

Anno 11 – Numero 5

6 marzo 2013

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

# IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

## IN QUESTO NUMERO:

- SRL
- CONCORDATO PREVENTIVO
- APPALTI

**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 Reviglione, 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**

Alessandro Bollettinari, Luca Caravella, Marco Casavecchia, Salvatore Zarba

# INDEX-ABSTRACT

	<i>Pag.</i>
<b>RELAZIONI A CONVEGNI</b>	
<i>La s.r.l.: un tipo societario “senza qualità”?</i> di <b>Oreste Cagnasso</b>	7
<b>DIRITTO FALLIMENTARE</b>	
<i>La tutela, anche conservativa, dei diritti e il concordato preventivo</i> di <b>Luca Caravella</b>	23
<b>PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA</b>	
<i>Appalti privati e pubblici. Assicurazione della R.C. e garanzie pubblicistiche</i> di <b>Marco Casa vecchia</b> e <b>Salvatore Zarba</b>	50
<b>COMMENTI A SENTENZE</b>	
<i>Le Sezioni Unite sul potere del giudice ex articolo 1421 c.c.</i> (Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza n. 14828, 4 settembre 2012) di <b>Alessandro Bollettinari</b>	62
<b>SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE</b>	79
<b>SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO</b>	82
<b>INFORMAZIONE CONVEGNI</b>	87
<b>MODALITÀ DI ABBONAMENTO</b>	88

# SOMMARIO

## RELAZIONI A CONVEGNI

### **La s.r.l.: un tipo societario “senza qualità”?**

*La s.r.l., fin dalle sue origini e in modo sempre più accentuato via via nel tempo, e tanto più oggi, può essere utilizzata nei contesti più vari fino a stravolgerne i caratteri originali. L'Autore delinea l'ambito di applicazione del tipo e individua vari problemi interpretativi conseguenti.*

di **Oreste Cagnasso**

## DIRITTO FALLIMENTARE

### **La tutela, anche conservativa, dei diritti e il concordato preventivo**

*L'Autore analizza l'evoluzione degli effetti e i limiti, anche temporali, dell'apertura della procedura concorsuale minore sui diritti di tutti i creditori e sul debitore.*

di **Luca Caravella**

## PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

### **Appalti privati e pubblici. Assicurazione della R.C. e garanzie pubblicistiche**

*Gli Autori pongono a confronto il contratto di appalto privato e quello pubblico per quanto concerne le relative assicurazioni e garanzie.*

di **Marco Casavecchia e Salvatore Zarba**

## COMMENTI A SENTENZE

### **Le Sezioni Unite sul potere del giudice ex art. 1421 c.c.**

**(Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza n. 14828, 4 settembre 2012)**

*Il giudice di merito ha il potere di rilevare, dai fatti allegati o provati o emergenti ex actis, ogni forma di nullità non soggetta a regime speciale e, provocato il contraddittorio sulla questione, deve rigettare la domanda di risoluzione, volta ad invocare la forza del contratto. Pronuncerà con efficacia idonea al giudicato sulla questione di nullità ove, anche a seguito di rimessione in termini, sia stata proposta la relativa domanda*

di **Alessandro Bollettinari**

# INDEX-ABSTRACT

	<i>Pag.</i>
<b>REPORTS ON CONFERENCES</b>	
<b>The Private Limited Company: a Corporate Type “without any quality”?</b> <i>The Private Limited Company, since its inception and then over the time, and even more so nowadays, can be used in the most varied contexts in order to distort the original features. The Author outlines the scope of this corporate type and identifies a number of problems of interpretation that usually arise.</i> by <b>Oreste Cagnasso</b>	7
<b>BANKRUPTCY LAW</b>	
<b>The Protection (even Conservative) of Rights and the ‘Composition with Creditors’</b> <i>The Author examines the evolution of effects and the limits (even in terms of time) of the opening of this insolvency proceeding on the rights of all creditors and the debtor.</i> di <b>Luca Caravella</b>	23
<b>PUBLIC ADMINISTRATION AND ENTERPRISES</b>	
<b>Private and Public Procurement Contracts. Liability Insurance and Public Guarantees</b> <i>The Authors compare the private procurement contract with the public procurement contract, with special regard to liability insurance and public guarantees.</i> by <b>Marco Casavecchia e Salvatore Zarba</b>	50
<b>COMMENTS ON JUDGMENTS</b>	
<b>The Supreme Court Ruling on the Power of the Judge pursuant to art. 1421 of the Civil Code (Supreme Court, United Sections, civil judgment no. 14828, Sept. 4, 2012)</b> <i>The judge has the power to detect, from the facts alleged or proven or emerging ex actis, any form of invalidity of the contract (except the so called “nullità speciali”), and once provoked the cross-examination on the issue, it must reject the request for resolution, aiming to invoke the force of the contract.</i> by <b>Alessandro Bollettinari</b>	62

# LA S.R.L.: UN TIPO SOCIETARIO “SENZA QUALITÀ”? \*

*La s.r.l., fin dalle sue origini e in modo sempre più accentuato via via nel tempo, e tanto più oggi, può essere utilizzata nei contesti più vari fino a stravolgerne i caratteri originali. L'Autore delinea l'ambito di applicazione del tipo e individua vari problemi interpretativi conseguenti.*

di **ORESTE CAGNASSO**

### **1. Premessa**

L'inserto della Domenica de *Il Sole 24 Ore* del 24 giugno 2012 si apriva con un articolo di Giulio Busi intitolato: “Origene, uomo senza qualità”.

In tale scritto si sottolineava come la formula, richiamando il noto titolo dell'opera di Robert Musil, si riferisca al “*personaggio che non sa decidersi su se stesso*”. Ma, osserva ancora l'Autore, “*l'individuo senza qualità precede di molto il naufragio dell'età moderna. Spunta già nell'Orazione sulla dignità dell'uomo di Giovanni Pico*”, e può essere ricondotto a Origene “*vero ispiratore di tratti decisivi dell'antropologia Pichiana*”.

In tale contesto l'espressione “senza qualità” assume una diversa valenza ed è diretta a sottolineare come “*l'uomo, tra tutte le creature, non ha un ruolo determinato, una natura prefissata a cui restare ancorato*” e quindi è in grado di “*essere ciò che vuole*”.

Certo con un notevole arbitrio, è possibile in qualche modo applicare tale formula nei due significati indicati ad un tipo societario, ed in particolare alla s.r.l.? E quindi, adattandola a tale contesto, verificare se si tratti di un tipo “senza qualità”, nel senso che il “volto” dello stesso può essere forgiato dai soci oppure che tale modello può essere utilizzato nei contesti più disparati.

La risposta è sicuramente agevole.

La s.r.l., come è stato sottolineato fin dai primi commenti, è sicuramente un modello societario caratterizzato da una notevole elasticità nella costruzione delle regole relative alla partecipazione societaria ed alla *governance*, che può essere atteggiato dai soci in modi differenti, secondo schemi sostanzialmente ripetitivi di quelli propri della società per azioni oppure all'opposto in conformità a strutture che si avvicinano anche di molto a quelle della società di persone.

Un tipo quindi che i soci possono adattare alle loro esigenze, costruendo un “volto” coerente con una determinata impresa ed una determinata compagine societaria.

# RELAZIONI A CONVEGNI

S.R.L.

Ma la s.r.l., fin dalle sue origini e in modo sempre più accentuato via via nel tempo, e tanto più oggi, può essere utilizzata nei contesti più vari, fino a stravolgerne i caratteri originari. L'esempio forse più emblematico è quello della s.r.l. semplificata, che parrebbe "ingessata" da un atto costitutivo preordinato, costruito tutto sommato sulla falsariga delle società azionarie, senza nessun spazio all'autonomia privata. O anche la s.r.l. *start-up* innovativa, che potrebbe addirittura essere priva di alcuni connotati caratterizzanti.

La s.r.l., quale modello dotato di ampia autonomia, è stata oggetto di numerosissimi studi, che hanno in modo molto approfondito verificato gli spazi e i limiti di essa ed in particolare le possibili alternative offerte ai soci. Minore attenzione è stata dedicata invece alla circostanza che la s.r.l. può trovare applicazione in contesti molto differenti e in prospettive assai lontane l'una dall'altra.

## 2. Il quadro normativo

E' appena il caso di richiamare brevemente gli ultimi interventi del legislatore relativi alla s.r.l. nell'ambito della recentissima disciplina diretta alle semplificazioni, alle liberalizzazioni ed allo sviluppo.

Una delle novità più significative e oggetto di attenzione e di dubbi concerne, come è noto, il profilo del controllo<sup>1</sup>.

Il primo e il secondo comma dell'art. 35 del d. l. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito con modificazioni nella l. 4 aprile 2012, n. 35 (c.d. decreto semplificazioni) contengono disposizioni in materia di controllo societario.

Il secondo comma dell'art. 35 ha riformulato il testo originario dell'art. 2477 c.c., così come era stato previsto dalla riforma societaria e ancora modificato dalla nuova disciplina della revisione legale dei conti.

Le innovazioni apportate concernono sia la s.r.l. "sotto soglia", e quindi non obbligata a prevedere forme di controllo, sia quella "sopra soglia".

I casi in cui la s.r.l. deve dotarsi di organi o "strutture" di controllo sono tuttavia rimasti invariati.

Le s.r.l. "sotto soglia", secondo il testo previgente dell'art. 2477 c.c., potevano nominare un collegio sindacale o un revisore. Oggi il legislatore introduce la possibilità di designazione di un organo di controllo o di un revisore; precisa che il primo è costituito da un solo membro effettivo, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo;

---

(\*) Intervento al quarto Convegno Nazionale di Orizzonti del Diritto Commerciale sul tema "L'impresa mercato fra liberalizzazione e regole" tenuto a Roma il 22 - 23 febbraio 2013.

<sup>1</sup> V. DEMURO, *Collegio sindacale e sindaco unico tra novità e incertezze, nuove competenze e semplificazioni*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 590 ss.; SOTTORIVA, *La riforma del sistema dei controlli nelle s.r.l.*, in *Società*, 2012, p. 1180 ss.; MASTURZI, *Prime osservazioni sul controllo interno nelle s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 766 ss..

# RELAZIONI A CONVEGNI

S.R.L.

stabilisce che tra le competenze attribuibili a tale organo o soggetto vi è anche la revisione legale dei conti<sup>2</sup>.

Per le s.r.l. “sopra soglia” il testo previgente dell’art. 2477 c.c. prevedeva l’obbligo di nomina del collegio sindacale, a cui spettava anche il compito della revisione legale dei conti, salvo diversa disposizione dell’atto costitutivo. Il legislatore rinviava poi alla disciplina del collegio sindacale dettata per le s.p.a..

Ora, per contro, è prevista la nomina di un organo di controllo o revisore; nulla è detto in ordine alla revisione legale dei conti; nel caso di nomina di un organo di controllo, anche monocratico, sono richiamate le disposizioni sul collegio sindacale previste per le s.p.a..

La nuova norma pone delicati problemi interpretativi e applicativi, oltre che, come si vedrà, dubbi di costituzionalità.

Tenendo conto degli spazi di autonomia concessi ai soci (la disposizione richiama appunto l’obbligo di nomina di un organo di controllo che può essere collegiale o monocratico o di un revisore) si possono delineare vari scenari.

Una prima ipotesi è quella della nomina di un organo di controllo, formato da uno o più componenti, e quindi di un sindaco unico o di un collegio sindacale, e contemporaneamente di un revisore (o di una società di revisione). Tale configurazione è sicuramente ammissibile e comporterà l’attribuzione al primo del controllo sulla gestione e al secondo della revisione legale dei conti.

Una seconda possibilità è quella della nomina del solo organo di controllo, monocratico o collegiale, a cui siano attribuiti i compiti di controllo sulla gestione e di revisione legale dei conti. Anche quest’ipotesi è sicuramente ammissibile, però a certe condizioni. Infatti, come si è sottolineato, il legislatore non prevede più il conferimento *ex lege* al collegio sindacale (o al sindaco unico) della revisione legale dei conti, ma rinvia alla disciplina della società per azioni. Pertanto tale attribuzione richiede una clausola *ad hoc* contenuta nell’atto costitutivo e non è ammissibile nel caso di società tenuta a redigere il bilancio consolidato. Così come non è ammissibile qualora la società fosse qualificabile come ente di interesse pubblico. In queste due ipotesi dovrà essere nominato un revisore legale dei conti.

Ulteriori dubbi si pongono nel caso della scelta del sindaco unico. Il legislatore non prevede la designazione di un sindaco supplente: infatti, in relazione all’organo di controllo monocratico, il riferimento è alla composizione dello stesso costituita da un solo membro effettivo. Si pone pertanto il problema, nel silenzio del dato normativo, se l’atto costitutivo possa prevedere anche la designazione di un membro supplente.

---

<sup>2</sup> FIENGO, *L’organo di controllo facoltativo nella s.r.l. alla luce della l. n. 35/2012*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 741 ss..

# RELAZIONI A CONVEGNI

S.R.L.

E ancora: la norma prevista dall'art. 14, comma 4 *bis*, della Legge di stabilità 2012 dispone che nelle società di capitali il collegio sindacale può svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza. Tale disposizione potrà estendersi anche al sindaco unico?

Assai problematica invece è l'ipotesi della nomina del solo revisore. Stante il tenore letterale della disposizione, che introduce l'alternativa tra organo di controllo e revisore, anch'essa sembra ammissibile, ma, in questo caso, al revisore compete pure il controllo sulla gestione o tale "funzione" viene meno? Ammesso che la soluzione sia nel secondo senso, tenuto conto appunto del ruolo attribuito al revisore o alla società di revisione, l'atto costitutivo potrebbe espressamente conferire tale compito?

Probabilmente per superare questi dubbi e per scongiurare il possibile venir meno della funzione del controllo sulla gestione la Commissione del Consiglio notarile di Milano ha dettato una massima, la n. 124, che, "sforzando" il dato letterale, perviene però ad una soluzione che "salva" il controllo sulla gestione attribuendo però un compito estraneo al ruolo del revisore. In conformità a tale massima, *"il regime legale dei controlli nella s.r.l., in mancanza di diverse previsioni statutarie, è da intendersi nel senso che sia la funzione di controllo di gestione (ex art. 2403 c.c.) sia la funzione di revisione legale dei conti (ex art. 14 d. lgs. 39/2010) sono attribuite ad un unico organo monocratico genericamente individuato con la locuzione organo di controllo o revisore"*. *"Si ritiene che l'organo monocratico investito di funzione di controllo e di funzione di revisione possa essere sia un revisore legale dei conti persona fisica sia una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro. E' pertanto legittima la clausola statutaria che espressamente preveda tale facoltà"*.

La scelta del sindaco unico potrà poi condurre ad un depotenziamento della funzione di controllo; la scelta del revisore o della società di revisione, ove non si accogliesse la soluzione che attribuisce ad essi il controllo anche sulla gestione, determinerà addirittura il venir meno di tale importantissima funzione.

La soluzione si pone in netta "controtendenza" sia con la disciplina originaria della s.r.l. (ove, oltre una certa soglia, valevano sostanzialmente le regole concernenti il collegio sindacale previsto per le s.p.a.), sia con quella introdotta nel 2010 in tema di revisione legale dei conti (che per contro assimilava i due tipi societari).

Si pone altresì "in controtendenza" con le soluzioni interpretative, ampiamente accolte in dottrina e giurisprudenza, dirette ad equiparare i due tipi societari per i profili concernenti la responsabilità degli amministratori e gli strumenti di controllo (si pensi alla responsabilità verso i creditori sociali oppure all'estensione dell'art. 2409 c.c.).

Invero una differenza di trattamento in ordine alla "struttura esterna" tra s.p.a. e s.r.l. è difficilmente giustificabile, tenendo conto dell'identico regime di responsabilità limitata e della circostanza che la s.r.l. può trovare applicazione anche in caso di imprese di medie e grandi dimensioni.

# RELAZIONI A CONVEGNI

S.R.L.

Il nuovo assetto pertanto creerà una profonda frattura tra la s.p.a. e la s.r.l., con regole differenziate in funzione esclusivamente del tipo societario. In altre parole, una società a responsabilità limitata, anche se di grandi o grandissime dimensioni, potrebbe sempre avere un organo di controllo unipersonale costituito dal sindaco o dal revisore.

Se la soppressione dell'organo unipersonale nelle s.p.a. è da salutare con favore, la previsione di una disciplina totalmente differente, estesa anche alle s.r.l. di maggiori dimensioni, determina gravi dubbi di legittimità costituzionale, così come è stato giustamente sottolineato dal recente studio del Gruppo di lavoro approvato dal Consiglio dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Torino. Al proposito sarebbe quanto mai opportuno un nuovo intervento dal legislatore.

Occorre aggiungere che la Legge di stabilità 2012 ha previsto e disciplinato la società tra professionisti, che può essere costituita secondo qualsiasi tipo societario a scopo di lucro e quindi anche utilizzare la s.r.l.

Infine è necessario richiamare la s.r.l. semplificata, la s.r.l. a capitale ridotto e la s.r.l. *start-up* innovativa.

Come è noto, il d. l. 24 gennaio 2012, n. 1 (Decreto sulle liberalizzazioni) ha introdotto un nuovo articolo nell'ambito della disciplina codicistica della s.r.l., il 2463 *bis*, che prevede e regola la società a responsabilità limitata semplificata. Tale disciplina risulta poi incisivamente modificata dalla legge di conversione del 24 marzo 2012, n. 27.

Successivamente il d. l. 22 giugno 2012, n. 83 (Decreto crescita) ha previsto la società a responsabilità limitata a capitale ridotto nell'art. 44, senza alcun inserimento di tale disciplina nel contesto del Codice Civile. La norma è stata poi arricchita dalla legge di conversione del 7 agosto 2012, n. 134.

Occorre aggiungere infine che il Decreto del Ministro della Giustizia del 23 giugno 2012, n. 138 ha delineato il contenuto *standard* dell'atto costitutivo della s.r.l. semplificata.

Il quadro normativo risultante è abbastanza complesso e pone, come si vedrà meglio in seguito, al di là dei problemi interpretativi specifici, almeno due dubbi di carattere preliminare, l'uno concernente il rapporto tra la s.r.l. semplificata e quella a capitale ridotto, l'altro relativo alla collocazione di tali figure rispetto alla s.r.l. di diritto comune.

Il d. l. 18 ottobre 2012, n. 179, nel disciplinare le misure per la nascita e lo sviluppo di imprese *start-up* innovative, ne prevede i requisiti qualificandole come società di capitali, costituite anche in forma cooperativa. Con particolare riferimento alla s.r.l. sono introdotte, oltre che riduzioni degli oneri per l'avvio, deroghe al diritto societario.

In particolare l'art. 26 prevede che “*nelle start-up innovative il termine entro il quale la perdita deve risultare diminuita a meno di un terzo è posticipato al secondo*”

# RELAZIONI A CONVEGNI

S.R.L.

*esercizio successivo.*” Nelle *start-up* innovative, in caso di perdita del capitale sociale con riduzione dello stesso sotto il minimo di legge, *“l’assemblea convocata senza indugio dagli amministratori, in alternativa all’immediata riduzione del capitale e al contemporaneo aumento del medesimo a una cifra non inferiore al minimo legale, può deliberare di rinviare tali decisioni alla chiusura dell’esercizio successivo.”* *“Fino alla chiusura di tale esercizio non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale”*. *“Se entro l’esercizio successivo il capitale non risulta reintegrato al di sopra del minimo legale, l’assemblea che approva il bilancio di tale esercizio deve deliberare”* la riduzione del capitale con il contestuale aumento almeno fino al minimo, oppure la trasformazione della società, oppure ancora il suo scioglimento.

Si tratta di norme che valgono sia per le società per azioni sia per le s.r.l.

Con specifico riferimento a queste ultime sono previste varie deroghe rispetto alle norme di diritto comune: *“l’atto costitutivo della start-up innovativa in forma di società a responsabilità limitata può creare categorie di quote fornite di diritti diversi e, nei limiti imposti dalla legge, può liberamente determinare il contenuto delle varie categorie”* anche in deroga al principio di proporzionalità dei diritti rispetto alla partecipazione ed alla norma sui diritti particolari.

Inoltre *“l’atto costitutivo della società può creare categorie di quote che non attribuiscono diritti di voto o che attribuiscono al socio diritti di voto in misura non proporzionale alla partecipazione da questi detenuta ovvero diritti di voto limitati a particolari argomenti o subordinati al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative.”*

E ancora: *“le quote di partecipazione in start-up innovative in forma di società a responsabilità limitata possono costituire oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari”*.

Infine, *“il divieto di operazioni sulle proprie partecipazioni non trova applicazione qualora l’operazione sia compiuta in attuazione di piani di incentivazione che prevedano l’assegnazione di quote di partecipazione a dipendenti, collaboratori o componenti dell’organo amministrativo, prestatori di opera e servizi anche professionali.”*

Con riferimento alle *start-up* innovative costituite sia in forma s.r.l. sia in forma di società per azioni nonché agli incubatori, è ammissibile *“a seguito dell’apporto da parte dei soci o di terzi anche di opera o servizi, l’emissione di strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi, escluso il voto nelle decisioni dei soci”*.

La *start-up* innovativa e l’incubatore certificato sono iscritti in una sezione speciale del registro delle imprese e godono di varie agevolazioni.

# RELAZIONI A CONVEGNI

S.R.L.

Anche con riferimento alle *start-up* innovative in forma di s.r.l. si pone il problema della loro qualificazione come sottotipi della s.r.l. o come modelli autonomi. Pure in ordine ad esse la disciplina applicabile risulta quella del tipo s.r.l., pur in presenza di - vistose - deroghe. Nel caso in esame sussiste però un elemento ulteriore, in quanto viene meno un connotato tipizzante della s.r.l. e cioè l'impossibilità di offrire al pubblico le proprie partecipazioni<sup>3</sup>.

### 3. La s.r.l. grande impresa

La società a responsabilità limitata costituisce il modello tipico delle imprese medio - piccole: tuttavia i soci possono - ed in tal senso è anche la prassi - farvi ricorso anche per la costituzione di medio-grandi imprese. Sussistono indici normativi che dimostrano tale possibilità e come lo stesso legislatore ne fosse consapevole. D'altra parte questo tipo di utilizzo non può non avere rilievo in sede interpretativa, sia al fine di costruire regole dirette a colmare lacune della disciplina, sia per risolvere dubbi di lettura di tale normativa.

Il binomio società a responsabilità limitata - medio-piccola impresa ha, insomma, carattere di normalità, ma non di assolutezza. Anche se tendenzialmente trova applicazione nella prassi societaria e costituisce uno strumento di lettura delle norme dedicate al modello in esame, tuttavia la realtà normativa e quella operativa conoscono anche quello costituito dal raccordo tra società a responsabilità limitata e medio-grande impresa.

Al proposito possono rinvenirsi indici normativi riferiti ad esso interni alla stessa disciplina della società a responsabilità limitata.

Nell'ambito della normativa dedicata alla società a responsabilità limitata, è constatazione ovvia, manca la previsione di tetti massimi riferiti al capitale sociale o al numero dei soci o ad altri parametri, che delimitino l'area di applicazione del modello. Per contro, lo si è già osservato, lo stesso legislatore prevede, all'art. 2477 c.c., che, oltre determinate soglie, scatti l'obbligo di nominare un organo di controllo o un revisore. Ed ancora, e si tratta di un'innovazione molto significativa nella prospettiva in esame, il legislatore ammette che la società a responsabilità limitata possa far ricorso indiretto al mercato del capitale di credito, con l'emissione di titoli di debito, sottoscritti da investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale e che, successivamente, possono essere destinati alla circolazione (sia pur gravando la responsabilità dell'insolvenza della società nei confronti degli acquirenti sugli investitori professionali).

La possibilità di ricorrere alla società a responsabilità limitata per la costituzione di imprese di medio-grandi dimensioni può rappresentare, come si diceva, anche una

---

<sup>3</sup> Cfr., per tutti, ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e continuato da F. Busnelli, 1, Milano, 2010, p. 47 ss.

# RELAZIONI A CONVEGNI

S.R.L.

chiave di lettura al fine di risolvere determinati problemi interpretativi o quanto meno offrire elementi di giudizio diretti a corroborare certe scelte interpretative.

Si può ricordare infine come la legge per la tutela del risparmio abbia modificato alcune norme del codice civile e quindi la disciplina comune delle società per azioni, con esiti che possono aver rilievo pure per la società a responsabilità limitata. Anche questo, in qualche misura, pare un indice della consapevolezza da parte del legislatore che il modello in esame non è necessariamente confinato alle imprese di minori dimensioni.

## 4. L'area di applicazione

Come si è appena osservato, la s.r.l. è destinata alle imprese medio - piccole, ma può trovare applicazione anche nel caso di imprese di grandi dimensioni, sia pure a carattere chiuso. Ciò determina ovviamente la possibilità di applicazione in contesti profondamente differenti ed in scenari assai lontani gli uni dagli altri.

Ma le regole della s.r.l. possono costituire la disciplina residuale, a certe condizioni, della società cooperativa, così pure le società consortili possono assumere la veste di s.r.l.: il tipo pertanto può venire in considerazione anche per finalità differenti rispetto allo scopo di lucro.

Venendo alla legislazione più recente, come si è illustrato nelle pagine precedenti, la legge di stabilità del 2012 emanata a fine 2011 ha previsto e disciplinato la società tra professionisti, che può essere costituita in conformità a qualsiasi tipo societario, compresa quindi la s.r.l.. Ancora più recentemente, lo si è già ricordato, sono state introdotte la società a responsabilità limitata semplificata, quella a capitale ridotto, la *start-up* innovativa in forma di s.r.l..

Pertanto la s.r.l. può essere utilizzata in una gamma vastissima di imprese, che va da quelle poste al vertice di grandi gruppi alle microimprese sostanzialmente prive di capitale. Così pure può essere utilizzata (o almeno può essere utilizzata parte della sua disciplina) per finalità molto differenti, dallo scopo lucrativo, a quello mutualistico, a quello consortile, all'esercizio di un'attività professionale, alla nascita di una nuova impresa.

In una parola, all'etichetta "s.r.l." possono corrispondere realtà profondamente diverse.

## 5. L'evoluzione del sistema

Prendendo in considerazione il periodo dal 2003 al 2012 e quindi dalla riforma Vietti ai decreti Monti, la disciplina delle società di capitali è stata oggetto di numerosi interventi, che negli ultimi tempi si sono accavallati ad un ritmo molto intenso.

Le occasioni, le ragioni e gli obiettivi di essi sono stati molto eterogenei: dalla tutela dei risparmiatori in presenza dei grandi scandali finanziari stranieri e italiani,

# RELAZIONI A CONVEGNI

S.R.L.

all'attuazione delle direttive comunitarie; da innovazioni di carattere interno e a volte del tutto episodico a quelle derivanti dall'impatto di riforme in altri settori, come quella fallimentare; in tempi recentissimi dagli intenti di semplificazione e liberalizzazione a quelli della crescita.

La riforma societaria ha sicuramente modificato, nell'ambito delle società di capitali, il rapporto preesistente tra s.p.a. quotate e non quotate e tra s.p.a. ed s.r.l.

Sotto il primo profilo, non c'è dubbio che varie norme proprie delle società per azioni quotate sono state estese alle non quotate e quindi la riforma ha in qualche misura, rispetto al passato, avvicinato quotate e non quotate. Con una felice ed efficace espressione, si è sottolineato come le società quotate abbiano svolto il ruolo di laboratorio del diritto comune (Montalenti).

Per contro, per effetto della riforma societaria, si è di gran lunga ampliato il "solco" tra società per azioni e società a responsabilità limitata, con la creazione di un tipo autonomo e dai connotati peculiari. Come è stato sottolineato fin dai primi commenti, la nuova s.r.l. si presenta con un volto del tutto differente rispetto al tipo anteriormente disciplinato.

Esaminando l'evoluzione dei rapporti tra i vari modelli all'interno delle società di capitali negli anni successivi alla riforma mi pare che si possa individuare una linea di fondo che vede un "allontanamento" della quotata dalla non quotata e un "avvicinamento" della s.r.l. alla s.p.a..

Sotto il primo profilo può essere sufficiente il richiamo ai vari interventi legislativi in tema di tutela del risparmio, di principi contabili internazionali, di *record date*.

