuali*, cit., p. 643.

## STUDI E OPINIONI

Innanzitutto, il dovere di intervento non era considerato diretta conseguenza dell'obbligo di vigilanza<sup>41</sup>. Pertanto, sarebbe scattato l'obbligo di intervento in capo agli amministratori indipendentemente dalla modalità con cui fossero venuti a conoscenza degli atti pregiudizievoli<sup>42</sup>. Inoltre, parte della dottrina riteneva che il dovere in parola richiedesse l'esercizio collegiale rappresentando, in tal modo, un atto di amministrazione attiva<sup>43</sup>. Ne derivava che il singolo amministratore una volta venuto a conoscenza di atti pregiudizievoli non avrebbe dovuto intervenire direttamente limitandosi a convocare il consiglio<sup>44</sup> per decidere l'eventuale intervento e le conseguenti modalità<sup>45</sup>. Nel caso in cui il *plenum* avesse deciso di non intervenire l'amministratore avrebbe potuto far constare il proprio dissenso nel libro delle adunanze ed esercitando il diritto di dissociazione<sup>46</sup>.

In conclusione, si ritiene opportuno precisare due elementi essenziali che nella vigenza del precedente regime permettevano di delineare l'eventuale responsabilità degli amministratori. In primo luogo, la dottrina prevalente sosteneva che la responsabilità degli amministratori fosse per colpa<sup>47</sup>. Pertanto, "*ciascun amministratore era personalmente responsabile in ragione del fatto di aver direttamente partecipato all'atto che aveva cagionato il danno o di non aver fatto quanto poteva per impedirne il compimento o per eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose*"<sup>48</sup>. In secondo

---

<sup>41</sup> F. DEVESCOVI, *Controllo degli amministratori sull'attività degli organi delegati*, cit., p. 97 ss.; F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 53. *Contra* V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979, p. 231.

<sup>42</sup> F. CAMILLETTI, *op. ult. cit.*, p. 164 sostiene che l'obbligo di intervento sussiste a prescindere da come gli amministratori siano venuti a conoscenza degli atti pregiudizievoli "*sia che abbiano tratto la conoscenza del pregiudizio per la società dall'esercizio della vigilanza sia che l'abbiano tratta aliunde*".

<sup>43</sup> Cfr. F. CAMILLETTI, *op. ult. cit.*, p. 164; F. DEVESCOVI, *Controllo degli amministratori sull'attività degli organi delegati*, cit., p. 98 ss.; O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni*, cit., p. 93.

<sup>44</sup> Si trattava di un'obbligazione di mezzi e non di risultato. In particolare, di un *facere*.

<sup>45</sup> G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 442.

<sup>46</sup> F. DEVESCOVI, *Controllo degli amministratori sull'attività degli organi delegati*, cit., p. 103.

<sup>47</sup> F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 111 ss.; G. FERRI, *La responsabilità*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1987, p. 710; F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, Padova, 2003, p. 279.

<sup>48</sup> Testualmente A. DE NICOLA, *Commento sub Art. 2392 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2005, p. 552. Inoltre, l'A. sottolinea come nel secondo caso l'amministratore sarebbe stato responsabile per *culpa in*

## STUDI E OPINIONI

luogo, il conferimento della delega non esonerava da responsabilità gli amministratori non esecutivi che erano considerati colpevoli in via solidale con gli amministratori delegati, per *culpa in vigilando*, qualora fosse stato riconosciuto il nesso di causalità tra l'omessa vigilanza e il danno cagionato dagli *executives*. Pertanto, in caso di responsabilità solidale il creditore avrebbe potuto agire direttamente nei confronti dei co-obbligati, ferma restando l'azione di regresso tra i singoli co-obbligati con l'individuazione dei differenti profili di colpa<sup>49</sup>. In dottrina si riteneva che l'unico modo attraverso cui graduare le diverse responsabilità fosse il ricorso alla c.d. «delega tipica», ossia la delega conferita dai soci tramite l'atto costitutivo o attraverso delibera assembleare. Non si riteneva sufficiente la delega interna o «atipica» che consentiva la semplice ripartizione interna di funzioni tra i membri del consiglio di amministrazione<sup>50</sup>.

### 3.1 Agire informato e dovere di vigilanza

Dopo aver analizzato il panorama normativo *pre-riforma* occorre esaminare le novità salienti introdotte dal legislatore. In particolare, il rapporto intercorrente tra diritto-dovere di informazione, spettante a ciascun amministratore, e la funzione di vigilanza.

Lo spunto da cui partire è offerto dall'eliminazione del generale obbligo di vigilanza, espresso dal previgente art. 2392, 2° comma, c.c.<sup>51</sup> e sostituito dal richiamo contenuto all'interno dell'art. 2381 c.c.<sup>52</sup>. Tale disposizione, profondamente modificata dalla riforma, descrive in modo analitico, al 3° e 5° comma, i rapporti tra amministratori deleganti e amministratori esecutivi delineando le rispettive competenze. Dall'attenta lettura della norma e, in particolare, del terzo comma emergono due precisi doveri

---

*vigilando*, ossia per non avere adempiuto al generale dovere di vigilanza sull'andamento della gestione.

<sup>49</sup> A. DE NICOLA, Commento sub Art. 2392 c.c., cit., p. 553.

<sup>50</sup> Cfr. F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 118 ss.; P. ABADESSA, *La gestione dell'impresa nelle s.p.a. Profili organizzativi*, Milano, 1975, p. 100 ss.; A. BORGIOI, *I direttori generale di s.p.a.*, Milano, 1975, p. 189 ss.

<sup>51</sup> Si può dire che uno degli intenti della riforma del 2003 sia stato quello di eliminare dall'art. 2392 c.c. la responsabilità per omessa vigilanza. In particolare, si veda Cass. penale, 4 maggio-19 giugno 2007, n. 23838, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 369 ss., con nota di R. SACCHI, *Amministratori deleganti*, cit., p. 380 ss. *Contra* F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. : dopo la riforma delle società*, cit., p. 159, che lamenta l'eliminazione dell'obbligo di vigilanza.

<sup>52</sup> Si fa riferimento al 3° comma dell'art. 2381 c.c. che enuncia che il consiglio di amministrazione “*valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione*”.

## STUDI E OPINIONI

ascrivibili agli amministratori non esecutivi<sup>53</sup> che, tuttavia, non esauriscono il loro potere-dovere di vigilanza<sup>54</sup>. E' sicuramente vero che uno dei principali intenti del legislatore sia stato quello di evitare indebite estensioni della responsabilità solidale che “*soprattutto nell'esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, finiva per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva, allontanando le persone più consapevoli dall'accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili*”<sup>55</sup>. Ciononostante, si può affermare che il potere-dovere di vigilanza sia più ampio. In primo luogo, perché il consiglio deve valutare l'andamento della gestione e, qualora la relazione sia incompleta, non veritiera o eccessivamente sintetica, sarà tenuto a richiedere un supplemento di informativa<sup>56</sup> al fine di adempiere correttamente all'obbligo stabilito dall'art. 2381, 6° comma, c.c., ossia agire in modo informato. In secondo luogo, perché sulla base delle informazioni ricevute, valuta l'adeguatezza degli assetti. Pertanto, il consiglio sarà tenuto a richiedere ulteriori informazioni nel caso in cui queste siano insufficienti e dovrà, inoltre, appurare che le caratteristiche dei modelli organizzativi e le verifiche sulla loro adeguatezza siano comunicate. Fermo restando che, in entrambi i casi, non sarà consentito agli amministratori il compimento di atti di ispezione individuali, potendo al massimo proporli e deliberarli nel corso delle sedute consiliari<sup>57</sup>.

In base a quanto, appena, sostenuto emerge che il dovere di intervento facente capo agli amministratori non esecutivi e precedentemente previsto dal dovere di vigilare sul generale andamento della gestione, discende, oggi, dal combinato disposto degli artt. 2381, 6° comma, e 2392, 2° comma, c.c.

---

<sup>53</sup> Il primo dovere consiste nel valutare sulla base delle informazioni ricevute l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società. Il secondo nel valutare, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione.

<sup>54</sup> In questo senso P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, vol. IV, t. 1, Padova, 2010, p. 626.

<sup>55</sup> Così, la Relazione alla riforma n.6.III.4.

<sup>56</sup> Sul tema si veda il Codice di autodisciplina (p. 11) in sede di commento all'art. 1 “*Ruolo del consiglio di amministrazione*”. La dottrina nord-americana, al riguardo, fa riferimento al dovere di indagine (*duty of inquiry*) che consiste nell'adottare ogni misura ragionevole al fine di controllare l'attendibilità delle informazioni acquisite, che diano adito a preoccupazioni (così M.A. EISENBERG, *Obblighi e responsabilità degli amministratori*, cit., p. 620).

<sup>57</sup> Cfr. P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, in COTTINO (diretto da), cit., p. 627; C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 692 ss.

## STUDI E OPINIONI

In sostanza, l'attività di vigilanza degli amministratori deleganti sui delegati è caratterizzata dalla presenza di un sistema organico di flussi informativi endosocietari<sup>58</sup> e si esercita:

- a) sulla base della valutazione della relazione sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione;
- b) tramite la verifica sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e l'esame dei piani strategici;
- c) assumendo informazioni in base alle specifiche funzioni svolte all'interno del consiglio di amministrazione<sup>59</sup>;
- d) sulla base di obblighi di informativa per le operazioni in conflitto di interessi e con parti correlate (*ex* artt. 2391 e 2391-*bis* c.c.);
- e) in sede di redazione del bilancio.

In base al quadro appena delineato, si può ritenere che uno degli obiettivi fondamentali della riforma sia stato quello di limitare l'area, in precedenza troppo ampia, della responsabilità degli amministratori non esecutivi che, pertanto, si configura sempre più come responsabilità per mancato rispetto di procedure predeterminate, piuttosto che in termini di responsabilità "sostanzialmente oggettiva" per *culpa in vigilando*. Il legislatore ha cercato di raggiungere tale delicato obiettivo attraverso una specifica ripartizione di competenze e responsabilità all'interno del consiglio di amministrazione. In questo senso, si può dire che il sistema attuale è orientato nella direzione dell'attenuazione della responsabilità degli amministratori non delegati, a patto che questi osservino determinati doveri di controllo<sup>60</sup>. Conseguentemente le responsabilità degli amministratori esecutivi risulteranno maggiori, ma, a ben vedere, in linea con il ruolo ricoperto, i poteri ed il livello retributivo.

Tuttavia, parte della dottrina si pone interrogativi circa le concrete possibilità che le opzioni individuate dal legislatore siano in grado di conseguire gli obiettivi prefissati<sup>61</sup>. I dubbi nascono in riferimento ad alcune e significative disposizioni

---

<sup>58</sup> Lo studio Assonime 6/2011, cit., p. 37, afferma che "il monitoring (o controllo di governo) viene reso attuabile attraverso la messa in funzione di costanti flussi informativi tra organo di governo e delegati, che con una certa periodicità, riferiscono all'organo gestorio sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo".

<sup>59</sup> Si pensi ai comitati consultivi interni al consiglio di amministrazione previsti dal Codice di autodisciplina all'art. 4 o all'organismo di vigilanza previsto *ex* d.lgs. 231/2001.

<sup>60</sup> In dottrina si parla di "procedimentalizzazione" dei doveri di controllo. Si vedano G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005, p. 195; P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina*, cit., p. 500, nota 30.

<sup>61</sup> F. BARACHINI, *op. ult. cit.*, p. 150.

## STUDI E OPINIONI

introdotta dalla riforma. In particolare, si pensi all'art. 2381, 6° comma, c.c. che non solo stabilisce il dovere di agire informato<sup>62</sup>, ma sancisce anche un diritto individuale di informazione. E' vero che questa disposizione incide profondamente sul comportamento degli amministratori non esecutivi, escludendo o, quanto meno, limitando le condotte inerti e passive<sup>63</sup>. Infatti, saranno tenuti a valutare la completezza dell'informazione ricevuta e ad attivarsi di fronte ad eventuali lacune conoscitive in modo da poterle colmare o al fine di ottenere notizie e informazioni ulteriori<sup>64</sup>. Ma proprio sulla base di queste considerazioni parte della dottrina sostiene che i poteri di informazione spettanti ai consiglieri possono frustrare le finalità perseguite dal legislatore<sup>65</sup>. In sostanza, vi sarebbe il rischio di eterogenesi dei fini, ossia favorire la possibilità che gli amministratori deleganti possano essere considerati responsabili per l'operato dei delegati in ragione del fatto che si siano limitati a compiere l'attività di vigilanza senza verificare la concreta attendibilità delle informazioni ricevute e senza richiederne ulteriori<sup>66</sup>. Proprio perché si pone tale rischio parte della dottrina ha puntato il dito contro quella tesi che, nella vigenza del sistema normativo precedente, aveva negato

---

<sup>62</sup> Alcuni autori ritenevano che già *ante* riforma si potesse considerare tale dovere ricompreso nel dovere di diligenza. Si vedano P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società - Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, II, Milanofiori Assago (Mi), 2006, p. 844; M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, cit., p. 247; G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 183.

<sup>63</sup> La norma in discorso, secondo autorevoli autori, consentirebbe di limitare gli atteggiamenti inerti degli amministratori. Si vedano P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali*, cit., p. 851; O. CAGNASSO, *Brevi note in tema di potere gestorio nelle società di capitali*, in *Società*, 2003, p. 803; P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina*, cit., p. 507.

<sup>64</sup> In via di principio si ritiene che l'amministratore possa fare affidamento sulle informazioni ricevute. Si veda P. MONTALENTI, *La società quotata*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, IV, 2, Padova, 2004, p. 197-198, in cui l'A. richiama i *Principles of corporate governance* dell'*American Law Institute* precisando che "più in generale si stabilisce (...) una presunzione di «affidabilità» dell'operato dei delegati e fissa, dunque, un obbligo di richiedere informazioni ulteriori soltanto qualora particolari circostanze facciano insorgere ragionevoli dubbi nei delegati". In questo senso, C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, cit., p. 692 ss.

<sup>65</sup> F. BARACHINI, *op. ult. cit.*, p. 153.

<sup>66</sup> F. BARACHINI, *op. ult. cit.*, p. 154, sottolinea il pericolo di un di un surrettizio e tutt'altro che modesto ampliamento delle responsabilità dei deleganti dati i consistenti limiti che caratterizzano il diritto di informazione.

## STUDI E OPINIONI

L'attribuzione di poteri individuali ai singoli amministratori<sup>67</sup> o, comunque, li aveva relegati alla sede consiliare e, adesso, contro una lettura eccessivamente restrittiva dell'ultimo comma dell'art. 2381 c.c.<sup>68</sup>. Pertanto, considera non corretto limitare del tutto il potere informativo individuale degli amministratori escludendo, così, che possano acquisire informazioni in modo autonomo ed al di fuori delle riunioni del consiglio<sup>69</sup>. La stessa dottrina ritiene che la *ratio* della norma non sia quella di limitare il diritto di informazione del singolo amministratore, ma quella di condizionare l'esercizio del dovere di informazione degli amministratori esecutivi, in particolare, definendo le modalità con cui devono comunicare le informazioni richieste. Sulla base di questo ragionamento ritiene che la seconda parte dell'art. 2381, 6° comma, c.c. rappresenti un vero e proprio *limite* per i delegati, ma non per i deleganti. In altre parole, il legislatore avrebbe stabilito dei criteri per i delegati tramite cui fornire le informazioni, e non il "sentiero" attraverso cui i deleganti possono acquisire informazioni. Ne deriva che l'intento della norma sarebbe solo quello di impedire la diffusione di informazioni al di fuori delle riunioni del consiglio, poiché si ritiene che questa sia la sede in cui deve avvenire la circolazione e l'attenta valutazione dei flussi informativi<sup>70</sup>. In ragione di tale lettura, parte della dottrina giunge ad affermare che il diritto individuale di informazione "può essere esercitato autonomamente in tutti i casi in cui ciò non comporti l'insorgere di un corrispondente dovere di informazione dei delegati"<sup>71</sup>. Questa conclusione porterebbe a legittimare non solo l'acquisizione diretta, da parte dei singoli componenti del consiglio di amministrazione, di informazioni, dati e documenti inerenti alla gestione societaria, ma anche ispezioni e atti di controllo individuali<sup>72</sup>. Occorre dire,

---

<sup>67</sup> In tal senso A. BORGIOLO, *L'amministrazione delegata*, cit., p. 323; F. DEVESSOVI, *Controllo degli amministratori sull'attività degli organi delegati*, cit., p. 87.

<sup>68</sup> Critico verso tale lettura sostenendo un'eccessiva compressione delle funzioni di controllo dei deleganti P. ABBADESSA, *Assemblea, amministrazione e controlli*, in AA.VV., *Parere dei componenti del collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in diritto commerciale interno ed internazionale*, Università Cattolica di Milano, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1472.

<sup>69</sup> Così F. BARACHINI, *op. ult. cit.*, p. 154.

<sup>70</sup> In tal senso F. BARACHINI, *op. ult. cit.*, p. 155-156, che sostiene come tale lettura della norma possa ritenersi coerente "non solo ove si consideri che è appunto nell'ambito della seduta collegiale che gli amministratori delegati sono in grado di offrire una corretta e tempestiva informazione a tutti i componenti del consiglio, evitando così inopportune asimmetrie informative; ma anche tenuto conto del fatto che è nella stessa seduta consiliare che i delegati si trovano nella condizione di poter contestualmente assolvere ai propri doveri di informazione nei confronti dell'organo di controllo".

<sup>71</sup> Testualmente F. BARACHINI, *op. ult. cit.*, p. 157. Per un'analisi più approfondita sul tema della individualità o collegialità dei poteri di vigilanza si rinvia *infra*, paragrafo 3.1.

<sup>72</sup> G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2*, cit., p. 367; V. SALAFIA, *Gli amministratori senza deleghe fra vecchio e nuovo e diritto societario*, cit., p. 292; V. GIORGI, *Libertà di*

## STUDI E OPINIONI

tuttavia, che tale interpretazione non trova consenso nella maggior parte della dottrina che anzi la esclude in termini categorici<sup>73</sup>.

Gli autori che, sulla base delle modifiche introdotte dal legislatore, rilevano il rischio di un ampliamento della responsabilità dei deleganti sostengono che esso dipenderebbe anche dalla posizione di reale debolezza del consiglio rispetto agli organi delegati per quel che concerne la circolazione dei flussi informativi. Infatti, sostengono che il consiglio non dispone di alcuno strumento per poter reagire ad eventuali comportamenti inerti o reticenti da parte dei delegati se non la loro revoca<sup>74</sup>. Tale rilievo unito a quello che sottolinea gli ampi poteri dell'organo delegato in ordine alla selezione delle informazioni e alle modalità di comunicazione delle stesse conduce una parte della dottrina a sostenere che "l'opzione legislativa a favore di una "procedimentalizzazione" dei doveri di controllo degli amministratori privi di delega potrebbe non essere sufficiente ad evitare un automatico e generalizzato coinvolgimento degli stessi deleganti nelle responsabilità gestorie gravanti sugli organi delegati"<sup>75</sup>.

In chiusura, si può dire che i rilievi emersi nel corso di quest'analisi hanno messo in luce vari punti che la dottrina dovrà chiarire<sup>76</sup>, tuttavia le conclusioni che si traggono sono, nel complesso, positive<sup>77</sup>. Infatti, il dovere di agire informato conduce ad una maggiore collaborazione intraorganica in linea con la tendenza avviata nell'ultimo decennio, che ha visto attribuire al consiglio di amministrazione il ruolo di indiscusso protagonista della funzione di vigilanza<sup>78</sup>.

Infine, si rileva un'ultima questione. Parte della dottrina si è posta un interessante interrogativo, ossia se l'obbligo di agire informati previsto dall'art. 2381, ultimo comma, c.c. equivalga al generale dovere di vigilanza previsto ante riforma dall'art. 2392, 2° comma, c.c.

Secondo alcuni autori la risposta è positiva, ritenendo che il potere-dovere di vigilanza spetta, ancora, agli amministratori deleganti sulla base di quanto stabilito dal

---

*informazione e dovere di riservatezza degli amministratori nei gruppi di società*, Torino, 2005, p. 61 ss.; F. BARACHINI, *op. ult. cit.*, p. 157.

<sup>73</sup> In tal senso si vedano P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, in COTTINO (diretto da), cit., p. 627; ID., *Commento sub Art. 2381 c.c.*, cit., p. 682; M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, cit., p. 250; L. NAZZICONE, *Commento sub Art. 2381 c.c.*, cit., p. 36.

<sup>74</sup> Cfr. G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 345.

<sup>75</sup> Così F. BARACHINI, *op. ult. cit.*, p. 160; *contra* A. ZANARDO, *Delega di funzioni*, cit., p. 104.

<sup>76</sup> Si pensi, in particolare, alle difficoltà che sorgono riguardo alla determinazione dell'adeguatezza ed esaustività dell'informazione dovuta e connesse all'individuazione della soglia al di sotto della quale scatta l'obbligo per gli amministratori di richiedere informazioni ulteriori.

<sup>77</sup> Si veda A. ZANARDO, *Delega di funzioni*, cit., p. 113.

<sup>78</sup> Cfr. P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, in COTTINO (diretto da), cit., p. 629.

## STUDI E OPINIONI

3° comma dell'art. 2381 c.c. Infatti, se il consiglio può impartire direttive ai delegati e avocare a sé il compimento di operazioni rientranti nella delega ed il singolo consigliere può valutare la gestione della società, allora l'esercizio di tali poteri comporta un obbligo allorquando consenta di impedire il compimento di atti dannosi per la società<sup>79</sup>.

Altra parte della dottrina esclude queste conclusioni, ritenendo che il dovere di agire informato sia funzionale e vada assolto dagli amministratori “*ogni qual volta la legge o lo statuto prevedano un diverso e particolare dovere per l'adempimento del quale è necessario e doveroso attivarsi. Il generale dovere di vigilanza prescindeva, al contrario, da qualsiasi altro dovere previsto dalla legge o imposto dallo statuto in capo agli amministratori*”<sup>80</sup>.

In estrema sintesi, dopo aver indicato l'insieme dei doveri che gravano sugli amministratori non esecutivi, si può concludere affermando che gli obblighi di vigilanza non dovrebbero risultare nel complesso inferiori rispetto al generale dovere di vigilanza enunciato dal previgente art. 2392 c.c.<sup>81</sup>.

### 3.2 (segue) Il carattere della vigilanza

Nel paragrafo precedente si è, più volte, fatto cenno ad una questione di grande rilevanza, ossia al carattere individuale o collegiale della vigilanza. Questo stimolante interrogativo, che si protrae da lungo tempo in dottrina, merita una riflessione.

Secondo parte della dottrina la vigilanza avrebbe carattere individuale, ritenendo una diversa impostazione profondamente incompatibile con il dovere di vigilanza<sup>82</sup>. Gli autori che sostengono tale tesi affermano che, ad esempio, di fronte all'irregolare tenuta delle scritture contabili gli amministratori deleganti sarebbero ritenuti solidalmente e personalmente responsabili e non potrebbero difendersi affermando di non avere “*le chiavi di casa*”<sup>83</sup>, ossia la possibilità di procedere ad ispezioni o di richiedere informazioni direttamente a dirigenti e/o dipendenti. Motivo per cui considerano incongruo, oltre che ingiusto, rimettere la decisione di intervenire in capo al consiglio, il quale presumibilmente interverrà quando sarà troppo tardi per porre rimedio alla situazione<sup>84</sup>. Pertanto, occorre che ciascun amministratore mantenga un nucleo minimo

---

<sup>79</sup> L. NAZZICONE, Commento sub Art. 2392 c.c., cit., p. 189; G.F. CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2004, p. 122.

<sup>80</sup> A. DE NICOLA, Commento sub Art. 2392 c.c., cit., p. 567, il quale rinvia a F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. : dopo la riforma delle società*, cit., p. 52; L. PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Società*, 2002, p. 1478.

<sup>81</sup> In questi termini M. SPIOTTA, Commento sub Art. 2392 c.c., cit., p. 780.

<sup>82</sup> V. GIORGI, *op. ult. cit.*, p. 63.

<sup>83</sup> Così V. GIORGI, *op. ult. cit.*, p. 61 ss.

<sup>84</sup> Cfr. V. GIORGI, *op. ult. cit.*, p. 64.

## STUDI E OPINIONI

di poteri anche al di fuori del collegio. La dottrina evidenzia tale aspetto perché ritiene che, in questo modo, si valorizzi l'autonomia del dovere di agire in modo informato (espressione del carattere individuale della vigilanza) rispetto al diritto di chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società (espressione della collegialità)<sup>85</sup>.

Inoltre, emerge dall'analisi dottrinale che il controllo generale sull'attività e quello sui singoli atti, indipendentemente da come siano stati conosciuti, si integrano e rafforzano a vicenda consentendo un corretto adempimento del dovere di vigilanza. Ne deriva che, l'obbligo di fare *“quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose”*<sup>86</sup> rappresenta il riflesso della vigilanza sul generale andamento della gestione e, oggi, dell'agire in modo informato<sup>87</sup>.