Ma è soprattutto il secondo profilo che mi sembra debba essere sottolineato. In primo luogo, una parte della dottrina e della giurisprudenza ha sostanzialmente ridotto gli "spazi vuoti" lasciati dal legislatore in tema di *governance* con l'applicazione di regole tratte dal tipo società per azioni. Si tratta di un'opinione diffusa, anche se contrastata da autorevoli prese di posizione in senso contrario, sia dottrinali, sia giurisprudenziali.

Occorre aggiungere che è lo stesso legislatore ad aver avvicinato s.p.a. e s.r.l., estendendo regole proprie delle prime alle seconde. Ciò è avvenuto a volte in modo quasi automatico, altre volte con una presa di posizione netta e "consapevole".

La legittimazione attribuita ai sindaci di s.p.a. all'esperimento dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori in virtù delle leggi di tutela del risparmio si estende automaticamente ai sindaci di s.r.l. per effetto del rinvio, contenuto nell'art. 2477 c.c., alle norme dettate in tema di s.p.a..

La nuova disciplina della revisione legale dei conti introdotta nel 2010 in attuazione della direttiva comunitaria abbraccia s.p.a. ed s.r.l. ed anzi in tale occasione il legislatore ha introdotto nuovi casi di nomina obbligatoria del collegio sindacale.

# RELAZIONI A CONVEGNI

S.R.L.

Venendo ai tempi più recenti, dalla Legge di stabilità del 2012 ai decreti Monti, la tendenza sembra in qualche misura invertirsi, con un allontanarsi della s.r.l. rispetto alla s.p.a..

Gli esempi offerti dal legislatore sono numerosi. Quello sicuramente più significativo è costituito dalla nuova disciplina del controllo.

La s.r.l. semplificata e quella a capitale ridotto potrebbero vedere sostanzialmente inapplicabili le norme sul capitale sociale, mentre le *start-up* innovative si differenziano vistosamente sotto il profilo della fattispecie e della disciplina dalle s.r.l. di diritto comune.

## 6. Problemi interpretativi

La possibilità di utilizzare il tipo s.r.l. per l'esercizio di imprese molto differenti anche, e non solo, sotto il profilo dimensionale pone un primo problema, a cui la dottrina ha dedicato particolare attenzione, in ordine all'estensibilità della disciplina delle s.p.a. ed ai suoi limiti in presenza dei "vuoti" che il legislatore ha lasciato, soprattutto con riferimento alla *governance*. Debbono essere riempiti applicando le norme in tema di s.p.a., oppure queste ultime non possono venire in considerazione salvo in presenza di imprese di dimensioni maggiori (così come per il controllo)?

Dal momento che il legislatore non detta una norma specifica in materia di diligenza, non prevede l'obbligo di creare assetti organizzativi adeguati, non introduce il principio dell'agire in modo informato, dovrà ritenersi che si tratti di regole estranee al tipo s.r.l., oppure di norme estensibili o applicabili solo a certi livelli?

Dalla disciplina della *governance* della s.p.a. si possono, a mio avviso, ricavare principi di fondamentale portata ed a carattere elastico, che possono poi essere adattati nei singoli contesti in cui vengono in considerazione. Naturalmente l'operazione è resa ancora più complessa cercando di individuare le regole concrete coerenti con la s.r.l. aventi certe dimensioni e inserite in certi contesti (si pensi alla s.r.l. semplificata o a capitale ridotto, alla s.r.l. società di professionisti).

In particolare, come è noto e come è stato ampiamente sottolineato dalla dottrina, il legislatore, nel disciplinare l'amministrazione nell'ambito della società a responsabilità limitata, ha previsto alcuni profili concernenti la struttura e il funzionamento con carattere fortemente innovativo rispetto a quelli paralleli concernenti la società per azioni: nel contempo sotto altri aspetti il legislatore ha scelto di non prendere posizione. L'interprete deve quindi affrontare il delicato problema della scelta dei criteri da utilizzare per colmare tali "silenzii".

Invero, è stato ancora recentemente lucidamente sottolineato<sup>4</sup>, la realtà imprenditoriale conosce vari "modelli" di gestione: sul presupposto di una sostanziale

---

<sup>4</sup> ANGELICI, *Note sulla responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata* in *Riv. soc.*, 2007, p. 1217 ss..

# RELAZIONI A CONVEGNI

S.R.L.

compenetrazione tra soci e amministratori è configurabile e largamente diffusa la figura del *manager* socio; d'altra parte, laddove si verifichi una separazione tra soci e amministratori, viene in considerazione la figura del *manager* professionale. Tendenzialmente la prima ipotesi è caratteristica delle piccole-medio imprese societarie, la seconda delle medio-grandi imprese.

Il ruolo e la posizione degli amministratori nell'uno e nell'altro caso sono ovviamente differenti, dal momento che l'amministratore socio cura "affari" anche propri, mentre il gestore professionale pone in essere ovviamente "affari" altrui, con una differente propensione al rischio.

E' quindi plausibile che la disciplina dell'una e dell'altra fattispecie sia differente.

Alla luce di tali considerazioni si può ritenere che il "silenzio" della normativa in tema di società a responsabilità limitata, dal momento che tale tipo societario è tendenzialmente applicabile alle minori imprese, debba essere "riempito" non utilizzando le regole proprie della società per azioni, ma semmai quelle dettate in tema di società di persone. Fermo restando, tuttavia, il ricorso alla disciplina della società per azioni laddove la società a responsabilità limitata venga utilizzata da imprese di medio-grandi dimensioni sul modello del "*manager* professionale": in tal caso e solo in tal caso troverebbe applicazione la normativa costruita per la società per azioni.

In altre parole, il silenzio del legislatore consentirebbe, secondo questa prospettiva, l'utilizzo di norme differenti in relazione al modello in concreto assunto dalla società a responsabilità limitata.

Tale soluzione presuppone, tuttavia, che la disciplina dettata per la società per azioni sia "correlata" al modello dell'impresa medio-grande caratterizzato dalla figura del "*manager* professionale". Il che è indubbiamente vero per alcune norme, ma non sembra, a mio avviso, valere con riferimento ai principi fondamentali della *governance* propria delle società per azioni.

Invero, come la s.r.l. è utilizzabile con riferimento ad un ampio spettro di ipotesi concrete e quindi tanto dalla società di modeste dimensioni, quanto da quelle con i caratteri della grande impresa (fermo restando il solo limite che deve trattarsi di società chiuse), così la società per azioni costituisce sì l'unico tipo fruibile dalla società aperta, ma può essere utilizzata anche da società medio-piccole. Quindi la disciplina della società per azioni, pur essendo tendenzialmente destinata ad imprese medio-grandi, vale anche nell'ipotesi di società per azioni medio-piccole.

Ma c'è di più: i principi fondamentali della *governance* della società per azioni hanno contenuto "aperto" e paiono adattabili in relazione ai vari contesti che siano destinati a disciplinare. Così per la regola in tema di diligenza, ancorata al parametro della natura dell'incarico, e quindi del ruolo assunto dall'amministratore e dell'oggetto e delle dimensioni dell'impresa sociale; ancorata, altresì, alla competenza, intesa in senso

# RELAZIONI A CONVEGNI

S.R.L.

soggettivo e quindi applicabile in ogni caso; così per i principi di corretta gestione sociale; così per il canone dell'agire in modo informato e non in conflitto di interessi.

In particolare, e il profilo a mio avviso assume un carattere fondamentale ai fini del presente discorso, i principi di corretta gestione, come lo stesso legislatore si esprime nell'art. 2403 c.c., si sostanziano soprattutto nella creazione di assetti organizzativi adeguati *alle dimensioni dell'impresa*. Si tratta pertanto di un obbligo il cui contenuto è rapportato alle singole situazioni: si tratta di un obbligo, inoltre, che pare connaturale con la gestione di qualsiasi impresa.

I principi fondamentali di *governance* sono poi strettamente correlati al regime di responsabilità limitata e costituiscono una sorte di “contraltare” dello stesso.

Alla luce di queste considerazioni mi pare che il vuoto normativo proprio di alcuni aspetti della disciplina della *governance* della società a responsabilità limitata debba essere riempito applicandosi i principi propri della società per azioni, che, data la loro elasticità, consentono di adattarne il contenuto ai caratteri in concreto assunti dalla società.

La presenza ed il moltiplicarsi di modelli in ogni caso aventi come punto di riferimento la s.r.l., quali la s.r.l. semplificata, quella a capitale ridotto, la *start-up* innovativa, pongono poi vari interrogativi in ordine alla loro qualificazione come tipi autonomi o sottotipi della s.r.l. e dei loro rapporti con appunto la s.r.l. di diritto comune. In particolare, per quanto concerne la s.r.l. semplificata e a capitale ridotto, sono riconducibili a fattispecie corrispondenti a quella propria della s.r.l., a parte il rinvio nell'uno e nell'altro modello alle norme di quest'ultima per quanto non previsto. Qualche maggiore difficoltà di collocazione pare presentare la s.r.l. *start-up* innovativa, rispetto alla quale il legislatore consente, come si è visto, l'offerta al pubblico, secondo determinate modalità, delle quote di partecipazione e quindi il venir meno di un connotato tipico della s.r.l.. In ogni caso sembra difficile non far rientrare anche quest'ultimo modello nell'ambito delle s.r.l., pur in presenza di vistose deroghe al diritto comune, anche alla luce della circostanza che si tratta di una disciplina avente una durata limitata nel tempo. In ogni caso la qualificazione delle varie fattispecie ora richiamate come sottotipi ha un preciso rilievo sotto il profilo operativo, consentendo il passaggio tra l'uno e l'altro o da essi alla s.r.l. di diritto comune e viceversa senza l'applicazione delle regole in tema di trasformazione (e quindi senza la previsione del diritto di recesso per i soci non consenzienti e la peculiare disciplina dell'invalidità prevista in tal caso).

Un ulteriore profilo concerne lo stesso rapporto tra i singoli modelli ed in particolare tra la s.r.l. semplificata e quella a capitale ridotto, che, secondo l'opinione che pare preferibile, si pongono non come sottotipi autonomi, ma in un rapporto di

# RELAZIONI A CONVEGNI

S.R.L.

genere a specie. Invero la s.r.l. a capitale ridotto pare rappresentare una categoria più ampia all'interno della quale si colloca la s.r.l. semplificata<sup>5</sup>.

La collocazione del tipo in contesti molto lontani impone all'interprete poi ovviamente un complesso problema di individuazione delle norme compatibili con le singole applicazioni. Occorre quindi esaminare fino a che punto e in quali limiti la disciplina comune della s.r.l. valga in particolare per le fattispecie di società semplificate, a capitale ridotto, *start-up*. E' chiaro, ad esempio, che, in presenza di una società con capitale ridotto ad un euro, la disciplina del capitale sociale appare non facilmente estensibile. Si tratta quindi, come è stato fatto dai primi commentatori, di vagliare profilo per profilo, regola per regola in tema di s.r.l. per verificarne la compatibilità con tali fattispecie.

Naturalmente non costituisce un problema nuovo dal momento che indagini simili erano richieste anche nel caso di cooperative strutturate come s.r.l. o di società consortili a responsabilità limitata.

In determinate ipotesi, come quelle relative alla società semplificata o a capitale ridotto, occorre probabilmente pervenire ad una vera e propria amputazione di una serie di norme, utilizzando tra l'altro come criterio guida non solo il profilo strutturale, ma anche quello funzionale, diretto a cogliere gli obiettivi che il legislatore si pone. Si tratta quindi di verificare se gli scopi perseguiti dal legislatore con i decreti Monti, diretti in particolare allo sviluppo, possono costituire o debbano costituire un criterio interpretativo privilegiato che comporti una ricostruzione e interpretazione del dato normativo in una logica differente da quella utilizzabile nell'interpretazione e nella ricostruzione delle norme comuni. Ed ancora verificare se e in che misura certi obiettivi siano coerenti con altri, per esempio sviluppo, semplificazione e liberalizzazione.

Per altro verso ancora, almeno se si accetta una certa interpretazione, la s.r.l. semplificata si porrebbe in netta antitesi con i caratteri fondamentali della s.r.l. di diritto comune.

Come è noto, il recentissimo regolamento ministeriale ha dettato un atto costitutivo tipo, molto essenziale, che, secondo l'interpretazione suggerita dal Consiglio Nazionale Notarile, risulta inderogabile. Si tratta invero di un'interpretazione che lascia molto perplessi.

In ogni caso, accogliendo tale prospettiva, ci troveremo di fronte ad un modello che, sostanzialmente non consentendo alcun spazio all'autonomia privata, si

---

<sup>5</sup> V. la Circolare n. 29 del 30 ottobre 2012 di Assonime dal titolo *La società a responsabilità limitata con capitale ridotto*. Sulla s.r.l. semplificata cfr. REVIGLIONE, *La società semplificata a responsabilità limitata: un "buco nero" nel sistema delle società di capitali*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2011, 4, p. 23 ss.; BAUDINO, *La nuova società a responsabilità limitata semplificata*, *ibid.*, 2012, 12, p. 38 ss..

# RELAZIONI A CONVEGNI

S.R.L.

contrappone in modo netto non solo alla disciplina delle s.r.l., ma anche a quella delle società di persone ed entro certi limiti delle s.p.a..

Sotto altro profilo la collocazione delle s.r.l. all'interno di determinate categorie comporta l'applicazione di ulteriori regole, non sempre facilmente raccordabili con quelle comuni.

Particolare attenzione deve essere dedicata alla fattispecie delle società di interesse pubblico, delle società inserite in gruppi facenti capo a s.p.a. quotate, delle società di interesse nazionale operanti nel settore della sicurezza, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni (cfr. la legge 11 maggio 2012, n. 56, che attribuisce poteri speciali allo Stato).

In tali ipotesi alla disciplina delle s.r.l. si sovrappongono norme di portata più generale che riguardano categorie di società. Il raccordo tra le une e le altre non è sempre agevole, anche tenuto conto dell'ampiezza dell'area di applicazione delle s.r.l..

Così, ad esempio, nel caso di società di interesse pubblico, dovrà venire in considerazione necessariamente la presenza del revisore o della società di revisione con l'applicazione delle ulteriori norme previste in tal caso. Così, ancora, nell'ipotesi di s.r.l. appartenenti ad un gruppo di società che faccia capo ad una quotata, verrà in considerazione una particolare disciplina, quale, ad esempio, quella dei patti parasociali. Così, infine, anche se l'ipotesi pare piuttosto remota, la disciplina peculiare delle società di interesse nazionale dovrà raccordarsi con quella propria delle s.r.l..

Infine la presenza di norme collocabili in contesti molto differenti può far sorgere dubbi di legittimità costituzionale sia all'interno della stessa s.r.l. sia nei rapporti tra s.r.l. ed s.p.a..

Un esempio potrebbe essere costituito dalla disciplina dei controlli. La presenza di un sindaco unico e soprattutto di un revisore e di una società di revisione, qualora si ritenesse che non svolga attività di controllo sulla gestione, potrebbe comportare una disparità di trattamento rispetto alle società per azioni, con dubbi di legittimità costituzionale. In altre parole, è difficile comprendere come una società per azioni di medio-grandi dimensioni debba avere la presenza di un collegio sindacale, mentre una s.r.l. di tali dimensioni possa avere un sindaco unico o addirittura essere priva del collegio sindacale.

Ma un discorso analogo potrebbe anche valere all'interno della s.r.l., creando tale disciplina una disparità di trattamento tra una s.r.l. di medie dimensioni ed una grande s.r.l..

In realtà il tema dei controlli e delle sue modalità avrebbe dovuto essere parametrato non al tipo, ma alle dimensioni dell'impresa esercitata dalla società.

## 7. Prospettive

# RELAZIONI A CONVEGNI

S.R.L.

L'amplessima area di applicazione del tipo s.r.l., resa ancora più estesa dai recenti interventi che sono stati illustrati nelle pagine precedenti, oltre ai problemi ricostruttivi ed interpretativi ora richiamati, potrebbe, in prospettiva, aprire nuovi orizzonti di indagine, in ordine ai possibili effetti indotti delle discipline speciali rispetto a quella comune nonché con riferimento all'utilizzabilità delle prime quale elemento di giudizio o strumento di corroborazione di scelte interpretative concernenti appunto il modello s.r.l.

Ad esempio la disciplina di diritto comune della perdita del capitale sociale con conseguente riduzione al di sotto del minimo legale dettata per la s.r.l. potrebbe essere "rimodulata" alla luce della possibilità di "trasformare" la s.r.l. in una società a capitale ridotto o semplificata. Invero non si riscontrano dati normativi contrari a tale modificazione dell'atto costitutivo in senso regressivo e quindi, oltre alle alternative previste dal diritto comune (ridurre e aumentare il capitale sociale, sciogliere la società, trasformarla in una società di persone) è oggi possibile anche la soluzione consistente appunto nell'utilizzo del sottotipo a capitale ridotto. Naturalmente ciò potrà venire in considerazione anche nel caso di perdita del capitale sociale della s.p.a., con la trasformazione in senso proprio in s.r.l. a capitale ridotto o semplificato. E' appena il caso di aggiungere che tale possibilità presuppone ovviamente che sussistano le condizioni previste dal legislatore, in particolare che tutti i soci siano persone fisiche.

Alcune norme di diritto speciale potrebbero essere utilizzate in sede interpretativa delle regole di diritto comune. Così la disciplina prevista per le *start-up* innovative in forma di s.r.l. che consente la previsione di diritti non proporzionali e le categorie di quote potrebbe essere utilizzata per corroborare la tesi che ritiene non ammissibili tali scelte dell'atto costitutivo nell'ambito della s.r.l. di diritto comune. Così ancora il regolamento ministeriale concernente la s.r.l. semplificata prevede che all'interno del consiglio possono esservi ruoli differenziati per gli amministratori e quindi sembra accreditare la tesi, invero pacifica, sull'ammissibilità della delega di potere gestorio nell'ambito delle s.r.l. pure in assenza di una norma specifica in tal senso.

Inoltre queste novità legislative potrebbero essere rilevanti anche nell'ottica del diritto concorsuale: non pare dubbio che le s.r.l. semplificate e a capitale ridotto, ove ne sussistano i presupposti, possano essere dichiarate fallite. Come pure potrebbero essere utilizzate come *newco* nell'ambito delle procedure concorsuali minori. Per contro, il legislatore prevede che le *start-up* innovative siano sottratte alle procedure concorsuali "ordinarie" ed assoggettate esclusivamente a quelle previste nel capo secondo della legge 27 gennaio 2012, n. 3, contenente la disciplina del procedimento per la composizione delle crisi da sovraindebitamento.

La possibilità di evitare lo scioglimento della società pur in presenza di perdita del capitale sociale attraverso l'utilizzo dei modelli a capitale ridotto può poi essere in

# RELAZIONI A CONVEGNI

S.R.L.

qualche misura correlata all'ulteriore possibilità in tal senso offerta dal ricorso, secondo la recentissima disciplina, al concordato preventivo, anche nella forma del concordato in bianco.

Infine, quando si riflette sul futuro delle s.r.l., penso che oggi dovrà tenersi conto non solo di una possibile sempre maggiore diffusione del numero di s.r.l., ma anche di un eventuale ulteriore moltiplicarsi di modelli variamente configurabili che in ogni caso si richiamino al tipo s.r.l.

## LA TUTELA, ANCHE CONSERVATIVA, DEI DIRITTI E IL CONCORDATO PREVENTIVO

*L'Autore analizza l'evoluzione degli effetti e i limiti, anche temporali, dell'apertura della procedura concorsuale minore sui diritti di tutti i creditori e sul debitore.*

di LUCA CARAVELLA

### **1. Gli effetti protettivi della procedura concorsuale minore sui diritti di tutti i creditori e sul debitore**

L'analisi della tutela dei diritti di tutti i creditori nonché dello stesso debitore in una procedura concorsuale minore quale il concordato preventivo non può non prescindere dalla norma della legge fallimentare che disciplina gli effetti a cominciare dalla presentazione del ricorso per l'ammissione alla stessa procedura.

Tale disciplina, contenuta nell'art. 168 l. fall. e rimasta sostanzialmente invariata con la *novella* del 2006, è stata successivamente definitivamente sistemata e coordinata con il resto della norma speciale, prima con le modifiche introdotte dall'art. 13, comma 1, d. lgs. 12.9.2007, n. 169 e poi con quelle dell'art. 33 del d.l. n. 83 del 22.6.2012, conv. l. n. 134 del 7.8.2012 (c.d. decreto Sviluppo).

Oggi, l'articolo in parola, così recita “*Dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore.*”

*2. Le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese, e le decadenze non si verificano.*

*3. I creditori non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia autorizzazione del giudice nei casi previsti dall'articolo precedente. Le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato.”*

L'ultima modifica ha stabilito [definitivamente] che il *dies a quo* del decorso degli effetti protettivi della domanda di concordato nei confronti dei terzi decorre non più dalla data della presentazione della domanda bensì dal momento della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, che ai sensi dell'art. 161, comma 5, l.f. parimenti

# DIRITTO FALLIMENTARE

## CONCORDATO PREVENTIVO

modificato, deve esser effettuato, a cura del cancelliere, entro il giorno successivo al deposito in cancelleria. In tal modo è stata posta, speriamo, la parola fine sulla questione della decorrenza del divieto in questione in quanto alcuni autori e qualche pronuncia della Corte regolatrice propendevano per la data del decreto di ammissione alla procedura<sup>1</sup>.

Per la precisione, possiamo sostenere che la decorrenza della protezione è dalle ore 00.01 della data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, così come ha finora ritenuto la giurisprudenza secondo cui gli effetti di cui all'art. 168 l. fall. decorrevano dalla data di presentazione del ricorso, da individuarsi con riferimento all'intero arco temporale del relativo giorno, a far tempo, cioè, dalle ore 00.01 del giorno medesimo, e non anche dall'ora di apertura degli uffici di cancelleria presso cui la domanda sia stata presentata<sup>2</sup>.

---

\* Lo scritto costituisce una parte del Volume “*Diritto delle Imprese in crisi e tutela cautelare*” a cura di F. Fimmanò, Ricerche di law & Economics dell'Università telematica Pegaso, Milano, Giuffrè, 2012, 1.

<sup>1</sup> Cfr. BOZZA – SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano 1992, 247-248; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano 2008, 443; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano 1974, 2247; Cass. n. 7046/1991 e, in materia di amministrazione controllata, ormai abrogata, Cass. n. 3374/1981; n. 9591/1993.

<sup>2</sup> Principio affermato dalla S.C. con riferimento ad una vicenda in cui si era erroneamente affermata l'antiorità di un credito derivante da rimessa estera rispetto all'instaurazione della procedura concordataria sulla base della considerazione che la data della valuta accreditata risaliva alle ore 00.01 dello stesso giorno della domanda di concordato, domanda che doveva, invece, ritenersi presentata - secondo il giudice di merito - con riferimento all'orario di apertura degli uffici giudiziari competenti a riceverla (Cass. n. 9904/2010; n. 1038/1999; n. 1041/1999, in *Fall.* 1999, 1339 con nota di RAGO, *La decorrenza degli effetti ex art. 168 della presentazione del ricorso*, il quale, condividendo l'assunto della Corte, sostiene che “*l'unica norma alla quale, in proposito, bisogna far riferimento è l'art. 155 codice di procedura civile dal quale si desume, in mancanza di contraria indicazione, che i termini si computano a giorni o ad ore e che il dies ad quem spira nell'ultimo istante (e quindi alle ore 24) come stabilisce, peraltro, l'art. 2963 codice civile. Poiché l'art. 168 legge fallimentare parla di “data”, senza specificazione alcuna, se ne deve dedurre che con tale espressione il legislatore si sia voluto riferire al giorno della presentazione della domanda; di conseguenza per giorno deve intendersi l'arco temporale costituito da 24 ore senza possibilità che, all'interno di questo, si possa effettuare un frazionamento al fine di stabilire se una certa attività è stata compiuta prima o dopo: ciò sarebbe possibile solo se la legge stabilisse la necessità di una priorità cronologica. La pronuncia della Suprema Corte in commento, pertanto, ci pare che, al di là dell'applicazione fattane nel caso concreto, e cioè in relazione all'art. 168 legge fallimentare, sia sicuramente valevole in tutte quelle altre ipotesi (come ad es. in relazione all'art. 178 legge fallimentare) in cui la legge si limita a stabilire che una certa attività dev'essere compiuta in un determinato “giorno” o “data”. Questi due termini, quindi, devono essere considerati ed*

# DIRITTO FALLIMENTARE

## CONCORDATO PREVENTIVO

Sul *dies ad quem* del divieto, nel testo precedente al d. lgs. 169/2007, la norma continuava a fare riferimento al «passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato», senza considerare che l'omologazione oggi è decisa con **decreto** anziché con sentenza e che per il primo l'espressione risulta inappropriata. Quindi, per la determinazione del *dies ad quem* degli effetti moratori innanzi descritti, il correttivo della riforma ha precisato tale termine finale fino «al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa **definitivo**».

Sistematicamente, va fatto presente che l'art. 181 l. fall. (non modificato dal d.lgs. 169/2007) considera «chiusa» la procedura di concordato preventivo con il decreto di omologazione. Infatti, ove non siano proposte opposizioni nel giudizio di omologazione, il decreto non è soggetto a gravame (art. 180, 3° co., l. fall.) e, quindi, potrebbe essere impugnato, se del caso, solo ai sensi dell'art. 111 Cost.; invece, qualora siano proposte opposizioni, il decreto che le rigetta omologando il concordato è impugnabile con reclamo innanzi alla corte d'appello.

Inoltre, nel concordato fallimentare, l'art. 130 l. fall. (non modificato dal d.lgs. 169/2007) stabilisce che la proposta diventa efficace dal momento in cui scadono i termini per opporsi all'omologazione, o dal momento in cui si esauriscono le impugnazioni previste dall'art. 129 l. fall., cosicché il tribunale può dichiarare «chiuso il fallimento» quando il decreto di omologazione diventa definitivo (*ante novella*, l'ultimo comma dell'art. 181 l. fall. rinvia agli ultimi due commi dell'art. 130 l. fall. in tema di concordato fallimentare, che dichiarava la sentenza di omologazione «provvisoriamente esecutiva»; ma per quest'ultima ipotesi l'ultimo comma dell'art. 131 l. fall., a sua volta, dichiarava chiusa la procedura di fallimento solo con il passaggio in giudicato di detta sentenza).

Quindi, gli effetti del concordato preventivo cesseranno operativamente, ove non siano proposte opposizioni, alla data di deposito del provvedimento di omologazione (a differenza dal concordato fallimentare, che anticipa l'efficacia della proposta al momento in cui scadono i termini per opporsi all'omologazione); laddove, invece, siano state proposte opposizioni, ma queste siano respinte dal tribunale, occorrerà attendere o la scadenza del termine per il reclamo alla corte d'appello o il momento in cui saranno decise le eventuali impugnazioni. In riferimento a queste ultime, va ricordato che l'art. 183 l. fall. non indica né entro quale termine può essere proposto il reclamo contro il decreto del tribunale, né i legittimati, né cosa succeda nel caso di accoglimento dell'impugnazione al decreto da parte della corte d'appello.

---

*interpretati come sinonimi sicché, per giorno o data, deve intendersi l'arco temporale che va dalle ore "0" alle ore 24, dovendosi considerare del tutto arbitrarie, in mancanza di contrarie indicazioni normative, eventuali restrizioni che, seppure derivanti da motivi organizzativi (orario degli uffici) o comunque empirici, non possono certo incidere sui diritti delle parti»).*

# DIRITTO FALLIMENTARE

## CONCORDATO PREVENTIVO

Nell'ipotesi residuale, ossia che il tribunale non omologhi e dichiari il fallimento, evidentemente, si avrà che gli effetti sostanziali della procedura principale caducheranno quelli del concordato preventivo.

Se il debitore è titolare di beni immobili o beni mobili registrati, il commissario deve notificare un estratto del decreto di ammissione alla procedura ai competenti uffici per la trascrizione nei pubblici registri (artt. 166 e 88, comma 2, l. fall.), con conseguente maggior tutela dei diritti dei creditori.

### 2. I limiti temporali degli effetti protettivi

Il divieto previsto dal comma 1, la cui violazione è causa di **nullità** rilevabile d'ufficio, è finalizzato ad evitare la disgregazione del patrimonio del debitore destinato al fabbisogno del concordato e ad assicurare ai creditori il mantenimento delle condizioni di parità del concorso per il caso che, non giungendo il concordato a buon fine, sopravvenga la dichiarazione di fallimento<sup>3</sup>. Tuttavia, il divieto riguarda le «azioni esecutive e cautelari», non le azioni di accertamento, quindi, ogni creditore può agire in giudizio nei confronti del debitore, davanti al giudice competente, per fare accertare il suo credito eventualmente contestato o per procurarsi un titolo esecutivo da utilizzare, del caso, in futuro, dopo la chiusura della procedura<sup>4</sup>.

Va, altresì, ricordato che la norma contempla la sanzione della **inefficacia** (relativa) per la inosservanza del divieto di acquisto, da parte dei creditori, di diritti di prelazione ed ipoteche giudiziali anteriori alla domanda.

Non va dimenticato che, in caso di contestazione, il provvedimento emesso dal giudice delegato in sede di adunanza dei creditori «ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze» non pregiudica «le pronunzie definitive sulla sussistenza dei crediti stessi» (art. 176, 1° co., l. fall.). La Suprema Corte ha precisato che, allorché la domanda del creditore tende ad ottenere l'accertamento di una pretesa obbligatoria e la formazione di un titolo giudiziale nei confronti del debitore, la legittimazione passiva spetta unicamente a quest'ultimo e non al commissario giudiziale ed al liquidatore giudiziale, posto che essa incide soltanto nella sfera giuridica del primo<sup>5</sup>. Proprio in riferimento alla posizione rivestita dal commissario giudiziale si è affermato che questi possa intervenire nei giudizi in cui è parte il debitore, ma non ha alcuna legittimazione

<sup>3</sup> In tal senso, Cass. n. 1115/87.

<sup>4</sup> Cfr. Cass. n. 9758/1993, in *Giust. civ.* 1994, I, 54; in *Fall.* 1994, 257; in *Dir. fall.* 1994, II, 226; in *Assicurazioni* 1994, II, 115.

<sup>5</sup> Cfr. Cass. civ. 30 ottobre 1991, n. 11542, in *Fall.* 1992, 375; Cass. civ. 23 agosto 1991, n. 9073, in *Fall.*, 1992, 134.

# DIRITTO FALLIMENTARE

## CONCORDATO PREVENTIVO

surrogatoria dello stesso, né può impugnare sentenze alle quali quest'ultimo abbia prestato acquiescenza<sup>6</sup>.

Va ricordato, infine, che nel concordato preventivo non sussiste alcuna verifica dei crediti a carattere giurisdizionale, ma si attua soltanto un **controllo** dei crediti e dei debiti, di tipo *amministrativo*, destinato ad individuare i creditori aventi diritto al voto.

### 3. L'estensione soggettiva ed oggettiva del divieto ex art. 168 l.f.

Innanzitutto occorre precisare che, con il citato decreto Sviluppo 2012, il divieto in questione inibisce le azioni dei creditori (privilegiati e chirografari) il cui titolo o causa sono **anteriori alla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese** e, quindi, non più al decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo. In tal modo il legislatore ha recepito ciò che la Suprema Corte, con la sentenza n. 9736/1990, ha affermato ossia che la pubblicità del decreto non aveva efficacia costitutiva e non condizionava gli effetti della procedura che, ai sensi dell'art. 168 l. fall., retroagivano alla data della presentazione del ricorso<sup>7</sup>.

Con le modifiche introdotte dall'art. 33 del d.l. n. 83 del 22.6.2012, conv. l. n. 134 del 7.8.2012, ai crediti sorti nel periodo compreso tra la presentazione della domanda ed il decreto di apertura della procedura (art. 163 l. fall.), purché *legalmente compiuti* (art. 161, commi 7 e 8, l. fall.), verrà riconosciuta la *prededuzione* in sede di liquidazione dell'attivo, ai sensi del combinato disposto degli art. 169 e 111 l. fall.

Al contrario, il divieto non opera in riferimento ai crediti sorti per atti o fatti verificatesi **dopo** il decreto di apertura, i quali sono estranei agli effetti esdebitatori del concordato preventivo, e devono essere soddisfatti integralmente: quindi possono essere

---

<sup>6</sup> In tal senso, Cass. civ. 12 gennaio 1988, n. 136, in *Giust. civ.* 1988, I, 961 con nota di LO CASCIO, *Capacità processuale del debitore concordatario e legittimazione surrogatoria del commissario giudiziale*.

<sup>7</sup> Sul punto specifico, e più in generale sull'individuazione del momento iniziale dello "scudo" offerto, si è sostenuto che "gli effetti derivanti dall'apertura del procedimento di concordato si attuano dalla data di presentazione della domanda nella cancelleria del tribunale competente" e costituivano un'anticipazione degli effetti del provvedimento di ammissione (Cass. n. 3374/1981, in *Giust. civ.* 1981, I, 2605 che, occupandosi dell'art. 188 l. fall. (che richiama gli art. 167 e 168 legge fallimentare in materia di amministrazione controllata), ha affermato, con riguardo all'art. 168 che "gli effetti disciplinati da tale norma si attuano per il periodo di durata dell'amministrazione controllata e, senza il decreto di ammissione alla procedura non ha modo di operare né la nullità degli atti esecutivi ...". Nel medesimo senso Cass. 12 marzo 1990, n. 2004, in *Fall.* 1990, 709 nonché in *Giust. civ.* 1990, I, 1767 con nota di LO CASCIO, *Amministrazione controllata ed effetti del procedimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*)

# DIRITTO FALLIMENTARE

## CONCORDATO PREVENTIVO

azionati esecutivamente dai loro titolari anche dopo la presentazione della domanda e anche dopo l'omologazione del concordato<sup>8</sup>.

Tuttavia, va considerato che se il concordato preveda la “*cessio bonorum*” ai creditori, su tali beni, dopo l'omologazione, non possono agire neanche i creditori posteriori, in quanto essi fuoriescono dal patrimonio del debitore ed entrano, nelle quote stabilite dal piano, in quello dei creditori concorrenti. E' vero che le azioni esecutive e cautelari dei creditori successivi riducono le potenzialità di soddisfo, ma ciò riguarda solo il concordato con cessione di beni, giacché in quello solutorio è la garanzia dei terzi che assolve agli oneri della esecuzione, coprendo eventuali *gap* negativi del patrimonio del debitore, esso essendo suscettibile di variare in negativo, in dipendenza alle azioni dispersive compiute dai creditori predetti.

Ancora, sui beni di terzi oggetto di pegno o ipoteca concessi a garanzia di creditori del debitore concordatario, quindi i creditori particolari con garanzia, costoro possono sicuramente attivare ogni azione esecutiva o cautelare, conservando impregiudicati i propri diritti ex art. 184 l. fall.. Il divieto disposto dall'art. 168, primo comma, l. fall. non è estensibile al creditore titolare del diritto di pegno sul bene oggetto della cessione offerta da un terzo (in funzione dell'adempimento del concordato) e ciò per la ragione che in tale ipotesi non sussiste la duplice *ratio* della norma, di garantire, da un lato, la *par condicio creditorum* e di assicurare, dall'altro, la integrità del patrimonio del debitore insolvente per la eventualità dell'epilogo fallimentare della procedura<sup>9</sup>. Precisamente, sino a quando non è intervenuto il giudizio di omologazione del concordato, qualsiasi apporto esterno di ordine personale è per i creditori del terzo *tamquam non esset* e, se di ordine reale, può essere rimosso con l'azione revocatoria. Viceversa, l'intangibilità di tale patrimonio, dopo il passaggio in giudicato della sentenza di omologazione è realizzabile perché l'offerta dei beni da parte del terzo, che abbia sottoscritto la proposta di concordato, si inserisce nel procedimento e la sentenza che la recepisce crea un “vincolo di indisponibilità” a favore della massa, rimuovibile soltanto con i mezzi d'impugnazione consentiti dalla legge. Naturalmente resta salva la possibilità per il creditore del terzo di opporsi, sia nei tempi e secondo le modalità previste dalla legge fallimentare e sia, nell'ipotesi di mancata conoscenza del procedimento, con il rimedio di cui all'art. 404 cod. proc. civ..

Identica facoltà, sulla scorta dell'art. 184 l. fall., hanno i creditori concorsuali i quali possono agire in via esecutiva sul patrimonio dei garanti e dei coobbligati. L'art. 184, comma 2, l. fall., nella parte in cui dispone l'efficacia del concordato della società nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, si limita ad estendere ad essi l'efficacia remissoria del concordato preventivo, in relazione ai debiti sociali, nel senso

---

<sup>8</sup> Trib. Monza, 21.4.1978, in *Giur. Comm.*, 1980, 143; in senso contrario Trib. Verona, 30.12.1989, in *Giur. It.*, 1990, I, 289; in *Fall.*, 459.

<sup>9</sup> In tal senso Cass. n. 6671/1998.

# DIRITTO FALLIMENTARE

## CONCORDATO PREVENTIVO

che il pagamento della percentuale concordataria libera anche i soci illimitatamente responsabili. In questo contesto, la previsione della salvezza di una pattuizione contraria significa che il socio può rinunciare ad avvalersi dell'esdebitazione per i crediti sociali, rafforzando la garanzia patrimoniale per i creditori sociali. La proponibilità del concordato da parte del socio illimitatamente responsabile non può fondarsi sull'interpretazione analogica degli artt. 147 e 154 l. fall. che, nell'estensione del fallimento e del concordato fallimentare ai soci illimitatamente responsabili, costituiscono disposizioni eccezionali, non suscettive di interpretazione analogica.

L'inammissibilità di un concordato preventivo dei soci illimitatamente responsabili discende anche dalla carenza di un qualunque coordinamento rispetto al concordato preventivo della società, in relazione sia agli organi, sia al concorso dei creditori sociali e personali, sia all'eventualità di un diverso risultato (con la già accennata possibilità di un fallimento del socio senza il fallimento della società). Inoltre, e ciò è particolarmente rilevante per la questione che qui interessa, l'approvazione del concordato, secondo le maggioranze prescritte dall'art. 177 l. fall., è vincolante per la minoranza dissenziente, sulla base di una disposizione che deroga al principio generale della disponibilità dei diritti da parte del titolare.

Al di fuori di un preciso dettato normativo non si può, quindi, ipotizzare che i creditori particolari siano vincolati da un concordato che non hanno approvato. Non si può, d'altro canto, fare ricorso ad una interpretazione estensiva della disciplina del concordato, affermando di essere in presenza di un vuoto normativo, conseguente al fatto che le procedure siano state modellate sulla figura dell'imprenditore individuale.

La naturale conseguenza di tale condivisa impostazione della questione è che non solo i soci illimitatamente responsabili, ma anche il loro patrimonio personale resta estraneo alla procedura di concordato preventivo, e, quindi aggredibile, ma solo dai creditori particolari. Infatti, gli artt. 167, 168 e 169 l. fall. disciplinano, come recita la rubrica del capo in cui sono inseriti, gli effetti dell'ammissione al concordato preventivo; e tali effetti sono, naturalmente, disciplinati in relazione al debitore ammesso alla procedura e, quindi, nella specie, in relazione alla società e non ai soci illimitatamente responsabili. Né si potrebbe mai escludere, per i creditori particolari del socio, la possibilità di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore, considerato che il concordato della società viene approvato da maggioranze formatesi in un procedimento al quale i creditori particolari del socio rimangono estranei, cosicché gli stessi non possono essere privati neppure temporaneamente della garanzia rappresentata dal patrimonio del loro debitore.

La conclusione dell'estraneità al concordato del patrimonio personale dei soci non può mutare per il rilievo che la responsabilità illimitata del socio per le obbligazioni sociali rappresenta una garanzia per i creditori ed il socio fallisce in relazione a tale responsabilità illimitata e non perché imprenditore insolvente. La *ratio* di questa soluzione è stata individuata nella opportunità, discrezionalmente valutata dal

# DIRITTO FALLIMENTARE

## CONCORDATO PREVENTIVO

legislatore, di fare valere la responsabilità illimitata e solidale del socio per le obbligazioni sociali e, quindi, di realizzare la garanzia costituita dal patrimonio personale del socio, con lo strumento, ritenuto più idoneo, del fallimento e nell'ambito di un'unica procedura fallimentare, a tutela sia dei creditori sociali sia dei creditori particolari del socio. Questa scelta, tuttavia, è stata limitata al fallimento e non contraddice la possibilità, sostenuta dagli argomenti sopra esposti, di una diversa soluzione per le altre procedure concorsuali.

Nel concordato preventivo il problema fondamentale è rappresentato dalla difficoltà di costituire un vincolo sui beni personali dei terzi che si rendano garanti dell'adempimento della proposta mettendo a disposizione il proprio patrimonio. Si tratta, infatti, di soggetti diversi dal debitore assoggettato alla procedura, sì che i vincoli previsti dall'art. 168 l. fall., non possono trovare applicazione<sup>10</sup>. Nello stesso tempo il patrimonio non viene normalmente messo a disposizione attraverso la costituzione di una garanzia reale a favore della massa dei creditori, sì che è ben possibile che in pendenza del concordato e prima della sua omologazione, i creditori personali del terzo possano agire a tutela dei loro crediti, vanificando di fatto la messa a disposizione dei beni a favore dei creditori concordatari (è stata anche ipotizzata accanto a forme di garanzia reale, tra i possibili strumenti di tutela dei beni offerti da terzi per l'esecuzione del concordato, la trascrizione della cessione dei beni ai creditori, prevista e disciplinata dall'art. 2649 cod. civ.).

La costituzione del *trust* viene perciò concepita come uno strumento più efficiente della concessione di una *garanzia reale sui beni* ad assicurare l'effettiva destinazione dei beni, nei limiti della percentuale concordataria offerta, al pagamento dei creditori, tramite la costituzione di un vincolo, in forza del quale il *trust* è finalizzato alla liquidazione del patrimonio ed alla distribuzione del ricavato ai creditori concordatari. Ed i giudici napoletani evidenziano che la giurisprudenza esclude il diritto dei creditori del disponente di assoggettare ad esecuzione forzata i beni immobili costituiti in *trust*

---

<sup>10</sup> E' stato escluso, in passato, in relazione alla possibilità per il creditore di realizzare una garanzia pignorizia, che nel concordato preventivo ci si potesse avvalere delle norme generali dettate in materia, in quanto la cessione era vincolata alla procedura ex art. 168 l. fall. Con riferimento alla disciplina di cui all'art. 53 l. fall., era stato negato dalla giurisprudenza che il creditore pignorizio potesse soddisfarsi del proprio credito nel procedimento di concordato preventivo mediante il ricorso alla vendita del bene (Trib. Udine 15 febbraio 1995, in *Fall.*, 1995, 668 con nota di RAGO, *Inapplicabilità dell'art. 53 l.f. al concordato preventivo*). Non si era tuttavia ritenuto possibile estendere questa impostazione all'esercizio del pegno, allorché il bene vincolato fosse di proprietà del terzo perché il divieto delle azioni esecutive di cui all'art. 168 l. fall. non è applicabile ai beni ceduti dal terzo medesimo (cfr. LO CASCIO, *Il concordato preventivo ed il trust*, in *Fall.*, 2007, 249).

# DIRITTO FALLIMENTARE

## CONCORDATO PREVENTIVO

«con atto avente data certa anteriore al pignoramento<sup>11</sup>, considerato che dal riconoscimento del trust, istituito in conformità alla legge regolatrice, deriva (automaticamente) l'effetto segregativo del patrimonio del trustee<sup>12</sup>» e che inoltre «... la nomina del commissario giudiziale o di soggetto indicato dagli organi della procedura come trustee<sup>13</sup>, assicura l'effettivo adempimento delle finalità per le quali il trust è stato costituito».

Occorre, dunque, individuare nell'ordinamento lo strumento adatto alla soluzione di queste specifiche esigenze poste dalla fattispecie<sup>14</sup>, tenendo conto che la prestazione di una garanzia reale ovvero la trascrizione di una apposita destinazione su beni da parte di un terzo, a norma dell'art. 2645 *ter* cod. civ.<sup>15</sup>, non assicura un livello di effettività dell'adempimento delle obbligazioni concordatarie pari alla nomina del commissario giudiziale o di soggetto indicato dagli organi della procedura a *trustee*.

In un caso portato all'attenzione del Tribunale di Napoli, la soluzione equipollente è apparsa quella di secondo grado consistente nella costituzione di una società, con un patrimonio destinato per lo specifico affare<sup>16</sup>. Il concordato, infatti, può efficacemente essere garantito mediante il conferimento dei beni immobili in una *newco*, appositamente costituita dal terzo (o gemmata mediante una scissione parziale), avente ad oggetto l'esecuzione della procedura concorsuale, il cui amministratore può essere designato dal Tribunale fallimentare. Il tutto completato dalla concessione di un pegno sulle quote od azioni della *società-veicolo*, a favore della società ammessa al concordato con diritto di voto. In modo che le sorti della società veicolo rimangano indissolubilmente legate a quella della società debitrice, per il caso di inadempimento

<sup>11</sup> Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, in *Trusts*, 2005, 83, secondo cui il creditore del disponente non può aggredire, con azione esecutiva di espropriazione, i beni che il debitore ha trasferito al *trustee*; nello stesso senso Trib. Siena, 16 gennaio 2007, in *Trusts*, 2007, 266 per il quale i creditori personali del *trustee* non possono aggredire i beni del *trust* e questi beni non sono neppure sequestrabili o pignorabili alla stessa stregua dei beni costituiti in fondo patrimoniale, fino a che sia vigente ed operativo il vincolo del *trust* o fino a che il vincolo non venga caducato per effetto di annullamento o revocazione del negozio costitutivo.

<sup>12</sup> Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in *Giur. mer.*, 2008, 707.

<sup>13</sup> Si è rilevato che è preferibile la nomina di un soggetto terzo, in quanto l'organo di vigilanza deve adempiere ad un diverso mandato nell'interesse della procedura, evitando così situazioni conflittuali determinate dalla duplice veste che andrebbe ad assumere (LO CASCIO, *op. cit.*, 251).

<sup>14</sup> Cfr. PALERMO, *Sulla riconducibilità del «trust interno» alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, 138)

<sup>15</sup> Sull'inammissibilità della destinazione nella procedura, Tribunale Verona, decreto 13 marzo 2012, in *Fall.*, 2012, 972 con nota di COSTANZA, *L'atto di destinazione non consente il concordato preventivo*. In senso conforme ma con argomentazioni diverse, Trib. Vicenza, 31 marzo 2011, in *Fall.*, 2011, 1461; Trib. Brindisi, 28 marzo 2011, in *Trust*, 2011, 639.

<sup>16</sup> Al riguardo GUIZZI, *Patrimoni destinati e crisi societarie*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, 773.

# DIRITTO FALLIMENTARE

## CONCORDATO PREVENTIVO

delle obbligazioni assunte in ordine alla esecuzione del concordato, non potendo agli stessi beni conferiti estendersi *gli effetti conservativi* degli artt. 167 e 168, l. fall. (norme per natura devolute alla conservazione del solo patrimonio concordatario).

#### 4. Le azioni vietate

Come già chiarito dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 24071/2006, il divieto riguarda anche l'**Amministrazione finanziaria**, considerato che, ai sensi ed ai fini dell'art. 168 l. fall. "*l'emissione di una cartella di pagamento (atto prodromico all'espropriazione forzata: Cass., un., 31 marzo 2008 n. 8279, tra le recenti) costituisca vero e proprio esercizio di azione esecutiva perché l'unica funzione di tale atto del concessionario è la realizzazione, anche in executivis, della pretesa fiscale essendo compito esclusivo di esso concessionario la riscossione, financo coattiva, del credito fiscale (anche solo per sanzione) portato dalla cartella emessa sul ruolo rimesso dall'ente creditore: questo, infatti, con la trasmissione del ruolo al concessionario, demanda a quello (suo adiectus solutionis causa ex art. 1188 cod. civ.: cfr. Cass.: trib., 29 settembre 2006 n. 21222; un., 10 dicembre 2002 n. 17551), il compito di riscuotere materialmente il credito*".

Quindi, il divieto è assoluto e tale tutela è maggiore rispetto al fallimento, in quanto l'art. 51 l. fall. fa precedere il disposto della norma dalla espressione "*salvo diversa disposizione di legge*". Pertanto, il creditore fondiario non beneficia del privilegio processuale che consente agli istituti di **credito fondiario**, nonostante il fallimento del debitore, di proseguire nelle azioni esecutive individuali già promosse o di iniziarne di nuove ex art. 41 decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385<sup>17</sup>.

Inoltre, proprio in questa più recente pronuncia, *ante riforma*, la stessa Corte ha stabilito che "*l'ordinanza con la quale, nell'ambito di una procedura esecutiva individuale, essendo già intervenuta l'aggiudicazione dei beni pignorati, il giudice dell'esecuzione dichiara improcedibile l'ulteriore successiva fase del trasferimento dei beni, fondando la sua pronuncia - ai sensi dell'art. 168 l. fall. sull'avvenuta presentazione di un ricorso per l'ammissione al concordato preventivo (la quale preclude, dalla data della presentazione del ricorso fino al passaggio in giudicato della sentenza di omologa, ai creditori vantanti titolo o causa anteriore al decreto, di iniziare o proseguire ogni tipo di azione esecutiva individuale sul patrimonio del debitore), non richiede, per la sua legittimità la previa convocazione delle parti ai sensi dell'art. 485 c.p.c. A tal tipo di conclusione si ha modo di pervenire sia sulla base della*

---

<sup>17</sup> Cass. n. 9488/2002, secondo cui "*l'art. 51 legge fallimentare per il fallimento fissa la regola della improseguibilità delle esecuzioni singolari pendenti, con le eccezioni eventualmente previste dalla legge, l'art. 168 per il concordato preventivo pone una regola assoluta di improseguibilità, in difetto di riferimento alcuno ad ipotesi eccettuate (Cass. 2922/1998; 11879/1991).*".

# DIRITTO FALLIMENTARE

## CONCORDATO PREVENTIVO

*considerazione per cui, in riferimento ad una situazione del genere, nessuna disposizione di legge prescrive un tal tipo di adempimento, sia sulla base della più generale considerazione per cui, nelle procedure esecutive individuali, la convocazione delle parti - quando il giudice la ritenga necessaria o quando la legge la prescriva - avviene non per costituire un normale contraddittorio, ma soltanto per il miglior esercizio della potestà ordinatoria affidata al giudice stesso.”.*

Tuttavia, con la *novella* del 2006, è stata anche prospettata la **sospensione della procedura espropriativa** fino alla definizione del giudizio di omologazione, in vista di una prosecuzione nel caso in cui il concordato preventivo non sia omologato e non risulti neanche dichiarato il fallimento del debitore già eseguito, non potendosi configurare nullità di atti esecutivi compiuti prima della presentazione della domanda ed essendo, tuttavia, eventuale la possibilità di una non omologazione del concordato con ritorno *in bonis* del debitore senza alcuna dichiarazione di fallimento. Infatti, l'art. 168 l. fall., diversamente dall'art. 51, non contenendo alcuna clausola di salvezza, comprende ogni tipologia di espropriazione ma con un temperamento meramente interno volto ad assicurare, nelle more del processo di concordato, l'intangibilità del patrimonio staggito (o già convertito in danaro) dalle pretese esecutive, nuove o già attivate in esecuzioni pendenti senza che tuttavia ciò implichi, per converso, alcuna nullità con effetti anche *ex tunc* degli atti esecutivi nel frattempo del tutto legittimamente adottati<sup>18</sup>.

Poi, come detto, il decreto Sviluppo ha esteso il divieto alle **azioni cautelari**<sup>19</sup>: in conseguenza, il provvedimento cautelare concesso anteriormente alla presentazione della domanda deve essere revocato ai sensi dell'art. 669 *decies* c.p.c..

<sup>18</sup> In tal senso Trib. Bologna, 19.12.2006, in *Giur. mer.*, 07, I, 2272; prima della riforma SATTA, *Diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 1996, 492, nota 16.

<sup>19</sup> Il principio, prevalente in giurisprudenza, era per l'inammissibilità del **sequestro conservativo**, rimedio diretto ad evitare che il debitore possa compromettere le possibilità di successo dell'azione esecutiva diminuendo la capienza del proprio patrimonio, sui beni del concordato preventivo. Si rilevava che il sequestro era finalizzato alla conversione in pignoramento, come previsto dall'art. 686 codice di procedura civile, mentre l'art. 168 legge fallimentare esclude[va] la possibilità di tale conversione. Come si è detto, infatti, tale norma vietava la proposizione o la prosecuzione di azioni esecutive dal momento della presentazione del ricorso e fino alla sentenza di omologa del concordato. Ne consegue che la misura cautelare sarebbe stata *inutiliter data*, proprio perché non convertibile in pignoramento (ex art. 686 codice di procedura civile) sui beni che sono destinati ad essere consegnati al liquidatore liberi da vincoli sorti in epoca successiva alla proposizione della domanda di concordato (Cass. Civ., 21 luglio 1994, n. 6809, in tema di amministrazione controllata con richiamo dell'art. 188, comma 2, l. fall. all'art. 168 l. fall., in *Fall.*, 1995, 259; Cass. 27 febbraio 1989, n. 1050, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1336; Trib. Firenze, 23 dicembre 2006; Trib. Roma 19 luglio 1999, in *Mass. Giur. lav.*, 2000, 420, con nota di CAIAFA; Trib. Roma 31 agosto 1998, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1202; Pret. Monza 10 luglio 1997, in *Foro it.*, 1997, I, 3443; Trib. Firenze 14 novembre 1996, in *Toscana giur.*, 1998, 293, con nota di BARTOLI; Trib. Reggio Emilia 19 agosto 1994, in *Foro*

# DIRITTO FALLIMENTARE

## CONCORDATO PREVENTIVO

Il legislatore del 2007 (decreto legislativo n. 169/2007), allo scopo di favorire l'utilizzo dei nuovi istituti di soluzione delle crisi di impresa, aveva inserito nel comma 3 del nuovo art. 182 *bis* l. fall. (accordi di ristrutturazione dei debiti), il divieto di procedure sia esecutive che cautelari sul patrimonio del debitore, seppure nella ridotta durata di sessanta giorni dalla data di pubblicazione dell'accordo. Trattasi di istituto autonomo rispetto al concordato preventivo, che condivide con questo però il presupposto soggettivo (imprenditore commerciale fallibile), quello oggettivo (stato di crisi), l'esenzione da revocatoria (art. 67, comma 3 lettera E), l. fall.) e la transazione fiscale.

Infine, come insegna la Corte di Cassazione<sup>20</sup>, la norma di cui all'art. 168, primo comma, l. fall., non priva di efficacia liberatoria il pagamento per il “*debitor debitoris*” che adempia, nel corso del concordato preventivo e prima della dichiarazione di fallimento, all'ordinanza di assegnazione del credito disposta nella esecuzione individuale anteriormente iniziata contro il medesimo; tuttavia, la Corte, nella medesima pronuncia, precisa che, comunque, la norma di cui all'art. 168 l. fall. “(...) *non sottrae il creditore preconcordatario accipiente all'obbligo di restituire alla massa quanto indebitamente (...)*” percepito.

In dottrina è stato evidenziato il difetto di interesse da parte del singolo creditore ad ottenere il sequestro conservativo in quanto il soddisfacimento di ogni creditore deve avvenire nei limiti e nei tempi stabiliti dalla proposta. Nel vigore della precedente normativa (concordati già omologati al marzo 2005 in base alla disciplina transitoria) il termine finale del divieto di azioni esecutive [e cautelari] si protraeva, nel concordato per garanzia, sino ai tempi fissati per l'adempimento delle clausole concordatarie e, nel concordato con cessione dei beni, sino alla ripartizione dell'attivo.

### **5. I provvedimenti consentiti per la tutela urgente dei diritti di tutti i creditori**

L'attuale divieto dei provvedimenti cautelari lascia, tuttavia, *scoperta* una problematica relevantissima. L'art. 167 l. fall., infatti, stabilisce che durante la procedura di concordato il debitore conserva l'**amministrazione** dei suoi beni e l'esercizio

---

*it.*, 1995, I, 1969; App. Bologna 14 marzo 1960, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, 937). In dottrina, PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, IV, Milano, 1974, 2279; RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, 633; BONSIGNORI, *Del concordato preventivo, Artt. 160-186*, in *Commentario Scialoja - Branca, Legge fallimentare*, a cura di Bricola - Galgano - Santini, Bologna - Roma, 1979, 230 ss.; FERRARA - BORGIOLO, *Il fallimento*, Milano, 1995, 176; PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, 684, nt. 52; DEL VECCHIO, in *Fall.*, 1995, 695; FRASCAROLI SANTI, *Il concordato preventivo*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da L. Panzani, V, Torino, 2000, 140-141; da ultimo, AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, vol. 11, Padova, 2008, 102.