Da ultimo si segnala che gli autori a favore del carattere individuale della vigilanza argomentano che se l'amministratore fosse tenuto ad agire solo sulla base delle informazioni ricevute in sede consiliare, non solo si avrebbe un'interpretazione in contrasto con l'art. 2392, 2° comma, c.c.<sup>88</sup>, ma lo si svuoterebbe di ogni contenuto essendo poco probabile che gli amministratori in consiglio divulgino dettagliate informazioni riguardo al fatto pregiudizievole<sup>89</sup>.

In ragione di queste considerazioni e del combinato disposto degli artt. 2381 e 2392 c.c. parte della dottrina conclude che, oggi, *“un vigilare collegiale, per deliberazioni collegiali, è difficilmente concepibile”*<sup>90</sup>.

I sostenitori del carattere individuale della vigilanza formulano ancora una considerazione, a sostegno della loro tesi, che riguarda il 3° comma dell'art. 2392 c.c. Tale disposizione enuncia che gli amministratori per essere immuni da colpa devono far annotare senza ritardo il loro dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale. Tuttavia, viene in rilievo come in caso di mancanza di diritti individuali di informazione il singolo amministratore potrà agire solo in forza delle notizie fornite dagli amministratori esecutivi e, quindi, potrà far rilevare il proprio dissenso nei limitati casi di violazione della legge o dell'atto costitutivo risultanti dalla proposta di delibera o dalle informazioni diffuse in consiglio. Conclusione che la dottrina considera riduttiva

---

<sup>85</sup> In questo modo si privilegia la prima parte della disposizione contenuta nell'art. 2381, 6° comma, c.c. rispetto alla seconda. Si veda V. GIORGI, *op. ult. cit.*, p. 64.

<sup>86</sup> Si veda la parte finale dell'art. 2392, 2° comma, c.c.

<sup>87</sup> Si vedano le conclusioni a cui perveniva A. BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, cit., p. 263.

<sup>88</sup> L'art. 2392, 2° comma, c.c., esordisce con *“in ogni caso”*. Pertanto, è la disposizione stessa che sembra far riferimento alla conoscenza dell'atto pregiudizievole in qualsiasi modo acquisita.

<sup>89</sup> V. GIORGI, *op. ult. cit.*, p. 67.

<sup>90</sup> V. GIORGI, *op. ult. cit.*, p. 66.

## STUDI E OPINIONI

poiché in contrasto con la *ratio* della norma che sembra imporre all'amministratore di attivarsi di fronte all'eventuale inerzia del consiglio e di intervenire, qualora la necessità di agire e i poteri del singolo lo permettano, anche indipendentemente dall'organo collegiale, che verrà coinvolto solo successivamente valutando l'operato dell'amministratore nel senso della conferma o revisione della decisione<sup>91</sup>.

La dottrina citata conclude che il legislatore con la disposizione in esame “*ha inteso stabilire che l'amministratore «in ogni caso» adempia ai propri doveri, e soltanto successivamente ha dettato le regole mediante le quali lo stesso potrà esimersi da responsabilità*”<sup>92</sup>.

Secondo altra parte della dottrina, la riforma del diritto societario nell'ampliare i poteri di gestione e controllo del consiglio di amministrazione, inteso come organo collegiale, avrebbe logicamente ridotto i poteri di controllo spettanti a ciascun amministratore<sup>93</sup>. Tale convinzione non si basa sul venir meno dell'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione. In primo luogo, perché tale obbligo seppur formalmente soppresso è, comunque, ancora presente<sup>94</sup>. In secondo luogo, perché l'ampliamento dei poteri di controllo ha conseguentemente rafforzato il consiglio di amministrazione a scapito del singolo consigliere e dei suoi poteri individuali<sup>95</sup>. Secondo la dottrina, il carattere collegiale del dovere di vigilanza discende, in prima battuta, dalla previsione contenuta nel 6° comma dell'art. 2381 c.c. che consente di regolare le richieste individuali di informazioni agli amministratori delegati ed è estensivamente applicata all'esercizio della vigilanza indipendentemente dall'esistenza

---

<sup>91</sup> V. GIORGI, *op. ult. cit.*, p. 68.

<sup>92</sup> Testualmente V. GIORGI, *op. ult. cit.*, p. 69. L'A. precisa che “*la ratio dell'art. 2392 c.c. non è quella – o, almeno, non solo quella – di consentire agli amministratori incolpevoli di esonerarsi da responsabilità, ma di imporre agli stessi, anche nel caso di delega, obblighi e doveri al cui esercizio è pienamente legittimo e doveroso che essi adempiano con cognizione di causa onde impedire che, mutuando un'espressione abusata, l'ufficio di amministratore si trasformi in una lucrosa e «comoda sinecura».* (...) *L'esenzione da responsabilità ha, dunque, nella norma posizione del tutto secondaria*”. Si vedano anche O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, cit., p. 315 ss.; ID., *Gli organi delegati nella società per azioni*, cit., p. 120 ss.

<sup>93</sup> Cfr. U. DE CRESCIENZO, Commento sub Art. 2381, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da Cagnasso e Panzani, vol. IV, Bologna, 2012, p. 103 ss.; L. CALVOSA, *op. ult. cit.*, p. 372 ss.

<sup>94</sup> Si veda Cass. penale, 4 maggio-19 giugno 2007, n. 23838, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 369 ss., con nota di R. SACCHI, *Amministratori deleganti*, cit., p. 380 ss. Secondo l'A. l'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione sarebbe stato sostituito dal dovere di agire informato. *Contra* F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. : dopo la riforma delle società*, cit., p. 159, che lamenta l'eliminazione dell'obbligo di vigilanza.

<sup>95</sup> Cfr. P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali*, cit., p. 837.

## STUDI E OPINIONI

di deleghe amministrative<sup>96</sup>. In forza della sostenuta collegialità, qualora le informazioni dovessero rivelarsi incomplete, l'amministratore potrà chiedere, in consiglio<sup>97</sup>, ulteriori chiarimenti o l'audizione di dirigenti o di dipendenti della società<sup>98</sup>. Nel caso in cui l'esigenza informativa dell'amministratore non venisse soddisfatta allora questo sarà tenuto a manifestare il proprio dissenso *ex art.* 2392, 3° comma, c.c. al fine di esonerarsi da ogni responsabilità<sup>99</sup>. Si afferma, inoltre, che la natura collegiale della vigilanza escluda ogni prerogativa individuale, ossia la possibilità che ciascun consigliere possa acquisire documenti e dati relativi alla gestione sociale in ragione del fatto che la circolazione dei flussi informativi deve operare solo all'interno del consiglio di amministrazione o, al massimo, sulla base di un'iniziativa promossa dallo stesso<sup>100</sup>. Pertanto, il diritto di informazione risulta connesso, e limitato, esclusivamente alle riunioni consiliari nel corso delle quali non sarà consentito agli amministratori il compimento di atti ispettivi o di controllo diretto se non dietro delibera del consiglio di amministrazione<sup>101</sup>. Inoltre, contrariamente a quanto sostenuto finora, si ammette un'eccezione che opera nelle situazioni «patologiche», ossia nell'eventualità che le informazioni fornite siano insufficienti e/o erronee e/o inattendibili<sup>102</sup>. In questi casi sarà consentito derogare al principio della collegialità e, quindi, gli amministratori potranno esercitare poteri individuali. Fermo restando che il potere di intervento sarà esercitato dal collegio in quanto il singolo amministratore non può adottare provvedimenti specifici volti ad impedire il compimento dell'atto dannoso<sup>103</sup>.

La dottrina citata conclude che all'interno di tale contesto i poteri individuali degli amministratori appaiono, come già rilevato, notevolmente ridimensionati a favore

---

<sup>96</sup> L. CALVOSA, *op. ult. cit.*, p. 366.

<sup>97</sup> Si veda G. M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 336 ss.

<sup>98</sup> P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina*, cit., p. 506; P. MONTALENTI, *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Milano, 2005, p. 137.

<sup>99</sup> In questi termini F. DI SABATO, *Diritto delle società*<sup>2</sup>, Milano, 2005, p. 339.

<sup>100</sup> F. BARACHINI, *La gestione delegata*, cit., p. 49; G. FERRI, *Le società*, cit., p. 667; si vedano le interessanti conclusioni di O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, cit., p. 311.

<sup>101</sup> Si veda P. MONTALENTI, *Sistemi di controllo interno e corporate governance*, cit.; A. ZANARDO, *Delega di funzioni*, cit., p. 106, ritiene che tale scelta sia volta ad evitare eccessivi carichi di lavoro in capo a dirigenti e dipendenti con conseguenze potenzialmente dannose sulla regolare gestione. *Contra*, B. LIBONATI, *Noterelle a margine dei nuovi sistemi di amministrazione della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 304.

<sup>102</sup> Cfr. P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina*, cit., p. 504 ss.

<sup>103</sup> Si veda L. CALVOSA, *op. ult. cit.*, p. 367.

## STUDI E OPINIONI

di una maggior collegialità nell'esercizio della funzione di vigilanza<sup>104</sup>. Questa considerazione trova giustificazione sulla base del nuovo assetto normativo che vede il suo punto cardine nella costante dialettica e collaborazione tra delegati e deleganti e nel preciso obbligo stabilito per i primi di fornire un'informativa periodica ai secondi<sup>105</sup>.

In conclusione, al pari di quanto sostenuto da parte della dottrina, sembra corretto ritenere che il legislatore, con il sesto comma dell'art. 2381, abbia voluto introdurre due indicazioni rilevanti. In primo luogo, ha stabilito il momento spazio-temporale all'interno del quale richiedere il supplemento di informativa, ossia la seduta del consiglio di amministrazione. In secondo luogo, emerge che il destinatario dell'informazione sollecitata presso l'organo delegato, non può che essere l'intero consiglio. Infatti, le informazioni ulteriori saranno fornite non al singolo amministratore che ne abbia fatto richiesta, ma al *plunum*, quindi, nel corso di una riunione ordinaria o convocata *ad hoc*<sup>106</sup>. Volendo sintetizzare si può concludere che ove le informazioni dovessero rivelarsi incomplete, superficiali o del tutto assenti, allora e solo allora, scatterebbe l'obbligo in capo all'amministratore di attivarsi al fine di colmare tali carenze conoscitive. In definitiva, risulta come il legislatore non abbia previsto alcun obbligo, in capo ai consiglieri, di controllo sull'operato degli amministratori esecutivi "attraverso ispezioni documentali o attraverso relazioni interpersonali"<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> F. CENTONZE, *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 753, afferma che "è la regola della collegialità che rende necessariamente limitati i poteri di intervento del singolo"; A. ZANARDO, *Delega di funzioni*, cit., p. 108 ss., sostiene che oggi alla luce delle modifiche introdotte dalla riforma "sia più difficile affermare l'esistenza di poteri, in capo ai singoli, ulteriori rispetto a quelli espressamente previsti".

<sup>105</sup> Si veda L. CALVOSA, *op. ult. cit.*, p. 367.

<sup>106</sup> M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, cit., p. 242.

<sup>107</sup> Così F. VASSALLI, *Commento sub Art. 2381 c.c.*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, vol. III, t. 3, Milano, 2005, p. 4041. In tal senso, v., *ex multis*, P. MONTALENTI, *Commento sub Art. 2381 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, I, 2004, p. 682; U. DE CRESCIENZO, *Commento sub Art. 2381*, in *Le nuove s.p.a.*, cit., p. 104; A. ZANARDO, *Delega di funzioni*, cit., p. 106.

## IL CONTRATTO DI APPALTO, DIFFORMITÀ E VIZI E RESPONSABILITÀ DELL'APPALTATORE\*

*L'Autore prende in esame alcuni profili della disciplina dell'appalto, soffermandosi in particolare sulla garanzia legale per le difformità e i vizi, sull'ipotesi di esclusione di quest'ultima in caso di accettazione dell'opera, nonché sui termini di decadenza e prescrizione. Nello scritto si ripercorre inoltre lo spettro dei rimedi a favore del committente: l'azione di esatto adempimento, la riduzione del prezzo, la risoluzione del contratto, ed il risarcimento del danno.*

di VALERIO SANGIOVANNI

### **1. La garanzia legale per le difformità e i vizi**

In apertura è quasi superfluo ricordare che i contratti di appalto rivestono grande importanza pratica, dal momento che la realizzazione di opere nel settore dell'edilizia avviene sulla base di tali tipi di contratto<sup>1</sup>. I contratti di appalto, oltre a essere estremamente diffusi nella prassi, riguardano talvolta costruzioni d'ingente valore economico: di qui una delle cause della facilità di controversie fra le parti. Le

---

\* Il testo riproduce, con l'aggiunta di note, la lezione tenuta il 13 marzo 2012 a Verona, Euroconference.

<sup>1</sup> In materia di contratto di appalto cfr. AA.VV., *Codice dell'appalto privato*, a cura di A. Luminoso, Milano, 2010; AA.VV., *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, a cura di A. Carullo e G. Iudica, Padova, 2009; G. AMORE, *Appalto e claim*, Padova, 2007; C. MASCARELLO, *Il contratto di appalto*, Milano, 2002. V. inoltre, sotto vari profili, I. ANTONINI, *La revisione dei prezzi nel contratto di appalto privato e l'onere delle riserve*, in *Giust. civ.*, 1994, 519 ss.; M. T. CARINCI, *Gli appalti nel settore privato. La distinzione tra appalto e trasferimento d'azienda ed il trattamento dei lavoratori impiegati negli appalti*, in *Dir. merc. lav.*, 2006, I, 425 ss.; F. D'AMBROSIO, *Subappalto privato e mancata autorizzazione del committente*, in *Contr.*, 2009, 297 ss.; G. MUSOLINO, *L'obbligazione di custodia nel contratto di appalto*, in *Riv. trim. app.*, 2010, 493 ss.; S. POLIDARI, *Riflessioni in tema di forma dell'appalto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 695 ss.

# RELAZIONI A CONVEGNI

## APPALTO

obbligazioni derivanti dal contratto di appalto sono identificate dall'art. 1655 c.c. nel "compimento di un'opera" (dovere dell'appaltatore) verso un "corrispettivo in danaro"<sup>2</sup> (dovere del committente) (art. 1655 c.c.).

Il contenzioso in materia di appalto concerne frequentemente l'asserzione del committente che l'opera non è stata eseguita a regola d'arte, ponendosi così un problema di responsabilità civile dell'appaltatore: è di questa tematica che intendiamo occuparci nel presente scritto, dando conto in particolare dei più recenti interventi giurisprudenziali<sup>3</sup>. La responsabilità dell'appaltatore, derivando da contratto, ha natura contrattuale. Il principio è stato confermato di recente dalla Corte di cassazione, laddove ha evidenziato che la garanzia *ex artt.* 1667 e 1668 c.c. costituisce un'applicazione della comune responsabilità per inadempimento o inesatto adempimento, differenziata dall'ordinario regime solo dalle particolari disposizioni attinenti ai termini di contestazione e decadenza<sup>4</sup>.

La responsabilità per le difformità e i vizi dell'opera nel contratto di appalto è sostanzialmente di tipo oggettivo, nel senso che prescinde dalla colpa dell'appaltatore<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> In tema di corrispettivo nel contratto di appalto, la legge prevede che se le parti non hanno determinato la misura del corrispettivo né hanno stabilito il modo di determinarla, essa è calcolata con riferimento alle tariffe esistenti o agli usi; in mancanza, è determinata dal giudice (art. 1657 c.c.). Sul corrispettivo cfr. M. DE TILLA, *Corrispettivo dell'appalto. Determinazione a corpo o a forfait*, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 215 ss. F. GENCHI, *La revisione del corrispettivo nell'appalto di servizio*, in *Nuova rass.*, 2011, 1469 ss.; G. MUSOLINO, *Il corrispettivo nel contratto di appalto. Aspetti di diritto privato, pubblico e internazionale*, in *Riv. trim. app.*, 2009, 817 ss.; T. RUIU, *Il diritto dell'appaltatore al pagamento del corrispettivo per le opere eseguite in variante: la regola delle varianti disposte dal committente e l'eccezione dell'annotazione in contabilità in sede di collaudo*, in *Riv. trim. app.*, 2006, 865 ss.; G. TARANTINO, *Equo compenso e responsabilità dell'appaltatore*, in *Contr.*, 2010, 657 ss.; F. TOSCHI VESPASIANI, *Contratto di appalto e revisione del corrispettivo ex art. 1664 c.c., oltre ad alcune questioni in tema di clausola penale*, in *Resp. civ.*, 2006, 257 ss.

<sup>3</sup> Bisogna peraltro evidenziare che è relativamente ricorrente la previsione di clausole compromissorie nei contratti di appalto, con la conseguenza che le controversie risolte per via arbitrale non giungono alla cognizione dei giudici. Ciò nonostante vi è ampia giurisprudenza in materia di garanzia per le difformità e i vizi nel contratto di appalto.

<sup>4</sup> Cass., 20.1.2010, n. 936, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 187 ss., con nota di C. Spaccapelo, *Anche in materia di appalto spetta all'obbligato provare l'esattezza del proprio adempimento*.

<sup>5</sup> In materia di responsabilità oggettiva cfr., sotto diversi profili, G. BELLI, *La responsabilità oggettiva*, in *Resp. civ.*, 2011, 373 ss.; C. M. BIANCA, *Qualche spunto critico sugli attuali orientamenti (o disorientamenti) in tema di responsabilità oggettiva e di danni da cose*, in *Giust. civ.*, 2010, II, 19 ss.; F. GARATTI, *Responsabilità dell'appaltatore tra responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*, in *Danno resp.*, 2010, 274 ss.; P. MANINETTI, *Responsabilità oggettiva: come e perché*, in *Danno resp.*, 2010, 923 ss.; M. P. SERRA, *La natura oggettiva della responsabilità per danni da cose in custodia: le ragioni di una scelta*, in *Danno resp.*,

# RELAZIONI A CONVEGNI

## APPALTO

Salvo per il caso in cui sia avviata un'azione di risarcimento del danno (cfr. il testo dell'art. 1668, 1° co., c.c., che – per questa ipotesi – richiede espressamente la colpa), la colpa dell'appaltatore non rileva: una volta accertati le difformità e i vizi dell'opera, il costruttore risponde comunque. Questa affermazione deve peraltro essere coordinata con le disposizioni generali in materia di obbligazioni. In particolare, come è noto, il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (art. 1218 c.c.). La disposizione di parte generale sulla responsabilità del debitore si applica anche al contratto di appalto. Ne consegue che l'appaltatore potrà andare esente da responsabilità solo nel caso estremo in cui riesca a dimostrare l'impossibilità della prestazione. Sempre in via generale è lecito allora osservare che l'obbligazione del costruttore è un'obbligazione di risultato (realizzare un'opera a regola d'arte) e non solo di mezzi.

La diligenza con cui è tenuto a operare l'appaltatore è sicuramente di tipo professionale (art. 1176, 2° co., c.c.): essa deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata. L'appaltatore deve pertanto dominare le regole dell'arte delle costruzioni. Sotto questo profilo merita di essere ricordata una sentenza del Tribunale di Piacenza secondo cui l'appaltatore è esonerato da responsabilità soltanto ove dimostri che gli errori del progettista non potevano essere riconosciuti con l'ordinaria diligenza richiesta all'appaltatore stesso, ovvero che – pur essendo gli errori stati prospettati e denunciati al committente – questi ha però imposto l'esecuzione del progetto, ribadendo le istruzioni, posto che in tale eccezionale caso l'appaltatore ha agito come *nudus minister*, a rischio del committente e con degradazione del rapporto a mero lavoro subordinato<sup>6</sup>.

In materia di contratti di appalto, così come del resto si prevede in altri tipi contrattuali<sup>7</sup>, sussiste una forma di garanzia legale: l'appaltatore è tenuto alla garanzia per le difformità e i vizi dell'opera (art. 1667, 1° co., 1° periodo, c.c.)<sup>8</sup>. La legge

---

2009, 751 ss.

<sup>6</sup> Trib. Piacenza, 23.12.2009, in *Contr.*, 2010, 898 ss., con nota di V. Amendolagine, *La responsabilità dell'appaltatore nell'esecuzione dell'opera richiesta dal committente*.

<sup>7</sup> Ad esempio nella compravendita si veda l'art. 1490, 1° co., c.c., per il quale il venditore è tenuto a garantire che la cosa venduta sia immune da vizi che la rendano inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore. Nella locazione, invece, la disposizione rilevante è l'art. 1578, 1° co., c.c., secondo cui, se al momento della consegna la cosa locata è affetta da vizi che ne diminuiscono in modo apprezzabile l'idoneità all'uso pattuito, il conduttore può domandare la risoluzione del contratto o una riduzione del corrispettivo.

<sup>8</sup> Sulla garanzia per le difformità e i vizi nel contratto di appalto cfr. F. CAPPALÀ, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, Milano, 2011; G. MUSOLINO, *La responsabilità civile nell'appalto*, Padova, 2006; A. ZACCARIA, *Commento agli artt. 1667 e 1668*, in *Commentario*

# RELAZIONI A CONVEGNI

## APPALTO

disciplina due fattispecie distinte: le “difformità” e i “vizi”. Con l’espressione di “difformità” ci si riferisce al fatto che sussiste una divergenza fra l’opera che doveva essere realizzata secondo gli accordi intercorsi fra i contraenti e quella che è stata effettivamente realizzata: il contratto di appalto imponeva certe caratteristiche della costruzione, che però – nei fatti - non vengono rispettate (il caso tipico potrebbe essere quello dell’utilizzo di mattonelle per la pavimentazione meno pregiate rispetto a quelle concordate). Con il termine di “vizi”, la legge si riferisce al fatto che l’opera presenta dei difetti rispetto a come avrebbe dovuto essere se fosse stata eseguita a regola d’arte: il criterio per misurare l’esistenza del vizio non è tanto l’accordo dei contraenti quanto piuttosto la regola dell’arte, che impone di realizzare manufatti ben funzionanti (il caso tipico potrebbe essere quello della pavimentazione fatta sì con le mattonelle pregiate che erano state concordate, ma che presenta delle irregolarità, così che il pavimento non è perfettamente piano e – pertanto - inidoneo all’uso).

Le “difformità” e i “vizi” presuppongono che l’opera sia terminata. Secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione, che sul punto può ormai ritenersi costante, la speciale garanzia prevista dagli artt. 1667 e 1668 c.c. trova applicazione solo nell’ipotesi in cui l’opera sia stata completata, ma presenti vizi, difformità o difetti; laddove, nel caso in cui l’appaltatore non abbia portato a termine l’esecuzione dell’opera commissionata, restando inadempiente all’obbligazione assunta con il contratto, la disciplina applicabile nei suoi confronti è quella generale in materia di inadempimento contrattuale, dettata dagli artt. 1453 e 1455 c.c.<sup>9</sup>.

Pur trattandosi di una responsabilità *ex lege*, la garanzia per le difformità e i vizi dell’opera potrebbe essere convenzionalmente esclusa. In assenza di un accordo derogatorio sul punto, la garanzia ovviamente sussiste, ma - in presenza di una

---

*breve al codice civile*, a cura di G. Cian e A. Trabucchi, 12<sup>a</sup> ed., Padova, 2011, 1780 ss. V. inoltre L. DI GIOVANNI, *Responsabilità dell'appaltatore per i difetti dell'opera*, in *Contr.*, 2008, 1124 ss.; A. LEVATO, *La verifica della correttezza del progetto fornito dal committente rientra tra gli obblighi dell'appaltatore*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 2093 ss.; S. MARONI, *Le tendenze evolutive delle decisioni dei giudici sulla responsabilità dell'appaltatore ex art. 1667 c.c.*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1749 ss.; G. MUSOLINO, *Diligenza dell'appaltatore e responsabilità per vizi del suolo*, in *Riv. trim. appalti*, 2007, 426 ss.; L. OLIVA, *La responsabilità dell'appaltatore per i difetti dell'opera*, in *Vita not.*, 2011, 513 ss.; A. RIZZIERI, *Opere di rifacimento di un immobile e natura della responsabilità dell'appaltatore*, in *Resp. civ.*, 2008, 516 ss.

<sup>9</sup> Cass., 24.6.2011, n. 13983. In senso del tutto analogo si era precedentemente espressa Cass., 15.2.2006, n. 3302, secondo cui nel caso in cui l’appaltatore non abbia portato a termine l’esecuzione dell’opera commissionata, restando inadempiente all’obbligazione assunta con il contratto, la disciplina applicabile nei suoi confronti è quella generale in materia di inadempimento contrattuale, dettata dagli artt. 1453 e 1455 c.c., mentre la speciale garanzia prevista dagli artt. 1667 e 1668 c.c. trova applicazione nella diversa ipotesi in cui l’opera sia stata eseguita, ma presenti vizi, difformità o difetti.