<sup>20</sup> Cfr. Cass. sentenza n. 24476 del 2/10/2008.

# DIRITTO FALLIMENTARE

## CONCORDATO PREVENTIVO

dell'impresa sia pure sotto la vigilanza del commissario giudiziale; così che, ai fini di un richiamo analogico dell'art. 51 l. fall., ove sono espressamente vietate le azioni cautelari, non può essere trascurato che l'art. 167 l. fall. presenta una differenza notevole rispetto all'ipotesi di fallimento per il quale è previsto che il curatore, oltre ad essere amministratore del patrimonio fallimentare (art. 33, comma 1, l. fall.), ne è anche custode (artt. 84 e ss. l. fall.) e ciò a seguito della privazione al fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei beni esistenti alla data della dichiarazione di fallimento e di quelli sopravvenuti (art. 42 l. fall.). Tale circostanza (amministrazione dei beni in capo al debitore e mancato affidamento della stessa ad un soggetto terzo alla procedura) poteva giustificare la mancata riproduzione nell'art. 168 l. fall. dell'espressa previsione dell'esclusione delle azioni cautelari inserita, al contrario, nell'art. 51 l. fall., aprendo alla ammissibilità delle azioni cautelari, meglio *conservative*, previste dal c.p.c., compreso il sequestro giudiziario ed escluso quello conservativo. Inoltre, l'art. 173 l. fall. tutela i creditori anche di fronte al compimento di atti dispositivi del patrimonio di ordinaria amministrazione, ma pur sempre compiuti in frode, e la pressoché *automaticità* della conversione del concordato in fallimento non esclude l'ammissibilità del ricorso per sequestro giudiziario.

Inoltre, va rilevato che effettivamente, nello spazio di tempo che va dalla presentazione del ricorso per concordato al decreto di ammissione, oggi ampiamente dilatato dalla possibilità prevista dal nuovo comma 6 dell'art. 161 l.f., possono verificarsi ipotesi che giustificano provvedimenti a tutela di tutti i creditori, specie se la richiesta di concordato fosse respinta, ma non seguisse la dichiarazione di fallimento, comunque, presuppone l'istanza di parte ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 180 l. fall..

Il nuovo art. 186 *bis*, comma 5, l. fall., nel regolare il concordato preventivo con continuità aziendale, consente che solo il Tribunale possa autorizzare, anche nel caso di mera richiesta di concordato ex art. 182, comma 6, l. fall., l'effettuazione di pagamenti di creditori anteriori così come l'impossibilità di compiere atti di straordinaria amministrazione senza previa autorizzazione giudiziale, come previsto dall'art. 161, co. 7, l. fall., seppur nella fase anteriore al decreto ex art. 163 l. fall., tuttavia, entrambe le disposizioni, non escludono, in concreto, la possibilità di sottrazione di denaro e/o cespiti rilevanti dall'attivo di impresa.

Quanto all'alienazione di beni mobili, non assoggettata dall'art. 167, comma 1, ad autorizzazione giudiziale, è auspicabile la pubblicità del concordato disposta ex art. 166 l. fall. la quale dovrebbe essere idonea ad evitare qualsiasi acquisto a titolo originario ex art. 1153 cod. civ.. In ogni caso, trattandosi pur sempre di beni mobili e avendo il legislatore omissivo [volutamente] il riferimento alle **azioni conservative**, previste anche dall'ottavo comma dell'art. 15 l. fall., a nostro avviso sarebbe consentito all'interessato il ricorso al sequestro giudiziario (ma, talora, anche conservativo e non solo al creditore privilegiato ex art. 2769 cod. civ.) diretto ad evitare il compimento dell'atto di disposizione.

# DIRITTO FALLIMENTARE

## CONCORDATO PREVENTIVO

Identico rimedio consentirebbe di evitare l'occultamento del bene in luoghi non rintracciabili al momento dell'**esecuzione** diretta **per la [ri]consegna**. Pure per il sequestro giudiziario di beni immobili, il necessario presupposto del *periculum* che ne legittima la concessione può risiedere nella cattiva conservazione dell'imprenditore soggetto a concordato.

Infine, l'eventuale continuazione dell'impresa nell'ottica del suo risanamento, oggi disciplinata dal nuovo art. 186 – *bis* l. fall., dovrebbe consentire il ricorso alle altre tutele cautelari, *rectius* conservative. In particolare, ci si riferisce non solo ai provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c. ed alle **azioni di nunciazione**, ma anche all'**istruzione preventiva** e al **sequestro giudiziario ex art. 670, n. 2, c.p.c.** Allo stesso modo si dovrebbero ritenere ammissibili le azioni cautelari, *rectius* conservative, previste in **materia di proprietà industriale**.

Quindi, il tribunale per tutelare il patrimonio e l'impresa potrebbe, su istanza di parte e per la tutela urgente dell'intera massa avverso comportamenti nocivi dell'imprenditore, concretamente temibili, emettere tutti i provvedimenti nominati o innominati ritenuti necessari in vista della successiva esecuzione concorsuale.

### 6. La tutela ordinaria dei diritti dei creditori: *fattispecie*

Dalla *novella* del 2006, stante la eterogeneità della proposta di concordato, che può essere caratterizzata dai più vari contenuti, il termine per le azioni esecutive e cautelari dovrà coincidere con quello di esecuzione del concordato, nelle sue più diverse sfaccettature<sup>21</sup>. Per le ragioni suddette non è condivisibile l'indirizzo giurisprudenziale favorevole alla ammissibilità del sequestro conservativo nella fase esecutiva del concordato preventivo<sup>22</sup>. Per la Cassazione la posizione dei creditori muta radicalmente con l'omologazione del concordato. Infatti, prima della omologazione il patrimonio resta nella disponibilità del debitore e costituisce l'unica garanzia sulla quale il ceto creditorio può fare affidamento, mentre dopo l'omologazione, diventano operative le garanzie richieste per l'adempimento del concordato, se concordato per garanzia, ed insorgono gli autonomi poteri del commissario liquidatore (liquidazione e ripartizioni) nella ipotesi di concordato con cessione dei beni<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Ad esempio, nel concordato con cessione, i beni vengono consegnati al liquidatore liberi da vincoli ai fini della ripartizione. Quindi, fino a quando non siano esaurite tali operazioni il divieto permane. Nel concordato con garanzia i creditori accettano l'impegno del debitore di eseguire i pagamenti stabiliti nei termini previsti nella proposta di concordato. Ne consegue che gli stessi creditori non possono agire in via cautelare dopo il passaggio in giudicato della sentenza che recepisce il contenuto della proposta da loro accettata. Pertanto, in questo caso il termine finale è quello previsto per l'adempimento degli obblighi assunti dal debitore

<sup>22</sup> Trib. Piacenza, 9 febbraio 1995, in *Fall.*, 1995, 1147.

<sup>23</sup> Cass. Civ., 17 aprile 2003, n. 6166.

# DIRITTO FALLIMENTARE

## CONCORDATO PREVENTIVO

La stessa Corte di legittimità, con la pronuncia del 12 gennaio 2007, n. 578, seppure in *obiter*, ha delineato il principio sotteso a tutta la procedura di concordato preventivo. Infatti, dopo l'ammissione al concordato non sono consentiti pagamenti lesivi della *par condicio creditorum*, nemmeno se realizzati con la compensazione di debiti sorti anteriormente con crediti realizzati in pendenza di procedura. Ciò si desume dal sistema normativo previsto per la regolamentazione degli effetti del concordato, in cui: l'art. 167 l. fall. comporta che il patrimonio dell'imprenditore, in pendenza di concordato, sia oggetto di un'oculata amministrazione perché destinato a garantire il soddisfacimento di tutti i creditori secondo la *par condicio*; l'art. 168 l. f., nel porre il divieto di azioni esecutive da parte dei creditori, comporta implicitamente il divieto di pagamento di debiti anteriori, perché sarebbe incongruo che ciò che il creditore non può ottenere in via di esecuzione forzata possa conseguire in virtù di spontaneo adempimento, essendo in entrambi i casi violato il principio di parità di trattamento dei creditori; l'art. 184, nel prevedere che il concordato sia obbligatorio per tutti i creditori anteriori, implica che non possa darsi l'ipotesi di un pagamento di debito concorsuale al di fuori dei casi e dei modi previsti dal sistema.

Proseguendo, l'art. 169 l. fall. non richiama l'art. 53 l. fall. per il quale i crediti garantiti da **pegno** o assistiti da **privilegio** a norma degli artt. 2756 e 2761 cod. civ. possono essere realizzati anche durante il fallimento, dopo che sono stati ammessi al passivo con prelazione.

Quindi, il divieto di cui si discute concerne tutte le iniziative del creditore volte a realizzare **unilateralmente ed al di fuori della procedura concorsuale** il contenuto dell'obbligazione del debitore concordatario, e, dunque, anche il procedimento disciplinato dagli artt. 2796 e 2797 cod. civ.<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Cass. Civ., 16 aprile 1996, n. 3588, in *Giust. civ. Mass.* 1996, 584; in *Giust. civ.* 1996, I, 2247 con nota di LO CASCIO; in *Fall.* 1996, 1189 con nota di NALDINI; nella specie, una banca aveva venduto i titoli ricevuti in pegno dal fideiussore del debitore, dopo che questi aveva presentato domanda di concordato preventivo con cessione dei beni del fideiussore. Quest'ultimo Autore osserva che "la Corte ribadisce al proposito il proprio convincimento (sentenza 11 maggio 1978, n. 2295 - richiamata in motivazione - in *Giur. it.* 1978, I, 1, 2120 la quale ha affermato altresì la legittimazione del liquidatore nominato dal Tribunale nella sentenza di omologazione del concordato ad alienare i beni ceduti dal terzo; cfr. anche Cass. 3 ottobre 1988, n. 5327, in *Fall.* 1989, 261 nonché in *Giust. civ.* 1989, I, 49 con nota di LO CASCIO, Sentenza di omologazione del concordato e opposizione di terzo) circa la legittimità delle forme di concordato c.d. misto nel quale la cessione di beni da parte di un terzo si pone come strumento ad un tempo di garanzia e di attuazione della procedura. La costituzione di garanzie patrimoniali offerte da un terzo comporta l'indisponibilità dei beni offerti da parte del terzo proprietario ed ove si tratti di beni immobili sarà trascrivibile nei pubblici registri il decreto di ammissione alla procedura (in materia si veda Cass. 9 marzo 1979, n. 1474, in *Rep. Foro it.* 1979, voce Concordato preventivo, n. 26 che ha affermato che "l'art. 166 legge fallimentare

# DIRITTO FALLIMENTARE

## CONCORDATO PREVENTIVO

Nella casistica va ricordato anche quanto previsto dall'art. 4, d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, in materia di **contratti di garanzia finanziaria** [applicabile anche al concordato preventivo, quale procedura di «risanamento»: art. 1, 1° co., lett. s)], denominato “*escussione del pegno*” il quale recita “*Al verificarsi di un evento determinante l'escussione della garanzia, il creditore pignoratizio ha facoltà, anche in caso di apertura di una procedura di risanamento o di liquidazione, di procedere osservando le formalità previste nel contratto: a) alla vendita delle attività finanziarie oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito,*

---

*non si estende ai beni del terzo garante, a meno che la proposta di concordato non sia stata accompagnata anche dalla cessione dei beni di un terzo, oltre che dai beni del creditore: ne consegue che, quando la proposta sia formulata con la prestazione di garanzie reali e personali da parte del debitore e l'obbligazione assunta dal terzo si configuri come garanzia personale del debitore, nessun vincolo si instaura sui suoi beni e su essi i creditori personali del terzo possono legittimamente agire in via esecutiva”). I creditori particolari del terzo non potranno agire esecutivamente sui beni ceduti in quanto opera nei loro confronti il divieto ex art. 168 legge fallimentare. E' peraltro riconosciuta loro la possibilità di proporre opposizione alla cessione dei beni in quanto destinatari della proposta di concordato: anzi tale possibilità costituisce l'unica forma di reazione loro concessa come chiaramente affermato in una precedente occasione dalla Suprema Corte (Cass. 3 ottobre 1988, n. 5327, cit., ribadita poi dalla decisione 11 aprile 1991, n. 3822, in questa Rivista 1991, 1048 (in giudizio relativo alla medesima procedura di concordato preventivo nella quale gli amministratori ed i soci di una società in nome collettivo avevano messo a disposizione dei creditori i beni sociali e quelli personali ed i coniugi di due dei soci avevano ceduto le proprie ragioni di comproprietà su alcuni beni). In entrambi i casi viene distinta la posizione del creditore che avrebbe potuto esperire l'opposizione all'omologa (con divieto di agire poi in revocatoria) da quella di colui che è rimasto estraneo al procedimento cui viene riconosciuta la legittimazione al rimedio ex art. 404 codice di procedura civile. In senso contrario a tale ultima posizione cfr. Trib. Monza 16 dicembre 1989, in Fall. 1990, 644 con nota di Ruggeri, Può il creditore pretemesso proporre opposizione di terzo contro la sentenza che omologa il concordato preventivo?, ad avviso della quale il creditore concordatario (che riveste contemporaneamente la qualità di creditore del terzo titolare dei beni ceduti) non può esperire un'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 codice civile contro gli atti di disposizione a favore di un concordato preventivo, dovendo invece - quando sia stato avvisato della procedura e sia dissenziente - impugnare la sentenza di omologa nei modi e termini di legge (afferma la Corte che il creditore che esperisca invece l'azione pauliana “in realtà esperisce un'azione contro la sentenza di omologazione che è obbligatoria nei suoi confronti ex art. 184 legge fallimentare”). Quanto infine alla natura della cessione di beni da parte di un terzo la Corte ribadisce la propria concezione processualistica del concordato preventivo nel quale “la sentenza di omologazione si sovrappone agli accordi delle parti che ne costituiscono solo il presupposto ed in essa rimangono assorbiti” (così Cass. 3 ottobre 1988, n. 5327, cit., ove vari riferimenti, in motivazione, a precedenti pronunce della Corte) ed ove non può pertanto parlarsi di conclusione del contratto”.*

# DIRITTO FALLIMENTARE

## CONCORDATO PREVENTIVO

*fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita; b) all'appropriazione delle attività finanziarie oggetto del pegno, diverse dal contante, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, a condizione che tale facoltà sia prevista nel contratto di garanzia finanziaria e che lo stesso ne preveda i criteri di valutazione; c) all'utilizzo del contante oggetto della garanzia per estinguere l'obbligazione finanziaria garantita. 2. Nei casi previsti dal comma 1 il creditore pignoratizio informa immediatamente per iscritto il datore della garanzia stessa o, se del caso, gli organi della procedura di risanamento o di liquidazione in merito alle modalità di discussione adottate e all'importo ricavato e restituisce contestualmente l'eccedenza.”.*

Per quanto concerne la sorte dei **rapporti giuridici pendenti**, la norma ora contiene il nuovo art. 169 – bis l. fall. denominato “*Contratti in corso di esecuzione*” il quale stabilisce che “1. Il debitore nel ricorso di cui all’art. 161 può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso. Su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta. 2. In tali casi, il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento. Tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato. 3. Lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta. 4. Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai rapporti di lavoro subordinato nonché ai contratti di cui agli articoli 72, ottavo comma, e 80 primo comma.”.

La denominazione lascerebbe intendere alla trasposizione *sic et simpliciter* nel concordato della disciplina sui contratti pendenti di cui agli artt. 72 e segg., ma così non è in quanto i meccanismi sono completamente diversi. Infatti, per prima cosa non è prevista una disposizione generale che comporti la sospensione dei contratti pendenti; questa può essere richiesta del debitore e può essere autorizzata per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta.

L’opportunità prevista è quella concessa al debitore di sciogliersi dai contratti, e nel caso di concordato con continuità aziendale da quelli che ritiene non produttivi, e costui deve farne richiesta fin dal ricorso introduttivo al quale, eventualmente, seguirà la dovuta autorizzazione del tribunale, prima dell’ammissione, o, successivamente, del giudice delegato. Va precisato che il giudice, in ogni caso, non può con lo strumento autorizzatorio distinguere, nell’interesse dei creditori e della proficua continuazione dell’esercizio dell’impresa, tra contratti da proseguire e contratti da sciogliere, ma solo a quali contratti dovere adempiere (ed a quali non) in esito alla valutazione delle patologie dello specifico negozio o almeno del disequilibrio tra le prestazioni in considerazione

# DIRITTO FALLIMENTARE

## CONCORDATO PREVENTIVO

del sopravvenuto stato di crisi, in grado di incidere sull'integrità del patrimonio e sulle relative potenzialità economiche<sup>25</sup>.

Comunque, la conoscenza dell'esito del contratto potrà esser assicurata al contraente *in bonis* dalla pubblicazione del ricorso e, considerato che sia la sospensione che lo scioglimento ha un costo, il legislatore, muovendo dalla considerazione che i contratti pendenti avrebbero dovuto trovare esecuzione, ha dovuto necessariamente condizionare - come per i contratti che automaticamente continuano nel corso del fallimento - la sospensione e lo scioglimento al pagamento di un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento. Con la finalità di non gravare eccessivamente la posizione del debitore il legislatore ha previsto che questo credito possa essere soddisfatto come credito anteriore al concordato anziché in prededuzione. La norma non si applica ai rapporti di lavoro subordinato, ai preliminari trascritti aventi ad oggetto la casa di abitazione principale dell'acquirente ove il concordato sia stato richiesto dal promittente venditore e al contratto di locazione quando l'impresa ammessa al concordato è il locatore.

Va qui ricordato come la giurisprudenza era costante nell'affermare che i rapporti giuridici preesistenti non sono influenzati dal sopravvenire della procedura di concordato preventivo e che ad essi non è, pertanto, applicabile quella prevista per il fallimento dalle disposizioni dettate dagli artt. 72 ss. legge fallimentare<sup>26</sup>.

Come detto, ora, dai suddetti contratti, il debitore concordatario, solo con il ricorso, può chiedere di "sciogliersi", ma essi, fino a che tale facoltà non sia esercitata e/o autorizzata, continua(no) ad avere esecuzione, a meno che ne venga chiesta, sempre dal debitore, la sospensione, sempre da autorizzarsi, per un periodo massimo di centoventi giorni.

Comunque, in caso di inadempimento del debitore concordatario, il contraente *in bonis*, nelle ipotesi che il primo abbia presentato un semplice ricorso senza alcun piano, proposta e documentazione (art. 161, comma 6, l. fall.) o non abbia esercitato le facoltà ovvero non siano state autorizzate, può servirsi evidentemente dei tipici *rimedi di autotutela* rappresentati dal potere di sospensione della prestazione in caso di mutamento delle condizioni patrimoniali della controparte (*ex art. 1461 cod. civ.*) e dall'*exceptio inadimplenti contractus* (previsto dall'art. 1460 cod. civ. e nelle forme speciali *ex art. 1565 e 1901 cod. civ.*) e, né alcuna preclusione può derivare dal divieto

---

<sup>25</sup> In tal senso, F. FIMMANÒ, *Gli effetti del nuovo concordato preventivo sui rapporti in corso di esecuzione*, 2007, su *ilcaso.it*.

<sup>26</sup> Cass. civ. 5 giugno 1976, n. 2037, in *Dir. fall.* 1976, II, 698; Cass. civ. 3 dicembre 1968, n. 3868, *ivi*, 1968, II, 933; in dottrina BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, in *La legge fallimentare a cura di Bricola, Galgano, Santini*, Bologna-Roma 1979, 214 ss.; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 1986, 333 ss..

# DIRITTO FALLIMENTARE

## CONCORDATO PREVENTIVO

di azioni esecutive, visto che la situazione è completamente diversa da quella del contraente che rifiuti la prestazione<sup>27</sup>.

Il problema si pone in particolare per i *contratti di durata* sinallagmatici caratterizzati da prestazioni periodiche o continuative connesse tra loro ma comunque autonome (si pensi ad esempio alla somministrazione di servizi, al *leasing*, al contratto di assicurazione). Tant'è che gli organi della procedura non dovranno solo valutare se il contratto si è concluso dal lato del terzo contraente e se la natura unitaria dei rapporti contrattuali, specie quelli di durata, comporta il trattamento omogeneo delle prestazioni continuative, ma anche l'opportunità di *incentivare* la prosecuzione funzionale all'attività di impresa evitando reazioni della controparte a cominciare dalla cessazione delle prestazioni erogate (si pensi alla fornitura di gas od energia).

Riguardo alla *facoltà di sospensione della prestazione*, da un lato vero è che il concordato preventivo avendo come presupposto uno stato di crisi, o addirittura di insolvenza, rappresenti di per sé un pericolo per il contraente *in bonis* di non conseguire la controprestazione, ma dall'altro lato è altrettanto vero che la natura stessa della procedura concorsuale (e dei suoi organi) costituisce garanzia di conservazione delle condizioni patrimoniali deterioratesi, specie in virtù della regola della prededuzione dei crediti sorti in funzione della fisiologica esecuzione del concordato preventivo. Ed al riguardo il nuovo comma 2, dell'art. 111 l. fall., introdotto dalla novella, sancisce non a caso che sono considerati prededucibili i debiti "*sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge*". Le due considerazioni neutralizzano le soluzioni estreme per cui lo strumento di autotutela è validamente esperibile dal contraente né più e né meno che in situazioni extraconcorsuali secondo il criterio della ragionevolezza e cioè valutando l'effettivo pericolo di non conseguire la controprestazione e l'effettivo pericolo che la procedura non sia in grado di pagare per intero neppure i crediti in prededuzione<sup>28</sup>.

Ai fini dell'*eccezione di inadempimento* va preferita, poi, la tesi che il carattere unitario del rapporto contrattuale impone un trattamento unitario per tutte le obbligazioni che dallo stesso discendono senza poter distinguere tra crediti per prestazioni anteriori o successive alla domanda di concordato che *in caso di prosecuzione del contratto*, in quanto parzialmente ineseuito, divengono tutti di natura *prededucibile*. Va, infatti, condiviso quell'orientamento della Suprema Corte secondo cui in caso di prosecuzione il nesso sinallagmatico resta intatto e l'ammissione alla

---

<sup>27</sup> Nel senso dell'ammissibilità: G. TARZIA, *Effetti del concordato preventivo (e dell'amministrazione controllata) sul contratto di somministrazione in corso*, in *Dir. fall.*, 1984, II, p. 774.

<sup>28</sup> In tema cfr. pure M. FABIANI, *Somministrazione e prededuzione: chiusura con spiragli nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 1997, p. 272.

# DIRITTO FALLIMENTARE

## CONCORDATO PREVENTIVO

procedura non determina alcuna soluzione di continuità tra le prestazioni passate e future: essendo unico il rapporto unico è unico anche il relativo credito<sup>29</sup>.

Passando al diverso piano della *tutela giurisdizionale*, il contraente *in bonis* può esperire in primo luogo l'*azione di risoluzione* sia quando l'inadempimento si verifica nel corso della procedura sia quando sia precedente, considerato l'esonero dagli effetti della concorsualità sulla base del principio della continuazione dei rapporti preesistenti secondo le norme di diritto comune.

Stesso discorso vale per l'azione diretta all'*esecuzione in forma specifica* dell'obbligo a contrarre assunto prima del concordato, ritenuto ammissibile dalla giurisprudenza<sup>30</sup>, pervenendo a tale conclusione sia sulla base dei principi generali in tema di rapporti giuridici pendenti nell'ambito del concordato preventivo, sia, ma solo in seconda battuta, considerando che, comunque, a tutto concedere, l'azione *ex art. 2932 cod. civ.* non può essere considerata un'azione esecutiva. Infatti, in dottrina<sup>31</sup>, l'azione esecutiva è quella intrapresa dal creditore, - di somme di denaro, di obblighi di consegna o di rilascio, o di obblighi di fare fungibili - per ottenere forzatamente il bene della vita che gli compete in forza di un titolo giudiziale o extragiudiziale.

Ne consegue che, per effetto della mancanza della formazione di un titolo esecutivo e per l'inadempimento come *facere* giuridico, la dottrina si è dunque orientata nella qualificazione della azione in argomento come azione di cognizione e, precisamente, come azione costitutiva: in tale azione, che rappresenta l'esempio tipico delle azioni costitutive, quelle cioè in cui l'ordine del giudice si sostituisce alla attività delle parti. L'azione *ex art. 2932 cod. civ.* può produrre i suoi effetti laddove, promossa e trascritta prima del fallimento, il curatore ometta di costituirsi in giudizio per far valere la facoltà di scioglimento *ex art. 72 l. fall.*: in tal caso l'effetto traslativo della pronuncia si verifica e il bene viene sottratto al patrimonio attivo del fallito. Identica sorte, per inapplicabilità del divieto di cui all'*art. 168 l. fall.*, allorquando il contraente

<sup>29</sup> Cass. 21 dicembre 1990 n. 12157, in *Dir. fall.*, 1992, II, p. 777; Cass. 4 febbraio 1993 n. 1397 e Cass. 23 marzo 1992 n. 3581 in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 2169 (in tema di somministrazione); Cass. 15 luglio 1980 n. 4538 in *Dir. fall.*, 1980, II, p. 577 (in tema di assicurazione). *Contra* tuttavia: Cass. 30 gennaio 1997 n. 968 n. 968, in *Giur. it.*, 1997, I, p. 1; Cass. 29 settembre 1993, n. 9758 in *Dir. fall.*, 1994, II, p. 226. In tema cfr. anche M. FABIANI, *La somministrazione*, in M. FERRO, *I rapporti giuridici pendenti*, Milano, 1998.

<sup>30</sup> Cass. n. 3022/2002 in *Fall.* 2002, 734; Cass. n. 615/1998, in *Fall.*, 1999, 40 e in *Giust. Civ.*, 1998, I, p. 2245.

<sup>31</sup> Cfr. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1999, 756; COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1995, 749; VERDE, *Profili del processo civile*, Napoli, 1994, 194; ATTARDI, *Diritto processuale civile*, Padova, I, 1994, 138; SATTAPUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1994, 619; BONSIGNORI, *Esecuzione forzata in genere*, in *Dig. civ.*, VII, Torino, 1991, 581; MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino, 20, II, 1985, 198)

# DIRITTO FALLIMENTARE

## CONCORDATO PREVENTIVO

sia sottoposto alla procedura di concordato preventivo, per cui la Suprema corte, paventando anche l'abuso di tale diritto, nella parte terminale della motivazione, ha suggerito di valutare adeguatamente, in funzione della conservazione del giusto punto di equilibrio fra l'aspettativa del contraente e la tutela del ceto creditorio, i contratti preliminari idonei a sottrarre al patrimonio del debitore rilevanti cespiti, potendo, in via preliminare, il tribunale negare l'ammissione al concordato, innescare il procedimento ex art. 173 l. fall. qualora tali contratti non fossero stati "denunciati" dal debitore ed, infine, può, su opposizione di uno o più creditori, giustificare un giudizio di non convenienza al momento della omologazione, dovendo il tribunale valutare il maggior attivo realizzabile in sede di fallimento per effetto della facoltà di scioglimento assegnata al curatore ex art. 72 l. fall..

I *crediti restitutori* che derivano dalla pronuncia della risoluzione, che ha effetto retroattivo, andrebbero considerati, secondo un certo orientamento, anteriori alla procedura con tutte le relative conseguenze. Tuttavia ci pare fondata l'impostazione secondo cui il titolo della pretesa non è il contratto, che per effetto della risoluzione diviene *tamquam non esset*, ma l'indebito oggettivo extracontrattuale successivo "nel loro accertamento" alla procedura concorsuale<sup>32</sup>.