# RELAZIONI A CONVEGNI

## APPALTO

pattuizione che la esclude – viene meno. Bisogna però capire quali siano i requisiti di forma che devono essere soddisfatti per escludere la garanzia. Al riguardo si può affermare che la posizione della giurisprudenza è molto liberale, nel senso di far bastare anche i comportamenti concludenti delle parti. In particolare la Corte di cassazione ha deciso che l'esenzione dell'appaltatore dalla responsabilità per i difetti dell'opera, con conseguente assunzione del relativo rischio sul committente, in deroga alla regola generale in base alla quale tale rischio grava sull'appaltatore, non deve derivare necessariamente da un'espressa pattuizione in tal senso, ma può ricavarsi anche, implicitamente o indirettamente, da comportamenti concludenti delle parti contrattuali (nella specie dal fatto che, a fronte della posizione dell'appaltatore chiaramente diretta a rappresentare al committente la non condivisione delle istruzioni da queste impartite, perché contrarie alle regole dell'arte, esse erano state ribadite dal committente, il quale, in virtù della sua esperienza professionale, aveva assunto piena consapevolezza del rischio in tal modo assunto)<sup>10</sup>.

### **2. L'esclusione della garanzia in caso di accettazione dell'opera**

La legge prevede che la garanzia non è dovuta se il committente ha accettato l'opera e le difformità o i vizi erano da lui conosciuti o erano riconoscibili, purché in questo caso non siano stati in mala fede taciuti dall'appaltatore (art. 1667, 1° co., 2° periodo, c.c.). Bisogna pertanto anzitutto capire cosa si intenda con “accettazione” dell'opera.

Nel riferirsi all'accettazione dell'opera l'art. 1667 c.c. richiama, seppure indirettamente, l'art. 1665 c.c. in materia di verifica e pagamento della costruzione<sup>11</sup>. Di norma (ma non sempre) l'accettazione dell'opera consiste in una dichiarazione espressa di accettazione, dopo che sono state effettuate le necessarie verifiche da parte del committente. Il committente dispone di un vero e proprio diritto di verificare l'opera compiuta (art. 1665, 1° co., c.c.). A tali procedure di controllo ci si riferisce comunemente con l'espressione di “collaudo”. Le verifiche possono avere esito positivo oppure negativo. In caso di esito negativo del collaudo, l'opera non viene accettata dal

<sup>10</sup> Cass., 20.7.2005, n. 1523.

<sup>11</sup> Si tenga altresì presente il dettato dell'art. 1666 c.c., il quale prevede - in caso di opera da eseguirsi per partite - che la verifica e il pagamento possano avvenire per le singole partite; il pagamento fa presumere l'accettazione della parte di opera pagata. Su verifica e collaudo dell'opera nell'appalto cfr. M. CASAVECCHIA, *Il collaudo dei lavori in campo privatistico e pubblicistico*, in *Nuovo dir. soc.*, 2010, fasc. 11, 50 ss.; S. DELLA BELLA, *L'accettazione ed il collaudo nel contratto di appalto*, in *Contr.*, 2003, 365 ss.; G. MUSOLINO, *I poteri di verifica del committente durante l'esecuzione del contratto di appalto*, in *Riv. giur. ed.*, 2002, II, 81 ss.; C. NAPOLITANO, *Il collaudo nell'appalto privato*, in *Obbl. contr.*, 2007, 443 ss.; V. PORRELLO, *Il diritto di verifica del committente nel contratto di appalto*, in *Giust. civ.*, 2008, II, 675 ss.

# RELAZIONI A CONVEGNI

## APPALTO

committente (e la garanzia legale rimane viva). In ipotesi invece di esito positivo del collaudo, il committente accetta l'opera: questa ultima fattispecie può essere denominata di "accettazione espressa".

In altri casi, tuttavia, si realizza un'accettazione dell'opera da parte del committente anche in assenza di una dichiarazione esplicita in tal senso. In particolare la costruzione si considera accettata quando, nonostante l'invito fattogli dall'appaltatore, il committente tralascia di procedere alla verifica senza giusti motivi ovvero non ne comunica il risultato entro un breve termine (art. 1665, 3° co., c.c.). In altre parole, fermo restando il diritto di verifica del committente, il collaudo deve avvenire in tempi brevi e il suo risultato deve essere tempestivamente comunicato all'appaltatore. Inoltre, se il committente riceve senza riserve le consegne dell'opera, questa si considera accettata ancorché non si sia proceduto alla verifica (art. 1665, 4° co., c.c.). Le due fattispecie disciplinate dal 3° e dal 4° co. dell'art. 1665 c.c. configurano ipotesi di "accettazione tacita" dell'opera.

Sia nel caso di accettazione espressa sia in quello di accettazione tacita dell'opera, la garanzia cui è tenuto l'appaltatore viene meno, a condizione peraltro che le difformità o i vizi fossero conosciuti o, quantomeno, riconoscibili dal committente. L'accettazione fa venire meno la garanzia quando vi è (o, secondo criteri di diligenza, vi sarebbe dovuta essere) in capo al committente consapevolezza delle difformità e dei vizi. La disposizione crea dunque un onere di particolare vigilanza in capo al committente, il quale non può più attivare la garanzia laddove abbia accettato con superficialità l'opera senza accorgersi dei difetti. La garanzia rimane ferma però per le difformità e i vizi "occulti", intendendosi con tale espressione i difetti che non erano conosciuti né conoscibili dal committente<sup>12</sup>.

Infine bisogna osservare che l'ordinamento non può tollerare la possibile cattiva fede dell'appaltatore, il quale – se in mala fede – potrebbe trarre vantaggio dall'accettazione dell'opera effettuata dal committente. Conseguentemente la legge sanziona il comportamento reticente del costruttore, prevedendo che la garanzia sussista – anche in caso di accettazione dell'opera – laddove l'appaltatore abbia in cattiva fede taciuto le difformità e i vizi.

### **3. Il termine di decadenza per la denuncia (art. 1667, 2° co., c.c.)**

La legge prevede che il committente deve, a pena di decadenza, denunciare all'appaltatore le difformità o i vizi entro sessanta giorni dalla scoperta (art. 1667, 2° co., 1° periodo, c.c.)<sup>13</sup>. Il committente è dunque anzitutto tenuto a "denunciare" i vizi.

---

<sup>12</sup> Cass., 12.6.2000, n. 7969, ha affermato che l'accettazione dell'opera da parte del committente libera l'appaltatore per le difformità e i vizi dell'opera riconosciuti o riconoscibili in sede di verifica, mentre non lo libera per i difetti occulti.

<sup>13</sup> In materia di decadenza nel contratto di appalto cfr. F. BRAVO, *Rapporto sostanziale di*

# RELAZIONI A CONVEGNI

## APPALTO

La funzione della denuncia è quella d'informare l'appaltatore della presenza di difformità e vizi, affinché questi si attivi. Una volta che il committente ha denunciato i difetti, l'attivazione della garanzia implica - in capo all'appaltatore - le conseguenze previste dall'art. 1668 c.c. (eliminazione di difformità e vizi oppure diminuzione del prezzo): Il primo di tali rimedi implica un *facere* in capo all'appaltatore. La legge vuole evitare che il committente segnali i difetti a lunga distanza di tempo dal momento in cui sono stati scoperti, per dare immediatamente all'appaltatore l'opportunità di difendersi e - laddove difformità e vizi sussistano effettivamente - di porvi rimedio.

Fra le parti potrebbero sorgere dei contrasti in merito alle modalità con cui la denuncia deve essere effettuata. In particolare l'appaltatore potrebbe eccepire che la denuncia non è stata correttamente presentata dal punto di vista della forma oppure del contenuto. Con riferimento alla forma della denuncia, bisogna rilevare che la legge non prescrive nulla di particolare: conseguentemente si può ritenere che la denuncia possa essere presentata in assoluta libertà di forme, e pertanto anche oralmente. Una situazione diversa si ha nel caso particolare in cui il contratto abbia stabilito l'osservanza di una determinata forma per la denuncia. Con riguardo al contenuto della denuncia, bisogna rilevare che la posizione della Corte di cassazione si caratterizza per flessibilità, reputando sufficiente una contestazione anche piuttosto vaga da parte del committente, obiezione che può/deve essere successivamente dettagliata. Più precisamente la Cassazione ha affermato che non è necessaria una denuncia specifica e analitica delle difformità e dei vizi dell'opera, tale, cioè, da consentire l'individuazione di ogni anomalia di quest'ultima, essendo, per converso, sufficiente a impedire la decadenza del committente dalla garanzia cui è tenuto l'appaltatore una pur sintetica individuazione dei difetti (nella specie, attraverso la spedizione di un telegramma), suscettibile di conservare l'azione di garanzia anche con riferimento a quelle difformità e a quei vizi accertabili, nella loro reale sussistenza, solo in un momento successivo<sup>14</sup>.

Il termine previsto dalla legge per la denuncia è di sessanta giorni decorrenti dalla scoperta. Prima della scoperta, il committente non è evidentemente in grado di effettuare alcuna denuncia; dopo la scoperta, invece, bisogna lasciargli un minimo di tempo per capire la gravità di difformità e vizi e, se del caso, per formulare la richiesta di rimedio all'appaltatore. Un termine di sessanta giorni pare ragionevolmente congruo rispetto alla funzione per la quale è fissato, forse perfino generoso se comparato con altre discipline legislative<sup>15</sup>.

---

*durata, prescrizione e decadenza nella responsabilità dell'appaltatore*, in *Contr.*, 2002, 1011 ss.; S. CATERBI, *La garanzia per i vizi nel contratto di appalto. Prescrizione e decadenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 262 ss.; A. GNAN, *Sul termine di decadenza ex art. 1667 comma 2 c.c.*, in *Giur. piem.*, 2004, 89 ss.; G. MUSOLINO, *La prescrizione e la decadenza delle azioni contro l'inadempimento dell'appaltatore*, in *Riv. trim. appalti*, 2000, 503 ss.

<sup>14</sup> Cass., 23.1.1999, n. 644.

<sup>15</sup> A titolo di esempio si consideri che il termine di denuncia è molto più breve nel contratto di

# RELAZIONI A CONVEGNI

## APPALTO

La legge stabilisce che il termine di decadenza decorre dalla “scoperta” delle difformità o dei vizi. Come vedremo sotto anche in relazione al decorso del termine di prescrizione, la scoperta può non avvenire immediatamente, ma essere il risultato di un percorso di approfondimento che dura un certo periodo di tempo. Bisogna riflettere sul fatto che il committente, di norma, non dispone delle medesime competenze tecniche dell'appaltatore e la scoperta dei difetti può non essere immediata: l'asimmetria di competenza fra le parti contrattuali può produrre l'effetto che decorra un certo lasso di tempo prima che l'appaltatore scopra le difformità o i vizi. Inoltre le opere oggetto di appalto possono in alcuni casi essere piuttosto complesse dal punto di vista architettonico e ingegneristico, con la conseguenza che la percezione dei difetti può non essere immediatamente successiva alla consegna della costruzione. Talvolta possono sorgere meri dubbi (e non certezze) in capo al committente in merito alla sussistenza di difformità e vizi e il committente può voler affidare un apposito incarico peritale per gli accertamenti del caso. Tenendo in considerazione queste circostanze, la Corte di cassazione ha deciso che il termine di decadenza di cui all'art. 1667, 2° co., c.c. deve farsi decorrere dal momento del deposito della relazione del soggetto nominato dalle parti collaudatore degli impianti e che aveva evidenziato i difetti occulti dell'impianto<sup>16</sup>. In altre parole la scoperta delle difformità e dei vizi può considerarsi avvenuta non già quando il committente inizia a nutrire dei meri “sospetti” in merito ai difetti dell'opera, ma quando - ad esempio grazie a degli accertamenti peritali - ha raggiunto sul punto una ragionevole certezza.

La Corte di cassazione si è infine soffermata sulla questione dell'onere della prova, affermando che il committente ha l'onere di provare di aver denunciato all'appaltatore i vizi dell'opera, non facilmente riconoscibili al momento della consegna, entro sessanta giorni dalla scoperta, costituendo tale denuncia una condizione dell'azione di garanzia<sup>17</sup>.

La legge prevede che la denuncia non è necessaria se l'appaltatore ha riconosciuto le difformità o i vizi o se li ha occultati (art. 1667, 2° co., 2° periodo, c.c.)<sup>18</sup>. Siccome la funzione della denuncia è quella d'informare l'appaltatore

---

compravendita, dove si stabilisce che il compratore decade dal diritto alla garanzia se non denuncia i vizi al venditore entro otto giorni dalla scoperta (art. 1495, 1° co., c.c.). Questa differenza di trattamento (otto giorni in un caso, ben sessanta nell'altro) si giustifica verosimilmente con la circostanza che le difformità e i vizi di un'opera possono essere più complessi di quelli di un semplice bene oggetto di compravendita e ciò può richiedere al committente un tempo maggiore per comprendere se i difetti sussistano veramente e quale sia la loro gravità.

<sup>16</sup> Cass. 23.1.2009, n. 1788, in *Contr.*, 2009, 669 ss., con nota di R. Morese, *Il termine di prescrizione dell'azione di garanzia per vizi*.

<sup>17</sup> Cass., 17.5.2001, n. 6774.

<sup>18</sup> Una disposizione analoga è rinvenibile nella disciplina del contratto di compravendita,

# RELAZIONI A CONVEGNI

## APPALTO

dell'esistenza di difformità e vizi (affinché questi vi ponga rimedio in una delle modalità indicante nell'art. 1668 c.c.), tale necessità viene meno se l'appaltatore ne è già a conoscenza e l'appaltatore è per forza di cose a conoscenza dei difetti nel caso in cui li ha riconosciuti oppure se li ha occultati.

Con riferimento a questa materia, la Corte di cassazione ha deciso che il riconoscimento dei vizi da parte dell'appaltatore, che - ai sensi dell'art. 1667, 2° co., c.c. - rende non necessaria la denuncia prescritta a pena di decadenza a carico del committente, non deve essere accompagnata dall'ammissione di responsabilità dell'appaltatore. Pertanto, la denuncia è superflua anche quando l'appaltatore, pur riconoscendo l'esistenza obiettiva dei difetti lamentati, contesti o neghi in qualsiasi modo o per qualsiasi ragione di doverne rispondere<sup>19</sup>.

Bisogna peraltro tenere distinto il riconoscimento dei difetti (che implica il solo impegno di eliminare tali difetti) dall'assunzione dell'obbligazione a emendare l'opera. La Corte di cassazione ha deciso che il semplice riconoscimento delle difformità e dei vizi da parte dell'appaltatore implica la superfluità della tempestiva denuncia da parte del committente, ma da esso non deriva automaticamente - in mancanza di un impegno in tal senso - l'assunzione in capo all'appaltatore dell'obbligo di emendare l'opera, che, ove configurabile, è una nuova e distinta obbligazione, per di più soggetta al termine di prescrizione decennale<sup>20</sup>.

Il "riconoscimento" di difformità e vizi va tenuto distinto dall'"occultamento" dei medesimi: si tratta di due comportamenti opposti, in quanto con il riconoscimento l'appaltatore dà atto al committente dell'esistenza dei difetti, con l'occultamento cerca invece di nasconderli. "Occultamento" delle difformità e dei vizi significa che l'appaltatore conosce l'esistenza dei difetti, ma li tiene nascosti al committente. L'occultamento può avvenire mediante un'azione (di vero e proprio nascondimento delle difformità e dei vizi) oppure mediante un'omissione. Quest'ultimo caso si realizza quando l'appaltatore, a conoscenza dei difetti, si limita a tacere, facendo affidamento che essi non vengano scoperti dal committente (ad esempio per il fatto che riguardano le fondazioni di una costruzione, ormai interrata e non più visibili). Al riguardo la Corte di cassazione ha deciso che la piena consapevolezza in capo all'appaltatore della esistenza di difformità e vizi, unitamente a un comportamento reticente e di mala fede nei

---

laddove si prevede che la denuncia non è necessaria se il venditore ha riconosciuto l'esistenza del vizio o l'ha occultato (art. 1495, 2° co., c.c.).

<sup>19</sup> Cass., 24.11.2008, n. 27948. Sulla stessa linea di questa decisione si pone una precedente sentenza (Cass. 9.11.2000, n. 14598) con cui la Cassazione ha stabilito che il riconoscimento, che importa la superfluità della tempestiva denuncia da parte del committente, non deve accompagnarsi alla confessione stragiudiziale della sua responsabilità e pertanto è sussistente anche se l'appaltatore, ammessa l'esistenza del vizio, contesti o neghi in qualsiasi modo o per qualsiasi ragione di doverne rispondere.

<sup>20</sup> Cass., 21.7.2005, n. 15823.

# RELAZIONI A CONVEGNI

## APPALTO

confronti dei committenti, è da ritenere equivalente al doloso occultamento, quale circostanza idonea a esonerare i committenti dall'obbligo della denuncia dei vizi<sup>21</sup>.

#### **4. La prescrizione delle azioni (art. 1667, 3° co., c.c.)**

In aggiunta alla fissazione di un termine di decadenza, la legge prevede un distinto termine di prescrizione: l'azione contro l'appaltatore si prescrive in due anni dal giorno della consegna dell'opera (art. 1667, 3° co., 1° periodo, c.c.)<sup>22</sup>.

In primo luogo, dal punto di vista della identificazione degli autori delle azioni, bisogna rilevare che questa disposizione concerne solo l'azione del committente contro l'appaltatore, e non – viceversa – la possibile azione dell'appaltatore contro il committente. L'appaltatore può certamente agire contro il committente (per il pagamento del corrispettivo) e, in questo caso, la sua azione sarà soggetta a diversi termini di prescrizione.

In secondo luogo l'art. 1667, 3° co., c.c. concerne solo l'azione per le difformità e i vizi dell'opera, e non azioni di tipo diverso che il committente dovesse avviare – per altre ragioni – nei confronti dell'appaltatore. La Corte di cassazione ha deciso che nel caso in cui contro l'appaltatore non venga azionata la speciale garanzia prevista dagli artt. 1667 e 1668 c.c., per l'ipotesi in cui l'opera eseguita presenti difformità o vizi, ma venga formulata una richiesta di pagamento, basata su un'autonoma previsione del capitolato generale dell'appalto lavori, per la riparazione di danni arrecati dai suoi dipendenti, trattandosi di un'ordinaria azione di risarcimento danni resta applicabile la disciplina dettata dagli artt. 1453 e 1455 c.c., con il conseguente assoggettamento agli ordinari termini di prescrizione e non al regime di decadenza e prescrizione breve di cui all'art. 1667 c.c.<sup>23</sup>.

Il contenuto precettivo della disposizione che fissa in due anni il termine per la prescrizione dell'azione del committente è quello di derogare ai termini generali di prescrizione. Mentre secondo la norma generale (art. 2946 c.c.) i diritti si prescrivono in dieci anni, nel contesto dell'appalto il legislatore ha ritenuto tale termine

<sup>21</sup> Cass., 19.8.2009, n. 18402.

<sup>22</sup> In materia di prescrizione nel contratto di appalto cfr. F. CAPPALÀ, *La decorrenza del termine di prescrizione biennale della garanzia per i vizi dell'opera nell'appalto*, in *Riv. giur. sarda*, 2005, I, 765 ss.; M. RIGUZZI, *Appalto di servizi e termine di prescrizione*, in *Dir. trasp.*, 1999, 931 ss. In un'ottica comparata v. M. RUBINO-SAMMARTANO, *Appalti privati: responsabilità dell'appaltatore e sua prescrizione nei vari ordinamenti europei*, in *Foro pad.*, 1986, 43 ss.

<sup>23</sup> Cass., 8.6.2007, n. 13431. Nella giurisprudenza di merito si veda Trib. Piacenza, 23.12.2009, in *Contr.*, 2010, 898 ss., con nota di V. Amendolagine, *La responsabilità dell'appaltatore nell'esecuzione dell'opera richiesta dal committente*, il quale ha riaffermato il principio di diritto stabilito dalla Corte di cassazione, asserendo che la prescrizione biennale prevista dall'art. 1667 c.c. opera per tutte le azioni di cui all'art. 1668 c.c., ma non anche per le comuni azioni contrattuali.

# RELAZIONI A CONVEGNI

## APPALTO

eccessivamente lungo e obbliga il committente a esercitare l'azione entro il termine – decisamente più breve – di due anni. Il fine della legge, in una materia delicata come quella dell'appalto, è di giungere velocemente a quella certezza del diritto che solo la prescrizione può garantire.

Avuto riguardo al momento di decorrenza del termine biennale di prescrizione, la legge lo identifica nella consegna dell'opera. La *ratio* di tale previsione è ben comprensibile se si riflette sul fatto che è solo da tale momento che il committente, potendo visionare l'opera ormai completata nella sua interezza, è in grado di verificare la correttezza del lavoro svolto dall'appaltatore; laddove constati difformità o vizi, può agire in giudizio. Secondo la giurisprudenza, ciò che rileva è la consegna “definitiva” dell'opera, alla quale non può essere equiparata una consegna “anticipata” con riserva di verifica della costruzione. Più precisamente la Corte di cassazione ha deciso che il *dies a quo* di decorrenza del termine biennale di prescrizione dell'azione di garanzia per vizi stabilito dall'art. 1667, 3° co., c.c. deve essere individuato con riferimento al momento della consegna definitiva dell'opera (con verifica e accettazione della medesima), e non già con riguardo a un'eventuale consegna anticipata, con riserva di verifica<sup>24</sup>.

Per quanto concerne l'onere delle prove, la Corte di cassazione, dopo aver premesso che il committente che agisce nei confronti dell'appaltatore per le difformità e i vizi dell'opera ha l'onere di provare i fatti posti a fondamento della sua domanda e quelli necessari per contrastare le eventuali eccezioni della controparte, ha deciso che – qualora l'appaltatore eccepisca la prescrizione biennale del diritto di garanzia – la prova della data della consegna dell'opera, da cui il termine di garanzia decorre, incombe sul committente stesso e non sull'appaltatore<sup>25</sup>.

In alcuni casi tuttavia la giurisprudenza ha ritenuto che il termine biennale di prescrizione decorra non dalla consegna dell'opera, ma da un momento successivo, e segnatamente dalla scoperta dei vizi. Più precisamente la Corte di cassazione ha affermato che nel caso di vizi occulti il termine di prescrizione dell'azione di garanzia decorre dalla data della scoperta dei vizi, scoperta che è da ritenere acquisita dal giorno in cui il committente consegue un apprezzabile grado di conoscenza oggettiva della gravità dei difetti e della loro derivazione causale dall'imperfetta esecuzione dell'opera, non essendo sufficienti manifestazioni di scarsa rilevanza e semplici sospetti<sup>26</sup>. La Cassazione ha specificato che, in assenza di anteriori ed esaustivi elementi di prova, tale conoscenza è da ritenere acquisita – di regola – a seguito dell'esperimento di apposita relazione peritale.

Con una disposizione particolare la legge prevede che il committente convenuto

---

<sup>24</sup> Cass., 23.01.2009, n. 1788, in *Contr.*, 2009, 669 ss., con nota di R. Morese, *Il termine di prescrizione dell'azione di garanzia per vizi*.

<sup>25</sup> Cass., 15.6.2007, n. 14039.

<sup>26</sup> Cass., 19.8.2009, n. 18402.

# RELAZIONI A CONVEGNI

## APPALTO

per il pagamento può far valere la garanzia, purché le difformità o i vizi siano stati denunciati entro sessanta giorni dalla scoperta e prima che siano decorsi i due anni dalla consegna (art. 1667, 3° co., 2° periodo, c.c.)<sup>27</sup>.

La disposizione si riferisce al caso in cui sia l'appaltatore ad agire in giudizio per ottenere il pagamento dell'opera. Siccome l'azione dell'appaltatore non è assoggettata a termini così brevi di decadenza e di prescrizione, potrebbe accadere che il committente – esposto all'azione dell'appaltatore – non sia in condizioni di contestare in via riconvenzionale le difformità e i vizi dell'opera. Il risultato che ne conseguirebbe (= committente che paga il prezzo per un'opera difforme o viziata) appare iniquo. Per risolvere questo possibile problema il legislatore consente che, se il committente viene convenuto in giudizio, possa esercitare in via riconvenzionale i rimedi per i difetti dell'opera.

Il committente convenuto può però far valere la garanzia se le difformità e i vizi sono stati denunciati entro sessanta giorni dalla scoperta e prima che siano decorsi i due anni dalla consegna. Esistono dunque due limiti invalicabili che il committente è tenuto a rispettare. Il primo di essi consiste nella denuncia dei difetti, che deve avvenire entro sessanta giorni. Come accennato, tale limite di tempo consente senz'altro al committente di valutare la gravità delle difformità e dei vizi e d'indirizzare all'appaltatore una univoca lettera di contestazione. Esiste inoltre un secondo termine invalicabile: i due anni dalla consegna. Decorso tale lasso di tempo senza che siano stati scoperti difformità e vizi, il legislatore esclude che si possano sollevare contestazioni tardive al committente. Al fine di assicurare certezza del diritto si presume che i difetti, di cui il committente non si è accorto per così lungo tempo, non possano essere di rilevanza tale da giustificare l'esercizio dei rimedi altrimenti riconosciuti al committente.

### **5. L'eliminazione delle difformità e dei vizi nonché la diminuzione del prezzo**

L'art. 1668 c.c. stabilisce quale sia il contenuto della garanzia cui è tenuto l'appaltatore in forza di legge: il committente può chiedere che le difformità o i vizi siano eliminati a spese dell'appaltatore, oppure che il prezzo sia proporzionalmente diminuito, salvo il risarcimento del danno nel caso di colpa dell'appaltatore (art. 1668, 1° co., c.c.). Vengono identificati tre rimedi: eliminazione di difformità e vizi oppure diminuzione del prezzo oppure risarcimento del danno. Il committente dispone di una facoltà di scelta, nel senso che – a seconda delle valutazioni che effettua nel caso

---

<sup>27</sup> La disposizione è simile a quella in materia di compravendita prevista dall'art. 1495, 3° co., c.c. secondo cui il compratore, che sia convenuto per l'esecuzione del contratto, può sempre far valere la garanzia, purché il vizio della cosa sia stato denunciato entro otto giorni dalla scoperta e prima del decorso dell'anno dalla consegna.

# RELAZIONI A CONVEGNI

## APPALTO

specifico – può chiedere l'esatto adempimento oppure può accettare l'opera con difformità e vizi ottenendo però una diminuzione del prezzo che è chiamato a pagare.

Il primo rimedio che l'ordinamento riconosce al committente a fronte di un'opera che presenta difformità o vizi consiste nella richiesta di eliminazione di tali difetti<sup>28</sup>. Si tratta in essenza di una richiesta di esatto adempimento della prestazione originariamente pattuita. Le difformità o i vizi altro non rappresentano che la differenza fra quello che avrebbe dovuto essere l'esatto adempimento e quello che è stato il reale adempimento. Mediante l'eliminazione dei difetti, l'opera finisce con l'essere a regola d'arte, come avrebbe dovuto essere fin dall'inizio.

Le spese necessarie per l'eliminazione di difformità e vizi sono ovviamente, specifica la legge, a carico dell'appaltatore. Questi è il soggetto che, non osservando esattamente il contratto, ha realizzato un'opera difforme oppure viziata e appare equo che i costi necessari per il raggiungimento *ex post* dell'esatto adempimento siano a suo carico.

Può naturalmente capitare che l'appaltatore si rifiuti di eliminare difformità e vizi: in questo caso sarà necessario procedere all'esecuzione forzata. L'obbligazione che fa capo all'appaltatore è un obbligo di fare e, conseguentemente, l'esecuzione forzata andrà eseguita secondo le regole previste per tale tipologia di obblighi. L'art. 2931 c.c. prevede che, se non è adempiuto un obbligo di fare, l'avente diritto può ottenere che esso sia eseguito a spese dell'obbligato nelle forme stabilite dal codice di procedura civile.

La Corte di cassazione ha affermato che la tutela data al committente dall'art. 1668 c.c. si inquadra nell'ambito della normale responsabilità contrattuale per inadempimento e, pertanto, qualora l'appaltatore non provveda direttamente alla eliminazione dei vizi dell'opera, il committente - ove non intenda ottenere l'affermazione giudiziale dell'inadempimento con la relativa condanna dell'appaltatore e l'attuazione dei suoi diritti nelle forme dell'esecuzione specifica *ex art.* 2931 c.c. - può sempre chiedere il risarcimento del danno, nella misura corrispondente alla spesa necessaria all'eliminazione dei vizi, senza alcuna necessità del previo esperimento dell'azione di condanna alla esecuzione specifica<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> In materia di azione finalizzata all'eliminazione di difformità e vizi dell'opera nell'appalto cfr. E. FABIANI, *Esecuzione forzata in forma specifica ed eliminazione dei vizi e/o difformità dell'opera appaltata*, in *Foro pad.*, 1999, I, 2636; R. FADDA, *Sull'impegno dell'appaltatore di eliminare i difetti dell'opera nei contratti di appalto*, in *Riv. giur. sarda*, 2007, I, 384 ss.; L. GRISOSTOMI TRAVAGLINI, *Impegno alla eliminazione dei difetti dell'opera e novazione dell'obbligazione di garanzia nel contratto di appalto*, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1062 ss.

<sup>29</sup> Cass., 21.2.2008, n. 4523. In senso analogo si era espressa Cass., 19.4.2006, n. 9033, in *Resp. civ.*, 2008, 420 ss., con nota di G. Gliatta, *La rilevanza dei vizi e dei difetti dell'opera nel contratto di appalto*, affermando che la tutela offerta dall'art. 1668 c.c. in favore del committente di un'opera nel contratto di appalto è riconducibile a quella della normale

# RELAZIONI A CONVEGNI

## APPALTO

Il secondo tipo di rimedio a disposizione del committente è la diminuzione proporzionale del prezzo. Il committente, a fronte di un'opera che presenta difformità e vizi, può - ciò nonostante - decidere di accettare il bene così come esso si trova, pretendendo peraltro che l'appaltatore gli riconosca una riduzione del prezzo. L'opera non è perfetta (nel senso di come originariamente pattuita), ma - quantomeno - grazie alla diminuzione del prezzo è ripristinato l'equilibrio sinallagmatico delle prestazioni dei contraenti. La Corte di cassazione ha deciso che il committente che, deducendo difformità dell'opera eseguita dall'appaltatore, agisce per la riduzione del prezzo ha l'onere di provare il deprezzamento, non essendo questo un effetto necessario e costante delle difformità dell'opera, a meno che queste difformità non dipendano dall'impiego di materiali meno pregiati di quelli contrattualmente previsti o da altre cause che per la loro intrinseca natura incidono sul pregio dell'opera; in tal caso la riduzione, che di regola deve essere determinata in base al raffronto del valore e del rendimento dell'opera pattuita con quelli dell'opera difettosamente eseguita, può anche farsi coincidere col costo delle opere necessarie per l'eliminazione delle difformità<sup>30</sup>.

### 6. Il risarcimento del danno

Oltre all'eliminazione dei difetti e alla diminuzione del prezzo, il terzo rimedio riconosciuto dalla legge al committente consiste nel chiedere il risarcimento del danno patito a causa dell'opera difettosa eseguita dall'appaltatore<sup>31</sup>. Il risarcimento del danno può essere chiesto dal committente in via autonoma (come unico rimedio) oppure in via cumulativa (in aggiunta ai rimedi dell'eliminazione dei difetti e della diminuzione del prezzo). Il risarcimento del danno può essere anzitutto chiesto in via autonoma, cioè indipendentemente dall'esercizio degli altri due rimedi: il committente non chiede né la eliminazione dei difetti né la diminuzione del prezzo, ma chiede solo il risarcimento del danno. Il risarcimento del danno può però essere chiesto anche in via cumulativa, in aggiunta a uno degli altri due rimedi.

---

responsabilità contrattuale per inadempimento; conseguentemente se l'appaltatore debitamente informato non si adopera direttamente per eliminare i vizi e i difetti dell'opera, il committente può sempre agire nei suoi confronti per il risarcimento dei danni subiti, che saranno liquidati nella misura corrispondente alle spese dovute per eliminare i vizi. Non è necessario in questi casi il previo esperimento dell'azione di condanna all'esecuzione specifica.

<sup>30</sup> Cass., 10.1.1996, n. 169.

<sup>31</sup> Sul risarcimento del danno nel contratto di appalto cfr. L. BERTINO, *L'eliminazione dei vizi e delle difformità nell'appalto e il risarcimento del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 808 ss.; D. FINARDI, *Esecuzione del contratto di appalto e risarcimento del danno del committente*, in *Fallimento*, 1999, 1104 ss.; G. GLIATTA, *L'azione di risoluzione e l'azione di risarcimento del danno in caso di vizi e difformità dell'opera appaltata*, in *Resp. civ.*, 2008, 239 ss.; G. MUSOLINO, *L'azione di risarcimento del danno nell'appalto*, in *Riv. trim. appalti*, 2006, 918 ss.

# RELAZIONI A CONVEGNI

## APPALTO

La possibilità di chiedere il risarcimento del danno presuppone la sussistenza di un elemento oggettivo (il danno, appunto) e di un elemento soggettivo (la colpa).

Per quanto riguarda l'elemento oggettivo della fattispecie (la presenza di un danno), bisogna considerare che l'appaltatore che ha eseguito un'opera con delle difformità o dei vizi presenta un lavoro non eseguito a regola d'arte. L'adempimento non è stato esatto ed è possibile che, per tale ragione, il committente subisca un danno. Secondo la regola generale (art. 1223 c.c.) il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno. A seconda dei casi il ristoro potrà essere chiesto per un inadempimento vero e proprio (difformità oppure vizi) oppure per un ritardo nella consegna dell'opera rispetto al termine pattuito. Nel contesto del contratto di appalto, il ritardo nella consegna può determinare frequentemente danni in capo al committente. Si pensi al caso della costruzione di un appartamento destinato all'abitazione di una famiglia: se la consegna non avviene tempestivamente, il nucleo familiare può essere costretto a pagare un canone di locazione di un altro appartamento per il periodo del ritardo. Laddove poi l'edificio sia destinato a produrre reddito, la consegna ritardata può determinare significativi mancati guadagni: si immagini il ritardo nella consegna di un centro commerciale e i conseguenti mancati introiti derivanti dalla mancata vendita di prodotti.

La Corte di cassazione ha deciso che l'azione del committente per il risarcimento dei danni derivanti dai vizi dell'opera appaltata riguarda il ristoro dei pregiudizi patrimoniali non realizzabile tramite l'esperimento dell'azione per l'eliminazione dei vizi o di quella di riduzione del prezzo (e concernente la lesione di interessi del committente tutelati dall'ordinamento, quali il danno a persone o a cose derivanti dai vizi o le spese di rifacimento che il committente abbia provveduto a eseguire direttamente)<sup>32</sup>. La Cassazione ha specificato che nell'ambito di tale azione risarcitoria rientrano i danni conseguenti al ridotto godimento dell'immobile di proprietà del committente riconducibili alla necessità di procedere a interventi finalizzati alla eliminazione dei vizi dell'opera appaltata o ancora quelli relativi al ritardo nell'adempimento, essendo configurabile un pregiudizio derivante al committente dall'eventuale ridotta utilizzazione dell'appartamento conseguente all'in giustificata protrazione dei lavori da eseguire rispetto ai termini pattuiti.

Con riferimento all'elemento soggettivo (la colpa) della fattispecie, il risarcimento del danno può essere riconosciuto solo quando vi sia un addebito di colpa in capo all'appaltatore. Questa disposizione è importante perché consente, argomentando *ex negativo*, di qualificare per il resto come "oggettiva" la responsabilità del costruttore. L'appaltatore risponde per le difformità e i vizi dell'opera comunque (indipendentemente dall'elemento della colpa), dovendo rimuovere tali difetti oppure

---

<sup>32</sup> Cass., 29.11.2005, n. 25921.

# RELAZIONI A CONVEGNI

## APPALTO

dovento accettare una corrispondente diminuzione del prezzo (salvo provare che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile *ex art. 1218 c.c.*). In materia di onere della prova la Corte di cassazione ha affermato che il committente che agisce nei confronti dell'appaltatore ai sensi dell'art. 1668 c.c. per il risarcimento dei danni derivanti da vizi o difformità dell'opera non ne è tenuto a dimostrare la colpa, in quanto - vertendosi in tema di responsabilità contrattuale - trova applicazione la generale regola dettata dall'art. 1218 c.c., secondo la quale tale colpa è presunta fino a prova contraria<sup>33</sup>.

### 7. La risoluzione del contratto

I rimedi riconosciuti dalla legge al committente che abbiamo appena esaminato (richiesta di eliminazione delle difformità e dei vizi oppure - in alternativa - di diminuzione del prezzo da corrispondersi per l'opera) sono rimedi che possiamo definire "conservativi": essi non mirano a fare venire meno il contratto, ma - al contrario - presuppongono il mantenimento del medesimo. Nel primo caso si tratta di migliorare l'opera per renderla a regola d'arte; nel secondo di adeguare il prezzo a un'opera che non è a regola d'arte (o che non è stata effettuata come progettata).

Nella struttura rimediale configurata dalla legge, i rimedi conservativi sono però affiancati - nei casi più gravi - dal rimedio risolutivo<sup>34</sup>. Il testo legislativo prevede difatti che, se le difformità o i vizi dell'opera sono tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione, il committente può chiedere la risoluzione del contratto (art. 1668, 2° co., c.c.). A queste condizioni (opera talmente difforme o viziata da essere del tutto inadatta alla sua destinazione), l'interesse del committente al conseguimento della costruzione non è più realizzabile e sarebbe iniquo costringerlo ad accettare un'opera del tutto inadatta. Per queste ragioni la legge gli consente di chiedere la risoluzione del contratto, con gli effetti liberatori e restitutori che conseguono a tale rimedio.

Il primo presupposto di applicazione della disposizione che consente la risoluzione è la presenza di difformità e di vizi: delle relative nozioni ci siamo già occupati sopra e non sarà qui necessario ripetersi.

Il secondo presupposto di applicazione della norma è che l'opera sia del tutto inadatta alla sua destinazione. A fronte di una domanda di risoluzione del contratto di

<sup>33</sup> Cass., 5.10.2009, n. 21269.

<sup>34</sup> Sulla risoluzione del contratto di appalto cfr. G. DE DOMINICIS e G. F. MAIELLARO, *Recesso e risoluzione del contratto di appalto di progettazione esecutiva ed esecuzione lavori*, in *Riv. trim. appalti*, 2008, 395 ss.; A. MANNA, *Osservazioni in tema di risoluzione del contratto d'appalto*, in *Giust. civ.*, 1997, I, 781 ss.; G. MUSUMECI, *Sui presupposti dell'azione di risoluzione nell'appalto e nella vendita*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1123 ss.; L. PRIMICERI, *Azione generale di risoluzione del contratto ed azioni speciali nell'appalto*, in *Resp. civ.*, 2007, 59 ss.; S. PATTI, *Risoluzione per inadempimento del contratto di appalto*, in *Studium Iuris*, 2004, 1376 ss.

# RELAZIONI A CONVEGNI

## APPALTO

appalto avanzata dal committente, bisogna allora - di volta in volta - procedere a un esame delle caratteristiche delle difformità e dei vizi lamentati. La loro gravità va misurata rispetto alla destinazione dell'opera. Sarà pertanto di norma necessario disporre una consulenza tecnica per accertare quale sia la gravità di difformità e vizi e se tale gravità rende impossibile la soddisfazione della destinazione cui la costruzione era destinata. Se i difetti superano la soglia di tollerabilità, il committente può invocare la risoluzione del contratto.

Sotto questo profilo la normativa in materia di appalto consente la risoluzione del contratto in un numero inferiore di casi rispetto a quanto avviene in via generale. L'art. 1455 c.c. prevede che il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti, letteralmente "ha scarsa importanza". Da questa espressione della legge si ricava che il contratto può essere risolto in tutti gli altri casi, e certamente almeno nell'ipotesi in cui l'inadempimento abbia significativa importanza. Nella disciplina dell'appalto, invece, l'ipotesi risolutoria del contratto appare essere del tutto residuale: l'opera deve essere, letteralmente, "del tutto inadatta". In linea di principio si può pertanto affermare che è più facile, per la parte adempiente, ottenere la risoluzione di un diverso contratto rispetto a quanto lo sia ottenere la risoluzione di un contratto di appalto. Questa scelta di politica legislativa è sostanzialmente condivisibile, attesa la funzione del contratto di appalto, che è quella di consentire la realizzazione di un'opera: una volta che l'opera è stata terminata, per quanto presenti difformità e vizi, è auspicabile che essa possa essere conservata (se possibile portata a regola d'arte mediante eliminazione dei difetti, altrimenti accettata comunque dal committente a fronte di una riduzione del prezzo). L'ipotesi risolutoria è residuale, in quanto con essa l'opera rimane del tutto inutilizzata, venendo per così dire "restituita" all'appaltatore, senza che il committente ne possa trarre vantaggio.

La Corte di cassazione ha affermato che la risoluzione del contratto di appalto è ammessa nella sola ipotesi in cui l'opera, considerata nella sua unicità e complessità, sia assolutamente inadatta alla destinazione sua propria in quanto affetta da vizi che incidono in misura notevole sulla struttura e funzionalità della medesima, così da impedire che essa fornisca la sua normale utilità, mentre se i vizi e le difformità sono facilmente e sicuramente eliminabili il committente può solo richiedere, a sua scelta, uno dei provvedimenti previsti dal 1° co. dell'art. 1668 c.c.<sup>35</sup>. La Cassazione ha specificato che la valutazione delle difformità o dei vizi deve avvenire in base a criteri obiettivi, ossia considerando la destinazione che l'opera riceverebbe dalla generalità delle persone, mentre deve essere compiuta con criteri soggettivi quando la possibilità di un particolare impiego e/o di un determinato rendimento siano dedotti in contratto.

La risoluzione del contratto è un rimedio c.d. "restitutorio" che, facendo venire meno il rapporto contrattuale fra le parti, obbliga alle restituzioni, con effetto retroattivo

---

<sup>35</sup> Cass., 15.3.2004, n. 5250.

# RELAZIONI A CONVEGNI

## APPALTO

(art. 1458, 1° co., c.c.): se le prestazioni sono già state effettuate, esse vanno restituite. Laddove le prestazioni non fossero ancora state rese, le parti ne sono liberate e non vi è più bisogno di effettuarle. Molto recentemente la Corte di cassazione ha affermato che, nei contratti a prestazioni corrispettive, la retroattività della pronuncia costitutiva di risoluzione per inadempimento, collegata al venir meno della causa giustificatrice delle attribuzioni patrimoniali già eseguite, comporta l'insorgenza a carico di ciascun contraente dell'obbligo di restituire la prestazione ricevuta: la sentenza che pronuncia la risoluzione del contratto per inadempimento produce, difatti, un effetto liberatorio *ex nunc*, rispetto alle prestazioni da eseguire, e un effetto recuperatorio *ex tunc*, rispetto alle prestazioni eseguite<sup>36</sup>. La Cassazione ha specificato che, una volta pronunciata la risoluzione del contratto, in forza della operatività retroattiva di essa stabilita dall'art. 1458 c.c., si verifica per ciascuno dei contraenti una totale "*restitutio ad integrum*" e, pertanto, tutti gli effetti del contratto vengono meno e con essi tutti i diritti che sarebbero derivati e che si considerano come mani entrati nella sfera giuridica dei contraenti stessi.

Più in dettaglio, e con riferimento al prezzo per l'opera: se il prezzo è già stato pagato all'appaltatore, in parte o completamente, questi dovrà restituirlo; se invece il prezzo non è ancora stato pagato all'appaltatore, questi non avrà diritto a percepirlo. Il principio va però interpretato correttamente nel caso in cui, pur verificandosi la risoluzione del contratto, certe parti dell'opera siano state eseguite a regola d'arte, rimangano in capo al committente e questi ne tragga vantaggio. Sul punto il Tribunale di Catania ha affermato che, in caso di risoluzione del contratto di appalto per gravi vizi dell'opera, l'appaltatore condannato al rimborso delle somme versategli ha diritto a ottenere - a prescindere da una specifica domanda restitutoria - l'equivalente pecuniario delle opere già realizzate che siano utilizzabili dal committente e incorporate nell'immobile di sua proprietà<sup>37</sup>. L'autorità giudiziaria catanese specifica che per le opere già eseguite che il committente intende utilizzare ovvero che a lui ormai appartengono *iure accessionis* per essere state incorporate nell'immobile di sua proprietà compete all'appaltatore un diritto a ottenere l'equivalente economico delle stesse. Questo diritto va affermato come conseguenza diretta degli effetti restitutori di cui all'art. 1458 c.c., convertendosi il valore delle opere non restituibili nel loro equivalente economico.

Viene da chiedersi se il committente possa dapprima esercitare l'azione di risoluzione, per poi modificarla - in corso di causa - in azione di diminuzione del prezzo. Può cioè capitare che la valutazione iniziale del committente sia nel senso di totale inadeguatezza dell'opera, ma che - poi - tale valutazione muti, nel senso che il committente è disponibile ad accettarla purché con una significativa riduzione del

<sup>36</sup> Cass., 16.3.2011, n. 6181.

<sup>37</sup> Trib. Catania, 17.2.2009, in *Foro it.*, 2009, I, 1927 ss., con nota di A. Palmieri.

# RELAZIONI A CONVEGNI

## APPALTO

prezzo. Nel contesto del contratto di compravendita, vi è una disposizione particolare che regola questa fattispecie, prevedendo che la scelta fra risoluzione del contratto e riduzione del prezzo è irrevocabile quando fatta con la domanda giudiziale (art. 1492, 2° co., c.c.). La *ratio* della norma è ben comprensibile: vero è che il compratore ha facoltà di scelta, ma tale scelta deve essere effettuata una volta per tutte, al fine di considerare anche gli interessi del venditore. Questi deve sapere il prima possibile se otterrà la restituzione del bene (in conseguenza della risoluzione del contratto) oppure se il bene verrà trattenuto dal compratore e dovrà invece accontentarsi di un prezzo inferiore. Nel contratto di appalto sussiste invece una disciplina difforme. La Corte di cassazione ha difatti affermato che il committente che, per difetti dell'opera, abbia esperito azione di risoluzione del contratto per inadempimento dell'appaltatore può successivamente modificare la domanda in quella di riduzione del prezzo<sup>38</sup>. Secondo la Cassazione non soltanto non è estensibile all'appello il principio, dettato per la vendita dall'art. 1492, 2° co., c.c. dell'irrevocabilità della scelta, operata mediante domanda giudiziale, fra risoluzione del contratto e riduzione del prezzo, ma – nel caso d'inadempimento dell'appaltatore – il divieto posto dall'art. 1453, 2° co., c.c. impedisce al committente che abbia proposto domanda di risoluzione di mutare tale domanda in quella di adempimento, ma non anche di chiedere la riduzione del prezzo.

Infine bisogna osservare che l'azione di risoluzione del contratto non esclude la possibilità di chiedere, in aggiunta, il risarcimento del danno. Il committente, oltre alla restituzione dei compensi già pagati per l'opera malamente riuscita, può ottenere il risarcimento del danno ulteriore che abbia patito. A titolo di esempio si pensi al caso di un impianto di depurazione per acque reflue che viene costruito da un appaltatore, ma risulta non funzionante. Se, a causa del malfunzionamento dell'impianto, è necessario ricorrere allo spurgo, i relativi costi possono essere addebitati all'appaltatore che vi ha dato causa costruendo un'opera non adatta all'uso.

---

<sup>38</sup> Cass., 29.11.2007, n. 24948.

# LE CONTROVERSIE ARBITRABILI, CON PARTICOLARE ATTENZIONE ALL'ARBITRATO LAVORISTICO\*

*L'Autore, alla luce delle novità introdotte dalla L. 4 novembre 2010, n. 183, prende in esame il tema delle controversie arbitrabili in ambito lavoristico.*

di GIANANDREA GIANCOTTI

### **1. Introduzione: brevi cenni sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione e sulla disponibilità dei diritti**

Il tema del mio intervento ha specificamente a oggetto le controversie arbitrabili in ambito lavoristico. Un tema di particolare attualità dopo la recente riforma operata dalla L. 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. Collegato Lavoro), anche tenendo conto degli ulteriori interventi che potrebbero aver luogo con la riforma in discussione in queste settimane in Parlamento.

Basti accennare, in questa introduzione, che sino al 2006 le controversie individuali di lavoro avrebbero potuto essere compromesse in arbitri “*solo se ciò*” fosse “*previsto nei contratti e accordi collettivi di lavoro purché ciò*” avvenisse “*a pena di nullità, senza pregiudizio della facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria. La clausola compromissoria contenuta in contratti o accordi collettivi o in contratti individuali di lavoro è nulla ove autorizzi gli arbitri a pronunciare secondo equità ovvero dichiarare il lodo non impugnabile*” (art. 808, 2° co., c.p.c. nel testo anteriore alla riforma dell'arbitrato del 2006).

Non contenendo il vigente art. 808 c.p.c. un'analogha previsione, gli unici riferimenti codicistici - anteriormente alla riforma della L. 183/2010 - erano rappresentati dall'art. 806, 2° comma, c.p.c. (nel testo conseguente all'art. 5 della L. 11 agosto 1973, n. 533), il quale prevede che “*Le controversie di cui all'art. 409 possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge o nei contratti e accordi collettivi di lavoro*” e l'art. 829, 4° co., c.p.c. (nel testo conseguente alla riforma dell'arbitrato del 2006), secondo cui “*L'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è sempre ammessa: 1) nelle controversie previste dall'art. 409*”.

Vedremo, più innanzi, le specifiche novità introdotte dal Collegato Lavoro, ma è subito chiaro che il parlare di arbitrabilità delle controversie individuali di lavoro implica, innanzitutto, l'utilizzazione di nozioni e criteri d'inquadramento generale che –

# RELAZIONI A CONVEGNI

## ARBITRATO LAVORISTICO

come correttamente ricordato durante lo scorso incontro dal Prof. Montalenti – si danno spesso per scontati, ma non sempre lo sono e, soprattutto, non sempre sono chiarissimi e/o di applicazione univoca.