L'*azione di risarcimento* ex art. 1218 cod. civ., ormai residuale rispetto all'ipotesi normativa di scioglimento autorizzato ex art. 169 – *bis* l. fall., presupponeva l'imputabilità dell'inadempimento a meno che il debitore non provasse che quest'ultimo fosse stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. Orbene, la mancata autorizzazione da parte del giudice delegato all'adempimento (oggi l'autorizzazione allo scioglimento) costituiva un mero requisito di opponibilità dell'atto ai creditori anteriori, non configurando di per sé un caso di impossibilità e rappresentando l'esercizio di un potere discrezionale attribuito all'organo della procedura a tutela dei creditori e della loro garanzia sul patrimonio del debitore. In tal modo veniva impedita l'azione risarcitoria, fatta salva l'eventuale possibilità di agire nei confronti del debitore al termine della procedura<sup>33</sup>, cosa che oggi viene normativamente riconosciuta con un *indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento, soddisfatto come credito anteriore al concordato*. I *crediti risarcitori*, in ogni caso, sono da collocarsi temporalmente al momento dell'inadempimento: sono *precedenti* al concordato, anche se il danno sia venuto a maturazione od ulteriore maturazione dopo l'apertura della procedura, quelli

---

<sup>32</sup> A. DIMUNDO – A. PATTI, *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Milano, 1999, p. 112.

<sup>33</sup> M. SIMEON, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici pendenti*, in L. GUGLIELMUCCI, *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, 2006, p. 843, che richiama P. F. CENSONI, *Gli effetti cit.*, p. 145.

# DIRITTO FALLIMENTARE

## CONCORDATO PREVENTIVO

scaturenti da una inadempienza contrattuale pregressa<sup>34</sup>, sono invece da considerarsi *successivi* se l'inadempimento avviene a procedura avviata, con tutte le relative conseguenze.

Se si guarda all'orientamento prevalente della giurisprudenza antecedente alla riforma si registra una tendenza a considerare scindibili oppure inscindibili le prestazioni anteriori, o successive all'apertura della procedura concorsuale, secondo una bipartizione che trova un modello *paradigmatico* nelle due diverse articolazioni del contratto di *leasing*.

Nel *leasing* "tradizionale" l'utilizzatore deve corrispondere un canone periodico commisurato al valore dei servizi prestati dal bene nell'unità di tempo considerato ed al compenso per i servizi collaterali. Il canone periodico sconta per tutta la durata del contratto la progressiva obsolescenza del bene che al termine del rapporto non avrà, secondo l'iniziale previsione delle parti, più alcun valore, esaurito *sostanzialmente* dal godimento dell'utilizzatore. La configurazione, per l'effetto, di contratto ad esecuzione continuata o periodica lo smarca dalla retroattività dell'effetto risolutivo disposta in via generale dall'art. 1458, comma 1, cod. civ., in sede di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore.

Nel *leasing* "traslativo", invece, il bene è destinato a conservare alla fine del rapporto un residuo valore per l'utilizzatore in quanto superiore considerevolmente al prezzo di riscatto, tenuto conto dell'uso programmato, della durata del contratto e del canone previsto. In tal caso, come nella *vendita a rate con riserva della proprietà*, la retroattività dell'effetto risolutivo di cui all'art. 1458 cod. civ., si applica senza limitazioni, per cui ogni parte acquista il diritto alla restituzione di quanto prestato in base al contratto con i temperamenti contemplati nell'art. 1526 cod. civ.<sup>35</sup>.

Insomma laddove esiste una compiuta sinallagmaticità e corrispettività (c.d. "a coppie") tra le prestazioni reciproche e periodiche durante l'esecuzione del rapporto, il debitore in procedura dovrebbe adempiere alle obbligazioni maturate dopo l'apertura della procedura, considerate *scindibili* dalle obbligazioni precedenti che seguirebbero invece le regole del concorso<sup>36</sup>.

In questa logica la stessa impostazione seguita per il *leasing* tradizionale varrebbe ad es. per la *locazione* e addirittura per il contratto di *appalto* in cui le parti abbiano

<sup>34</sup> Cass. 13 giugno 1998, n. 5772, in *Giust. Civ.*, 1991, I, p. 83.

<sup>35</sup> Questo è l'orientamento della Cass. 13 dicembre 1989, nn. 5569, 5570, 5571, 5572, 5573, 5574, 5575, in F. LAMANNA, *Il Leasing*, Milano, 1990, p. 83 e 96 ss., e poi Cass. 5 giugno 1991, n. 6357, in *Fall.*, 1992, p. 129; Cass. 20 febbraio 1992, n. 2083; Cass. 22 febbraio 1994, n. 1731, in *Fall.*, 1994, p. 591; Cass. sez. unite, 7 gennaio 1993, n. 65, ivi, 1993, p. 521. sul tema efficacemente A. DIMUNDO – A. PATTI, *op. cit.*, p. 325 ss.; e prima A. PATTI, *Il leasing nelle procedure concorsuali minori*, in *Giur. comm.*, 1996, I, p. 919.

<sup>36</sup> F. GUZZI, *Il contratto di leasing nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, in *Dir. fall.*, 1992, I, p. 321.

# DIRITTO FALLIMENTARE

## CONCORDATO PREVENTIVO

pattuito il pagamento per stati di avanzamento<sup>37</sup>. Ed in fin dei conti anche la tecnica giurisprudenziale della liquidazione parziale del *conto corrente* con il congelamento del saldo debitorio del cliente risponde nella sostanza alla regola della scindibilità<sup>38</sup>.

Invero l'opzione fra scindibilità, o meno, appare “*arbitraria se rapportata ad una valutazione che si limiti a prendere in considerazione il carattere frazionabile o meno dell'interesse del contraente che riceve la prestazione continuativa o periodica*”<sup>39</sup>. L'accentuazione, nello spirito complessivo della riforma ed, in particolare, nelle norme sul concordato del senso della continuazione dell'impresa, anche alla luce delle recenti introduzioni del c.d. decreto Sviluppo, nel concordato, sul piano generale, hanno accentuato la tendenza alla propensione *per la inscindibilità* che si sposa sul piano logico e giuridico con la regola della *prededucibilità dei relativi crediti* di cui al secondo comma dell'art. 111, l. fall..

Il quadro complessivo delineato ci consente di verificare anche la portata nel concordato preventivo del divieto di pagamento in alterazione della *par condicio creditorum* e del divieto di azioni esecutive individuali.

Orbene le peculiarità su tale specifici profili della procedura di concordato rispetto al fallimento derivano proprio dai diversi effetti sui contratti pendenti in corso di esecuzione. Ecco come si spiega ad esempio una norma quale quella dettata dall'ultimo comma dell'art. 168 l. fall., che consente ai creditori l'acquisto del diritto di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti purché vi sia l'autorizzazione del giudice, apparentemente in disarmonia con il primo comma dello stesso articolo che inibisce le azioni esecutive per “*titolo o causa anteriore al decreto*” dalla data di presentazione del ricorso e fino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione.

Nel concordato preventivo non può parlarsi di un divieto assoluto di pagamento di crediti anteriori all'apertura della procedura quando essi siano *funzionalmente collegati ad un rapporto unitario che prosegue e che può rendere anche unitario il credito* specie alla luce del nuovo art. 111, comma 2, l. fall. secondo cui sono considerati prededucibili

---

<sup>37</sup> Cass. 17 giugno 1995, n. 685, in *Giur. it.*, I, 1, p. 358 s., secondo cui in questo caso i singoli pagamenti ben potrebbero produrre effetti giuridici differenziati per l'influenza di vicende sopravvenute durante l'evoluzione del rapporto negoziale.

<sup>38</sup> Si è affermato che la liquidazione del conto non precluderebbe affatto la possibilità che il rapporto prosegua con vantaggio per la gestione dell'impresa concordataria, tanto è vero che la stessa chiusura del conto con liquidazione periodica del saldo, prevista dall'art. 1831, c.c., presuppone anziché precluderne la prosecuzione (A. DIMUNDO – A. PATTI, *op. cit.*, p. 325 ss.). Sul tema in generale cfr F. DI SABATO, *Il conto corrente bancario nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1982; A. STESURI, *Rapporti tra contratti bancari e concordato preventivo*, Padova, 2004.

<sup>39</sup> M. SIMEON, *op. cit.*, p. 860.

# DIRITTO FALLIMENTARE

## CONCORDATO PREVENTIVO

i debiti “*sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge*”<sup>40</sup>.

Del pari non esiste un divieto assoluto di azione esecutiva quando la causa trae origine dall'inadempimento del rapporto anteriore ma rimasto inadempito dal debitore concordatario in corso di esecuzione<sup>41</sup>.

L'impostazione risponde anche al rilievo operativo che ha la circostanza per cui se i terzi *in bonis* fossero pagati con moneta fallimentare si guarderebbero bene dall'intrattenere rapporti contrattuali con il debitore concordatario o comunque di dargli credito, impedendo di fatto la prosecuzione dell'attività d'impresa. Nello stesso contesto va inquadrata l'ampliamento dell'esenzione di cui all'art. 67, comma 3, l. fall.: la norma pone l'accento proprio sul fatto che tali atti per essere esenti da revocatoria devono avere la caratteristica di essere *funzionali all'esecuzione* della procedura concordataria.

Infine, il d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122 (pubblicato in G.U. 6 luglio 2005, n. 155), che ha dato attuazione alla l. delega 2 agosto 2004, n. 210 sulla tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire e che aveva introdotto nella legge fallimentare, con riferimento agli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti, un art. 72 *bis* (con la rubrica: «*Contratti relativi ad immobili da costruire*»), ora trasfuso nel 2° co. del nuovo art. 72 *bis*, secondo cui, in caso di «*situazioni di crisi*» – identificate, nell'art. 2, 1° co., lett. c) della l. delega e nell'art. 1, lett. c) del medesimo d.lgs., nell'esecuzione immobiliare, nel fallimento, nell'amministrazione straordinaria, nel concordato preventivo e nella liquidazione coatta amministrativa – stabilisce che «*il contratto si intende sciolto se, prima che il curatore comunichi la scelta tra esecuzione*

---

<sup>40</sup> In verità in tema di somministrazione mentre la giurisprudenza, prima della riforma, già propendeva per la prededucibilità dei crediti nel caso in cui la gestione dell'impresa costituiva modalità essenziale del concordato (Cass. 5 agosto 1996 n. 7140, cit.) riteneva per lo più scindibili le prestazioni anteriori e successive al fine della qualificazione dei relativi crediti (Cass. 30 gennaio 1997 n. 968, cit.; Cass. 24 settembre 1997 n. 9395). In tema di contratto di assicurazione l'orientamento si basava sulla considerazione che ciascun premio costituirebbe il corrispettivo della copertura per un certo periodo (Cass. 29 novembre 1993 n. 9758, in *Fall.*, 1994, p. 257 nello stesso senso in dottrina G.C. BIBOLINI, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Diritto Fallimentare* a cura di G. LO CASCIO, Milano, 1996, p. 784; *contra*: Cass. 17 luglio 1980 n. 4538, cit., p. 577))

<sup>41</sup> Peraltro il divieto di azioni esecutive di cui all'art. 168, comma 1, l. fall., non pone, come detto, alcuna limitazione alla facoltà del creditore, indipendentemente dalla natura del suo diritto, di promuovere un giudizio al fine di ottenere non solo un accertamento ma anche una condanna ovvero un titolo esecutivo (cfr. tra le altre Cass. 29 novembre 1993 n. 9758, cit., p. 257; Cass. 21 luglio 1994 n. 6809, in *Fall.*, 1995, p. 259). Non esistendo infatti un procedimento di verifica dei crediti, le questioni relative all'esistenza ed all'ammontare degli stessi possono essere risolte, anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza di omologa, in un ordinario processo di cognizione.

# DIRITTO FALLIMENTARE

## CONCORDATO PREVENTIVO

*o scioglimento, l'acquirente abbia escusso la fideiussione a garanzia della restituzione di quanto versato al costruttore, dandone altresì comunicazione al curatore. In ogni caso, la fideiussione non può essere escussa dopo che il curatore abbia comunicato di voler dare esecuzione al contratto». A sua volta l'art. 3, d.lgs. 122/2005 considera «verificata» la situazione di crisi alla data di «presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo» (comma 2), ma consente all'acquirente – nel senso ampio indicato nell'art. 1, comma 1, lett. a) – di escutere la fideiussione solo a condizione che «il competente organo della procedura concorsuale non abbia comunicato la volontà di subentrare nel contratto preliminare» (comma 3), *rectius* lo stesso debitore concordatario, autorizzato dal giudice delegato.*

### 7. La prescrizione.

Il secondo comma dell'articolo 168 l. fall. dispone che le **prescrizioni** che sarebbero state interrotte dagli atti citati al primo comma rimangono sospese, e le decadenze non si verificano. Il limite temporale deve coerentemente essere quello indicato dal primo comma, riferendosi la prevista sospensione della prescrizione alle prescrizioni, che sarebbero state interrotte dagli atti predetti (cioè a quelle che sarebbero state interrotte dagli atti di cui al primo comma), ed essendo sospeso il verificarsi di decadenze proprio per la impossibilità di evitarle attraverso l'inizio o la prosecuzione di azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore nel periodo, ora, compreso tra la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese ed la definitività del sentenza di omologazione del concordato.

Infine, l'orientamento giurisprudenziale è ormai univoco nel ritenere che le cause di sospensione della prescrizione, come quelle di interruzione, si riferiscono unicamente a quelle relative agli atti esecutivi, escludendo la sospensione della prescrizione dei diritti di natura patrimoniale spettanti al debitore concordatario<sup>42</sup>.

L'effetto interruttivo potrà realizzarsi per mezzo di uno degli atti previsti dagli artt. 2943 e 2944 cod. civ. In particolare, come detto innanzi, l'ammissibilità delle azioni di cognizione esperibili durante la procedura, se, da un lato, tendono a risolvere le questioni relative alla esistenza e all'ammontare dei crediti, sopperendo alla mancanza di un procedimento di verifica dei crediti e consentendo ai creditori di munirsi di un titolo esecutivo da far valere successivamente alla chiusura della procedura, dall'altro lato tali rimedi appaiono sproporzionati se attivati al solo fine di interrompere la prescrizione.

Analogamente, la richiesta di pagamento rivolta al debitore, al fine di metterlo in mora e di interrompere la prescrizione, è sempre possibile durante il concordato, ma inutile, dato che al debitore non è consentito alcun pagamento ed è vietata ogni azione

---

<sup>42</sup> App. Bologna, 27 dicembre 2000, in *Fall.*, 2001, 1366, con nota di SILVETTI; Trib. Grosseto, 11 agosto 1997, in *Fall.*, 1998, 515, con nota di RAGO.

# DIRITTO FALLIMENTARE

## CONCORDATO PREVENTIVO

esecutiva. Se per i creditori che abbiano promosso un giudizio di cognizione, il problema della prescrizione è risolto dalla interruzione sino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio stesso, per i creditori, il cui diritto non sia stato contestato e che, pertanto, si sono astenuti dal promuovere qualunque giudizio, viene in soccorso sia l'art. 2944 cod. civ., che attribuisce efficacia interruttiva al riconoscimento del diritto da parte del debitore, che l'art. 161, secondo comma, l. fall., ai sensi del quale la domanda di ammissione alla procedura deve essere accompagnata dalle scritture contabili, dallo stato analitico ed estimativo delle attività e dall'elenco nominativo dei creditori. Infatti, proprio l'elenco nominativo dei creditori deve, a ragione, esser considerato come un atto unilaterale di riconoscimento del diritto recando, anche implicitamente, una manifestazione della consapevolezza dell'esistenza del debito e rivelando i caratteri della volontarietà<sup>43</sup>.

Anche l'adunanza dei creditori è utile i fini dell'interruzione della prescrizione: ai sensi dell'art. 175, ultimo comma, l. fall., infatti, il debitore ha la facoltà di contestare i crediti ovvero di impedire la partecipazione al voto da parte di alcuno dei creditori, discendendo che la mancata contestazione dei crediti, da parte del debitore, assuma il significato di un ulteriore riconoscimento del credito<sup>44</sup>. Infine, anche nella fase della omologazione è ravvisabile un atto di riconoscimento del diritto da parte del debitore, nel momento in cui quest'ultimo ribadisce la richiesta di omologazione, sulla scorta della proposta precedentemente formulata, riconoscendo i crediti ivi indicati, e votata, confermando l'impegno a pagare la percentuale concordata.

In conclusione, a seguito del verificarsi di ciascuno dei predetti eventi interruttivi, la prescrizione ricomincia a decorrere *ab initio*, secondo i principi generali previsti dal codice civile.

Per i creditori, il cui diritto non sia stato riconosciuto dal debitore e, in ogni caso, per tutti i creditori dopo il passaggio in giudicato della sentenza di omologazione, possono attivarsi, ponendo in essere alcuno degli atti di interruzione previsti dal codice civile, tra i quali la costituzione in mora appare certamente il meno gravoso, ancorché inutile al fine del realizzo del corrispettivo.

### 8. Gli acquisti di nuovi diritti di prelazione

Il comma 3 dell'art. 168 l. fall. dispone che i creditori non possono acquistare diritti di prelazione opponibili ai creditori concorrenti nella procedura di concordato, salvo che vi sia l'autorizzazione del giudice delegato e, con la modifica di cui all'art. 33 del d.l. n. 83 del 22.6.2012, conv. l. n. 134 del 7.8.2012, le ipoteche giudiziali iscritte

<sup>43</sup> Cfr. sull'argomento Cass. n. 5939/1996; Cass. n. 576/1994; Cass. n. 4091/1994.

<sup>44</sup> In tal senso, Trib. Piacenza 25 novembre 1997; in senso contrario, App. Bologna, 27 dicembre 2000, *cit.*, e Trib. Termini Imerese, 18 dicembre 1991.

# DIRITTO FALLIMENTARE

## CONCORDATO PREVENTIVO

nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato.

Correttamente si ritiene che destinatari del primo divieto siano innanzitutto i creditori anteriori (dato che per quelli successivi è l'art. 167, comma 2, a disporre che le concessioni di ipoteche o di pegno, quali atti di straordinaria amministrazione, devono essere autorizzate dal giudice delegato) e che esso riguardi anche i diritti di prelazione «acquistati» prima della presentazione della domanda di concordato, se a quella data non siano state ancora compiute le «formalità» necessarie per renderli opponibili ai terzi.

Invece, la novità introdotta recentemente è di grande aiuto in quanto è frequente che alcuni creditori, in particolare banche, ai primi segni di emersione della crisi o nel corso delle trattative per un piano attestato o un accordo di ristrutturazione, poi non riusciti, si muniscano di decreti ingiuntivi provvisoriamente esecutivi con cui iscrivono ipoteca; finora quell'ipoteca era da considerare valida, salvo accertamento giudiziale di inefficacia<sup>45</sup>, nel concordato perché solo in caso di fallimento avrebbe potuto essere revocata e questa situazione rappresentava un limite all'ammissione alla procedura minore.

---

<sup>45</sup> Infatti, “*il debitore ammesso al concordato può proporre l'azione per ottenere la dichiarazione di inefficacia dell'ipoteca giudiziale in considerazione del suo interesse al mantenimento dell'integrità del patrimonio in vista del rispetto delle condizioni di cui all'art. 160, comma 4, l. fall.*” (Corte appello Firenze, 10/12/1990, Gas Int. c. Concordato preventivo SACF, in *Dir. fall.* 1991, II,555).

## APPALTI PRIVATI E PUBBLICI ASSICURAZIONE DELLA R.C. e GARANZIE PUBBLICISTICHE\*

*Gli Autori pongono a confronto il contratto di appalto privato e quello pubblico per quanto concerne le relative assicurazioni e garanzie.*

di **MARCO CASAVECCHIA** e **SALVATORE ZARBA**

1. L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro. (Art. 1655 c.c.).

I requisiti del modello contrattuale consistono nell'assunzione dell'obbligo di compiere un'opera od un servizio, nella organizzazione dei mezzi necessari, nella gestione a rischio dell'appaltatore, nella previsione di un corrispettivo in denaro (CAGNASSO, COTTINO, *Contratti commerciali*, in *Tratt. Cottino*, IX, Padova, 2000, 300; CAGNASSO, *Il contratto di appalto*, in *Tratt. Galgano*, XVI, Padova, 1991, 665; GIANNATTASIO, *L'appalto*, in *Tratt. Cicu, Messineo*, Milano, 1967, 5; MASCARELLO, *Il contratto di appalto*, Milano, 2002, 10; MOSCARINI, *L'appalto*, in *Tratt. Rescigno*, 11, Torino, 1984, 705). (Codice civile Commentato Ipsa Utet On Line).

L'appalto può essere privato o pubblico.

Sia che ricorra l'ipotesi dell'appalto privato che quella dell'appalto pubblico si applica la normativa di diritto privato che continua a rappresentare l'ossatura dell'appalto pubblico, mentre le disposizioni speciali ad esso applicabili ne regolano solo alcuni aspetti, senza investire l'essenza della relazione negoziale modellata, nei suoi elementi costitutivi (fonte, causa, oggetto, effetti), sull'omonimo modello civilistico, né permettono di individuare un'autonoma fattispecie contrattuale di diritto pubblico. (Digesto, Gerardo Villanaci, Voce Appalto. Nello stesso senso Gualtiero Pittalis (Digesto, Voce Appalto Pubblico).

"Oltre alla responsabilità, disciplinata dalle regole comuni, per inadempimento o ritardo nell'adempimento dell'obbligazione di eseguire l'opera (o il servizio) e di consegnarla, il legislatore prevede alcune ipotesi speciali di responsabilità a carico dell'appaltatore o, secondo l'opinione minoritaria in dottrina e in giurisprudenza, ipotesi

---

\* Il par. n. 1. è dovuto a Salvatore Zarba, quello n. 2. è stato redatto da Marco Casavecchia.

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## CONTRATTI DI APPALTO PUBBLICI E PRIVATI

di garanzia in senso tecnico. Si tratta della «garanzia» per le difformità e i vizi dell'opera disciplinata negli artt. 1667 e 1668 ce. Il legislatore prevede altresì un'ulteriore ipotesi di responsabilità dell'appaltatore (di cui si discute la natura contrattuale o extracontrattuale) nell'art. 1669 ce, rubricato «rovina e difetti di cose immobili». (Oreste Cagnasso, Digesto, Voce Appalto nel diritto privato.

- In base all'art. 1667 c.c.. (Difformità e vizi dell'opera) l'appaltatore è tenuto alla garanzia per le difformità e i vizi dell'opera.

Per la giurisprudenza dominante, così come per la Dottrina prevalente (Cagnasso op.cit), la garanzia prevista dall'art. 1667 costituisce una ipotesi di responsabilità contrattuale per inadempimento o per inesatto adempimento.

- L'art. 1669 ce. (Rovina e difetti di cose immobili) dispone che quando si tratta di edifici o di altre cose immobili destinate per la loro natura a lunga durata, se, nel corso di dieci anni dal compimento, l'opera, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, rovina in tutto o in parte, ovvero presenta evidente pericolo di rovina o gravi difetti, l'appaltatore è responsabile nei confronti del committente e dei suoi aventi causa, purché sia fatta la denuncia entro un anno dalla scoperta.

"Secondo la dottrina prevalente e parte della giurisprudenza, la responsabilità in questione ha carattere contrattuale, mentre la giurisprudenza prevalente e alcuni autori qualificano la stessa come extracontrattuale: si tratta infatti, secondo quest'ultima opinione, di responsabilità fondata su esigenze di interesse pubblico. Da tale qualificazione deriva che la responsabilità può essere fatta valere, non solo dal committente e dai suoi aventi causa (come risulta testualmente dall'art. 1669 ce), ma da qualunque danneggiato, ivi compreso l'acquirente dal costruttore-venditore. La disposizione di cui al citato art. 1669 ce costituirebbe quindi, in tale prospettiva, non solo, e non tanto, una norma in tema di responsabilità dell'appaltatore, quanto una previsione relativa alla responsabilità del costruttore di beni immobili. Dubbio è poi (sempre nella prospettiva in esame) se si tratti di responsabilità per colpa (presunta) o di responsabilità oggettiva. La regola astratta applicata dalla giurisprudenza sembrerebbe nel primo senso, la regola operativa nel secondo, dal momento che nelle ipotesi in cui si è esclusa la colpa del costruttore in realtà non sussisteva il nesso di causalità. Se l'art. 1669 c.c. contiene (come mi pare preferibile ritenere) una peculiare disciplina relativa ad una fattispecie di responsabilità extracontrattuale, si pone un rapporto di specialità tra tale norma e quella di cui all'art. 2043 c.c.: la prima prevede una tutela più incisiva del danneggiato, introducendo una presunzione di colpa (se non una ipotesi di responsabilità oggettiva)". (Cagnasso op. cit).

Nella giurisprudenza è stato recentemente affermato che non sussiste incompatibilità tra le norme di cui agli artt. 1667 e 1669, nel senso che il committente di un immobile che presenti "gravi difetti" ben può invocare, oltre al rimedio risarcitorio del danno (contemplato soltanto dall'art. 1669), anche quelli previsti dall'art. 1668 con riguardo ai vizi di cui all'art. 1667, purché non sia incorso nella decadenza stabilita dal secondo comma

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## CONTRATTI DI APPALTO PUBBLICI E PRIVATI

dello stesso art. 1667. Infatti, i giudici di legittimità asseriscono che, quanto a struttura - diversamente da ciò che riguarda la diversa natura giuridica della responsabilità rispettivamente disciplinata dalle anzidette norme (l'art. 1669, quella extracontrattuale; l'art. 1667, quella contrattuale) - le relative fattispecie si configurano l'una (l'art. 1669) come sottospecie dell'altra (art. 1667), perché i "gravi difetti" dell'opera si traducono inevitabilmente in "vizi" della medesima, sicché la presenza di elementi costitutivi della prima implica necessariamente la presenza di quelli della seconda, con la conseguenza che la norma generale continua ad applicarsi anche in presenza dei presupposti di operatività della norma speciale, così da determinare una concorrenza delle due garanzie, quale risultato conforme alla "*ratio*" di rafforzamento della tutela del committente sottesa allo stesso art. 1669. Ne consegue, altresì, che non è dato ravvisare un contrasto dell'art. 1669 con l'art. 3 Cost., sotto il profilo della irragionevole disparità di trattamento rispetto alla disciplina posta dall'art. 1667 in tema di prescrizione, non patendo il committente alcun "*deficit*" di protezione per il fatto che i difetti dell'opera presentino il carattere di particolare gravità indicato dall'art. 1669 (Cass. civ. Sez. II, 15-02-2011, n. 3702).

- L'appaltatore è inoltre responsabile nei confronti dei terzi a norma dell'art. 2043 e ss del codice civile dei danni loro arrecati in conseguenza dell'attività svolta.

**1.1.** Svolte queste brevi considerazioni in materia d'appalto si esamina la questione della assicurazione della responsabilità civile dell'appaltatore.

L'art. 1917 c.c. (Assicurazione della responsabilità civile) stabilisce che nell'assicurazione della responsabilità civile, l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. Sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi.

L'assicurazione della responsabilità civile rientra nella categoria dell'assicurazione contro i danni ed ha la funzione di mantenere indenne l'assicurato dall'obbligo di risarcire i danni subiti da un terzo in conseguenza di un suo comportamento illecito, contrattuale od extracontrattuale, o dei quali, ad altro titolo, egli sia dichiarato dalla legge responsabile. A questo fine, la prestazione dell'assicuratore non consiste nel rimborsare l'assicurato di quanto corrisposto per il risarcimento del danno, ma nel sollevarlo dall'obbligazione di rispondere con il proprio patrimonio dall'obbligo di risarcimento. (Massimo Franzoni, Digesto, Assicurazione della Responsabilità civile).

Le obbligazioni che nascono dal contratto, vedono come debitore e creditore esclusivamente le parti. Solo in determinati casi il terzo danneggiato è titolare del diritto all'indennizzo dovuto dall'assicuratore: v. ad esempio, la disciplina sull'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti di cui alla L. 24.12.1969, n. 990, oggi contenuta nel codice delle assicurazioni private di cui al D.Lgs. 7.9.2005, n. 209, o la L. 24.12.1969, n. 990, sull'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile per gli incidenti di caccia, che prevedono che il terzo danneggiato possa agire contro l'assicuratore per il risarcimento del danno.

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## CONTRATTI DI APPALTO PUBBLICI E PRIVATI

In generale, quindi, la tutela del terzo danneggiato è più attenuata. La legge prevede la facoltà di pagare direttamente il terzo, anche senza una espressa richiesta da parte dell'assicurato, e il privilegio accordato al danneggiato sulle somme percepite dall'assicurato a titolo di indennità, secondo l'art. 2767 c.c. (Franzoni, op. cit).