Per questo, pur non riprendendo in dettaglio i predetti concetti generali, sento la necessità di compiere alcuni brevissimi cenni agli stessi, che confido possano essere di aiuto a meglio affrontare la parte centrale della mia relazione.

Una riflessione preliminare attiene a una specificità delle controversie individuali di lavoro, specificità che non può essere trascurata nel momento in cui si discute in merito alla loro arbitrabilità.

Le controversie in esame ineriscono, infatti, a un rapporto contrattuale in cui la posizione sostanziale delle parti è squilibrata. Squilibrio che, nel processo del lavoro disciplinato nel Titolo IV del libro II del codice di procedura civile, è tenuto in conto da diverse norme, le quali operano al fine di ridurlo o, comunque, temperarlo, in parte, attraverso l'assegnazione al giudice di poteri ufficiosi (es. art. 421, 2° co., c.p.c. in materia istruttoria; art. 429, 3° co., c.p.c. sulla liquidazione d'ufficio degli interessi e della rivalutazione monetaria in caso di condanna al pagamento di somme di denaro per crediti di lavoro), ovvero configurando differenziazioni dei rispettivi poteri processuali delle parti (es. art. 431, 2° e 5° co., c.p.c. sulla disciplina differenziata dell'efficacia esecutiva della sentenza; art. 423, 2° co., c.p.c. sull'ordinanza provvisoria su istanza del lavoratore nei limiti in cui il diritto di credito sia stato già accertato).

Quando si considera l'arbitrabilità delle controversie individuali di lavoro, dunque, è bene non trascurare che non si sta solo valutando se deferire a un giudizio di un organismo privato la risoluzione della controversia, ma si sta anche ipotizzando di superare il sistema processuale codicistico appena ricordato.

Durante il primo incontro, il Prof. Montalenti ci ha ricordato il dibattito sulla natura dell'arbitrato e gli sviluppi che hanno condotto, a seguito della riforma del 2006, a riconoscere al lodo rituale *ex art. 824-bis c.p.c.* “*gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*”. Come correttamente evidenziato, il deposito del lodo e il suo *exequatur*, ai sensi dell'art. 825 c.p.c., sono tutt'ora necessari solo per l'esecuzione in via forzata del lodo stesso<sup>1</sup>.

---

\* Il testo del presente intervento ha rappresentato la base della relazione tenuta in data 7 maggio 2012 presso la Fondazione dell'Avvocatura Torinese Fulvio Croce, nell'ambito di un corso sull'arbitrato.

<sup>1</sup> Per la redazione di questo intervento sono stati presi in considerazione i seguenti contributi della dottrina: C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'Arbitrato*, Seconda Edizione, Vol. I, Bologna, 2012, 419; R. MURONI, *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Corriere Giuridico*, 2/2011, 274; C. MANDRIOLI, *Diritto Processuale Civile*, Torino, 2011, III, 308-309; G. CANALE, *Arbitrato e Collegato Lavoro*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2011, 567; A. PESSI, *Le novità in tema di arbitrato e di conciliazione in materia di lavoro*, in *Giurisprudenza Italiana*, fasc.12, 2011, 2676; C. ARRIGONI, *Gli arbitrati delineati dal*

# RELAZIONI A CONVEGNI

ARBITRATO LAVORISTICO

Se è indubbio che si sia passati da una concezione puramente contrattuale dell'arbitrato ad una concezione che avvicina molto l'arbitrato rituale ad un procedimento giurisdizionale, è altrettanto chiaro che le differenze tra tutela giurisdizionale e tutela arbitrale permangono e sono marcate (basti pensare, ad esempio, al sistema delle impugnazioni).

---

*“collegato lavoro” e prime attuazioni*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2011, 885; M. DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del lavoro: conciliazione facoltativa ed arbitrato liberalizzato*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2011, 57 ss.; G. GIANCOTTI, *Cause di lavoro e arbitrato*, “L'autonomia privata: contesti, problemi, prospettive” ciclo di lezioni presso l'Università degli Studi di Torino, Dottorato in Diritto, Persona e Mercato, Torino, 13 aprile 2011; M. MISCIONE, *Il Collegato Lavoro 2010 proiettato al futuro*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2011, 5 e segg.; G. TRISORIO LIUZZI, *La conciliazione obbligatoria e l'arbitrato nelle controversie di lavoro privato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2001, 17; M. DONADIO, *La disciplina dell'arbitrato della repubblica popolare cinese*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, fasc. 12, 2011, 88 e segg.; G. IANNIBERTO, *Le nuove regole del rapporto di lavoro dopo la l. 4 novembre 2010, n. 183*, in *Corriere Giuridico*, 1/2011, 5 ss.; G. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, 616 ss.; S. MENCHINI, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, 2010, 7; L. FAILLA, F. ROTONDI e M. TIRABOSCHI, *Interventi di commento*, pubblicati in *Guida al Lavoro*, Il Sole 24 Ore, ottobre 2010, 27; M. TIRABOSCHI, *Collegato Lavoro, Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, ed. Il sole 24 Ore, 2010, 50; P. TOSI, *L'arbitrato nel “Collegato Lavoro” alla legge finanziaria 2010*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2010, 1171; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro: bilancio e prospettive di riforma*, in *Riv. Arb.*, 2008, 459 ss.; C. PUNZI, *Il processo civile*, III, Torino, 2007, 166; M. RUBINO SAMMARTANO, CASCIANO, in *Arbitrato, Adr, conciliazione*, diretto da M. RUBINO SAMMARTANO, Bologna 2009, 151; G. F. RICCI, *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 955; P. L. NELA, *Arbitrato irrituale*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2007, 1589; B. CAPPONI, *Contro il divieto di arbitrato su diritti disponibili*, in *Giur. It.*, 2006, reperito su [www.judicium.it](http://www.judicium.it); G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino 2006, 10 ss.; E. F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005, 762; S. CHIARLONI, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 130; G. VERDE, *Sul Monopolio dello Stato in tema di Giurisdizione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2003, 384; F. CORSINI, *L'arbitrato irrituale nelle controversie individuali di lavoro*, in *Riv. Arb.*, 2003, 613 ss.; F. CARPI, *Arbitrato*, Bologna, 2001, 16; L. D'ALESSANDRO, *Arbitrato in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie*, in *Dizionario dell'Arbitrato*, a cura di N. IRTI, Torino, 1997, 53 ss.; F. GALGANO, *Il <mistero dell'equità>*, in *Contratto e Impresa*, 1996; F. GALGANO, *Diritto ed equità nel giudizio arbitrale*, in *Contratto e Impresa*, 1991, 461; P. LALIVE, *Le droit de l'arbitrage interne et International en Suisse*, Lausanne, 1989, 401; P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, IV, Napoli, 1968, 92.

# RELAZIONI A CONVEGNI

ARBITRATO LAVORISTICO

Tra l'altro, proprio per effetto della riforma del 2006 (cfr. l'art. 819-ter c.p.c.), non è più possibile che tra le due vie operi l'eccezione di litispendenza, che sarebbe un effetto naturale del ritenere il procedimento arbitrale un procedimento "paragiurisdizionale", diretto a produrre i medesimi effetti che potrebbe produrre un procedimento giurisdizionale. E ciò, in caso di "parallela" prosecuzione dell'arbitrato e del giudizio ordinario per la stessa "lite", può determinare effetti e possibili complicazioni non di poco conto.

Le ragioni per cui gli strumenti non sono effettivamente e pienamente alternativi sono molteplici.

Ma, al di là delle ragioni tecniche, credo che sia indispensabile non trascurare che l'arbitrato resta un procedimento privato (sulla natura puramente negoziale dell'arbitrato vedi, ad esempio: Cass., 2 luglio 2007, n. 14972), mentre la giurisdizione è una delle funzioni fondamentali di uno Stato (art. 102, 1° co., Cost.).

Arbitrato e processo giurisdizionale sono e resteranno, dunque, due mondi differenti.

Vengo ad affrontare specificamente la prima parte del mio intervento.

Quali sono le controversie arbitrabili?

Prima di iniziare la disamina, occorre premettere che - nella trattazione dell'individuazione delle controversie arbitrabili - non ha senso porsi il tema della distinzione tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale perché è difficile concludere a favore dell'arbitrabilità di un diritto disponibile in un caso e non nell'altro, e viceversa<sup>2</sup>.

## **2. La nuova formulazione dell'art. 806 c.p.c. Dalla <transigibilità> alla <disponibilità> del diritto: equivalenza concettuale e pratica?**

Anche per limiti di tempo, in merito ai concetti generali di transigibilità e disponibilità del diritto, richiamo la relazione tenuta dal prof. Cerrato il 23 aprile scorso, non senza ricordare in questa sede - perché quanto segue è utile per trattare, poi, la parte centrale della mia relazione - alcuni dati essenziali.

Occorre, in via preliminare, tentare di definire correttamente la nozione di <diritto disponibile>.<sup>3</sup>

L'analisi s'incentrerà, innanzitutto, su alcuni cenni normativi, per poi affrontare un'esemplificazione casistica.

---

<sup>2</sup> B. CAPPONI, *Contro il divieto di arbitrato su diritti disponibili*, cit.; E.GALLI FONSECA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro: bilancio e prospettive di riforma*, cit., 459 ss.

<sup>3</sup> E come ha ben evidenziato S. CHIARLONI, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, cit., 130: "Allora è sul concetto di indisponibilità che bisogna intendersi, avendo ben presente che il confine tra disponibilità e indisponibilità dei diritti è assai labile e incerto...".

# RELAZIONI A CONVEGNI

## ARBITRATO LAVORISTICO

L'art. 806 c.p.c., nel testo in vigore anteriormente alla riforma del 2006, definiva il concetto di disponibilità del diritto in correlazione con la <transigibilità> del medesimo<sup>4</sup>.

Oggi, sebbene la norma parli di diritto disponibile, la maggioranza della dottrina non ritiene, comunque, che sia mutato l'ambito oggettivo di compromettibilità delle controversie<sup>5</sup>.

Per tentare di meglio comprendere che cosa si debba intendere per <diritto disponibile>, un primo riferimento normativo utile è certamente costituito dall'art. 1966 c.c., secondo cui: *“Per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite. La transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti”*. Giunti al termine della presente disamina, comprenderemo meglio che questo è davvero il problema principale nel momento in cui si decide di mutare l'atteggiamento nei confronti dei contenziosi giuslavoristici, aprendo le porte all'arbitrato.

Volendo sintetizzare, possiamo dire che l'indisponibilità del diritto *“trova la sua giustificazione in due possibili fonti: la natura del diritto stesso, ovvero una specifica disposizione di legge”*<sup>6</sup>.

Tra i diritti della prima categoria *“di pura derivazione civilistica possono a buon diritto comprendersi quei soli diritti che direttamente attengono all'integrità fisica, alla libertà personale, allo status, alla capacità, al matrimonio ed alla separazione dei coniugi, e così via”*<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Il testo dell'articolo ante riforma prevedeva, infatti, che: *“Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte, tranne quelle previste negli artt. 429 e 459, quelle che riguardano questioni di stato e di separazione personale tra coniugi e le altre che non possono formare oggetto di transazione”*.

<sup>5</sup> Cfr., per tutti, S. CHIARLONI, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, cit., pag. 130, secondo cui la compromettibilità è *“data tutte le volte che la controversia sia transigibile”*. In senso contrario, vedi ad esempio G. F. RICCI, *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma*, cit. 762, secondo cui: *“Oggi comunque il problema è superato, giacché eliminando l'art. 806 c.p.c. ogni legame fra arbitrato e transazione e collegando il primo alla sfera dei diritti disponibili, diventa possibile la deduzione in arbitrato di ogni questione di carattere patrimoniale – e così pure l'accertamento dell'illiceità del contratto – per cui il disposto dell'art. 1972 c.c. non costituisce più alcun limite alla compromettibilità”*.

<sup>6</sup> F. CARPI, *Arbitrato*, cit., 16.

<sup>7</sup> Cfr. P. L. NELA, *Arbitrato irrituale*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Sergio Chiarloni, cit., 1589.

# RELAZIONI A CONVEGNI

ARBITRATO LAVORISTICO

Fra i diritti indisponibili per legge, invece, “*si possono annoverare quelle situazioni giuridiche che coinvolgono interessi di carattere pubblicistico, o terzi*”<sup>8</sup>.

L’individuazione dei diritti realmente indisponibili, peraltro, si complica perché si ritiene pacificamente che “*l’inderogabilità delle norme poste a tutela di determinati interessi, o della parte più debole, non implica necessariamente l’indisponibilità delle situazioni giuridiche soggettive che vi sottendono*”<sup>9</sup>.

E ciò, proprio con specifico riferimento all’ambito lavoristico, trova il suo riscontro puntuale nel disposto dell’art. 2113 c.c.. Appare utile, in proposito, ricordare “*la distinzione che il legislatore effettua fra inderogabilità della normativa e indisponibilità del diritto ai fini della sanzione, che per la prima, ex art. 2113 c.c., è l’annullabilità del titolo*”<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> F. CARPI, *Arbitrato*, cit., 16.

<sup>9</sup> F. CARPI, *Arbitrato*, cit., 16-17; vedi, inoltre: F. CORSINI, *L’arbitrato rituale nelle controversie individuali di lavoro*, in *Riv. Arb.*, 2003, 615. Per la giurisprudenza, vedi, ad esempio: App. Milano, 13 settembre 2002, in *Corr. Giur.*, 2003, 1626, secondo cui: “*Gli art. 806 c.p.c. e 1966 c.c. - che escludono dalla compromettibilità in arbitrati nazionali le controversie su «diritti» che, «per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti» - impediscono di compromettere le controversie aventi ad oggetto solo quei diritti - di regola, ma non sempre, personali o personalissimi - che sono irrinunciabili, intrasmissibili ed imprescrittibili (e dei quali perciò non si può disporre con transazione o compromesso), fermo restando che non tutte le norme imperative e neppure tutte quelle di ordine pubblico hanno ad oggetto diritti indisponibili potendo esse agire con comandi o divieti pur sempre perentori ma nel territorio dei diritti disponibili, che restano tali anche quando il loro esercizio sia «conformato» da una disciplina inderogabile che preveda, ad esempio, specifiche sanzioni di nullità di atti o fatti illeciti*”.

<sup>10</sup> F. CARPI, cit., 17. Per la giurisprudenza, vedi, ad esempio: Cass., sez. lav., 13 marzo 2009, n. 6221, secondo cui: “*Gli atti di disposizione, ai quali si applica la disciplina dell’art. 2113 c.c., debbono attenere alle conseguenze patrimoniali del mancato o irregolare versamento dei contributi e non già all’obbligo del datore di lavoro di corrispondere i contributi all’Inps, perché quest’obbligo non può mai venir meno per effetto di pattuizioni intercorse tra il datore di lavoro ed il lavoratore all’inizio o durante lo svolgimento del rapporto, essendo queste espressamente travolte dalla nullità ex art. 2115 c.c. ed inoperanti nei confronti dell’ente previdenziale*”; nonché: Cass., sez. lav., 18 aprile 2008, n. 10218, secondo cui: “*L’accordo transattivo sottoscritto dal lavoratore, che contenga una dichiarazione di rinuncia «all’eventuale risarcimento danni per qualsiasi titolo», può assumere il valore di rinuncia o di transazione, che il lavoratore ha l’onere di impugnare nel termine di cui all’art. 2113 c.c., alla condizione che risulti accertato, sulla base dell’interpretazione del documento o per il concorso di altre specifiche circostanze desumibili aliunde, che essa sia stata rilasciata con la consapevolezza di diritti determinati od obiettivamente determinabili e con il cosciente intento di abdicarvi o di transigere sui medesimi; ne consegue che il diritto al risarcimento del danno biologico (nella specie, inerente il morbo di Parkinson) che si assume esser derivato dal rapporto non può ritenersi rientrare nell’oggetto della transazione, essendo il danno in*

# RELAZIONI A CONVEGNI

ARBITRATO LAVORISTICO

In secondo luogo, viene in rilievo il disposto dell'art. 1972 c.c., secondo cui: “*E' nulla la transazione relativa a un contratto illecito<sup>11</sup>, ancorché le parti abbiano trattato della nullità di questo. Negli altri casi in cui la transazione è stata fatta relativamente ad un titolo nullo, l'annullamento di essa può chiedersi solo dalla parte che ignorava la causa di nullità del titolo*”.

L'applicabilità di questa norma anche alla materia arbitrale è, peraltro, controversa e ciò soprattutto perché, per effetto della riforma del 2006, è venuto meno il richiamo testuale tra compromettibilità della controversia e regole disciplinanti la transazione.

Secondo la teoria tradizionale, “*il contratto illecito, pertanto, investe dello stesso vizio la clausola compromissoria, ai sensi dell'art. 1972, comma 1°. Più problematico è il caso della clausola riguardante un contratto nullo perché <illegale>, che, a stare con l'art. 1972 appena citato, dovrebbe essere annullabile. Peraltro, la disponibilità, prevista ex lege, del diritto di annullamento, che non impedisce gli effetti del contratto se non viene fatto valere, suggerisce, sempre secondo questa impostazione, la piena transigibilità e, dunque, la compromettibilità delle controversie derivanti dal titolo annullabile*”<sup>12</sup>.

Esiste, peraltro, un orientamento più permissivo che – valorizzando la distinzione tra transazione e compromesso – afferma che “*la convenzione arbitrale sia ammissibile sul contratto nullo, a prescindere dal tipo di vizio. Infatti, mentre, per quanto riguarda la transazione, l'illiceità travolge le reciproche concessioni, nell'arbitrato, al contrario, gli arbitri sono chiamati ad accertare la nullità del titolo, e il loro giudizio è sottoposto al controllo del giudice ordinario attraverso le impugnazioni*”<sup>13</sup>.

Come correttamente rilevato, peraltro, seguendo quest'ultimo orientamento “*si giungerebbe ad ammettere una incompromettibilità ex post e secundum eventum litis, che non sembra viceversa compatibile con il sistema voluto dal legislatore*”<sup>14</sup>.

---

*questione accertato solo successivamente.*”

<sup>11</sup> L'illiceità va definita ai sensi dell'art. 1343 c.c., secondo cui: “*La causa è illecita quando è contraria a nome imperativo, all'ordine pubblico o al buon costume*”.

<sup>12</sup> F. CARPI, *Arbitrato*, cit., 18.

<sup>13</sup> F. CARPI, *Arbitrato*, cit., 18. Per la giurisprudenza, vedi, ad esempio: App. Milano, 13 settembre 2002, cit., secondo cui “*Le controversie che concernono la nullità di contratti per illiceità sono compromettibili ex art. 1972 c.c. dato che questa specifica norma si applica solo in tema di efficacia preclusiva del negozio transattivo e non per regolare l'arbitrato e dato che il compromesso non sana l'eventuale vizio dell'accordo contrattuale dedotto come invalido o illecito ma ne rimette agli arbitri la rilevazione*”.

<sup>14</sup> F. CARPI, *Arbitrato*, cit., 20.

# RELAZIONI A CONVEGNI

ARBITRATO LAVORISTICO

Peraltro, anche vista la prevalenza e specialità delle norme lavoristiche, riterrei di poter concludere – pur dopo la riforma dell'arbitrato nella materia lavoristica di cui al c.d. Collegato lavoro (L. 4 novembre 2010, n. 183) – per la condivisibilità dell'orientamento tradizionale, secondo cui: “...se è vero che gli arbitri possono conoscere della nullità del contratto, poiché questa non comporta l'invalidità del negozio compromissorio, tuttavia se la causa della nullità è l'illiceità, allora nonostante la validità della convenzione arbitrale, tuttavia il giudizio arbitrale non può aver luogo in ragione della non compromettibilità della questione sottoposta agli arbitri, poiché essa non può <formare oggetto di transazione>”<sup>15</sup>.

Il tema richiederebbe ben altro approfondimento, ma i limiti di tempo odierni non mi consentono di andare oltre.

### 3. Le materie non arbitrabili

Come è stato evidenziato da parte della dottrina<sup>16</sup>, interpretando l'art. 806 c.p.c. alla luce degli usuali canoni ermeneutici, non può non trarsi la conclusione che “non c'è un diritto quesito all'arbitrato in tema di diritti disponibili: il legislatore può sempre, e neppure in casi determinati che giustifichino una deroga, imporre un espresso divieto”.

Peraltro, è stato altresì evidenziato che qualsiasi normativa sul divieto di arbitrato dovrebbe essere interpretata nel senso che il divieto opererà esclusivamente per future clausole, ovvero in relazione a futuri negozi, e non certo con riferimento a quei contratti che, fondati su diversa normativa, dovrebbero considerarsi pienamente legittimi e bisognevoli soltanto di un'attività integrativa accessoria, a volte surrogabile dall'intervento dell'autorità giudiziaria ordinaria.

Ciò premesso, dare una definizione di <indisponibilità> al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge è tutt'altro che agevole.

Si è, pertanto, tentato di delimitare il concetto in negativo e così sostenendo<sup>17</sup> che:

(i) l'inderogabilità della norma non importa in via automatica l'indisponibilità del diritto;

(ii) non basta neppure che il legislatore comprima parzialmente il libero esercizio o la libera disponibilità del diritto (es. introduca limiti al potere di alienazione del bene), per potere parlare di indisponibilità e conseguente incompromettibilità;

(iii) occorre, altresì, distinguere il diritto primario, in ipotesi indisponibile (es., con riferimento all'ambito lavoristico, ad una retribuzione equa e proporzionale a fronte della prestazione lavorativa: art. 36 Cost.), dalle conseguenze risarcitorie che

<sup>15</sup> R. CARLEO, *Controversie non compromettibili*, cit., 274.

<sup>16</sup> B. CAPPONI, *Contro il divieto di arbitrato su diritti disponibili*, cit., reperito su [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

<sup>17</sup> F. CARPI, *Arbitrato*, cit., 20.

# RELAZIONI A CONVEGNI

ARBITRATO LAVORISTICO

derivino dalla sua lesione, vale a dire dal diritto secondario che ne scaturisce e che, di regola, è sempre disponibile, attenendo al patrimonio economico del soggetto;

(iv) non hanno, poi, alcun rilievo le regole di competenza o giurisdizione esclusiva, da confinarsi nell'ambito strettamente interno del processo statale;

(V) per ultimo, l'indisponibilità oggettiva non va sovrapposta alla carenza di legittimazione a disporre del diritto.

Con questi limiti ed esclusi i diritti c.d. personalissimi (alla vita, all'integrità fisica, al nome e così via), la disamina andrà fatta volta per volta, avendo sullo sfondo<sup>18</sup> il concetto dell'ordine pubblico.

Ciò premesso, tra gli espressi divieti di legge vanno, ad esempio, considerati:

(1) il divieto di arbitrato per le liti endosocietarie nelle società c.d. aperte (che colpisce la clausola compromissoria statutaria ex art. 34 D. Lgs. 5/2003);

(2) il divieto di compromesso per le liti coinvolgenti la Agenzia per l'erogazione in agricoltura, regioni e privati (di cui al d.m. 20 dicembre 2006), ove sia pendente un processo e non tutti i titolari della pluralità di liti connesse accettino;

(3) le liti endosocietarie per le quali è previsto l'intervento obbligatorio del P.M.;

(4) da rilevare che recentemente il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali nella circolare n. 28/2011, ha sostenuto che: *“conformemente con quanto già chiarito nella nota di questa Direzione generale prot. n. 14550 del 6 ottobre 2009, in ordine alla transigibilità di somme derivanti da sanzioni amministrative, con parere reso in data 18 maggio 2009 l'Avvocatura Generale dello Stato ha escluso che in materia di crediti derivanti da sanzioni amministrative possa procedersi ad atti transattivi, non potendo la sanzione amministrativa come tale, nel suo complesso, formare oggetto di tali accordi in quanto integrante un credito dello Stato, per sua natura sottratto alla disponibilità delle parti giusto disposto dell'art. 1966 c.c.”* configurando quindi un nuovo possibile caso di intransigibilità.

### **3.1 Distinzione a seconda che si verta in materia contrattuale o extracontrattuale?**

Quanto sinora esposto vale per ogni convenzione arbitrale, ossia tanto per le controversie in ambito contrattuale, quanto per le controversie di natura extracontrattuale?

Il dubbio è stato indotto dalla tecnica legislativa adottata nel 2006, per cui:

- l'art. 806 c.p.c. prima rubricato *“Compromesso”* è ora stato rubricato *“Controversie arbitrabili”*;

- l'art. 807 c.p.c. continua a disciplinare la sola forma del *“Compromesso”*;

---

<sup>18</sup> F. LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. Dir. Proc.*, cit., 705.

# RELAZIONI A CONVEGNI

## ARBITRATO LAVORISTICO

- l'art. 808 c.p.c. continua a disciplinare la sola forma della “*Clausola compromissoria*”;

- l'art. 808-bis c.p.c. disciplina specificamente la convenzione di arbitrato in materia extracontrattuale circoscrivendola alle “*controversie future*”.