Per stabilire i limiti della operatività del contratto occorre fare riferimento alle condizioni contrattuali che hanno la funzione di stabilire se e in che misura l'assicuratore sia tenuto a prestare la garanzia.

Come è stato affermato in Dottrina "E' tuttavia ben raro se non impossibile che l'assicuratore garantisca il ristoro di qualsiasi tipo di danno che colpisca la cosa o la persona assicurata, derivante da qualsiasi causa, e prodottosi con qualsiasi modalità. Le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, normalmente selezionano gli interessi da tutelare e i rischi da cui intendono che siano tutelati. Questa operazione prende il nome di delimitazione del rischio assicurato, e costituisce il cuore di ogni contratto assicurativo. È attraverso la delimitazione del rischio che assicuratore e assicurato pattuiscono i limiti della prestazione del primo e, correlativamente, i confini dei diritti del secondo. Le pattuizioni negoziali sulla delimitazione del rischio possono, poi, essere integrate dalla legge (cfr. art. 1900, 1906, 1912 c.c.)" (ROSSETTI, in Giust. Civ. 2011, 1, 200).

Per cui al fine di valutare i limiti della garanzia assicurativa occorre fare riferimento alle clausole contrattuali che hanno la funzione di stabilire la portata e l'estensione del rischio.

Secondo la giurisprudenza, attengono all'oggetto del contratto le clausole che riguardano il contenuto ed i limiti della garanzia assicurativa e, dunque, specificano il rischio garantito. (Cass. civ., Sez. III, 26/06/2012, n. 10619, Cass. civ., Sez. III, 16/03/2012 n. 4254; Cass. civ., Sez. III, 29/05/2006, n.12804, Cass. civ. Sez. III, 19/07/2005, 15213).

La polizza tipo per l'attività edile stabilisce che la società si obbliga a tenere indenne l'Assicurato, nei limiti indicati nella scheda di polizza, di quanto questi sia tenuto a pagare quale civilmente responsabile ai sensi di legge, a titolo di risarcimento (capitale, interessi e spese) di danni involontariamente cagionati a terzi, per morte, per lesioni personali e per danneggiamenti a cose, in conseguenza di un fatto accidentale verificatosi in relazione ai rischi per i quali è stipulata l'assicurazione ed elencati nella scheda di polizza. Per meglio delimitare il rischio la polizza normalmente esclude dall'operatività della garanzia i danni alle opere in costruzione, a quelle sulle quali si eseguono i lavori e alle cose esistenti nell'ambito di esecuzione degli stessi.

Viene garantita quindi la responsabilità civile verso terzi e non verso il committente o i suoi aventi causa.

Inoltre poiché la operatività della garanzia presuppone per i danni alle cose il loro danneggiamento in conseguenza di un fatto accidentale, considerata l'esclusione della garanzia per i danni alle opere in costruzione, la conclusione è che la polizza tipo non garantisce la responsabilità dell'appaltatore prevista dagli artt. 1667 e 1669 c.c..

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## CONTRATTI DI APPALTO PUBBLICI E PRIVATI

Mentre in materia di appalto pubblico è richiesta la stipulazione di una polizza fideiussoria o cauzionale a garanzia degli impegni assunti verso l'amministrazione, nell'appalto privato tale obbligo non è previsto.

Per evitare sgradite sorprese è bene che il committente prima di sottoscrivere il contratto di appalto non si limiti a prendere atto che l'appaltatore è assicurato per la responsabilità civile, ma esamini attentamente la polizza per verificare i limiti della sua operatività.

2. Nel par. 1. si è asserito che i contratti pubblici di appalto rientrano nella categoria dei contratti privati disciplinati, in via generale, dal codice civile. Tale affermazione, a fronte delle varie definizioni in senso pubblicistico contenute nell'art. 3 del d.lg. 163/2006 (codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE: di seguito "Codice degli appalti"), va spiegata. Infatti, e a prima vista, sembrerebbe che i contratti disciplinati dal Codice degli appalti, in quanto definiti <<pubblici>> (art. 3, commi 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 15-bis, 15-bis.1., 15-ter, 16, 17, 18), appartengano ad una categoria nuova e diversa da quella disciplinata dal codice civile. E ciò specie a fronte, ancora, dell'art. 2, comma 4, del Codice degli appalti per il quale: "Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'art. 1 si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile"; principio, quest'ultimo, che si applica anche all'attività amministrativa visto che l'art. 1/1-bis della l. 241/90 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi) asserisce che: "La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente".

Il dubbio, poi, è rafforzato dal fatto che le definizioni legislative, in quanto assimilate alle norme di interpretazione autentica, sono (si asserisce) <<vincolanti>> (SCARPELLI, *Le definizioni nel diritto*, in ID [a cura di], *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, 1976, 194; BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Giuffrè, 1977, 161 e segg.; TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, 1980, 157 e segg.; FERRAJOLI, *La semantica della teoria del diritto*, in *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio* [a cura di SCARPELLI], Comunità, 1983, 93, nota 16).

In realtà –e se si tiene presente che nel nostro ordinamento giuridico i contratti ad oggetto pubblico sembrano essere solo quelli previsti dall'art. 11 della citata l. 241/90 e che anche questi, salvo pochi principi in contrario, sono essi pure disciplinati dal codice civile- occorre convenire che i contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture sono "privati", seppur "a evidenza pubblica" (secondo una definizione che risale a Massimo Severo GIANNINI) e disciplinati, in via generale, da una normativa di <<diritto speciale>> (d.lg. 163/2006 e dpr 207/90 o Regolamento) e, in via residuale, dal codice civile (GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, 1988, 777 e segg. e 797 e

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## CONTRATTI DI APPALTO PUBBLICI E PRIVATI

segg.; D'ALBERTI, Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni, Jovene, 1981 eccetera).

Questo implica che le <<lacune>> del diritto speciale vengono colmate dal diritto comune e cioè dall'insieme delle norme desumibili principalmente dal codice civile, secondo il brocardo per il quale: <<Lex specialis derogat generali>> (BOBBIO, Teoria dell'ordinamento giuridico, Giappichelli, 1958).

Per fare qualche esempio, si applicheranno ai contratti pubblici di appalto le norme sulla <<risoluzione del contratto>> per colpa o inadempimento della stazione appaltante (artt. 1453 e segg. cc), le norme sulla invalidità dei contratti (artt. 1418 e 1425-1445 cc, e ciò le fatte salve le prescrizioni previste dal diritto speciale: v. nsi artt. 121 e segg. del d.lg. 104/2010), le norme sulla responsabilità precontrattuale (artt. 1337-1338 cc); le norme sulla interpretazione dei contratti a sensi degli artt. 1362 e segg. cc (e ciò, anche qui, salve le deroghe deducibili dalla c.d. <<Direttiva ricorsi>> di cui alla dir. 2007/66/CE dell'11-12-2007 e, attualmente, dagli artt. 121 e segg. del d.lg. 104/2010) e ciò semplicemente perché la normativa di diritto speciale non contiene, se non in implicito, norme relative alle fattispecie prima elencate.

E, allora, perché parlare di <<contratti privati a evidenza pubblica>> per poi ritenerli privati? La ragione è triplice: perché la locuzione <<evidenza pubblica>> definisce solo una certa procedura (di per sé neutra, né pubblica, né privata) per la scelta dell'appaltatore, procedura che può essere utilizzata anche da qualsiasi privato; perché anche alcuni insiemi di norme di diritto speciale possono appartenere al diritto privato (e le norme del Codice degli appalti appartengono, per gran parte, al diritto privato per effetto dell'art. 11 cc), perché, infine, non si saprebbe come colmare le lacune del diritto speciale se non si facesse ricorso al diritto privato in funzione di diritto comune.

Infine: il comma 4 dell'art. 2 del d.lg. 163/2006 sopra trascritto <<ripete>> unicamente il vecchio principio per il quale le lacune di un certo ramo del diritto si colmano con le norme di un altro ramo che, in via di massima, appartenga allo stesso settore, se per <<settore>>, convenzionalmente, si intende l'insieme delle norme che costituiscono o il diritto privato o il diritto pubblico o, più genericamente, l'insieme di norme che, tra di loro, esibiscono una certa parentela (GRECO, I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica, Giuffrè, 1986; BOBBIO, Lacune del diritto, in "Contributi ad un dizionario giuridico; CARNELUTTI, Teoria generale del diritto, 2<sup>a</sup> ediz. Roma, 1946, 76 e segg.).

**b.1.** Venendo ora al problema delle garanzie o assicurazioni –e proprio per quanto detto sub 2.- nel campo dei contratti di appalti pubblici non si applicano, se non in parte, le norme privatistiche sub 1.1., proprio perché il Codice degli appalti contiene delle disposizioni normative autonome, di natura obbligatoria.

Trattasi delle disposizioni di cui agli articoli 75 del Codice degli appalti e 268/1 del Regolamento (c.d. <<cauzione provvisoria>> che va presentata da tutti gli <<offerenti>>, come garanzia <<a corredo dell'offerta>>), 113 del Codice degli appalti

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## CONTRATTI DI APPALTO PUBBLICI E PRIVATI

e 123/1, 129/2, 131/1 lett. a), 131/2, 132, 134/5, 135, 235/1, 268/1, 290/1 e 328/5 del Regolamento (<<cauzione definitiva>>) e 129 del Codice degli appalti, nonché 3/1 lett. oo), 125/1, 126 e 129/1 del Regolamento (<<garanzie e coperture assicurative per i lavori pubblici>>).

Per quanto concerne la <<cauzione provvisoria>> di cui all'art. 75 del Codice degli appalti (che deve essere pari al 2% dell'importo a base di gara, e ciò salva la riduzione del 50% nei casi di cui al comma 7), va detto che la stessa svolge la funzione di garantire la serietà dell'offerta. Tant'è che “copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario”, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del medesimo (comma 6). Da qui il fatto che, in assenza di cauzione, l'offerta va dichiarata inammissibile.

La detta cauzione poi consiste in una fideiussione <<a prima richiesta>> (o, secondo alcuni Autori, in una “caparra penitenziale” ex art. 1386 cc o in una “caparra confirmatoria” ex art. 1385 cc o, ancora, in una “clausola penale” ex art. 1383 cc). Cauzione che è impegnativa nei confronti sia della stazione appaltante, che dell'offerente; che deve contemplare espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione di cui all'art. 1944 cc, nonché la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, cc e che ha validità di 180 giorni dalla data di presentazione dell'offerta (salvo maggior termine previsto nel bando di gara).

Infine il garante (pena, sempre l'inammissibilità dell'offerta) deve impegnarsi a rilasciare la <<cauzione definitiva>> di cui all'art. 113 del Codice degli appalti qualora l'offerente risultasse poi affidatario dei lavori (comm 8).

Se l'appaltatore si rifiuta di stipulare il contratto, la stazione appaltante provvede ad incamerare la cauzione provvisoria a sensi dell'art. 113/4 del Codice degli appalti. (Sui problemi che nascono in ordine alla <<cauzione provvisoria>> [casi in cui la stessa è condizione di ammissibilità alla gara, anche alla luce dell'art. 46 del d.lg. 163/2006; natura giuridica della stessa eccetera v.nsi: GIAMPAOLINO, sub art. 30 della l. Merloni, in “La legge <<quadro>> in materia di lavori pubblici”, a cura di CARULLO e CLARIZIA, Cedam, 2004; II, 1366 e segg.; ALPA sub art. 30 l. Merloni, in “La riforma dei lavori pubblici”, Commentario diretto da ANGELETTI, UTET, 2000, I, 579 e segg.; MARCHIANO, Commentario breve alla legislazione sugli Appalti pubblici e privati a cura di CARULLO e IUDICA, Cedam, 2009, sub art. 75 del d.lg. 163/2006, 594 e segg.; ZOPPOLATO, in “Trattato sui contratti pubblici”, diretto da SANDULLI, DE NICTOLIS e GAROFOLI, Giuffrè, 2008, V, 30, 3509 e segg.; CLARA, in Codice e Regolamento Unico dei contratti pubblici, a cura di CARINGELLA e PROTTO).

La seconda garanzia è costituita dalla <<cauzione definitiva>> (artt. 113 del d.lg. 163/2006 e articoli correlati del Regolamento). Questa “. . . copre gli oneri per il mancato od inesatto adempimento e cessa di avere effetto solo alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione” (art. 113/4

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## CONTRATTI DI APPALTO PUBBLICI E PRIVATI

del Codice degli appalti, nonché artt. 132, 134/5, 135, 235/1, 290/1 e 306/1 del Regolamento).

Anche il contratto autonomo di fideiussione previsto dall'art. 113 del d.lg. 163/2009 deve prevedere la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, cc, nonché "l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta della stazione appaltante" (secondo comma del citato art. 113).

L'art. 123 del Regolamento, ai commi 2 e 3, specifica quanto detto nell'art. 113/5 del Codice degli appalti a proposito della "garanzia [che] copre gli oneri per il mancato ed inesatto adempimento". Infatti il citato art. 123, basandosi sul principio di postnumerazione, afferma che: "2. La cauzione viene prestata a garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse, nonché a garanzia del rimborso delle somme pagate in più all'esecutore rispetto alle risultanze della liquidazione finale, salva comunque la risarcibilità del maggior danno. 3. Le stazioni appaltanti hanno il diritto di valersi della cauzione per l'eventuale maggiore spesa sostenuta per il completamento dei lavori nel caso di risoluzione del contratto disposta in danno dell'esecutore. Le stazioni appaltanti hanno inoltre il diritto di valersi della cauzione per provvedere al pagamento di quanto dovuto dall'esecutore per le inadempienze derivanti dalla inosservanza di norme e prescrizioni dei contratti collettivi, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, protezione, assicurazione, assistenza e sicurezza fisica dei lavoratori comunque presenti in cantiere" (v.nsi, op. cit. sub art. 75 del d.lg. 163/2006, nonché "Codice degli Appalti pubblici" a cura di GAROFALI e FERRARI, Nel diritto 2011, 1192 e segg.; "Il Nuovo Regolamento Appalti Pubblici", a cura di GAROFALI e FERRARI, Nel diritto, 2011, I, 508 e segg. ZOPPOLATO, in "Trattato . . ." cit, Giuffè, 2011, VIII 4665 e segg.).

Mentre le norme precedenti introducono sostanzialmente, nel campo dei contratti di appalto le norme (privatistiche) sulla <<fideiussione a prima richiesta>>, quelle dell'art. 129 del d.lg. 163/2006 ("Garanzie e coperture assicurative per i lavori pubblici") e degli articoli 125 e 126 del Regolamento (rispettivamente intitolati: "Polizza di assicurazione per danni di esecuzione e responsabilità civile verso terzi" e "Polizza di assicurazione indennitaria decennale"), richiamano quelle (sempre privatistiche) sui contratti di assicurazione civile (art. 1917 cc).

Le garanzie di cui all'art. 129 del Codice degli appalti e dei correlati articoli del Regolamento riguardano i "rischi di esecuzione". Detto articolo è infatti così formulato: "1. Fermo restando quanto disposto dall'articolo 75 e dall'articolo 113, l'esecutore dei lavori è altresì obbligato a stipulare una polizza assicurativa che tenga indenni le stazioni appaltanti da tutti i rischi di esecuzione da qualsiasi causa determinati, salvo quelli derivanti da errori di progettazione, insufficiente progettazione, azioni di terzi o cause di forza maggiore, e che preveda anche una garanzia di responsabilità civile per

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## CONTRATTI DI APPALTO PUBBLICI E PRIVATI

danni a terzi nell'esecuzione dei lavori sino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o di regolare esecuzione. 2. Per i lavori il cui importo superi gli ammontari stabiliti con decreto del Ministro delle infrastrutture, l'esecutore è inoltre obbligato a stipulare, con decorrenza dalla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, una polizza indennitaria decennale, nonché una polizza per responsabilità civile verso terzi, della medesima durata, a copertura dei rischi di rovina totale o parziale dell'opera, ovvero dei rischi derivanti da gravi difetti costruttivi. 3. Con il regolamento è istituito, per i lavori di importo superiore a 100 milioni di euro, un sistema di garanzia globale di esecuzione operante per gli appalti pubblici aventi ad oggetto lavori, di cui possono avvalersi i soggetti di cui all'articolo 32, comma 1, lett. a), b) e c). Il sistema, una volta istituito, è obbligatorio per tutti gli appalti aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 75 milioni di euro”.

(Da notare che: [1] per effetto del DM 1-12-2000, la polizza indennitaria decennale di cui al comma 2 è richiesta per lavori il cui importo superi 10.329.000,14 euro; [2] il “sistema di garanzia globale” di cui al comma 3 è prorogato a dicembre 2012 dall'art. 1 del d.l. 6-6-2012, n. 73, convertito nella l. 23-7-2012, n. 119).

L'art. 125 del Regolamento, meglio specificando, così prescrive: “1. L'esecutore dei lavori è obbligato, ai sensi dell'articolo 129, comma 1, del codice, a stipulare una polizza di assicurazione che copra i danni subiti dalle stazioni appaltanti a causa del danneggiamento o della distruzione totale o parziale di impianti ed opere, anche preesistenti, verificatisi nel corso dell'esecuzione dei lavori. Il bando di gara prevede che l'importo della somma assicurata corrisponde all'importo del contratto ovvero, dandone specifica motivazione, che detta somma sia superiore all'importo del contratto. La polizza deve inoltre assicurare la stazione appaltante contro la responsabilità civile per danni causati a terzi nel corso dell'esecuzione dei lavori. 2. Il massimale per l'assicurazione contro la responsabilità civile verso terzi è pari al cinque per cento della somma assicurata per le opere con un minimo di 500.000 euro ed un massimo di 5.000.000 di euro. 3. La copertura assicurativa decorre dalla data di consegna dei lavori e cessa alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione o comunque decorsi dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato. Qualora sia previsto un periodo di garanzia, la polizza assicurativa è sostituita da una polizza che tenga indenni le stazioni appaltanti da tutti i rischi connessi all'utilizzo delle lavorazioni in garanzia o agli interventi per la loro eventuale sostituzione o rifacimento. 4. Il contraente trasmette alla stazione appaltante copia della polizza di cui al presente articolo almeno dieci giorni prima della consegna dei lavori. 5. L'omesso o il ritardato pagamento delle somme dovute a titolo di premio da parte dell'esecutore non comporta l'inefficacia della garanzia”.

L'art. 129 del Codice degli appalti, al secondo comma prescrive la c.d. <<polizza indennitaria decennale>> a copertura dei rischi di cui all'art. 1669 cc.

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## CONTRATTI DI APPALTO PUBBLICI E PRIVATI

L'art. 126 del Regolamento (intitolato: "Polizza di assicurazione indennitaria decennale") così "ripete" (e dettaglia): "1. Per i lavori di cui all'articolo 129, comma 2, del codice, l'esecutore dei lavori è obbligato a stipulare, con decorrenza dalla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione o comunque decorsi dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato, una polizza indennitaria decennale a copertura dei rischi di rovina totale o parziale dell'opera, ovvero dei rischi derivanti da gravi difetti costruttivi. La polizza deve contenere la previsione del pagamento in favore del committente non appena questi lo richieda, anche in pendenza dell'accertamento della responsabilità e senza che occorranò consensi ed autorizzazioni di qualunque specie. Il limite di indennizzo della polizza decennale non deve essere inferiore al venti per cento del valore dell'opera realizzata e non superiore al quaranta per cento, nel rispetto del principio di proporzionalità avuto riguardo alla natura dell'opera. 2. L'esecutore dei lavori è altresì obbligato a stipulare, per i lavori di cui al comma 1, una polizza di assicurazione della responsabilità civile per danni cagionati a terzi, con decorrenza dalla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione e per la durata di dieci anni a con un indennizzo pari al cinque per cento del valore dell'opera realizzata con un minimo di 500.000 euro ed un massimo di 5.000.000 di euro. 3. La liquidazione della rata di saldo è subordinata all'accensione delle polizze di cui ai commi 1 e 2".

L'art. 129 del Codice degli appalti, al comma 3, prevede poi un "sistema di garanzia globale di esecuzione" (comunque, ad oggi, non ancora in vigore) che ingloba sia le garanzie dell'art. 113 del d.lg. 163/2006, che quelle del subentro.

Gli articoli 129-131 e 133-134 del Regolamento, specificano il contenuto delle norme del Codice dei contratti relative al <<sistema di garanzia globale di esecuzione>>. Infatti l'art. 129/2 citato afferma che: "La garanzia globale di esecuzione consiste nella garanzia di subentro di cui all'art. 131, comma 1, lettera b) del presente regolamento". Gli articoli 131/1, lett. b), 133 e 134 prevedono, rispettivamente, quanto segue: "art. 131. "1. Con la garanzia globale di esecuzione, il garante assume: . . . omissis . . . b) la garanzia di subentro: l'obbligo, su richiesta della stazione appaltante o del soggetto aggiudicatore, di fare subentrare nella esecuzione e completare il lavoro garantito al posto del contraente, il sostituto qualora si verifichi la risoluzione del contratto ai sensi degli articoli 135 e 136 del codice, nonché nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa o concordato preventivo, che impediscano la corretta prosecuzione dell'esecuzione". Art. 133: "1. Entro trenta giorni dalla ricezione della comunicazione di richiesta di attivazione della garanzia, il garante deve comunicare alla stazione appaltante o al soggetto aggiudicatore l'inizio della attività del subentrante. 2. L'attivazione della garanzia di subentro non libera il garante dalla obbligazione di fare completare il lavoro garantito. Qualora la stazione appaltante o il soggetto aggiudicatore chieda la sostituzione del subentrante inadempiente, il garante, entro il termine di trenta

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## CONTRATTI DI APPALTO PUBBLICI E PRIVATI

giorni dalla ricezione della richiesta di sostituzione, lo sostituisce con l'altro soggetto indicato all'atto della stipulazione del contratto. 3. Nel caso di inadempimento anche del secondo subentrante, il garante, al fine di individuare gli eventuali ulteriori sostituti, procede ad interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, come risultanti dalla relativa graduatoria. In caso di indisponibilità di tutti i soggetti interpellati, il garante procede ad individuare un soggetto idoneo all'esecuzione dell'opera ed in possesso dei requisiti prescritti dal bando o dall'avviso di gara originario. 4. Il subentrante può avvalersi dei subappaltatori già autorizzati, nei limiti di quanto costoro non abbiano eseguito per conto del contraente; art. 134. 1. L'assunzione, da parte del garante, dell'obbligo di far realizzare l'opera non si configura come successione nel contratto del contraente né comporta novazione soggettiva del contratto stesso. 2. Il garante resta estraneo ai rapporti tra contraente e stazione appaltante o soggetto aggiudicatore e non può far valere nei confronti del committente le eccezioni che spettano al contraente. 3. La attivazione della garanzia di subentro non comporta il venir meno della responsabilità del contraente per i danni derivanti alla stazione appaltante o al soggetto aggiudicatore a causa della risoluzione del contratto in applicazione di quanto previsto dalle norme del codice civile e dalle leggi speciali regolanti la materia. La stazione appaltante o il soggetto aggiudicatore può esigere dal garante il pagamento di quanto a tale titolo dovuto dal contraente, nei limiti di cui all'articolo 135, comma 2. 4. Il garante deve avere i requisiti previsti per il rilascio delle garanzie di cui alla legge 10 giugno 1982, n. 348, e deve avere rilasciato garanzie fideiussorie per appalti di lavori pubblici, in corso di validità al 31 dicembre dell'anno precedente, per un importo complessivo non inferiore a 1,5 volte l'importo dei lavori. La garanzia può essere rilasciata altresì dai soggetti indicati dall'articolo 127, comma 3. 5. Il bando o l'avviso di gara può prevedere che la garanzia di subentro possa essere prestata anche dalla eventuale società capogruppo del contraente, congiuntamente ad altro garante, in possesso dei requisiti di cui al comma 4, che presta la garanzia di cui all'articolo 113 del codice. L'eventuale società capogruppo del contraente deve possedere, nel caso in cui quest'ultimo scelga di utilizzarla quale garante nella garanzia di subentro, un patrimonio netto non inferiore all'importo dei lavori e comunque superiore a 500 milioni di euro. 6. La garanzia può essere rilasciata da più banche o imprese di assicurazione o dai soggetti indicati dall'articolo 127, comma 3, che assumano responsabilità solidale, designando una delle stesse quale mandataria e rappresentante unica. In tal caso il requisito di cui al comma 4 è raggiunto sommando i requisiti delle associate. 7. Il subentrante deve essere in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dalla normativa e dal bando o dall'avviso di gara per la realizzazione dell'intera opera. 8. Il garante può convenire con il contraente che la esecuzione dei lavori sia verificata, per suo conto, da un controllatore tecnico, da scegliersi tra gli organismi di controllo accreditati ai sensi della norma europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020 da enti partecipanti all'European cooperation for accreditation

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## CONTRATTI DI APPALTO PUBBLICI E PRIVATI

(EA) o comunque di gradimento di entrambe le parti, in possesso di certificazione del sistema di qualità; il controllare tecnico provvede, ai sensi delle norme UNI, a raggugliare periodicamente il garante sullo stato di esecuzione dei lavori. L'attivazione del controllare tecnico deve essere comunicata alla stazione appaltante o al soggetto aggiudicatore, che pone a disposizione del controllare stesso tutti i documenti trasmessi alla stazione appaltante o al soggetto aggiudicatore".

Altre norme sulla <<cauzione definitiva>> (modalità di presentazione, importo eccetera) sono contenute, parte, nell'art. 113 del Codice degli appalti e, parte, negli artt. 127 (Requisiti dei fideiussori) e 128 (Garanzie di raggruppamenti di imprese) del Regolamento.

Quanto sopra detto riguarda unicamente i <<settori ordinari>> dei contratti pubblici (art. 3/4 del d.lg. 163/2006). Esulano dal presente articolo i <<settori speciali>> (art. 3/5 del citato testo normativo) e tutti gli altri contratti che, in tutto o in parte, sono disciplinati dal Codice degli appalti, ma che non rientrano nei <<settori ordinari>>.

### LE SEZIONI UNITE SUL POTERE DEL GIUDICE EX ART. 1421 C.C. (CASSAZIONE, SEZIONI UNITE CIVILI, SENTENZA N. 14828, 4 SETTEMBRE 2012)

*Il giudice di merito ha il potere di rilevare, dai fatti allegati o provati o emergenti ex actis, ogni forma di nullità non soggetta a regime speciale e, provocato il contraddittorio sulla questione, deve rigettare la domanda di risoluzione, volta ad invocare la forza del contratto. Pronuncerà con efficacia idonea al giudicato sulla questione di nullità ove, anche a seguito di rimessione in termini, sia stata proposta la relativa domanda*

di ALESSANDRO BOLLETTINARI

#### 1. La sentenza delle Sezioni Unite del 4 settembre 2012

Con la pronuncia in esame, le Sezioni Unite si esprimono a favore della rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto nell'ambito di una causa promossa per la risoluzione dello stesso, in tal modo offrendo risposta ad una questione ormai annosa che andava dividendo gli stessi giudici della Suprema Corte.

Nel caso di specie, il ricorrente aveva stipulato, nel 1991, un contratto preliminare con il quale si impegnava a dare in permuta la proprietà di un terreno di circa 4.500 mq. alla impresa T., la quale, per suo conto, si obbligava a corrispondergli la proprietà di 400 mq. del fabbricato che avrebbe ivi costruito. In pari data, la stessa impresa acquistava il terreno dal proprietario tavolare.

Intervenuto il fallimento dell'impresa T., il Curatore comunicava lo scioglimento del contratto ex art. 72, 4° co., l. fall. e, in seguito alla dichiarazione del fallimento, veniva interrotta la causa avviata nel 1993 nei confronti dell'impresa T. ai sensi dell'art. 2932 c.c.

Nel 2000, il ricorrente agiva per la *risoluzione del contratto* preliminare e la restituzione del terreno a favore proprio o, in via subordinata, del proprietario tavolare in quanto terzo che aveva dato esecuzione al contratto. Il Fallimento resisteva, negando la legittimazione attiva dell'istante.

Il Tribunale, disattese le eccezioni pregiudiziali, rigettava la domanda affermando che lo scioglimento del contratto aveva caducato la promessa di vendita e che le pretese del contraente *in bonis* dovevano essere soddisfatte mediante insinuazione al passivo.