*Quid per quelle già sorte?*

E', peraltro, prevalente la tesi secondo cui la controversia “*insorta*” possa essere anche quella che nasce, genericamente, da materia non contrattuale<sup>19</sup>.

Così com'è chiaro che la disponibilità del diritto costituisce – in materia contrattuale – il limite non solo per i compromessi (aventi a oggetto controversie già sorte), ma anche per le clausole compromissorie (aventi a oggetto controversie future).

#### **4. Le controversie arbitrabili in ambito lavoristico dopo il c.d. Collegato Lavoro**

Come ricordato in premessa, l'art. 808, 2° co., c.p.c., nel testo in vigore anteriormente alla riforma del 2006, poneva chiari limiti alla stipulazione di clausole compromissorie aventi ad oggetto controversie individuali di lavoro. Ai predetti limiti, si sommarono previsioni dettate da leggi speciali che, comunque, preservavano la possibilità delle parti di agire dinanzi all'autorità giudiziaria per la tutela dei loro diritti (ad esempio: arbitrato sui licenziamenti individuali di cui all'art 7 L. 604/1966 e art 5 L. 108/1990; arbitrato in materia di sanzioni disciplinari di cui all'art 7 L. 300/1970; art 5 L. 533/1973 che disciplina(va) l'arbitrato irrituale nelle controversie riguardanti i rapporti di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile).

Dopo la riforma del 2006, il vigente art. 806, 2° co., c.p.c. dispone esclusivamente che: “*Le controversie di cui all'art. 409 c.p.c. possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro*”.

La norma appena richiamata era, peraltro, rimasta inapplicata sino al recente intervento del 2010.

Il Collegato lavoro, modificando gli articoli 412, 412-ter e 412-quater c.p.c., prevede cinque nuove modalità di devoluzione delle controversie ad arbitri caratterizzate da disposizioni particolari in relazione all'arbitrabilità della controversia che – come sopra accennato - vanno ad aggiungersi alle previgenti fattispecie di arbitrati facoltativi previste dalle disposizioni legislative speciali (sopra citate).

Rimandando alla lettura delle norme per gli aspetti procedurali, che appaiono certamente meno interessanti e problematici, mi voglio soffermare in questa sede sulla previsione più innovativa del Collegato Lavoro in materia arbitrale, che a mio avviso è costituito dall'art. 31, 10° co., della L. 183/2010, secondo cui: “*In relazione alle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile, le parti contrattuali possono pattuire clausole compromissorie di cui all'articolo 808 del codice di*

<sup>19</sup> B. CAPPONI, *Contro il divieto di arbitrato su diritti disponibili*, cit., 1785.

# RELAZIONI A CONVEGNI

ARBITRATO LAVORISTICO

*procedura civile che rinviano alle modalità di espletamento dell'arbitrato di cui agli articoli 412 e 412-quater del codice di procedura civile, solo ove ciò sia previsto da accordi interconfederali o contratti collettivi di lavoro stipulati dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. La clausola compromissoria, a pena di nullità, deve essere certificata in base alle disposizioni di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, dagli organi di certificazione di cui all'articolo 76 del medesimo decreto legislativo, e successive modificazioni. Le commissioni di certificazione accertano, all'atto della sottoscrizione della clausola compromissoria, la effettiva volontà delle parti di devolvere ad arbitri le eventuali controversie nascenti dal rapporto di lavoro. La clausola compromissoria non può essere pattuita e sottoscritta prima della conclusione del periodo di prova, ove previsto, ovvero se non siano trascorsi almeno trenta giorni dalla data di stipulazione del contratto di lavoro, in tutti gli altri casi. La clausola compromissoria non può riguardare controversie relative alla risoluzione del contratto di lavoro. Davanti alle commissioni di certificazione le parti possono farsi assistere da un legale di loro fiducia o da un rappresentante dell'organizzazione sindacale o professionale a cui abbiano conferito mandato.”.*

Questa è la norma più importante e innovativa perché, mentre le forme di arbitrato introdotte nei novellati artt. 412 e 412-*quater* c.p.c. ineriscono ad ipotesi di compromessi o, comunque, di arbitrati facoltativi, l'art. 31, 10° cit. prevede l'introduzione di clausole compromissorie, che sembrerebbero poter essere anche non facoltative (come, invece, prevedeva espressamente l'art. 808, 2° co., c.p.c., anteriormente alla riforma del 2006), ad opera delle parti del contratto di lavoro<sup>20</sup>.

La norma assume un particolare rilievo, soprattutto considerando che i contratti collettivi dell'ordinamento post-corporativo sono contratti collettivi di diritto comune. Nella nostra tradizione giuridica, sinora il contratto collettivo è stato considerato come possibile fonte di norme anche per i soggetti non stipulanti e/o non aderenti alle organizzazioni sindacali e datoriali stipulanti solo in quanto di maggior favore (ad es., anche visto il precetto della retribuzione proporzionata alla qualità e quantità del lavoro ex art. 36 Cost., i contratti collettivi costituiscono parametro per il giudice al fine di determinare differenze retributive anche a favore di non aderenti alle organizzazioni sindacali stipulanti).

Invece, nel caso in esame, la contrattazione collettiva potrebbe essere fonte di una previsione restrittiva delle facoltà delle parti del rapporto di lavoro. Una restrizione particolarmente rilevante anche vista la previsione del diritto di azione ex art. 24 e del diritto ad un processo giusto ex art. 111, 2° co., Cost.

---

<sup>20</sup> Vedi, peraltro, infra le note 29 e 32.

# RELAZIONI A CONVEGNI

## ARBITRATO LAVORISTICO

Visto il richiamo operato all'art. 412 c.p.c. dall'art. 31, 10° co., cit., le parti potranno convenire nella materia lavoristica e con esclusione delle controversie relative alla risoluzione del contratto di lavoro, anche un arbitrato irrituale e di equità. E, vista la previsione dell'ultimo comma dell'art. 412 c.p.c., anche in questo caso: *“Il lodo emanato a conclusione dell'arbitrato, sottoscritto dagli arbitri e autenticato, produce tra le parti gli effetti di cui all'art. 1372 e all'art. 2113, quarto comma, del codice civile”*.

Il testo finale di legge, recependo e tenendo in parte conto dei rilievi di costituzionalità del Presidente della Repubblica del 31 marzo 2010 (atto camera n. 144 quater) ha posto qualche limite a tutela dei lavoratori. In particolare:

(1) la clausola compromissoria, a pena di nullità, deve essere certificata dagli organi di certificazione di cui all'art. 76 del D. Lgs. 276/2003<sup>21</sup>;

(2) le commissioni di certificazione devono accertare *“la effettiva volontà delle parti di devolvere ad arbitri le eventuali controversie nascenti dal rapporto di lavoro”*<sup>22</sup>;

(3) la clausola compromissoria non può essere pattuita e sottoscritta prima della conclusione del periodo di prova, ovvero se non siano trascorsi almeno trenta giorni dalla data di stipulazione del contratto di lavoro, in tutti gli altri casi; e, infine

(4) la clausola non può riguardare – come già ricordato in premessa – le controversie relative alla risoluzione del contratto di lavoro<sup>23</sup>.

Quanto precede costituisce una sufficiente garanzia per la parte debole del rapporto?

Personalmente ne dubito, perché è chiaro che – soprattutto nell'attuale momento di grave crisi del mercato del lavoro – solo le professionalità più qualificate potranno effettivamente negoziare l'adozione o meno di una clausola compromissoria in una fase, comunque, iniziale del rapporto, mentre tutte le altre figure saranno indotte a seguire la scelta adottata dalle organizzazioni sindacali e/o suggerita dal datore di lavoro che offra

<sup>21</sup> Questa previsione era già presente nell'ultima versione del disegno di legge.

<sup>22</sup> Questa previsione era già presente nell'ultima versione del disegno di legge. Come correttamente osservato da SIRO CENTOFANTI, *Accordi preventivi e accordi contingenti per la scelta delle forme di arbitrato nel collegato lavoro 2010*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2011, pag. 101: *“...la commissione dovrà accertare, ancor prima della volontà compromissoria, la consapevolezza da parte dei richiedenti, e quindi in particolare del lavoratore, del contenuto oggettivo e della portata delle prerogative di tutela giurisdizionale cui si rinuncia”*.

<sup>23</sup> Curiosamente, però, il Prof. Tiraboschi continua a difendere, sul punto, la versione precedente del disegno di legge, sostenendo che: *“Ancora meno fondata si ritiene poi la tesi di una illegittimità costituzionale basata sulla possibilità di derogare – con la decisione secondo equità – l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori in relazione alle conseguenze da riconnettere a un licenziamento illegittimo”* (cfr. *Collegato lavoro, cit.*, 44).

# RELAZIONI A CONVEGNI

ARBITRATO LAVORISTICO

una posizione di lavoro comunque interessante<sup>24</sup>.

L'unica vera tutela della parte debole sarebbe – a mio avviso - rappresentata dall'eventualità di potere concordare la soluzione arbitrale solo a controversia insorta<sup>25</sup>.

Del resto, non credo neppure che i datori di lavoro siano così entusiasti – una volta venuto meno il tema della possibilità di devolvere in arbitrato irrituale le controversie concernenti la risoluzione del rapporto di lavoro – di favorire l'inserimento nei contratti individuali di lavoro di una clausola compromissoria che, a tacer d'altro, pregiudica significativamente la possibilità di una tutela su più gradi.

Ciò premesso, appare utile evidenziare che le controversie previdenziali e assistenziali sono espressamente escluse dall'ambito delle controversie devolvibili al giudizio di arbitri<sup>26</sup>.

Se si considera che il carico delle sezioni lavoro dei Tribunali è significativamente condizionato dai contenziosi previdenziali (soprattutto in certi distretti giudiziari si arriva anche al 70% del carico complessivo)<sup>27</sup> quanto la riforma sia idonea a perseguire un genuino ed efficace fine deflattivo è facilmente intuibile.

Nel commentare le novità in materia introdotte dal Collegato Lavoro, in occasione del convegno organizzato dalla Camera Civile e dall'AGI il 17 gennaio 2011, ero partito dalla premessa che solo in relazione ai diritti disponibili fosse ammissibile l'arbitrato in materia lavoristica.

---

<sup>24</sup> L. GALLINO, *cit.*, 40.

<sup>25</sup> In senso contrario vedi: M. TIRABOSCHI, *Collegato lavoro*, *cit.*, 50, secondo cui la piena legittimità costituzionale della scelta arbitrale - pur nel caso delle clausole compromissorie previste dai contratti collettivi o dagli accordi interconfederali - sarebbe evidente “*dai lavori preparatori della Assemblea Costituente e, in particolare, dalle dichiarazioni del Presidente della Commissione incaricata di preparare il progetto di Costituzione, il quale ebbe a distinguere nettamente la sorte dei collegi da riconoscere come vere e proprie giurisdizioni speciali da quella degli arbitrati <in materia civile, che si formano per volontà delle parti, e si basano su loro facoltà e sul loro diritto, che non può essere disconosciuto>*”.

<sup>26</sup> E ciò in quanto, ai sensi dell'art. 147 delle disposizioni per l'attuazione e transitorie del c.p.c.: “*Nelle controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie sono privi di qualsiasi efficacia vincolante, sostanziale e processuale, gli arbitrati rituali, gli arbitrati irrituali, le collegiali mediche, quale ne sia la natura giuridica, e le conciliazioni stragiudiziali intervenute anteriormente o posteriormente alla proposizione dell'azione giudiziaria*”. E tale norma non è stata, in alcun modo, modificata dal Collegato Lavoro. Per la dottrina vedi, ad esempio: M. MISCIONE, *cit.*, pagg. 6-7; M. D'ALESSANDRO, *Arbitrato in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie*, *cit.*, 53.

<sup>27</sup> Basti ricordare che – secondo quanto riportato nella *Relazione del Ministero sull'amministrazione della giustizia negli anni 2008-2010 e primo trimestre 2011*, letta in occasione dell'inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2012, i procedimenti sopravvenuti in materia di lavoro davanti al Tribunale ordinario sono stati 284.465 (di cui 73.419 relativi al pubblico impiego) a fronte di ben 590.171 procedimenti in materia previdenziale.

# RELAZIONI A CONVEGNI

## ARBITRATO LAVORISTICO

Ebbi, poi, occasione di ritornare su questo tema e sulla tesi ora da approfondire durante un seminario organizzato dalla Scuola di dottorato dell'Università di Torino il 13 aprile dello scorso anno<sup>28</sup>.

Per l'intervento odierno sono ritornato sul tema anche tenendo conto di un autorevole dubbio, che mi è stato sottoposto, circa la necessaria disponibilità dei diritti oggetto di arbitrato lavoristico.

Come già evidenziato, l'art. 31, 10° co., della L. 183/2010 prevede che “*le parti contrattuali possono pattuire clausole compromissorie di cui all'art. 808 del codice di procedura civile...*”.

Un primo rilievo discende, dunque, dal richiamo operato all'art. 808 c.p.c., il quale limita espressamente l'ammissibilità della clausola compromissoria alle “*controversie che possono formare oggetto di convenzione di arbitrato*”.

Va, inoltre, considerato che l'art. 31, 10° co., cit. non richiama l'art. 806 c.p.c., ma al contempo la citata norma non è stata in alcun modo abrogata, e – dunque – credo debba essere tenuta presente anche al fine di individuare i limiti alla compromettibilità delle controversie in ambito anche lavoristico.

Si tratta, allora, di stabilire se il 2° comma dell'art. 806 c.p.c. debba e/o possa essere considerato separatamente e indipendentemente dal 1° comma della stessa norma.

La differenza non è di poco conto.

Nel caso in cui i due commi andassero letti congiuntamente, infatti, si potrebbe avere un arbitrato nelle controversie di cui all'articolo 409 c.p.c. solo se le stesse vertessero su diritti disponibili (e sulla nozione di disponibilità ci si è già soffermati nella premessa di questo intervento).

Nel caso in cui, invece il secondo comma avesse una propria autonomia, anche i diritti indisponibili potrebbero essere decisi tramite procedure arbitrali, ovviamente ove ciò sia previsto dalla legge (come ora è previsto) o dai contratti o accordi collettivi.

Seguendo questa opzione interpretativa, si potrebbe arrivare ad avere un arbitrato obbligatorio, irrituale, deciso secondo equità su diritti indisponibili<sup>29</sup>.

Non vi nascondo che questa ipotesi non solo non mi convince, ma mi preoccupa non poco.

---

<sup>28</sup> G. GIANCOTTI, *Cause di lavoro e arbitrato*, “L'autonomia privata: contesti, problemi, prospettive” ciclo di lezioni presso l'Università degli Studi di Torino, Dottorato in Diritto, Persona e Mercato, Torino, 13 aprile 2011.

<sup>29</sup> In senso contrario all'obbligatorietà dell'arbitrato vedi, ad es., C. MANDRIOLI, *Diritto Processuale Civile*, cit., 308-309, secondo cui la previsione di cui all'art. 5 della L. 533/1973, che espressamente faceva salva la possibilità per le parti di adire l'autorità giudiziaria, non sarebbe stata superata dal Collegato Lavoro. E ciò in quanto l'art. 31 cit., nel rimandare alle <modalità di arbitrato (irrituale)> diverse previste dai contratti e accordi collettivi di cui all'art. 412-ter c.p.c., avrebbe preservato la facoltatività dalla stessa prevista.

# RELAZIONI A CONVEGNI

## ARBITRATO LAVORISTICO

E' corretto ricordare che parte della dottrina - che pare essere a oggi minoritaria - ha ammesso (pur intervenendo sulla materia anteriormente alla riforma del 2010) la possibilità di un arbitrato lavoristico anche in ambito di diritti indisponibili<sup>30</sup>.

Altra parte della dottrina, che pare maggioritaria, ha invece interpretato l'articolo 806 nella sua completezza arrivando ad affermare che *“la presenza di una norma autorizzativa non consente di considerare arbitrabili le controversie di lavoro aventi ad oggetto diritti indisponibili”*<sup>31</sup>,

Può essere utile ricordare che anteriormente alla riforma del 2010:

- con specifico riferimento all'arbitrato irrituale, ai sensi dell'art. 5 comma 1° della L. 533/1973<sup>32</sup>, *“nelle controversie riguardanti i rapporti di cui all'art. 409 c.p.c. del codice di procedura civile l'arbitrato irrituale è ammesso soltanto nei casi previsti dalla legge ovvero dai contratti e accordi collettivi. In questo ultimo caso, ciò deve avvenire senza pregiudizio della facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria”*;

- le controversie in materia di previdenza ed assistenza, sono incompromettibili in quanto non è stato espressamente abrogato l'art. 147, 1° comma, disp. att. c.p.c., ai sensi del quale: *“Nelle controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie sono privi di qualsiasi efficacia vincolante, sostanziale e processuale, gli arbitrati rituali, gli arbitrati irrituali, le collegiali mediche, quale ne sia la natura giuridica, e le conciliazioni stragiudiziali intervenute anteriormente o posteriormente alla proposizione dell'azione giudiziaria”*.

Ricordo, infine, circa le forme di arbitrato introdotte dal Collegato Lavoro, che il legislatore ha delineato nei nuovi articoli 412, 412-ter e quater c.p.c., e nei nuovi commi 10 11 e 12 dell'articolo 31 del Dlgs 4 novembre 2010 n.183 cinque nuove tipologie di arbitrato con alcune caratteristiche comuni tra di loro, quali ad esempio che producono un lodo con gli effetti di cui al 1372 e di cui al 2113, 4° co., c.p.c., (lodo che quindi avrà efficacia contrattuale) e che sono irrituali, impugnabili ex art. 808-ter c.p.c.

<sup>30</sup> GVERDE, *Sul Monopolio dello Stato in tema di Giurisdizione*, cit. 384; Id., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 2006, 56.

<sup>31</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro: bilancio e prospettive di riforma*, cit., 460 ss; S. MENCHINI, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 5, 7; M. RUBINO SAMMARTANO, CASCIANO, *Arbitrato, Adr, conciliazione*, cit., 151; il tema si è anche posto anche in ambito societario cfr. Sul punto: C. PUNZI, *Il processo civile*, cit., 172; 1

<sup>32</sup> La norma non pare dover essere considerata implicitamente abrogata, come scrive C. PUNZI, *Op. cit.*, 126, commentando l'introduzione delle modifiche previste dal Collegato lavoro; secondo l'Autore queste ultime hanno lasciato immutato sia le norme dettate nel titolo VIII del libro IV del c.p.c. per la species rituale, sia quelle previsioni legislative collocate: *“extra codicem, preesistenti alla novella del 1998 e dedicate all'arbitrato irrituale, ossia in particolare, l'art. 5, comma 1, l.n. 533/1973...”*.

# RELAZIONI A CONVEGNI

ARBITRATO LAVORISTICO

sia pure davanti al Tribunale in unico grado in funzione di giudice del lavoro nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato<sup>33</sup>.

Il lodo, una volta decorso il breve termine di impugnazione di trenta giorni dalla notificazione dello stesso, potrà ottenere l'esecutività mediante l'omologazione del Tribunale che ne accerta preventivamente la sola regolarità formale.

## 5. Varie tipologie introdotte dal Collegato Lavoro

Procederò a una breve e generale disamina di ogni singola fattispecie arbitrale recentemente introdotte con il Collegato Lavoro<sup>34</sup>.

Prima fattispecie. La prima tipologia è prevista dall'articolo 412 c.p.c. e prevede un arbitrato da celebrarsi davanti alla commissione di conciliazione prevista dall'articolo 411 c.p.c.. E' previsto infatti che laddove quest'ultima non dovesse riuscire a trovare una soluzione bonaria alla controversia *“le parti possano indicare la soluzione, anche parziale, sulla quale concordano, e possono accordarsi per la risoluzione della lite, affidando alla commissione di conciliazione il mandato a risolvere in via arbitrale la controversia”*.

Con il conferimento del mandato, le parti dovranno anche indicare il termine per l'emanazione del lodo (che non potrà superare i sessanta giorni dal conferimento del mandato, spirato detto termine, il mandato sarà da considerarsi revocato), le norme invocate dalle parti a sostegno delle loro pretese e l'eventuale richiesta di decidere secondo equità. Il lodo così emanato, sottoscritto dagli arbitri e autenticato, produrrà tra le parti gli effetti di cui agli articoli 1372 e 2113, 4° comma, c.c. e sarà impugnabile ai sensi dell'articolo 808-ter c.p.c.

La scelta del legislatore prevede che in caso di tentativo di conciliazione, o al termine del medesimo se negativo, le parti possano affidare alla commissione che ha esperito il tentativo di conciliazione, il mandato arbitrale.

L'elemento caratterizzante (in contro tendenza rispetto a quanto previsto invece recentemente dal legislatore per il tentativo di conciliazione obbligatoria nel processo civile<sup>35</sup>), a mio avviso, è che si prevede che lo stesso organo che ha esperito il tentativo di conciliazione può divenire “l'organo” arbitrale incaricato di risolvere la controversia con il lodo e manca una disciplina sul punto della inutilizzabilità, nel successivo corso

<sup>33</sup> R. MURONI, *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Corriere Giuridico* 2/2011, 274.

<sup>34</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'Arbitrato*, cit., 419 ss.; A. PESSI, *Le novità in tema di arbitrato e di conciliazione in materia di lavoro*, cit. 2696 e ss.; C. ARRIGONI, *Gli arbitrati delineati dal “collegato lavoro” e primi attuazioni* cit. 885 ss.; G. Ianniberto, *Le nuove regole del rapporto di lavoro dopo la l. 4 novembre 2010, n. 183*, cit., 5.

<sup>35</sup> G. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, cit., 646.

# RELAZIONI A CONVEGNI

ARBITRATO LAVORISTICO

dell'arbitrato, di quanto è stato appreso dal conciliatore, divenuto arbitro nel corso del tentativo di conciliazione<sup>36</sup>.

Quanto sopra non può essere spiegato quale dimenticanza da parte del legislatore in quanto l'articolo 411 c.p.c. chiaramente statuisce che, ove il tentativo di conciliazione sia stato richiesto dalle parti, al ricorso depositato ex articolo 415 c.p.c. debbano essere allegati memorie e verbali concernenti il tentativo di conciliazione.

Come è stato messo in luce<sup>37</sup> *“l'errore è grave se si riflette che ai sensi dell'articolo 411 c.p.c. la commissione deve formulare una proposta al termine del procedimento di conciliazione; in sostanza la stessa commissione che ha ascoltato le parti, valutato le rispettive ragioni e il grado di “resistenza” di ciascuna sulle proprie posizioni, formulato una proposta, all'improvviso dovrebbe mutare ruolo e divenire colei che deve decidere della controversia.*

*La disciplina sembra violare uno dei principali requisiti della materia arbitrale, l'imparzialità e terzietà dell'arbitro, che abbia già conosciuto o reso pareri sulla lite”.*

Seppure in dottrina si sia già trovato una soluzione a detto problema, in quanto *“l'articolo 412 c.p.c. prevede che sia conferito il mandato alla commissione individuata come organo e non nella sua composizione soggettiva e quindi sarà dunque necessario e sufficiente che l'organizzazione degli uffici di conciliazione preveda una separazione tra coloro che compongono le commissioni di conciliazione e coloro che compongono gli eventuali collegi arbitrali”*<sup>38</sup>.

Tuttavia, la normativa evidenziata, se non interpretata alla stregua di quest'ultimo suggerimento potrà comportare seri problemi al momento della circolazione del lodo all'estero in base alla convenzione di New York, e se si riflette sull'ipotesi che il lodo veda coinvolta una branch italiana di una società estera (sovente priva in Italia di un patrimonio effettivamente aggredibile) il problema appare di assoluto rilievo<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> G CANALE, *Arbitrato e Collegato Lavoro*, cit., 574.

<sup>37</sup> G CANALE, *Arbitrato e Collegato Lavoro*, cit., 575.

<sup>38</sup> G CANALE, *Arbitrato e Collegato Lavoro*, cit., 575.

<sup>39</sup> Discostandomi molto brevemente dal tema centrale del mio intervento, rilevo che il problema della mancanza di terzietà ed indipendenza di arbitri che svolgano preliminarmente un ruolo di mediazione è tema vivamente dibattuto in ambito di arbitrato internazionale. In Cina, ad esempio, molti procedimenti arbitrali (tra cui anche quello CIETAC, che è il più utilizzato), prevedono una prima udienza in cui il panel arbitrale è chiamato a cercare una mediazione tra le parti. Nel caso in cui quest'ultima fallisca si procederà con l'arbitrato, il cui panel è composto dai medesimi soggetti che avrebbero dovuto cercare la conciliazione (sul punto si invita ad analizzare il recente regolamento arbitrale CIETAC (reperibile su <http://www.cietac.org/index.cms>). In Cina, la preferenza per la conciliazione è dovuta anche ad aspetti storico-culturali, ed un sistema arbitrale così congeniato è sicuramente efficiente in una realtà giuridica (sul punto per una prima disamina: M. DONADIO, *La disciplina*

# RELAZIONI A CONVEGNI

## ARBITRATO LAVORISTICO

Seconda fattispecie. Una seconda fattispecie “c.d. Arbitrato sindacale” è prevista dall’articolo 412-ter c.p.c. rubricato “*altre modalità di conciliazione e arbitrato previste dalla contrattazione collettiva*”. È stato messo in luce dalla dottrina<sup>40</sup> che detta fattispecie, pare essere più in linea con la tradizione giuslavoristica, l’articolo citato prevede infatti che: “*la conciliazione e l’arbitrato, nelle materie di cui all’articolo 409, possono essere svolti altresì presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative*”. Si è voluto lasciare quindi un’ampia autonomia alle parti sociali che potranno individuare le forme ed i limiti più idonei agli specifici giudizi arbitrali.

La terza fattispecie. L’articolo 412-quater c.p.c. disciplina in dettaglio la procedura necessaria per detto arbitrato, anch’esso di fonte legislativa, in cui è necessaria la scelta delle parti, a cui resta tuttavia “*la facoltà di adire l’autorità giudiziaria e di avvalersi delle procedure di conciliazione e di arbitrato previste dalla legge*”. Non pare necessaria una precostituzione collettiva, in quanto detta manifestazione di volontà avverrà a lite già insorta al fine di devolvere la controversia al collegio disciplinato ai sensi del medesimo art. 412-quater c.p.c. che sarà composto da un rappresentante di ciascuna delle parti e da un terzo membro, in funzione di presidente, scelto di comune accordo dagli arbitri di parte tra i professori universitari di materie giuridiche e gli avvocati ammessi al patrocinio innanzi alla Corte di Cassazione.

La quarta fattispecie. Ho già avuto modo di analizzare questa tipologia (di cui all’art. 31, 10° co., L. 183/2010) nel paragrafo precedente di questo intervento a cui, pertanto, rimando.

La quinta fattispecie. Infine la quinta modalità è stata introdotta con l’articolo 31, comma 12, L. 183/2010, che configura un’ipotesi di arbitrato amministrato, di natura irrituale, innanzi alle camere arbitrali istituite presso i predetti organi di certificazione, non sono invece previste disposizioni particolari con riguardo alle condizioni di arbitrabilità delle controversie.

---

*dell’arbitrato della repubblica popolare cinese*, cit. 88 ss. Tuttavia al momento del riconoscimento del lodo cinese all’estero si sono registrati casi in cui le corti si sono rifiutate di concedere l’*exequatur* in quanto la corte arbitrale avendo tentato la di conciliazione ed essendosi troppo esposta nel corso della stessa non pareva poi aver potuto dare un giudizio terzo ed imparziale. Ad esempio nel caso Gao Hayan v Keeneye Holdings Ltd in cui la corte di primo grado di Hong Kong non ha riconosciuto un lodo arbitrale emesso da un panel cinese ( Per il successivo appello davanti alla Court of Appeal di Hong Kong si veda <http://www.herbertsmith.com/NR/rdonlyres/086E1C16-CCEB-4367-A20A-362F4F5996BF/24253/1208HongKongCourtofAppealallowsenforcementofChines.htm>; [http://legalref.judiciary.gov.hk/lrs/common/ju/ju\\_frame.jsp?DIS=79457&curpage=T](http://legalref.judiciary.gov.hk/lrs/common/ju/ju_frame.jsp?DIS=79457&curpage=T)).

<sup>40</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico dell’Arbitrato*, cit., 140 e segg.

# RELAZIONI A CONVEGNI

ARBITRATO LAVORISTICO

## 5.1 Ma quali controversie sono effettivamente devolvibili in arbitrato di lavoro?

Concludendo il mio intervento e aderendo alla tesi che ritiene ancora la disponibilità del diritto una pre-condizione dell'ammissibilità dell'arbitrato anche in ambito lavoristico, credo che si possa affermare che:

(i) certamente non sono compromettibili diritti, relativi al contratto di lavoro subordinato, discendenti da norme di ordine pubblico<sup>41</sup> (ad es.: sicurezza e igiene sul luogo di lavoro; tutela della maternità; parità e non discriminazione tra i sessi, tutela degli invalidi etc.);

(ii) direi che sono – invece – compromettibili diritti di natura squisitamente ed esclusivamente patrimoniale (ad es.: differenze retributive; vedi, peraltro, le problematiche nei casi infra sub iii e iv);

(iii) molto più problematiche sono, poi, tutte quelle controversie in cui gli aspetti meramente patrimoniali si associano a diritti c.d. personalissimi e di rilevanza anche costituzionale (ad es.: differenze retributive e qualifica, unite ad una rivendicazione di discriminazione per ragioni di sesso; ovvero, differenze retributive per straordinari e notturni, unite a profili connessi alla sicurezza sul luogo di lavoro)<sup>42</sup>. Per questi diritti sarei, invero, propenso a escludere la loro compromettibilità in arbitri;

(iv) altrettanto problematico, infine, è il tema delle controversie relative all'accertamento di un rapporto di lavoro subordinato e/o delle relative differenze retributive, a cui si accompagnino domande concernenti obblighi previdenziali od assistenziali. Vista la persistente vigenza dell'art. 147 delle disposizioni per attuazione del c.p.c., il problema non è di facile soluzione, a meno di non sostenere la compromettibilità parziale delle predette controversie, ovvero con esclusivo riferimento ai profili di accertamento del rapporto di lavoro subordinato e delle relative spettanze retributive<sup>43</sup>. Anche in tale eventualità rimarrebbe, comunque, forte il rischio derivante dal contrasto tra decisioni (di diversa natura ed efficacia).

Dalla disamina precedente discende che – una volta ammessa la devolvibilità in

---

<sup>41</sup> Vedi, per tutti: S. MENCHINI, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 7.

<sup>42</sup> L. GALLINO, cit., 114.

<sup>43</sup> Ai sensi del vigente art. 819-ter, 1° comma, c.p.c., norma relativa agli arbitrati rituali: “*La competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice*”. Il problema si potrebbe configurare come più complesso in caso di arbitrato irrituale. Infatti, si deve ricordare che, prima dell'introduzione - a far data dal 1° marzo 2006 - dell'art. 669-quinquies c.p.c., dalla natura irrituale dell'arbitrato si faceva discendere l'intervenuta rinuncia alla tutela giurisdizionale statale, con conseguente inammissibilità della tutela cautelare. In difetto, dunque, di una norma che risolva espressamente il caso indicato sub (iv) si potrebbero, invero, presentare situazioni di gravi conflitti tra giurisdizione statale e tutela arbitrale.

# RELAZIONI A CONVEGNI

ARBITRATO LAVORISTICO

arbitrato delle controversie lavoristiche, senza mantenere, come era ante 2006, la facoltatività della relativa opzione<sup>44</sup> - diventa assolutamente cruciale la scelta in merito alla tipologia (rituale o irrituale) dell'arbitrato, nonché quella relativa alla regola di giudizio applicata (diritto o equità)<sup>45</sup>.

Ma sul punto, viste le relazioni tenute durante la prima giornata di questo corso, non possono che richiamare le nozioni già chiarite dai relatori che mi hanno preceduto.

## 5.2 Le impugnazioni: brevi cenni

Al termine di questo intervento sembra necessario fare un accenno anche ad uno degli aspetti più controversi della riforma, le impugnazioni. Tema di grande importanza e sui cui interverrà il 28 maggio l'Avv. Marco Weigmann.

Per ragioni di tempo ci si concentrerà sul tema che più sembra delicato e problematico e quindi quali siano i rimedi esperibili in caso di lodi emanati in seguito a procedimenti arbitrali rituali o irrituali di equità, cercando anche di delineare quali potrebbero essere le conseguenze se questi dovessero vertere su diritti indisponibili.

La riforma, infatti, pare privilegiare la scelta dell'arbitrato d'equità come sostiene lo stesso Prof. Michele Tiraboschi, che è certamente uno degli "artefici" della riforma.

Egli, infatti, scrive: *"La stessa possibilità, che le parti decidano che la controversia sia decisa secondo equità, su cui tanto si è discusso, è conseguenza naturale della natura irrituale dell'arbitrato"*<sup>46</sup>.

Nel suo successivo volume, poi, ribadisce questa tesi: *"La limitata impugnabilità del lodo e la stessa possibilità di opzione delle parti per una decisione secondo equità sono, a ben vedere, corollario della natura irrituale dell'arbitrato e della connessa natura contrattuale del lodo"*<sup>47</sup>.

Quando ho letto queste affermazioni sono rimasto molto perplesso.

---

<sup>44</sup> Come già ricordato, ai sensi dell'art. 808, 2° comma, c.p.c. nel testo in vigore prima della riforma del 2006: *"Le controversie di cui all'art. 409 possono essere decise da arbitri solo se ciò sia previsto nei contratti e accordi collettivi di lavoro purché ciò avvenga, a pena di nullità, senza pregiudizio della facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria. La clausola compromissoria contenuta in contratti o accordi collettivi o in contratti individuali di lavoro è nulla ove autorizzi gli arbitri a pronunciare secondo equità, ovvero dichiarare il lodo non impugnabile"*.

<sup>45</sup> Sul particolare rilievo di quest'ultima, cfr. E. F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, cit., 955, secondo cui non rilevarebbe tanto il rapporto tra arbitrabilità della controversia e carattere disponibile *"dell'oggetto in lite, perché mi pare che di tale oggetto si disponga non tanto mediante la scelta di un arbitro in luogo di un giudice togato, quanto mediante la scelta di un giudizio di equità in luogo del giudizio di diritto"*.

<sup>46</sup> M. TIRABOSCHI, *Guida al Lavoro*, cit., 12.

<sup>47</sup> M. TIRABOSCHI, *Collegato Lavoro*, cit., 46.

# RELAZIONI A CONVEGNI

## ARBITRATO LAVORISTICO

E', infatti, a tutti noto che non esiste alcuna correlazione – né “naturale”, né normativa<sup>48</sup> - tra arbitrato irrituale e regola di giudizio (diritto o equità) applicata dagli arbitri<sup>49</sup>.

Francesco Galgano, nel 1991, così scriveva: “Sono almeno duemila e trecento anni che si discute dell’equità (a partire, quanto meno, da quando Aristotele scrisse l’*Etica Nicomachea*); sono almeno duemila e cento anni che si giudica secondo equità (a partire, per quanto ne sappiamo, dal praetor romano). E tuttavia che cosa sia, propriamente, il giudizio secondo equità resta ancora un mistero”<sup>50</sup>.

E, poiché Francesco Galgano è stato uno dei più autorevoli giuristi, avvocati e arbitri italiani, credo che le sue parole non possano essere certo prese sottogamba.

Dovendo sintetizzare, e richiamando la relazione del Prof. Montalenti durante lo scorso incontro, possiamo dire che si contrappongono due nozioni di equità<sup>51</sup>.

L’equità c.d. sostitutiva, secondo cui “l’equità ricerca la giustizia del caso concreto secondo criteri non giuridici”<sup>52</sup> e l’equità c.d. integrativa, secondo cui “l’equità è considerata, piuttosto che come potere di creare diritto, come potere di adattare il diritto già esistente alle speciali esigenze del caso singolo, nello spirito della

---

<sup>48</sup> Una correlazione è, invece, dettata dal legislatore in materia di arbitrato rituale dall’art. 822 c.p.c., secondo cui: “*Gli arbitri decidono secondo le norme di diritto, salvo che le parti abbiano disposto con qualsiasi espressione che gli arbitri pronunciano secondo equità*”. La dottrina maggioritaria esclude che questa norma possa applicarsi all’arbitrato irrituale. In difetto dell’applicabilità di tale norma, comunque, rimane impregiudicata la scelta tra regola di diritto e regola di equità per l’arbitrato irrituale.

<sup>49</sup> Per la dottrina, peraltro, vedi: P. TOSI, *cit.*, 1172 secondo cui: “*Pervero, la concezione stessa di un giudizio secondo equità (che nell’arbitrato rituale si contrappone al giudizio secondo diritto) appare intrinsecamente contraddittoria rispetto al giudizio arbitrale irrituale; il quale è, o dovrebbe essere, nell’ordinamento processuale, una determinazione contrattuale che gli arbitri assumono in luogo delle parti, cioè una determinazione di contenuto squisitamente <transattivo>*”; L. D’ALESSANDRO, *Arbitrato in materia di lavoro*, in *Dizionario dell’Arbitrato*, *cit.*, 25 e segg. Come abbiamo, in precedenza, ricordato, secondo l’art. 5 della L. 533/1973 l’arbitrato (facoltativo) irrituale veniva considerato ammissibile solo ove il lodo, comunque, rispettasse le disposizioni inderogabili di legge ovvero dei contratti o accordi collettivi. L’art. 808, 2° comma, c.p.c., nel testo in vigore anteriormente alla riforma del 2006, poi, stabiliva la nullità della clausola compromissoria contenuta in contratti o accordi collettivi o individuali di lavoro che autorizzasse gli arbitri (rituali) a pronunciare secondo equità, ovvero che dichiarasse il lodo non impugnabile.

<sup>50</sup> F. GALGANO, *Diritto ed equità nel giudizio arbitrale*, *cit.*, 461; dello stesso autore vedi anche: *Il <mistero dell’equità>*, *cit.*, 401.

<sup>51</sup> P. PETRONE – A. M. MATTEUCCI, *Giudizio di equità*, *cit.*, 295.

<sup>52</sup> E’ la definizione di uno dei più noti arbitri internazionali viventi, P. LALIVE, *Le droit de l’arbitrage interne et International en Suisse*, *cit.*, 401.

# RELAZIONI A CONVEGNI

ARBITRATO LAVORISTICO

*codificazione vigente*<sup>53</sup>.

Anche alla luce del messaggio del Presidente della Repubblica e visto il testo finale di legge – che espressamente salvaguarda il “rispetto dei principi generali dell’ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari”<sup>54</sup> – non credo possa sussistere alcun dubbio nell’affermare che l’equità rilevante nel nostro caso è l’equità c.d. integrativa<sup>55</sup>.

Da rilevare che la scelta fatta dal legislatore nelle controversie lavoristiche di introdurre, con il Collegato Lavoro, cinque nuove tipologie di arbitrato irrituale si riflette in maniera rilevante nella valutazione dei rimedi esperibili contro il lodo.

Se non fossimo in ambito lavoristico, il lodo irrituale in caso d’inadempimento costringerebbe la parte creditrice a promuovere un giudizio ordinario per fare valere – come per qualsiasi altro contratto - l’inadempimento della parte debitrice, ovvero per essere annullato richiederebbe (dopo la riforma del 2006) la promozione di un giudizio ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 808-ter c.p.c..

In ambito lavoristico, già nell’impostazione del codice di procedura civile, era peraltro chiaro che non appariva equo e opportuno costringere la parte creditrice a un nuovo giudizio potenzialmente destinato a durare per tre gradi.

E’ per questa ragione che la normativa prevista dall’art. 412-*quater* c.p.c., introdotta dalla riforma del 1998 (e attualmente dettata dal 10° co.), ha previsto un meccanismo d’impugnazione in unico grado per le controversie aventi a oggetto la validità del lodo irrituale di lavoro e la possibilità, a seguito dell’impugnazione ovvero decorso senza impugnazione il termine di trenta giorni dalla notificazione del lodo, di depositarlo presso la cancelleria del Tribunale nella cui circoscrizione è la sede dell’arbitrato al fine di fargli acquistare - analogamente a un verbale di conciliazione in sede giudiziale - efficacia esecutiva.

Dunque, il lodo irrituale di lavoro costituisce nella nostra tradizione processuale civile un *tertium genus* (non essendo soggetto alle regole del lodo rituale, ma non applicandosi neppure allo stesso tutte le regole proprie del lodo irrituale).

Nessuna variazione rilevante sul punto è intervenuta ad opera del Collegato Lavoro.

Parte della dottrina ha preso in considerazione questo aspetto rilevando che<sup>56</sup>:

<sup>53</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, cit., 92.

<sup>54</sup> Cfr. il novellato art. 412, 2° comma, n. 2, c.p.c., come introdotto dall’art. 31, comma 5° del Collegato Lavoro.

<sup>55</sup> In senso conforme vedi: M. TIRABOSCHI, *Collegato lavoro*, cit., 43. Per la giurisprudenza, vedi, ad esempio: Cass., Sez. I, 7 maggio 2003, n. 6933, in *Foro it.*, 2003, I, pag. 3023 e segg., secondo cui: “Ove gli arbitri siano autorizzati a pronunciare secondo equità, non può trovare ingresso come motivo di impugnazione del lodo l’error in iudicando”.

<sup>56</sup> Mi riferisco, in particolare, all’articolo dei colleghi L. FAILLA E F. ROTONDI pubblicato nella *Guida al Lavoro*, cit., 27.

# RELAZIONI A CONVEGNI

ARBITRATO LAVORISTICO

“Sparisce dal testo definitivo della riforma l'inciso che aveva suscitato maggiori perplessità prima del rinvio alle Camere del provvedimento e cioè la possibilità che l'impugnazione del lodo, ai sensi dell'art. 808-ter, potesse essere effettuata anche in deroga a quanto previsto dai commi 4 e 5 dell'art. 829 c.p.c., se ciò fosse stato previsto nel mandato. A tale riguardo, va osservato che l'art. 829 c.p.c. prevede, specificamente, che l'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto è sempre possibile nelle controversie di lavoro e che il lodo, sempre nelle controversie di lavoro, è soggetto all'impugnazione anche per violazione dei contratti o accordi collettivi. La deroga, quindi, avrebbe ampliato enormemente l'autonomia delle parti limitando l'impugnazione del lodo”<sup>57</sup>.

La conclusione mi fa sorgere più di un dubbio.

E', infatti, pacifico, che “il lodo irrituale non è dichiarato nullo, da parte di un giudice incaricato di esercitare un particolare sindacato di valore impugnatorio, come invece è il lodo rituale viziato; esso è annullabile, come un qualsiasi contratto, <dal giudice competente>...”<sup>58</sup> e ciò per i motivi previsti dall'art. 808-ter c.p.c., che sono – in sintesi – tutti *errores in procedendo*, nonché per i motivi che potrebbero essere fatti valere dalle parti contro qualsiasi determinazione contrattuale (errore, violenza o dolo), ovvero a causa della falsa rappresentazione della realtà da parte degli arbitri<sup>59</sup>. Azione di annullamento che, *ex art.* 1442 c.c., si prescrive in cinque anni.

Né, del resto, mi pare che l'art. 412-*quater* c.p.c. – come riformato dal Collegato Lavoro - abbia in alcun modo ampliato la possibilità d'impugnazione di cui alla prima norma, così da includervi la censura delle parti ove gli arbitri non abbiano rispettato i criteri di equità o le norme di diritto rilevanti nella controversia devoluta in arbitrato<sup>60</sup>.

Inoltre, i casi di nullità e i conseguenti motivi d'impugnazione di cui all'art. 829 c.p.c. riguardano pacificamente ed esclusivamente i lodi rituali<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> In senso conforme vedi: F. RUSCONI, *Arbitrato, clausole compromissorie, decisione secondo equità*, in *L. 183/2010, Conoscerla per resistere*, cit., 36. Cfr., inoltre: M. DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del lavoro: conciliazione facoltativa ed arbitrato liberalizzato*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2011, 69.

<sup>58</sup> P. L. NELA, cit., 1634.

<sup>59</sup> Per la giurisprudenza, vedi, ad esempio: Cass., Sez. I, 19 ottobre 2006, n. 22374, in *Giust. civ.*, 2007, I, 2176, secondo cui: “Il lodo arbitrale irrituale non è impugnabile per errori di diritto, ma solo per i vizi che possono vulnerare ogni manifestazione di volontà negoziale, come l'errore, la violenza, il dolo o l'incapacità delle parti che hanno conferito l'incarico e dell'arbitro stesso”; nonché Trib. Novara, 30 giugno 2010, che afferma: “In materia di arbitrato irrituale, il lodo può essere impugnato solo per errore, violenza, dolo, ovvero falsa rappresentazione della realtà da parte degli arbitri; colui che impugna il lodo deve, pertanto, dimostrare in concreto l'errore in cui è incorso l'arbitro nell'apprezzamento della realtà.”.

<sup>60</sup> Cfr., in senso conforme: P. TOSI, *Op. cit.*, 1171-1172.

<sup>61</sup> Cfr., in senso conforme: P. TOSI, *Op. cit.*, 1173. Vedi, inoltre, con riferimento alla disciplina

# RELAZIONI A CONVEGNI

## ARBITRATO LAVORISTICO

Se la mia premessa è corretta, credo che la ragione per cui il testo precedente è stato emendato dipenda dalla circostanza che il legislatore si è accorto che avrebbe generato una confusione senza precedenti l'adozione di una formula che avesse mischiato – sotto il punto di vista delle ragioni di contestazione (attraverso impugnazione o azione di annullamento) dei lodi – i due diversi istituti dell'arbitrato rituale e dell'arbitrato irrituale.

Stando così le cose, ove le parti devolvessero la controversia a un arbitrato irrituale di equità, salvo l'azione d'annullamento *ex art. 808-ter* c.p.c. per i motivi in precedenza ricordati, resterebbe – a mio avviso - privo di rimedio l'eventuale errore nell'applicazione da parte del collegio arbitrale della regola di giudizio rilevante nel caso concreto<sup>62</sup>.

Se, infatti, è vero che gli artt. 412, 2° co., n. 2 e 412-*quater*, 3° comma, c.p.c. (secondo cui, comunque, nell'arbitrato irrituale d'equità vanno rispettati i principi generali dell'ordinamento e i principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari) pongono una chiara indicazione a favore dell'equità c.d. integrativa, è peraltro indubbio che l'art. 808-*ter*, 2° comma, c.p.c. non ha a oggetto motivi di annullamento del lodo irrituale per ragioni di merito, a meno di non “forzare” la previsione del n. 4 (“*se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo*”).

Va, peraltro, considerato che parte della dottrina ritiene che, con la formula del n. 4 cit., ci si riferisca esclusivamente alle invalidità formali<sup>63</sup>.

---

arbitrale generale: P. L. NELA, *cit.*, 1647-1648, secondo cui all'arbitrato irrituale “*Sicuramente non si applicano... i Capi III (sul procedimento arbitrale, a parte l'art. 818, relativo ai limiti al giudizio cautelare degli arbitri), IV (sul lodo) e V, sulle impugnazioni*”.

<sup>62</sup> Del resto, la giurisprudenza maggioritaria esclude che il giudicante, chiamato a decidere secondo equità, commetta abuso di potere se giudica secondo diritto. Vedi, ad es.: Cass., Sez. Un., 11 novembre 1991, n. 12014, in *Foro it.*, 1992, I, 2442, secondo cui “*In tal caso, lungi dal commettere un eccesso di potere (denunciabile come tale, cioè come error in procedendo ai sensi dell'art. 360, n. 4), il Conciliatore implicitamente ha ritenuto coincidenti i due <ordinamenti>, quello positivo e quello fondato sui valori obiettivi e sociali di equità e non deve esporre alcuna ragione per dimostrare che la decisione è conforme all'equità*”.

<sup>63</sup> Cfr., per tutti: P. L. NELA, *cit.*, 1642, nota n. 36, secondo cui: “*Si noti, infatti, come la nuova norma formuli <condizioni di validità del lodo> e non <condizioni di fondatezza> del lodo. E d'altro canto sarebbe davvero troppo ardita l'introduzione nel nostro ordinamento del sindacato sul lodo irrituale per motivi di diritto sostanziale, non accompagnata da una previsione chiara in tal senso*”. In senso conforme: P. TOSI, *cit.*, 1171. In senso contrario: M. TIRABOSCHI, *Collegato Lavoro, cit.*, 48, secondo cui: “*...ove le parti intendano delegare al collegio la soluzione arbitrale secondo equità, dovranno comunque essere rispettati i principi generali dell'ordinamento ed i principi formatori della materia derivanti anche dall'ordinamento comunitario: ove la decisione non rispettasse tali principi, il lodo sarebbe annullabile ex art. 808-ter, n. 4 c.p.c. avendo violato i limiti stabiliti dal compromesso, o dalla clausola*

# RELAZIONI A CONVEGNI

ARBITRATO LAVORISTICO

Ciò premesso, concordiamo con quella parte della dottrina<sup>64</sup> che sostiene che gli arbitri non possono decidere se non su controversie concernenti la fase pregressa del rapporto di lavoro e ciò, del resto, appare coerente anche con i limiti dettati dall'art. 2113 c.c. per le rinunce e le transazioni aventi per oggetto diritti inderogabili del prestatore di lavoro<sup>65</sup>.

Nel caso di arbitrato rituale, il dettato dell'articolo 829<sup>66</sup> c.p.c. è piuttosto chiaro nell'individuare nel procedimento previsto dagli articoli 828 – 830 c.p.c. lo strumento per far valere eventuali vizi del lodo.