# COMMENTI A SENTENZE

POTERE DEL GIUDICE EX ART. 1421 C.C.

In sede d'appello, il ricorrente chiedeva, in via principale, che fosse pronunciata la *nullità del contratto* preliminare per indeterminatezza dell'oggetto (in specie: l'omessa determinazione del fondo e delle porzioni del fabbricato).

La Corte d'Appello di Venezia, con sentenza del 27 agosto 2008, dichiarava inammissibile, giacché nuova, la domanda principale ed osservava la non rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto, essendone stata inizialmente chiesta la risoluzione.

La questione, giunta poi in Cassazione, ha visto la Prima Sezione Civile, con ordinanza n. 25151 del 2001, rilevare la sussistenza di un contrasto giurisprudenziale in ordine alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto, rimettendo gli atti al Primo Presidente, il quale ha ritenuto opportuno investire le Sezioni Unite della questione relativa al «*se la nullità del contratto possa essere rilevata d'ufficio non solo allorché sia stata proposta domanda di esatta adempimento, ma anche allorché sia stata domandata la risoluzione, l'annullamento o la rescissione [...] del contratto stesso*».

Le Sezioni Unite cassano la sentenza impugnata e rinviando ad altra sezione della Corte d'Appello di Venezia per un nuovo esame della causa.

## 2. I precedenti giurisprudenziali e le posizioni dottrinali

**2.1.** La sentenza in commento, come già accennato, si esprime su una questione lungamente dibattuta, che da molti anni divideva i giudici della Suprema Corte dando luogo ad una significativa alternanza interpretativa.

Le ragioni del contrasto derivano dalla compresente vigenza nel nostro ordinamento di principi e poteri diversi, il cui coordinamento (*rectius*: bilanciamento) può ingenerare difficoltà per l'interprete. L'antitesi, qui, è tra il potere di cui all'art. 1421 c.c. in materia di rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale ed i principi processuali della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato di cui agli articoli 99 e 112 c.p.c. <sup>(1)</sup>.

Con riferimento al suddetto contrasto, si noti, da un lato, l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale "restrittivo" (nonché maggioritario), secondo cui il giudice può rilevare d'ufficio la nullità (in qualunque stato e grado del giudizio ed indipendentemente dall'attività assertiva delle parti) soltanto quando risultino già acquisiti al processo gli elementi che la evidenziano e allorché si tratti di controversie promosse per far valere diritti che presuppongono la validità del contratto stesso (e non anche nella diversa ipotesi in cui la domanda prescinda dalla suddetta validità, come nel

---

<sup>(1)</sup> Come si avrà modo di riferire nel prosieguo della trattazione (cfr. *infra*, § 3), il legislatore, sin dalla versione originaria del codice di rito, ha fatto ricorso all'art. 183 c.p.c. (prevedendo il dovere del giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio), anche al fine di armonizzare il potere di cui all'articolo 1421 c.c. con i principi processuali del contraddittorio, della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

## COMMENTI A SENTENZE

POTERE DEL GIUDICE EX ART. 1421 C.C.

caso della risoluzione per inadempimento)<sup>(2)</sup>; al contrario, qualora la domanda sia diretta a fare dichiarare la risoluzione per inadempimento, la deduzione di una qualsiasi causa di nullità o di un fatto costitutivo diverso dall'inadempimento dovrebbe considerarsi inammissibile (se allegato dalle parti), ovvero, vizio di ultrapetizione (se rilevato d'ufficio dal giudice)<sup>(3)</sup>.

Altra parte della giurisprudenza, tanto di merito quanto di legittimità, contrasta simili restrizioni, sposando, al contrario, un orientamento “estensivo” (e minoritario) secondo cui la nullità di un contratto del quale sia stata chiesta la risoluzione ben può essere rilevata d'ufficio dal giudice, in via incidentale, senza che ciò determini un vizio di ultrapetizione, atteso che siffatta domanda implicitamente postula l'assenza di ragioni che determinano la nullità del contratto<sup>(4)</sup>.

A partire dai primi anni Settanta, – come peraltro sottolineato dai giudici della Suprema Corte nella loro motivazione –, l'orientamento “restrittivo” si è tramandato con sostanziosa continuità<sup>(5)</sup>, benché resistito da una coeva pronuncia, nella quale – con riferimento ad una vicenda analoga, ovvero sia la domanda di risoluzione di un contratto preliminare relativo a compravendita nulla perché simulata – il giudice di legittimità aveva osservato che la Corte d'Appello avrebbe dovuto certamente rilevare la nullità giacché «*la nullità può essere rilevata dal giudice anche d'ufficio*»<sup>(6)</sup>.

Continuando a ripercorrere l'iter motivazionale seguito della Suprema Corte nella decisione in commento, si deve evidenziare come negli anni successivi, accanto a pronunce conformi all'orientamento “restrittivo”, peraltro ormai divenuto per ragioni quantitative<sup>(7)</sup> quello “tradizionale”, trovavano pari conferma anche decisioni in senso

---

<sup>(2)</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. civ. Sez. II, 9 gennaio 1993, n. 141, in *Mass. Giur. It.*, 1993; Cass. civ. Sez. II, 9 febbraio 1994, n. 1340, *ivi*, 1994; Cass. civ. Sez. I, 22 aprile 1995, n. 4607, *ivi*, 1995; Cass. civ. Sez. lavoro, 18 maggio 1999, n. 4817, *ivi*, 1999; Cass. civ. Sez. II, 18 febbraio 1999, n. 1378, *ibid.*

<sup>(3)</sup> Così, Cass. civ. Sez. II, 11 marzo 1988, n. 2398, in *Foro It.*, 1989, I, p. 1936 con nota di MASSETANI; Cass. civ. Sez. lavoro, 12 agosto 1987, n. 6899, *ivi*, p. 1937.

<sup>(4)</sup> In senso “estensivo”, per le pronunce di legittimità, si veda Cass., 2 aprile 1997, n. 2858, in *Giust. Civ.*, 1997, p. 2459 con nota di VIDIRI; Cass., 18 luglio 1994, n. 6710, in *Rep. Foro It.*, 1994, voce «Contratto in genere», n. 432. Per le pronunce di merito, si veda Trib. Bergamo, 21 luglio 2003, in *Giur. It.*, 2003, p. 2279; Trib. Cagliari, 19 agosto 1986, in *Riv. Giur. Sarda*, 1988, p. 704.

<sup>(5)</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. civ., 20 dicembre 1973, n. 3443, in *Massima redazionale*, 2005.

<sup>(6)</sup> La pronuncia in discorso è la Cass. civ., 6 marzo 1970, n. 578, in *Mass. Giur. It.*, 1970. Nello stesso senso, cfr. Cass. civ. Sez. I, 28 gennaio 1986, n. 550, in *Società*, 1986, p. 511.

<sup>(7)</sup> Cass. civ. Sez. II, 9 gennaio 1993, n. 141, in *Mass. Giur. It.*, 1993; Cass. civ. Sez. II, 9 febbraio 1994, n. 1340, in *Foro It.*, 1995, I, p. 611; Cass. civ. Sez. II, 7 aprile 1995, n. 4064, in *Giust. Civ.*, 1995, I, con nota di NULLO; Cass. civ. Sez. lavoro, 18 maggio 1999, n. 4817, *cit.*; Cass. civ. Sez. II, 18 febbraio 1999, n. 1378, *cit.*

## COMMENTI A SENTENZE

POTERE DEL GIUDICE EX ART. 1421 C.C.

“estensivo”, secondo cui, a titolo esemplificativo, «*la nullità di un contratto del quale sia stato chiesto l’annullamento (ovvero la risoluzione o la rescissione) può essere rilevata d’ufficio dal giudice, in via incidentale, senza incorrere in vizio di ultrapetizione, atteso che in ognuna di tali domande è implicitamente postulata l’assenza di ragioni che determinano la nullità del contratto; pertanto il rilievo di quest’ultima da parte del giudice dà luogo a pronunzia che non eccede il principio dell’art. 112 c.p.c.*»<sup>(8)</sup>.

Invero, lo scarso nitore dell’articolo 1421 c.c. (nella parte in cui utilizza il verbo “può”), non aiuta a chiarire se il giudice abbia il potere-dovere ovvero la mera facoltà di rilevare d’ufficio la nullità<sup>(9)</sup>.

In argomento, i fautori dell’interpretazione “restrittiva” ritengono che la norma non preveda un potere-dovere del giudice bensì un potere rimesso alla sua discrezionalità; egli, pertanto, *non è obbligato* ad indicare alle parti le questioni rilevabili d’ufficio né quelle che immagina di poter rilevare, rimanendo libero di farlo in sede di decisione qualora non ritenga opportuno che le parti svolgano attività di trattazione della questione.

Simile ricostruzione è stata specificatamente sconfessata da un’importante pronuncia della Suprema Corte<sup>(10)</sup>, in forza della quale il giudice che ritenga di sollevare, dopo l’udienza di trattazione, una questione rilevabile d’ufficio e non considerata dalle parti, *deve* segnalarla alle stesse, consentendo la proposizione di eccezioni e di difese sul merito; al contrario, nell’ipotesi in cui il giudice decida la controversia sulla base di una questione non previamente sottoposta alle parti, la sentenza sarà nulla per violazione del principio del contraddittorio. In altri termini, secondo quella Cassazione, il difetto di indicazione da parte del giudice delle questioni

---

<sup>(8)</sup> Cfr. Cass., 2 aprile 1997, n. 2858, cit.

<sup>(9)</sup> Su tale questione interpretativa sono definitivamente intervenute le Sezioni Unite nella sentenza in commento, affermando che «*il verbo “può” usato nell’art. 1421 c.c., è da intendersi “deve”, laddove la domanda proposta implichi la questione da rilevare e non si ponga quindi un problema di corrispondenza tra chiesto e pronunciato*». La stessa questione si è altresì presentata all’attenzione della giurisprudenza comunitaria, che l’ha risolta affermando un dovere del giudice di rilevare d’ufficio la nullità. In particolare, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee (CGCE) ha stabilito che il giudice deve esaminare d’ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale e, in quanto nulla, non applicarla, a meno che il consumatore vi si opponga (cfr. CGCE, Sez. IV, 4 giugno 2009, causa C-234708).

<sup>(10)</sup> Cfr. Cass. civ. Sez. I, 21 novembre 2001, n. 14637, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1161 ss., con nota favorevole di LUIO, *Questione rilevata d’ufficio e contraddittorio: una sentenza “rivoluzionaria”?*; contra CHIARLONI, *La sentenza «della terza via» in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur. It.*, 2002, p. 1363. In dottrina, si veda anche GAMBÀ, *Domande senza risposta. Studi sulla modificazione della domanda nel processo civile*, (Padova: Cedam, 2008), p. 293 ss.

## COMMENTI A SENTENZE

POTERE DEL GIUDICE EX ART. 1421 C.C.

rilevabili d'ufficio comporta sempre la nullità della sentenza per mancata instaurazione del contraddittorio.

Come evidenziato dalla dottrina, si tratta di una delle ipotesi di collaborazione tra il giudice e le parti che sancendo il dovere del giudice di indicare l'eccezione rilevabile d'ufficio prima di pronunciare la sentenza, evita le c.d. soluzioni a sorpresa o della "terza via" <sup>(11)</sup>. Simile ricostruzione, sebbene riceva il plauso quasi unanime degli Autori <sup>(12)</sup>, alimenta le perplessità d'illustre dottrina, secondo cui, ferma la violazione del dovere di collaborazione, la violazione del contraddittorio e la conseguente nullità sussiste soltanto in caso di violazione anche del diritto di difesa, tutta da allegare e dimostrare <sup>(13)</sup>.

---

<sup>(11)</sup> MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Vol. I, (Torino: Giappichelli, 2009), p. 80.

<sup>(12)</sup> La dottrina che si pronuncia per la nullità della sentenza della "terza via" ritiene che l'attuazione del principio del contraddittorio nella fase introduttiva del giudizio presupponga la collaborazione del giudice con le parti nella definizione del *thema decidendum*, collaborazione che si realizza anche con la segnalazione delle questioni rilevabili d'ufficio che le parti non abbiano preso in considerazione negli atti difensivi o nella discussione all'udienza di trattazione ex art. 183, 4° co., c.p.c. In argomento, cfr. DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, ivi, 1968, p. 217 ss.; FERRI, *Contraddittorio e poteri decisori del giudice*, in *Studi urbinati*, 1984, p. 3 ss.; CIVININI, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo officioso delle questioni e contraddittorio*, in *Foro It.*, 1999, V, p. 8; MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di «terza via»*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2000, p. 929; MONTESANO – ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, (Padova: Cedam, 2001), I, 1, p. 348.

<sup>(13)</sup> CHIARLONI, *La sentenza «della terza via» in cassazione*, cit. Il Chiarloni è "tradizionalmente" propenso ad escludere la nullità della sentenza della "terza via". *Rectius*: egli ritiene che la sentenza della "terza via" non violi *di per sé* il principio del contraddittorio (bensì il principio di collaborazione tra i soggetti del processo) e pertanto non si possa ritenere *di per sé* nulla come invece vorrebbe la dottrina maggioritaria. Nello stesso tempo, l'Autore sottolinea l'esistenza uno stringente dovere del giudice (sanzionabile anche in via disciplinare) di obbedire al comando dell'articolo 183, 3° co. (ora 4° co.) c.p.c., che gli impone di indicare alle parti «*le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione*» (ID., *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e «fomalismo delle garanzie»*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1987, p. 569 ss.). In altri termini, siccome le questioni rilevabili d'ufficio appartengono in astratto al patrimonio del comune sapere di tutti i soggetti del processo, «*il principio che viene in gioco non è quello del contraddittorio, ma quello della reciproca collaborazione tra il giudice e le parti*» (ID. (a cura di), *Le riforme del processo civile*, (Zanichelli: Bologna, 1992), p. 182). Peraltro, il Chiarloni riconosce che si possano prospettare fattispecie eccezionali per le quali «*il rilievo "a sorpresa" di una questione, ad opera del giudice, colloca la parte nella condizione di non poter apportare al processo ulteriori elementi fattuali, capaci di condurre ad una soluzione opposta di quella stessa questione, ovvero ad una valutazione di assorbimento a causa di una diversa conformazione dell'oggetto del processo*» (ID., *op. ult. cit.*, p. 189). In tali ipotesi, – volendo rispondere all'esigenza di integrare l'attività difensiva attraverso l'allegazione

## COMMENTI A SENTENZE

POTERE DEL GIUDICE EX ART. 1421 C.C.

Lo “scontro” tra i due orientamenti ha conosciuto una forte radicalizzazione nel 2005. In quell’anno, la Suprema Corte si è espressa sulla questione in svariate occasioni, sposando, a seconda dei casi, l’una o l’altra posizione.

Con riferimento all’approccio “estensivo”, si richiama la Cass. n. 21108/05 <sup>(14)</sup> che, conformemente al precedente di pochi anni prima <sup>(15)</sup>, afferma che il «*il giudice che ritenga, dopo l’udienza di trattazione, di sollevare una questione rilevabile d’ufficio e non considerata dalle parti, deve sottoporla ad esse al fine di provocare il contraddittorio e consentire lo svolgimento delle opportune difese, dando spazio alle consequenziali attività. La mancata segnalazione da parte del giudice comporta la violazione del dovere di collaborazione e determina nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell’esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria. Nell’ipotesi in cui la violazione, nei termini di cui sopra, si sia verificata nel giudizio di primo grado, la sua denuncia in appello, accompagnata dalla indicazione delle attività processuali che la parte avrebbe potuto porre in essere, cagiona, se fondata, non già la regressione al primo giudice, ma, in forza del disposto dell’art. 354, 4° co., c.p.c., la rimessione in termini per lo svolgimento nel processo d’appello delle attività il cui esercizio non è stato possibile. Ove invece la violazione sia avvenuta nel giudizio di appello, la sua deduzione in Cassazione determina, se fondata, la cassazione della sentenza con rinvio, affinché in tale sede, in applicazione dell’art. 394, 3° co., c.p.c, sia dato spazio alle attività processuali omesse».*

Al pari, pochi mesi prima, la Cass. n. 16577/05 aveva statuito che «*la mancata segnalazione, da parte del giudice, di una questione sollevata d’ufficio che comporti nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, modificando il quadro fattuale, determina nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell’esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria. Qualora la violazione, nei termini suindicati, si sia verificata nel giudizio di appello, la sua deduzione in cassazione determina, se fondata, la cassazione della sentenza con rinvio, affinché in tale sede, in*

---

di fatti nuovi o l’introduzione di prove nuove nel giudizio di impugnazione della sentenza della “terza via” –, l’Autore depone a favore della soluzione ora seguita dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 14637/01, *cit.*), affermando l’opportunità di applicare l’istituto della rimessione in termini nel giudizio d’appello, oppure la rimessione della causa al giudice del rinvio da parte della Suprema Corte.

<sup>(14)</sup> Cfr. Cass. civ. Sez. III, 31 ottobre 2005, n. 21108, in *Giur. It.*, 2006, 7, p. 1456, in cui il giudice di pace accoglie un’opposizione a precetto rilevando in sentenza che per le stesse somme era stato in precedenza notificato altro precetto.

<sup>(15)</sup> Cass. n. 14637/2001, *cit.*

## COMMENTI A SENTENZE

POTERE DEL GIUDICE EX ART. 1421 C.C.

*applicazione dell'art. 394, 3° co., c.p.c., sia dato spazio alle attività processuali che la parte abbia lamentato di non aver potuto svolgere a causa della decisione solitariamente adottata dal giudice»*<sup>(16)</sup>.

Le pronunce ora richiamate devono ritenersi di significativo interesse, giacché la Suprema Corte non si limita ad affermare la nullità delle c.d. sentenze a sorpresa, ma aggiunge che le parti possono esercitare nel giudizio d'appello o nel giudizio di rinvio le attività difensive che avrebbero dovuto trovar spazio nella fase processuale conclusasi con l'emanazione della sentenza a sorpresa<sup>(17)</sup>.

Inoltre, la Cassazione prevede l'applicabilità di istituti diversi, a seconda che si tratti di decisione impugnabile con l'appello o con il ricorso ai sensi dell'articolo 360 c.p.c.: nella prima ipotesi, il giudice d'appello, nell'accogliere l'impugnazione, deve rimettere in termini le parti secondo la disposizione dell'(abrogato) art. 184-*bis* c.p.c.<sup>(18)</sup>; nella seconda ipotesi, – vale a dire quando sia la Cassazione, nell'accogliere il

---

<sup>(16)</sup> Cass. civ. Sez. III, 5 agosto 2005, n. 16577, *ibid.* Sulla base di tale principio, la Suprema Corte ha cassato con rinvio la sentenza impugnata con cui il giudice di appello aveva rigettato l'azione revocatoria promossa da una banca nei confronti di un atto di disposizione patrimoniale posto in essere da un fideiussore. Più specificamente, il giudice d'appello aveva rilevato d'ufficio la nullità della fideiussione, – ai sensi dell'articolo 10 della legge 17 febbraio 1992, n. 154 –, senza rimettere la causa sul ruolo per consentire all'attrice di allegare e provare che il debito garantito derivava da operazioni bancarie poste in essere anteriormente all'entrata in vigore della predetta disposizione, non avente efficacia retroattiva.

<sup>(17)</sup> La giurisprudenza, sulla possibilità di sollevare la questione di nullità oltre il primo grado, si era più volte pronunciata in senso favorevole, sempre però nelle limitate ipotesi in cui fosse in contestazione l'applicazione o l'esecuzione del contratto nullo (cfr., tra le più recenti decisioni, Cass. civ. Sez. I, 8 gennaio 2007, n. 89, in *Mass. Giur. It.*, 2007; Cass. sez. Lav., 23 agosto 2006, n. 18374, in *Contratti*, 2007, 3, p. 223; Cass. civ., Sez. I, 17 marzo 2006, n. 6003, in *Mass. Giur. It.*, 2006, Cass. civ. Sez. III, 17 marzo 2006, n. 5901, in *Contratti*, 2006, 12, p. 1098). In dottrina, alcuni Autori hanno ritenuto che nell'ipotesi in cui la questione di nullità fosse emersa dopo l'udienza *ex art.* 183 c.p.c. sarebbe sempre stato possibile per la parte chiederne l'accertamento, sia pure, in questo caso con effetti *incidenter tantum* (cfr. CORSINI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, II, p. 689 ss.; *adde* MARICONDA, *La Cassazione rilegge l'articolo 1421 c.c. e si corregge: è vera svolta?*, nota a Cass. 22 marzo 2005, n. 6170, in *Corr. Giur.*, 2005, p. 966, secondo il quale il giudice che si avvedesse della questione di nullità solo al momento di emettere la propria decisione dovrebbe rimettere la causa in istruttoria per permettere alle parti di prendere posizione sulla questione rilevata d'ufficio).

<sup>(18)</sup> In questo contesto, la Cassazione sembra considerare il comportamento del giudice che omette di indicare alle parti la questione rilevabile d'ufficio come un "impedimento", il quale, non essendo imputabile alle parti, giustifica la concessione della rimessione in termini nel giudizio di impugnazione. Preme ricordare che la legge n. 69 del 18 giugno 2009 ha abrogato l'art. 184-*bis* c.p.c., che disciplinava l'istituto della rimessione in termini. Quest'ultimo è stato

## COMMENTI A SENTENZE

POTERE DEL GIUDICE EX ART. 1421 C.C.

ricorso, ad annullare la sentenza a sorpresa emessa dal giudice d'appello –, la questione della rimessione in termini si risolve sulla base dell'art. 394, 3° co., c.p.c. (cfr., le parti possono prendere «nuove conclusioni» quando «la necessità [...] sorge dalla sentenza di cassazione») <sup>(19)</sup>.

---

quindi collocato, con contenuto pressoché identico, nell'art. 153, 2° co. c.p.c., vale a dire nel Libro I delle Disposizioni Generali del codice di rito. Conseguenza principale di tale riorganizzazione sistematica è che la valenza dell'istituto non è più circoscritta, come accadeva nel vigore dell'abrogato art. 184-*bis*, ai soli termini di trattazione della causa nel giudizio di primo grado, estendendosi ora anche ai poteri processuali estemi allo svolgimento del giudizio, come quello di impugnare, proseguire o riassumere lo stesso. In tal modo, il legislatore ha disatteso gli orientamenti della prevalente giurisprudenza, la quale, in senso contrario alla Cass. n. 21108/05, andava ripetendo, senza soluzione di continuità, che l'art. 184-*bis* c.p.c. non doveva ritenersi applicabile ai giudizi di impugnazione, poiché trattandosi di norma inserita nella disciplina del processo ordinario di primo grado, trovava applicazione nei giudizi di impugnazione limitatamente alle decadenze verificatesi all'interno di ciascuna fase processuale (cfr.: Cass., 29 settembre 2003, n. 14482, in *Mass.*, 2003; ID., 29 gennaio 2003, n. 1285, in *Arch. Giur. Circolaz.*, 2003, p. 592; ID., 30 luglio 2002, n. 11218, in *Mass.*, 2002; ID., 26 febbraio 2002, n. 2875, *ibid.*; ID., 29 settembre 2000, n. 12935, in *Mass.*, 2000; ID., 11 luglio 2000, n. 9178, in *Giust. Civ.*, 2001, I, p. 1323; ID., 8 maggio 2000, n. 5778, in *Mass.*, 2000; ID., 6 luglio 1999, n. 6954, *ivi*, 1999; ID., 27 agosto 1999, n. 8999, in *Giust. Civ.*, 2000, p. 1083; ID., 15 ottobre 1997, n. 10094, in *Foro It.*, 1998, I, p. 2659, con nota di CAPONI, *La causa non imputabile alla parte della disciplina della rimessione in termini nel processo civile*.

<sup>(19)</sup> La soluzione così prospettata dalla Cassazione è in linea con la sua giurisprudenza (maggioritaria), la quale ammette, nel giudizio di rinvio, la possibilità di formulare nuove conclusioni «nell'ipotesi in cui, a seguito dell'accoglimento del ricorso i termini della controversia che il giudice di rinvio è chiamato a decidere si configurino in modo diverso da quello delineato dalle parti nelle precedenti fasi del giudizio e sorga conseguentemente la necessità di illustrare ed eventualmente istruire questioni di diritto o di fatto divenute rilevanti ai fini del decidere» (così, Cass., 16 marzo 2002, n. 3904, in *Mass.*, 2002; *pro*, Cass., 4 luglio 1996, n. 6095, in *Mass.*, 1996; ID., 21 aprile 1994, n. 3808, in *Arch. Civ.*, 1995, p. 525; in dottrina, CONSOLO – LUISO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, (Milano: IPSOA, 2007), *sub* art. 394. Come segnalato dalla dottrina (*Nota sulla questione dell'efficacia della pronuncia che decide la controversia sulla base di una questione preliminare o pregiudiziale che il giudice ha rilevato d'ufficio senza segnalarla alle parti*, in *Giur. It.*, 7, 2006), è significativo che col d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 (recante «Modificazioni al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato») il legislatore abbia espressamente previsto (a tutela del diritto di difesa delle parti) che la Suprema Corte nel decidere la causa nel merito sulla base di questioni rilevate d'ufficio, debba riservare la decisione «assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione» (nuovo art. 384, 3° co., c. p. c.).

# COMMENTI A SENTENZE

POTERE DEL GIUDICE EX ART. 1421 C.C.

Nel corso dello stesso anno la Cassazione ebbe occasione per esprimersi anche in senso “restrittivo”. Più in dettaglio, la Cass. n. 15705/05 ha affermato che *«non [è] affetta da nullità né soggetta ad alcuna censura la sentenza che si fonda su una questione rilevata d’ufficio dal giudice al momento di assumere la decisione e dallo stesso non sottoposta previamente al contraddittorio delle parti, tenuto conto che la nullità degli atti del processo può essere dichiarata solo se espressamente comminata dalla legge e che l’art. 183 c.p.c. [pur nel prevedere che il giudice indichi alle parti le questioni rilevabili d’ufficio] non commina alcuna sanzione per l’omissione di tale adempimento»* <sup>(20)</sup>.

Sempre nello stesso senso, la Cass. n. 19903/05 <sup>(21)</sup> ha ritenuto che la soluzione “restrittiva” consentirebbe di evitare *«una ingiustificata ingerenza nel potere delle parti di disporre delle eccezioni»*, conformandosi così alla disciplina processuale che impone la completezza sin dall’inizio degli atti processuali, prevenendo *«ampliamenti di potere di iniziativa officiosa suscettibili di tradursi in un soggettivismo giudiziario capace di incidere con ricadute negative anche sulla certezza del diritto»*.

Se quanto statuito da quest’ultima pronuncia può essere assunto quale esemplificazione delle argomentazioni sottostanti l’approccio “restrittivo”, al pari, quelle della Cass. 2956/11 <sup>(22)</sup>, concentrano i risultati cui sono pervenuti i fautori dell’“estensivismo”.

Tale ultima sentenza ha giudicato corretto l’operato del giudice di prime cure, il quale aveva rilevato la nullità del negozio (contratto preliminare di vendita immobiliare concluso oralmente) e attribuito all’attore il medesimo bene richiesto in citazione (pretesa restitutoria fondata su domanda di risoluzione del contratto). In particolare, il giudice di legittimità ha ritenuto che non sussistesse l’extra petizione rilevata dal giudice d’appello, giacché *«rientra nel potere/dovere del giudice di individuare una patologia del contratto genetica e più radicale di quella azionata»*. Perciò, ricorrendo quelle circostanze, il giudice deve sottoporre al contraddittorio delle parti il rilievo officioso.

**2.2.** Volendo ripercorrere brevemente quanto sinora esposto, le due antagoniste posizioni possono essere (senza pretesa di esaustività) così riassunte: da un lato, una giurisprudenza “restrittiva” che intende prevenire ampliamenti di poteri di iniziativa officiosa suscettibili di tradursi nel *«soggettivismo giudiziario»* del singolo magistrato nonché evitare un’ingiustificata ingerenza nel potere delle parti di disporre delle

---

<sup>(20)</sup> Cass. civ. Sez. II, 27 luglio 2005, n. 15705, in *Giur. It.*, 2006, 7, p. 1457.