Con riferimento all'arbitrato irrituale, è stato messo in luce<sup>67</sup> che l'articolo 808-ter: “prevede solo motivi di annullabilità del lodo, per cui mi sembra che dovrebbe emergere come dato pacifico almeno il fatto che restano fuori dallo suo spettro i motivi di nullità. Tra questi è indubbio che si debbano richiamare i motivi che si possono trarre dall'art. 1418 c.c., tra cui spicca qui la violazione di norme imperative, rispetto alla quale è palese la differenza tra lodo rituale e lodo irrituale, posto che, evidentemente, solo rispetto a quello è concepibile una sanatoria ove il vizio non sia fatto valere ai sensi dell'art. 829, 3° comma, c.p.c. nell'ambito dell'impugnazione per nullità da proporsi nel termine di cui all'art. 828 c.p.c.

*Inoltre, il lodo libero può risultare nullo per cause relative al patto compromissorio irrituale o al mandato.*

*Se il contratto di transazione o di accertamento [ed il ragionamento sembra*

---

*compromissoria”;* nonché D. BORGHESI, *L'arbitrato del lavoro dopo la riforma*, cit., 829.

<sup>64</sup> M. TIRABOSCHI, *Collegato Lavoro, Commento alla legge 4 novembre 2010*, cit., 48.

<sup>65</sup> Per la giurisprudenza, cfr., ad es.: Cass., sez. lav., 26 maggio 2006, n. 12561, in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 2006, 695, secondo cui: “*Riguardo a **diritti già maturati**, il negozio dispositivo integra una mera rinuncia o transazione, rispetto alla quale la dipendenza del diritto da norme inderogabili comporta, in forza dell'art. 2113 c.c., l'annullabilità dell'atto di disposizione, ma non la sua nullità; nei confronti di **diritti ancora non sorti o maturati** la preventiva disposizione può comportare, invece, la nullità dell'atto, poiché esso è diretto a regolamentare gli effetti del rapporto di lavoro in maniera diversa da quella fissata dalle norme di legge o di contratto collettivo (principio applicato dalla suprema corte in controversia in cui la decisione di merito, concernente conciliazione giudiziale con rinuncia dei lavoratori ai diritti e all'azione inerenti a presunta intermediazione di manodopera, non era stata adeguatamente censurata non essendo stato dedotto, neanche in sede di legittimità, che l'azione dei lavoratori fosse diretta a far valere la nullità di un atto di disposizione di diritti non ancora maturati e comunque non essendo stato fatto valere lo specifico principio di diritto in base a cui può dedursi in determinate situazioni la nullità e non la semplice annullabilità)”.*

<sup>66</sup> Pare utile ricordare che l'art. 829 c.p.c. stabilisce che il lodo arbitrale di lavoro sia sempre impugnabile per violazione di norme di legge, anche non di ordine pubblico, nonostante eventuali previsioni contrarie delle parti; e aggiunge, che il lodo è impugnabile per contrarietà ai contratti collettivi e ciò vista la valenza dell'art. 36 cost. non sorprende.

<sup>67</sup> C. BOVE, *l'arbitrato irrituale dopo la riforma*, cit., par. 5.

# RELAZIONI A CONVEGNI

ARBITRATO LAVORISTICO

doversi applicare, nel nostro caso anche alle clausole compromissorie] *stipulato a monte tra le parti non ha effetto, ad esempio perché stipulato in relazione a diritti indisponibili ... o per qualsiasi altro motivo, detta inefficacia implica inevitabilmente la nullità del successivo lodo libero, senza che lo svolgimento del procedimento arbitrale possa provocare alcuna sanatoria. L'assunto rappresenta una logica conseguenza dell'inquadramento strutturale dell'arbitrato libero: se questo non è altro che un arbitraggio applicato ad un contratto di soluzione della lite, evidentemente il responso del terzo non può stare in piedi da sé ove il contratto a cui quel responso dovrebbe accedere risulta nullo o inefficace. E' inevitabile, quindi ... che l'art 808-ter si riferisca solo al caso in cui il patto compromissorio irrituale sia annullabile, emergendo così, ancora una volta, una netta differenza rispetto all'arbitrato rituale, nell'ambito del quale, invece, visto il combinato disposto degli articoli 817, 3° comma, e 829, 1° comma, n. 1) c.p.c., anche la totale carenza della convenzione di arbitrato si sana attraverso lo svolgimento del processo nel cui ambito l'interessato non abbia rilevato il vizio nella sua prima difesa...*”.

Da quanto sopra parrebbe potersi desumere che, per questa parte della dottrina, l'azione da esperire, nel caso di un lodo emanato al termine di un procedimento arbitrale irrituale su di un diritto indisponibile, sia una azione ordinaria volta all'accertamento della nullità dello stesso, in quanto l'articolo 808-ter c.p.c. si riferisce solo ai casi di annullabilità.

Altra parte della dottrina<sup>68</sup> mette in luce che è discusso se l'elencazione contenuta all'articolo 808-ter c.p.c. sia o meno esaustiva (e, quindi, se l'impugnazione possa essere fatta direttamente tramite l'articolo 808-ter e non attraverso un'ordinaria azione di nullità) sottolineando che “*in tema di impugnazione del lodo irrituale (di lavoro) il tema si arricchisce per il richiamo contenuto negli articoli 412, 4 comma e 412 quater c.p.c. e dell'articolo 2113*” e che: “*la nuova norma introdotta dal legislatore non aiuta, poiché vi è l'espresso riferimento all'impugnazione ai sensi dell'articolo 808-ter c.p.c. seguita peraltro dall'inciso «sulle controversie aventi ad oggetto la validità del lodo», che ripropone, nella sostanza, il testo precedente e, dunque, i dubbi e le perplessità già segnalate*”<sup>69</sup>. Anche questa parte della dottrina riconosce tuttavia che “*un primo punto sul quale vi è sostanziale concordia, consiste nella possibilità che il lodo venga impugnato per nullità derivante da inarbitrabilità della lite...*”

Dobbiamo, infine, brevemente ricordare che la sentenza pronunciata in unico grado dal Tribunale, a seguito dell'impugnazione contro il lodo irrituale *ex art. 412-quater c.p.c.*, è ricorribile per cassazione<sup>70</sup>. Naturalmente, vista la natura irrituale del

<sup>68</sup> G CANALE, *Arbitrato e collegato lavoro*, cit. , 587.

<sup>69</sup> E. ZUCCONI GALLI FONSECA, cit., 473.

<sup>70</sup> Vedi, ad esempio: Cass., Sez. Lav., 2 febbraio 2009, n. 2576, in *Foro it.*, *Mass.*, 2009, 167; nonché Cass., Sez. Lav., 4 marzo 2008, n. 5863, in *Not. Giur. Lav.*, 2008, 73.

# RELAZIONI A CONVEGNI

ARBITRATO LAVORISTICO

lodo ed i limiti del giudizio dinanzi alla Suprema Corte, non è ammessa nemmeno in cassazione la sindacabilità delle valutazioni di merito affidate alla discrezionalità degli arbitri<sup>71</sup>, né la ricostruzione e valutazione delle circostanze di fatto e la loro riconducibilità alla fattispecie rilevante per l'emissione del lodo.

## 6. Conclusioni

Mi auguro che la disamina che abbiamo compiuto vi possa essere, almeno in parte, utile ove dobbiate come arbitri affrontare dubbi interpretativi analoghi a quelli che abbiamo visto questo pomeriggio.

Volendo riprendere la premessa e, tenuto conto dei limiti all'arbitrabilità delle controversie derivanti dall'indisponibilità di certi diritti e/o dalle caratteristiche processuali perseguite per la tutela degli stessi (che rendono lo strumento arbitrale idoneo), certamente comprendiamo che l'arbitrato rappresenta una reale e importante alternativa alla giurisdizione statale solo in un ambito circoscritto di controversie.

Dunque, e senz'altro, non è lo strumento che potrà consentire di curare i gravi mali da cui è affetta la giustizia in Italia.

D'altronde, è uno strumento che potrebbe essere utilizzato molto meglio e, dunque, la diffusione della cultura arbitrale può certamente costituire un elemento di ausilio importante.

---

<sup>71</sup> Ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c. costituisce motivo di ricorso per cassazione “*la violazione o falsa applicazione di norme di diritto e dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro*”.

# SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

## SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

### **NORMATIVA**

**Golden share** – Il D.L. 15 marzo 2012, n. 21, recante “*Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni*” è stato convertito in Legge con modificazioni, dopo l’approvazione del testo al Senato in data 9 maggio 2012. Obiettivo della disposizione d’urgenza è stato quello di “*modificare la disciplina normativa in materia di poteri speciali attribuiti allo Stato nell’ambito delle società privatizzate*”, collegandola ai settori di attività di queste ultime e non più alla sussistenza di una partecipazione diretta di capitale pubblico nel loro azionariato.

Il testo di Legge è in via di pubblicazione in *Gazzetta ufficiale*.

### **INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE**

#### **MINISTERO DELL’ECONOMIA E DELLE FINANZE**

**Schema di D. Lgs. recante attuazione della Direttiva 2010/73/UE** – Il Ministero dell’Economia e delle Finanze ha diffuso per la consultazione lo *Schema* di D. Lgs. per l’attuazione della Direttiva 2010/73/UE, la quale ha introdotto semplificazioni in merito al prospetto da pubblicare per l’offerta pubblica o l’ammissione alla negoziazione di strumenti finanziari (modificando così la Direttiva 2003/71/CE). Inoltre, la Direttiva è intervenuta in tema di armonizzazione degli obblighi di trasparenza informativa per gli emittenti di valori mobiliari quotati (variando il disposto della Direttiva 2004/109/CE).

L’emanando D. Lgs. reca modifiche:

- al Tuf, completando quanto già regolamentato dalla Consob con delibera 18079 del 20 gennaio 2012;
- al Codice civile, e segnatamente agli artt. 2412, per l’emissione di obbligazioni, e 2441 per gli aumenti di capitale;

# SEGNALAZIONI

## DIRITTO COMMERCIALE

- al D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, ripristinando all' art. 25 *ter* il reato di falso in prospetto e falsità nelle relazioni o comunicazioni dei responsabili della revisione legale.

Lo *Schema* di Decreto e la correlata *Relazione illustrativa*, resi noti in data 10 maggio 2012, sono disponibili sul sito [www.assonime.it](http://www.assonime.it) e sono in pubblica consultazione sino al 20 maggio 2012.

### ASSONIME

**Nuovo regime dei controlli nelle s.r.l.** – L'Assonime ha divulgato il *Caso n. 3* del 2012 concernente le prime applicazioni – in concomitanza con le assemblee di rinnovo degli incarichi triennali in scadenza – della nuova disciplina dei controlli nelle s.r.l.

Il testo del *Caso n. 3/2012* dell'Assonime è reperibile sul sito [www.assonime.it](http://www.assonime.it).

### GIURISPRUDENZA

**Reato ex art. 2632 c.c. e responsabilità di soci e sindaci** – Con due recenti pronunce – la prima di autorizzazione di sequestro conservativo *ex art.* 671 c.p.c. nei confronti di amministratori, soci e sindaci di una s.p.a. fallita e la seconda in merito al reclamo da costoro presentato avverso tale provvedimento cautelare – il Tribunale di Roma si è espresso in merito al reato di formazione fittizia del capitale sociale previsto dall'art. 2632 c.c. ed alle correlate responsabilità per i componenti degli organi sociali.

Nel caso di specie, il capitale sociale di una s.r.l. è stato incrementato al fine della successiva trasformazione in s.p.a. mediante imputazione di una riserva di rivalutazione effettuata su un bene immateriale (*software*) iscritto tra le immobilizzazioni, rivelatosi privo di valore in sede fallimentare avendo il curatore rinunciato alla liquidazione *ex art.* 104 *ter* l.f. Con riferimento alla posizione dei sindaci, il primo Giudice ha osservato che “*il mancato rilievo dell'inesistenza della garanzia costituita dal capitale sociale e l'omissione delle opportune iniziative dirette a rimuovere tale situazione, tanto più grave, quanto più evidente era la mancanza di corrispondenza alla realtà della spropositata rivalutazione dell'unico cespite che rappresentava, in sostanza, l'intero attivo del patrimoniale della società medesima, non può che considerarsi una violazione*” dell'art. 2403 c.c., con conseguente responsabilità *ex art.* 2407 c.c. Con la successiva ordinanza, il Tribunale ha accolto il reclamo del socio che durante l'assemblea deliberante il predetto aumento di capitale non ha effettuato alcun conferimento “*limitandosi ad approvare la proposta, elaborata dall'organo amministrativo, di aumento del capitale sociale*”. Lo stesso Tribunale, al contrario, ha respinto il reclamo dei sindaci, in quanto essi non devono “*limitarsi alla verifica dell'esistenza fisica dei documenti posti a supporto dell'operazione straordinaria, ma anche della idoneità dei medesimi a fornire quel livello minimo qualità e quantità informativa necessaria a valutare la correttezza dell'intera operazione*”.

# SEGNALAZIONI

## DIRITTO COMMERCIALE

Il provvedimento cautelare del 3 novembre 2011 e l'ordinanza del 20 febbraio 2012 del Tribunale di Roma sono consultabili sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

**Cancellazione della società dal Registro delle Imprese e giudizi pendenti** – La Corte d'Appello di Milano – con riferimento all'appello proposto avverso una s.a.s. estinta a seguito della cancellazione volontaria dal Registro delle Imprese tra i due gradi di giudizio – ha rilevato che l'art. 2495 c.c. “*contiene un riferimento alla sola proposizione ex novo della domanda giudiziale*” e che “*nulla dispone con riguardo alle liti pendenti*”. Del ché, prosegue la Corte, “*l'impossibilità di identificare un successore nel processo e nella res litigiosa in caso di estinzione della società per l'intervenuta cancellazione e, dunque, di un soggetto legittimato a stare in giudizio, nei cui confronti poter proseguire il processo, instaurando il giudizio d'impugnazione, viola non soltanto il principio di eguaglianza, ex art. 3 Cost. [...] ma viola, altresì, i canoni fondamentali del giusto processo e del diritto alla difesa e alla tutela giurisdizionale ex artt. 24 e 111 Cost.*”, concludendo per la rimessione degli atti alla Corte Costituzionale, sollevando questione di legittimità costituzionale degli artt. 2495 c.c. e 328 c.p.c.

L'ordinanza del 18 aprile 2012 della Corte di Appello di Milano è reperibile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

**Fallimento e credito della società di leasing** – In un giudizio di opposizione ex art. 98 l.f., il Tribunale di Milano ha accolto l'orientamento interpretativo per il quale, ex art. 72 quater l.f., in caso di fallimento dell'utilizzatore, la società di leasing ha diritto “*nel limite del valore effettivo del bene, al recupero sì del capitale residuo, dovendosi però intendere per capitale residuo il capitale compreso nelle sole rate con scadenza successiva alla data della dichiarazione di fallimento e non anche le quote di capitale delle rate scadute e non pagate fino alla data del fallimento, che invece rimarrebbero oggetto di un credito di natura concorsuale unitamente a tutti gli interessi maturati fino alla data del fallimento e all'eventuale capitale residuo (quote capitale delle rate a scadere) non coperto dal realizzo del bene*”. Inoltre, il Tribunale ha stabilito in un anno dallo scioglimento del rapporto il termine massimo per la ricollocazione del bene locato, qualora si tratti di un immobile, onde evitare che l'ammissione al passivo del credito della società di leasing risulti condizionata indefinitamente.

Il decreto del 24 aprile 2012 del Tribunale di Milano è disponibile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

**Ricettazione prefallimentare e bancarotta fraudolenta per distrazione** – La Corte di Cassazione ha specificato che il delitto di ricettazione prefallimentare, di cui all'art. 232 l.f., si differenzia dal concorso in bancarotta fraudolenta per distrazione, in quanto il primo caso si configura in capo al terzo fornitore “*solo in mancanza di un accordo con l'imprenditore dichiarato fallito*”, laddove, viceversa, “*il fatto del terzo non fallito che*

# SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

*distragga beni prima del fallimento, d'accordo con l'imprenditore, è punibile a titolo di concorso di bancarotta fraudolenta".*

Corte di Cassazione penale, 27 aprile 2012, n. 16062.

**Competenza territoriale per la dichiarazione di fallimento** – La Suprema Corte ha precisato che, ai sensi dell'art. 9 l.f., il tribunale competente a dichiarare il fallimento è quello in cui l'imprenditore ha la propria sede principale, "*che si presume coincidente con la sede legale fino a quando non risulti dimostrato che la sede effettiva si trovi, alla data di presentazione dell'istanza di fallimento, ubicata altrove*", e che per sede effettiva "*deve intendersi il centro della attività direttiva, amministrativa, organizzativa dell'impresa e di coordinamento dei fattori produttivi, senza che rilevi il luogo in cui l'impresa svolge l'attività di produzione, qualora non coincida con quello in cui si svolge l'attività organizzativa*". Nel caso di specie, si è ritenuto individuare tale sede effettiva – coincidente con la sede legale – nel luogo in cui "*si è tenuta la assemblea sociale che ha deliberato lo scioglimento volontario della società, e dal quale proviene ed è indirizzata tutta la corrispondenza intrattenuta dal liquidatore [...] con i creditori in ordine al soddisfacimento delle loro ragioni*", differente dal luogo in cui si svolgeva l'attività di produzione e commercializzazione dei prodotti aziendali.

Corte di Cassazione, 7 maggio 2012, n. 6886.

# SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

## SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

### NORMATIVA

#### **Fabbricati gruppo D, aggiornati i coefficienti per l'IMU**

Il Ministero dell'economia e delle finanze ha proceduto all'aggiornamento dei coefficienti per la determinazione del valore dei fabbricati di cui all'articolo 5, comma 3, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 504, agli effetti dell'imposta municipale propria (IMU) dovuta per l'anno 2012.

*(Decreto del 5 apr. 2012, in G.U. n. 85 dell'11.04.12 )*

#### **Valute estere. Mese di marzo 2012. Quotazioni**

L'agenzia delle entrate ha emanato il Provvedimento, con relative tabelle allegate, recante - ai sensi dell'art. 10, comma 9, del Tuir e agli effetti degli articoli dei Titoli I e II, dello stesso Tuir, che vi fanno riferimento - l'accertamento del cambio delle valute estere per il mese di marzo 2012.

*(Agenzia delle entrate, Provvedimento prot. n. 2012/56154 del 20 apr. 2012)*

### INDICAZIONI INTERPRETATIVE E INDICATIVE

#### **Valutazione delle partecipazioni conferite**

L'Agenzia delle entrate ha precisato che il criterio di valutazione delle partecipazioni ricevute a seguito del conferimento, previsto dall'art. 177, comma 2 del TUIR ai fini della determinazione del reddito del soggetto conferente, non assume rilievo nel caso in cui dall'operazione emergano minusvalenze. Dette minusvalenze sono realizzate e quindi fiscalmente riconosciute solo in presenza di un valore normale delle partecipazioni nella società scambiata inferiore al rispettivo costo fiscale.

N.B. Il c. 2 precitato prevede che le partecipazioni ricevute a seguito di conferimenti in società, mediante i quali la società conferitaria acquisisce il controllo di un'altra società ovvero incrementa la sua percentuale di controllo, ai fini della determinazione del reddito del conferente, sono valutate in base alla corrispondente quota di patrimonio netto formato dalla società conferitaria per effetto del conferimento.

*(Agenzia delle entrate, ris. n. 38 del 20 apr. 2012)*

#### **Utilizzo di autoveicoli immatricolati in Svizzera da parte di soggetti residenti in Italia**

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 10/2012

# SEGNALAZIONI

## DIRITTOTRIBUTARIO

L'Agenzia delle dogane ha precisato che il passaggio ai valichi di persone con residenza nella UE alla guida di autovetture immatricolate in paesi terzi (es. Svizzera), in esonero totale dal pagamento dei dazi all'importazione (e di conseguenza dell'IVA, ai sensi dell'art. 67 del D.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633), è consentito solo nei seguenti casi:

### 1. Uso a titolo occasionale e di emergenza

Tale fattispecie consente l'utilizzo dell'autoveicolo immatricolato all'estero da parte dei soggetti residenti nell'UE per un periodo massimo di cinque giorni; non comporta alcuna contestazione a carico dei medesimi, purché sussistano e siano debitamente giustificate e comprovate le motivazioni dell'utilizzo dell'autoveicolo.

### 2. Mezzo di trasporto in locazione

Il relativo contratto deve essere stato stipulato con azienda estera avente per oggetto sociale la locazione di autoveicoli per uso privato ed esibito all'autorità doganale all'atto dell'ingresso nella UE. L'utilizzo di detto mezzo è consentito per un termine massimo di otto giorni dalla data di stipulazione del contratto stesso.

### 3. Utilizzo sistematico per motivi di lavoro di autoveicoli e altri mezzi di trasporto immatricolati all'estero

L'esonero è concesso per un biennio su formale istanza da presentare preventivamente, anche con e-mail, a cura dell'interessato (lavoratore di nazionalità italiana alla guida di automobili di proprietà di impresa svizzera), all'autorità doganale competente (Uffici delle dogane di frontiera: Como, Varese e Tirano), al fine dell'ottenimento di apposita autorizzazione alla guida del mezzo.

Pertanto, l'utilizzo senza l'autorizzazione doganale, da parte di un residente in Italia di un'auto immatricolata in paesi terzi, comporta la denuncia per contrabbando sin dall'atto di ingresso nel territorio UE, ai sensi dell'art. 216 del T.U.L.D. (D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43), l'applicazione di una sanzione da due a dieci volte i diritti doganali gravanti sul valore del mezzo di trasporto (dazio e IVA) e la confisca del mezzo stesso.

*(Agenzia delle dogane, nota n. 56256 del 7 maggio 2012)*

## GIURISPRUDENZA

**Per impugnare il diniego il contribuente deve provare l'assenza dell'abuso di diritto**

La Cassazione ha sancito la non impugnabilità, se il contribuente non allega i documenti che provano l'assenza di un abuso del diritto nell'operazione che vuole porre in essere, del provvedimento con il quale il fisco rifiuta la disapplicazione delle norme antielusive.

*(Cassazione, sentenza n. 5843 del 13 apr. 2012)*

**ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI DI CASALE MONF.TO**  
**UNIVERSITA' DEL PIEMONTE ORIENTALE "A. AVOGADRO"**  
**FACOLTA' DI ECONOMIA – SEDE DI CASALE MONFERRATO**

**CONVEGNO – 26 MAGGIO 2012**

8.45 Registrazione dei partecipanti

9.00 Saluto del Presidente dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Casale Monferrato, *Dott. SEVERINO SCAGLIOTTI*

***BILANCIO E DICHIARAZIONE DEI REDDITI DELL'ESERCIZIO 2011.***

Moderatore: *Dott. ROBERTO D'IMPERIO*, Dottore Commercialista, Consigliere del CNDCEC

9.10 **Le novità civilistiche del bilancio 2011**

*Prof.ssa MAURA CAMPRA – Ordinario di Economia Aziendale Università del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro", Dottore Commercialista*

10.00 **Le novità fiscali del bilancio 2011**

*Dott. CARLO PESSINA – Dottore Commercialista, Pubblicista.*

10.50 Break

11.10 **Studi di settore e nuove metodologie di accertamento**

*Dott. ANDREA BONGI - Dottore Commercialista, Pubblicista.*

12.00 **Il nuovo redditometro**

*Dott. MAURO NICOLA – Membro della Commissione Imposte Dirette del CNDCEC, Dottore Commercialista, Pubblicista*

La partecipazione al convegno attribuisce quattro crediti formativi ai Dottori Commercialisti e agli Esperti contabili.

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

# IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

**ItaliaOggi**

ItaliaOggi Editori - Erinne srl – Via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano  
Telefono 02/58219.1 – Telefax 02/58317598 – email: mlongoni@class.it  
Direttore responsabile ed editore Paolo Panerai (02/58219209)

**Tariffe abbonamenti:** euro 120, 00  
(abbonamento annuale 24 numeri)

Per la sottoscrizione di nuovi abbonamenti telefonare al numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196 allegando, oltre alla richiesta di abbonamento con i propri dati anagrafici, fotocopia dell'assegno non trasferibile intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano, oppure fotocopia del bonifico bancario intestato a Banca Popolare di Milano, agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano – IBAN IT58N0558401700000000047380

**Distribuzione:** ItaliaOggi Editori - Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano, numero verde 800-822195.

Vendita esclusiva per abbonamento.

**Servizio Abbonamenti:** per inform azioni e/o segnalazioni comporre il numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196.

**Concessionaria esclusiva per la pubblicità:** Class Pubblicità, via Marco Burigozzo 8 – 20122 Milano Tel. 02/58219500-23 – Fax: 02/58219560 - Executive Chairman: Andrea Mattei - Chief Executive Officer: Fabrizio Masini - Deputy Chairman Digital: Gianalberto Zaponini.

## IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

Registrazione al Tribunale di Milano n. 618 del 8-11-2002 – Direttore Responsabile: Paolo Panerai

© Tutti i diritti sui dati, le informazioni, i materiali contenuti nella rivista sono riservati a ItaliaOggi Editori - Erinne srl; è vietato pertanto, in via meramente esemplificativa e comunque non esaustiva, copiare, vendere, rivendere e comunque sfruttare a fini commerciali il contenuto della rivista, o di una sua qualunque parte, senza il consenso scritto di ItaliaOggi Editori - Erinne srl.