<sup>(21)</sup> Cass. civ. Sez. Lav., 14 ottobre 2005, n. 19903, in *Contratti*, 2006, 5, p. 480.

<sup>(22)</sup> Cass. civ. Sez. III, 7 febbraio 2011, n. 2956, in *Contratti*, 2011, 7, p. 677 con nota di PIROVANO.

# COMMENTI A SENTENZE

POTERE DEL GIUDICE EX ART. 1421 C.C.

eccezioni <sup>(23)</sup>; dall'altro, una "estensiva" che ritiene sussistere un potere-dovere del giudice di rilevare una patologia del contratto genetica e più radicale di quella azionata, da sottoporsi poi al contraddittorio delle parti.

Come è intuibile, questi opposti orientamenti elaborano soluzioni diverse anche rispetto al problema dell'estensione del giudicato: infatti, ove si creda che nel giudizio di risoluzione non possa essere sollevata l'eccezione, si dovrà predicare la necessità di un secondo giudizio per fare valere la nullità; al contrario, qualora si ritenga che nel giudizio di risoluzione debba e possa essere rilevata anche d'ufficio la questione di nullità, si dovrà credere che in mancanza si è formato il giudicato sulla validità del contratto <sup>(24)</sup>. Se così fosse, – rileva in tono critico la dottrina –, il giudice con la sua inerzia si sostituirebbe alla legge <sup>(25)</sup>.

### 3. I motivi a fondamento della decisione delle Sezioni Unite

Venendo alle motivazioni presentate dalle Sezioni Unite nella pronuncia in commento, esse evidenziano la necessità di partire dalle notazioni che la dottrina civilistica da lungo tempo andava muovendo rispetto sul rapporto intercorrente tra l'azione di risoluzione e la nullità del contratto, vale a dire il rilievo per cui la domanda

---

<sup>(23)</sup> *Adde*, si precisa che una parte della dottrina, in specie quella che valorizza il potere officioso del giudice *ex art. 1421 c.c.*, critica le posizioni "restrittive" non solo per il loro contenuto ma anche per l'erronea individuazione dei principi processuali che vengono violati dal giudice nell'esercizio di quel potere. Infatti, laddove il giudice rilevasse d'ufficio la nullità del contratto asseconderebbe, dinnanzi ad impugnative contrattuali, la domanda attorea (l'attore chiede la risoluzione, non la nullità, perché a questo si accompagna generalmente il risarcimento; in altri termini, egli potrebbe non avere interesse a ottenere la nullità; cfr. CORSINI, *op. cit.*, p. 682), suggerendo alla controparte l'esistenza di un elemento impeditivo della fattispecie negoziale. Se è così, il principio processuale violato non è quello dispositivo ma, semmai, quello di terzietà del giudice o quello del contraddittorio. Sul punto, cfr. D'AURIA, *Nullità e potere del giudice ex art. 1421 c.c.: profili problematici*, in *Giur. It.*, II, 2007, p. 363.

<sup>(24)</sup> Si evidenzi che nell'ambito dell'orientamento "estensivo" si conoscono anche posizioni più "moderate" rispetto a quella riportata nel testo. In particolare, Cass. 11356/06, – pur sposando la tesi della rilevanza officiosa del contratto *ex art. 1421 c.c.* anche quando ne venga chiesta la risoluzione –, ha osservato che la pronuncia di rigetto non costituisce giudicato implicito, con efficacia vincolante nei futuri giudizi, laddove le questioni concernenti l'esistenza, la validità e la qualificazione del rapporto che ne costituisce il presupposto logico-giuridico non abbiano costituito oggetto di specifica disamina e valutazione da parte del giudice (cfr. Cass. civ. Sez. III, 16 maggio 2006, n. 11356, in *Corriere Giur.*, 2006, 10, p. 1418 con nota di CONSOLO; *contra* Cass. civ. Sez. III, 28 novembre 2008, n. 28424, in *Contratti*, 2009, 5, p. 449, con nota di LEONE).

<sup>(25)</sup> Con la ulteriore conseguenza che il rigetto dell'impugnativa negoziale produrrebbe anche il giudicato sulla questione pregiudiziale della nullità. Cfr. CORSINI, *op. cit.*, p. 679.

## COMMENTI A SENTENZE

POTERE DEL GIUDICE EX ART. 1421 C.C.

di risoluzione comporta l'esistenza di un atto valido, giacché mira ad eliminarne gli effetti <sup>(26)</sup>. In questo senso, se da un lato la funzione dell'articolo 1421 c.c. è quella di impedire che il contratto nullo, sul quale l'ordinamento esprime un giudizio di disvalore, possa spiegare i suoi effetti, dall'altro, quella del giudice, consiste nel rilevare se un atto è nullo e quindi evidenziare in giudizio la mancanza di fondamento di una domanda che presuppone la sussistenza dei requisiti di validità del contratto.

Nonostante questi argomenti, le Sezioni Unite rilevano come la giurisprudenza maggioritaria si sia dimostrata ostile a siffatta interpretazione. Le ragioni devono ricercarsi nell'esistenza di timori di natura processuale (violazione del principio di terzietà e dell'obbligo di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato), i quali hanno portato a sposare una lettura riduttiva dell'articolo 1421 c.c., che, a sua volta, ha prodotto una inversione logica: *«per il timore della extrapetizione e quindi di ampliare indebitamente la formazione del giudicato, anziché ragionare sulla portata della*

---

<sup>(26)</sup> In altri termini, la dottrina civilistica è solita affermare che l'azione di risoluzione presuppone, da un punto di vista logico, la validità del contratto. Come evidenziato da eminente Autore, si consideri che *«il mancato esercizio d'ufficio del potere del giudice di rilevare la nullità non solo [ha] conseguenze valutabili nei termini di una errata applicazione delle regole di diritto sostanziale ma comport[a], anche, notevoli disfunzioni nello svolgimento ordinato del traffico giuridico, contribuendo a creare situazioni di apparente titolarità ed affidamenti precari ogniqualvolta la pronuncia resa dai giudici non cancelli appieno l'efficacia del contratto»* (cfr. MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2, 2009, p. 174 ss; *contra*, D'AURIA, *op. cit.*, p. 368). Lo stesso Autore, con riferimento alla domanda di risoluzione, passa in rassegna alcuni degli scenari in cui l'orientamento "restrittivo" crea *«situazioni di apparente titolarità»* e *«affidamenti precari»*. In primo luogo, si pensi al caso in cui l'attore accompagni (come è immaginabile) alla domanda di risoluzione per inadempimento la condanna al risarcimento dei danni. Tale pretesa, volendo seguire l'orientamento "restrittivo", dovrebbe accogliersi, con la inevitabile (e paradossale) condanna del convenuto per il danno conseguente al mancato adempimento di un obbligo mai sorto a suo carico (cfr. ID., *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 698 ss.). Al pari, le pregiudizievoli conseguenze dell'approccio "restrittivo" non vengono meno nell'ipotesi in cui sia proposta domanda di risoluzione per eccessiva onerosità. In tal caso – fingendo di assumere che effettivamente sussistano impedimenti all'esercizio del potere del giudice *ex art. 1421 c.c.* –, il convenuto potrebbe evitare la risoluzione offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto, con la conseguenza che, nel caso sia nullo e tale nullità non sia rilevata, sarà considerato, sia pure a torto, produttivo di effetti e, perciò, idoneo a creare ulteriori precari affidamenti (ID., *La recuperabilità del contratto nullo*, *cit.*, p. 179). Infine, si pensi al caso in cui venga domandata la risoluzione di un contratto ad esecuzione continuata o periodica nullo: se il giudice accoglie la domanda ritenendo che non sia in suo potere rilevare la nullità, ne consegue che la risoluzione, *ex art. 1458 c.c.*, non potrà operare retroattivamente per le prestazioni eseguite, che, di conseguenza, dovranno classificarsi come effetti del contratto (cfr. *ibid.*).

## COMMENTI A SENTENZE

POTERE DEL GIUDICE EX ART. 1421 C.C.

*decisione conseguente al rilievo officioso della nullità, si è preferito restringere l'area in cui detta questione è rilevabile, limitandola (oltre che all'azione di nullità debitamente proposta) all'azione di adempimento»* <sup>(27)</sup>.

Come affermato dalle Sezioni Unite, la linea interpretativa di cui sopra non è più sostenibile. In primo luogo, perché «*svilisce la categoria della nullità, l'essenza della quale [...] risiede nella tutela di interessi generali, di valori fondamentali o che comunque trascendono da quelli del singolo*» <sup>(28)</sup>. In secondo luogo, poiché «*viene depotenziato il ruolo che l'ordinamento affida all'istituto della nullità, per esprimere il disvalore di un assetto di interessi negoziale [...]. Questo ruolo trae forza anche dalla previsione della rilevabilità d'ufficio, che, salvi i casi di espressa deroga, contribuisce a definire il carattere indisponibile delle norma in tema di nullità*» <sup>(29)</sup>. In terzo luogo,

---

<sup>(27)</sup> Così le Sezioni Unite nella sentenza in commento.

<sup>(28)</sup> Sul punto, le Sezioni Unite richiamano una loro precedente pronuncia nella quale avevano affermato la rilevabilità d'ufficio della nullità – in qualsiasi stato e grado del giudizio, indipendentemente dall'attività assertiva delle parti e quindi anche per una ragione diversa da quella espressamente dedotta – qualora sia in contestazione l'applicazione o l'esecuzione del contratto, la cui validità rappresenta perciò un elemento costitutivo della domanda. In detta ipotesi, la deduzione con la quale la parte contesta la validità dell'atto non costituisce domanda giudiziale, bensì mera difesa, in quanto attiene all'inesistenza, per mancato perfezionamento o per nullità, del fatto giuridico (il contratto) dedotto dall'attore a fondamento della domanda, che quindi non condiziona l'esercizio del potere di dichiarare d'ufficio la nullità per vizi diversi da quelli excepti (cfr. Cass. civ. Sez. Unite, 04 novembre 2004, n. 21095, in *Contratti*, 2005, 6, p. 565).

<sup>(29)</sup> Sul punto, le Sezioni Unite precisano che l'unica differenza che sussiste ai fini del disposto normativo in esame è quella tra le nullità di diritto comune e quelle per le quali sia dettato un regime speciale, come nel caso delle c.d. nullità di protezione, in cui il rilievo del vizio genetico è espressamente rimesso alla volontà della parte. Si avverte, però, che quanto qui affermato in via generale dalle Sezioni Unite conosce deroghe a seconda della specifica nullità di protezione che viene all'attenzione. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla garanzia fideiussoria ex d.lgs. 122/2005 e, in caso di incompletezza ed erroneità, alla sua rilevabilità d'ufficio ma solo a vantaggio della parte debole. Inoltre, è bene evidenziare che parte della dottrina ha espresso ferme critiche alla non rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione affermata dalla Suprema Corte: infatti, la motivazione addotta dalla Corte anziché semplificare i termini del dibattito lo accentua; a ciò s'aggiunga che, quantomeno con riferimento alla legislazione consumeristica, la più recente dottrina è di preferenza orientata a ritenere che l'art. 36, 3° comma cod. cons. possa fungere da norma generale, ovvero che, nel caso in cui ricorrano i presupposti per l'operare della analogia, «*la rilevabilità officiosa costituisce il proprium anche di quelle nullità [...] ormai classificate di protezione virtuale*» (così, PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "Eppur si muove"?*, in *Contratti*, 2012, 11, p. 869).

In dottrina, per alcuni rilievi di carattere generale sulle nullità di protezione ed i problemi che queste possono presentare, cfr. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, (Giuffrè: Milano, 1995);

## COMMENTI A SENTENZE

POTERE DEL GIUDICE EX ART. 1421 C.C.

perché la giurisprudenza comunitaria riconosce al giudice il potere-dovere di rilevare d'ufficio la nullità<sup>(30)</sup>.

Alla luce di quanto premesso, – volendo confutare l'assunto per cui l'azione di inadempimento sarebbe coerente solo coll'esistenza di un contratto valido –, le Sezioni Unite ritengono che *«la nullità del contratto è un evento impeditivo che si pone prioritariamente rispetto alla vicenda estintiva della risoluzione»*. [Pertanto] *il giudice chiamato a pronunciarsi sulla risoluzione di un contratto, di cui emerga la nullità dei fatti allegati e provati e comunque emergenti ex actis, non può sottrarsi all'obbligo del rilievo e ciò non conduce ad una sostituzione dell'azione proposta con altra. Soltanto fa emergere una eccezione rilevabile d'ufficio, che può condurre a variabili sviluppi processuali [...] senza squilibrare i rapporti tra le parti, né introdurre una materia del contendere che non faccia già parte dell'oggetto del giudizio»*.

È questo, – a detta delle Sezioni Unite –, il modo in cui deve coniugarsi il disposto dell'art. 1421 c.c. con quello del 112 c.p.c.: in questi limiti, infatti, la decisione del giudice rimane certamente nell'ambito del *petitum*<sup>(31)</sup>.

Venendo ora ad argomentazioni di carattere processuale, si evidenzia come la riforma del 1990<sup>(32)</sup>, nell'intervenire sul regime di preclusioni già previsto dalla versione originaria dall'articolo 183 c.p.c., abbia reso ancora più rigoroso l'obbligo del

---

BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2004, p. 861. Sul d.lgs. 122/05 in particolare, cfr. Trib. Pavia, 17 aprile 2012; CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Decreto Legislativo 122/2005: la garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa*, (studio n. 5813/C), 23 luglio 2005; ID., *Il Decreto Legislativo 122/2005 e sua applicazione alle cooperative di abitazione*, (studio n. 166-2006/I), 19 gennaio 2007.

<sup>(30)</sup> CGCE, causa C-243/08, cit.; CGCE, 6 settembre 2009, causa C-40/08 (caso noto come "Asturcom").

<sup>(31)</sup> Le Sezioni Unite aggiungono che analoga funzione non è ravvisabile con altrettanta chiarezza nel caso di azione di annullamento; più precisamente, ritengono che *«la relativa domanda non postula la validità del contratto, sicché, sebbene la tradizione giurisprudenziale e dottrinale dell'orientamento favorevole al rilievo d'ufficio apparenti le ipotesi di risoluzione, annullamento e rescissione, andrà a suo tempo verificato se sussistano i presupposti per questa equiparazione»*. Tale «posizione interlocutoria» è stata criticata da alcuna parte della dottrina, poiché se è vero che tutte le precedenti sentenze della Cassazione – con la sola eccezione di Cass. n. 2858/97 – sono inclini ad avvalorare la posizione per cui alla risoluzione per inadempimento può abbinarsi (*ope interpretationis ex art. 1458 e 1467, 3° comma c.c.*) quella per eccessiva onerosità sopravvenuta, è altrettanto vero che *«tale catalogo avvalorante l'interpretazione estensiva, sebbene piuttosto nutrito, è principalmente costituito da obiter dicta»*. Nel merito poi, come ricordato dalle stesse Sezioni Unite, l'idea di una rilevabilità officiosa che include tutte le forme di impugnazione del contratto *«si mostra malfema e legata probabilmente ad un equivoco»* (così PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 879 ss.).

<sup>(32)</sup> L. 353, del 26 novembre 1990.

# COMMENTI A SENTENZE

POTERE DEL GIUDICE EX ART. 1421 C.C.

giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio, così collegandolo alla conoscenza dei fatti della causa da ricavare anche attraverso richieste di chiarimenti in sede di libero interrogatorio. *«È questo il manifestarsi del principio di collaborazione tra il giudice e le parti, – afferma il giudice di legittimità –, e non un innaturale esercizio dei poteri processuali».*

Così, a seguito del rilievo mosso dal giudice, le parti hanno la possibilità di formulare la domanda che ne sia conseguenza, *«e quindi anche la eventuale domanda di risoluzione potrà essere convertita in (o cumulata con) azione di nullità».*

Nel senso di favorire l'orientamento processuale così tracciato dalle Sezioni Unite, già erano intervenute, a livello legislativo, importanti modifiche processuali: in specie, l'articolo 101, 2° co. c.p.c., <sup>(33)</sup> – che ha imposto al giudice che sia in fase di riserva della decisione, se ritiene di porre a fondamento di quest'ultima una questione rilevata d'ufficio, di assegnare alle parti un termine per memorie contenenti osservazioni sulla questione – ed, inoltre, l'articolo 153 c.p.c. – che ha ampliato la facoltà della parte che sia incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile (come nell'ipotesi in cui il rilievo d'ufficio sia stato mosso tardivamente) di essere rimessa in termini per potere formulare ogni deduzione che sia conseguente al rilievo officioso, ma sempre nei limiti da quello schiusi.

A livello giurisprudenziale, invece, come sottolineato dalle stesse Sezioni Unite, la problematica in discorso era già stata affrontata in passato dalla Cass. 21108/05 <sup>(34)</sup> che, meritevolmente, aveva indicato *«la via da percorrere, che pone nel nulla tutte le perplessità in tema di extrapetizione, poteri del giudice e “soggettivismo giudiziario” a suo tempo fatte valere dalla giurisprudenza maggioritaria».*

Infine, nella pronuncia in commento si dà avvertimento che un ulteriore conseguenza del rilievo d'ufficio della nullità è costituita dall'accoglimento di ogni richiesta formulata insieme alla domanda di risoluzione, a patto che sia compatibile con il diverso elemento costitutivo della nullità, come nel caso della domanda restitutoria.

## **4. Il sistema della rilevanza delle nullità dopo la pronuncia delle Sezioni Unite e la formazione del giudicato**

Vari sono infine gli scenari che possono prefigurarsi.

Nell'ipotesi in cui dopo il rilievo mosso dal giudice sia stata formulata, tempestivamente o previa rimessione in termini, domanda diretta all'accertamento delle nullità (e ad eventuali effetti restitutori), la statuizione, se non impugnata, avrà effetto di giudicato.

---

<sup>(33)</sup> Aggiunto dall'art. 45, L. 69/2009, ma già art. 384 c.p.c.

<sup>(34)</sup> Cfr., *supra*, § 2.

# COMMENTI A SENTENZE

POTERE DEL GIUDICE EX ART. 1421 C.C.

Qualora venga omesso il rilievo officioso, e l'omissione venga fatta valere in sede d'appello, il giudice del gravame dovrà rimettere in termini l'appellante e procedere alla luce di quanto disposto dalla citata Cass. 21108/05; ove la violazione sia avvenuta in secondo grado e lamentata in Cassazione, il provvedimento verrà cassato con rinvio, così che in tale sede sia dato spazio alle attività processuali omesse.

Infine, nell'ipotesi in cui il rilievo di nullità mosso dal giudice non sia seguito dalla formulazione della relativa domanda, quella iniziale di risoluzione dovrà essere rigettata con accertamento *incidenter tantum* della nullità e dunque senza effetto di giudicato sul punto.

## 5. Rilievi conclusivi

La sentenza *de qua* intende porre fine ad un contrasto (quasi esasperato) che da troppo tempo andava dividendo tanto la dottrina quanto la giurisprudenza.

Con riferimento al contenuto della decisione, – che definitivamente ammette il rilievo officioso della nullità non soltanto nei casi in cui sia stato domandato l'adempimento, ma anche in quelli in cui sia stata chiesta la risoluzione del contratto –, si rileva, a fronte di una generale condivisione, come la pronuncia delle Sezioni Unite sia soltanto "parziale", ovvero, in termini più drastici, una «*inappagante limitazione impressa alla soluzione della questione oggetto dell'ordinanza di rimessione*»<sup>(35)</sup>. Infatti, – nonostante l'ampiezza del quesito posto da quella ordinanza –, le Sezioni Unite circoscrivono la loro pronuncia ad una soltanto delle ipotesi di impugnazione del vincolo contrattuale (la risoluzione per inadempimento), mentre, per le altre, si limitano ad evidenziare la necessità di operare in futuro le dovute distinzioni. Più specificamente, in ordine alla possibilità di operare o meno una assimilazione tra le varie azioni di impugnativa negoziale (risoluzione, annullamento e rescissione), – tenuto conto che ai fini di un loro eguale trattamento si (ri)presenterebbe, per ciascuna di esse, la questione afferente le eventuali limitazioni poste al potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità del contratto –, le Sezioni Unite ne rinviavano la verifica ad altra occasione<sup>(36)</sup>.

---

<sup>(35)</sup> FARINA, *Brevi osservazioni "a caldo" sull'atteso (ma tutto sommato, solo parziale), responso delle Sezioni Unite sui limiti della rilevabilità officiosa della nullità del contratto*, in <www.judicium.it>. È bene rilevare che le note critiche alla sentenza in commento non si esauriscono nella sua "parzialità"; fermamente critico è S. Pagliantini, il quale ritiene che la motivazione offerta dalla Suprema Corte – quando afferma che una lettura restrittiva dell'art. 1421 c.c. (ovverosia limitata al rilievo officioso di nullità quando si agisce per l'adempimento del contratto e non anche quando si domanda la risoluzione) svilirebbe la categoria della nullità –, è esomativa e teleologica: infatti, se è vero che la domanda di adempimento e quella di risoluzione hanno gli stessi presupposti è poi inutile insistere sul fatto che il rilievo officioso serva ad elidere il disvalore insito nel contratto nullo (così, PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 876 ss.).

<sup>(36)</sup> *Ibid.*

## COMMENTI A SENTENZE

POTERE DEL GIUDICE EX ART. 1421 C.C.

Pertanto, se da un lato si deve salutare con favore quando affermato dalla Suprema Corte con riferimento ai rapporti tra potere officioso *ex* all'art. 1421 c.c. ed azioni di risoluzione (quantomeno per inadempimento) del contratto, dall'altro deve invece lamentarsene la "limitatezza", a fronte di una possibilità d'intervento assai maggiore. In particolare, avendo le Sezioni Unite mostrato di dubitare della correttezza di una estensione del rilievo officioso anche all'azione di annullamento<sup>(37)</sup>, sarebbe stato auspicabile uno scioglimento definitivo del suddetto dubbio, così da costruire un più ampio *dictum*, capace di risolvere la questione in ogni suo aspetto<sup>(38)</sup>.

Pienamente condivisibile è la "distruzione" di una ingiustificata differenziazione tra l'esercizio del potere officioso nell'ipotesi in cui la domanda abbia ad oggetto l'adempimento del contratto e quella in cui, al contrario, venga domandata la risoluzione. Infatti, come già segnalava autorevole dottrina, *«pare logicamente ovvio che le domande volte a caducare gli effetti postulino, al pari di quella volta ad ottenere l'adempimento, l'esistenza di un contratto valido. La validità è una condizione dell'efficacia. Infatti la pronuncia di nullità non può che portare ugualmente al rigetto delle suddette domande. Assurde ancora una volta sarebbero poi le conseguenze: un soggetto sarebbe obbligato, e magari tenuto al risarcimento del danno per inadempimento, in base a un contratto che data l'invalidità non avrebbe prodotto alcun effetto obbligatorio»*<sup>(39)</sup>.

Infine, si apprezza il richiamo alle motivazioni di cui alla Cass. 21108/05 che, con pienezza di argomenti, poi corroborati dagli interventi normativi di cui all'articolo 101, 2° co. e 153 c.p.c., sconfessava le c.d. sentenze a sorpresa o "della terza via".

---

<sup>(37)</sup> Cfr., *supra*, §3, nota 30.

<sup>(38)</sup> *«[...] la pronuncia in esame (ad onta di una ampiezza del "quesito" posto dall'ordinanza di rimessione giustificata, come visto, dal tenore dei due orientamenti contrastanti) si limita a "preannunciare" la necessità di operare qualche dovuta ed opportuna distinzione tra le azioni volte a "demolire" il vincolo contrattuale sino ad ora, invece, tra di loro accomunate (per vero, talvolta in modo acriticamente generalizzante) [...]. Ci si sarebbe potuti anche aspettare che detto dubbio [cioè, il dubbio sollevato dalle Sezioni Unite circa la correttezza di una estensione anche all'azione di annullamento della medesima soluzione fornita in relazione all'azione di risoluzione] venisse, infine, chiaramente sciolto e che, quindi, quelle meramente preannunciate distinzioni a cui nella motivazione della pronuncia si accenna venissero, allora, a costituire oggetto di un più ampio e disteso dictum finalmente e definitivamente risolutivo della (ampia) questione oggetto del contrasto da comporre. Al fondo del "timido" approccio così mostrato dalle Sezioni Unite nella recente pronuncia qui segnalata sembrerebbe, allora, potersi intravedere il timore di un non consentito (o meglio, non rilevante) ampliamento del decisum rispetto a quanto doveva essere fatto oggetto di risposta ai motivi di ricorso infine esaminati ed accolti [... ]»* (cfr. FARINA, *op. cit.*).

<sup>(39)</sup> D'AURIA, *op. cit.*, p. 366 ss. Si sottolinea che le suesposte ragioni sono state ritenute corrette da Cass., 22 marzo 2005, n. 6170, cit.

## COMMENTI A SENTENZE

POTERE DEL GIUDICE EX ART. 1421 C.C.

Pertanto, il giudice che ritenga, dopo l'udienza di trattazione, di sollevare una questione rilevabile d'ufficio e non considerata dalle parti, deve sottoporla ad esse al fine di provocare il contraddittorio e consentire lo svolgimento delle opportune difese, dando spazio alle consequenziali attività<sup>(40)</sup>.

Se poi la contravvenzione di tale *dictum* (e la conseguente nullità della sentenza) debba ritenersi, ferma la violazione del dovere di collaborazione del giudice, una semplice violazione del contraddittorio o piuttosto una violazione anche del diritto di difesa, è questione che continuerà (si presume) ad animare la dottrina processual-civilista.

L'intervento delle Sezioni Unite ha restituito certezza ad una materia rispetto alla quale la funzione nomofilattica della Suprema Corte appariva in qualche misura compromessa.

---

<sup>(40)</sup> Vi è da chiedersi se lo stesso principio valga anche per l'arbitrato (rituale). Volendo seguire un'interpretazione sistematica pare ragionevole rispondere in senso affermativo. Inoltre, se per un verso è vero che in materia arbitrale il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato è stato interpretato in maniera piuttosto stringente dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass., 7 febbraio 2006, n. 2599, in *Mass. Giur. It.*, 2006, secondo cui viola l'osservanza del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, con conseguente nullità del lodo, il collegio arbitrale che sostituisca la domanda di risoluzione giudiziale a quella di accertamento della risoluzione a norma dell'art. 1456 c.c.) è altrettanto vero che l'art. 816 *bis*, 1° comma, c.p.c. impone agli arbitri di attuare «*in ogni caso*» il principio del contraddittorio e l'art. 829, 1° comma, n. 9 c.p.c. enumera espressamente la violazione di tale principio tra i motivi di nullità.

# SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

## SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

### NORMATIVA

**Cessazione anticipata del rapporto di revisione legale** – Il D.M. 28 dicembre 2012, n. 261, con cui si è dato attuazione all'art. 13, 4° co., D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, individua le ipotesi di giusta causa di revoca del revisore, nonché le situazioni che ne giustificano le dimissioni, ferma restando, infine, la possibilità di risoluzione consensuale del rapporto di revisione. L'art. 1, 2° co., precisa che, viceversa, “*la cessazione dall'ufficio di sindaco è disciplinata dagli artt. 2400 e 2401 c.c. anche quando la revisione legale dei conti è esercitata dal collegio sindacale, a norma dell'art. 2409 bis, 2° co., c.c.*”. Il D.M. 28 dicembre 2012, n. 261, è stato pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* del 20 febbraio 2013, n. 43, con entrata in vigore dal 7 marzo 2013.

**Revisori inattivi** – Il D.M. 8 gennaio 2013, n. 16 attua le disposizioni di cui all'art. 8, 2° co., D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, relative alla gestione della “*Sezione dei revisori inattivi*”. Il Decreto disciplina l'iscrizione nella predetta *Sezione*, nonché, tra l'altro, gli obblighi di formazione per i revisori ivi iscritti. Il D.M. 8 gennaio 2013, n. 16, è stato pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* del 20 febbraio 2013, n. 43, con entrata in vigore dal 7 marzo 2013.

### INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

#### FONDAZIONE CENTRO STUDI UNGDCEC

**Il leasing finanziario** – La Fondazione Centro Studi dell'UNGDCEC ha diffuso la *Circolare n. 11* avente ad oggetto “*Il leasing finanziario: regolamentazione della risoluzione del contratto a seguito della riforma della legge fallimentare*”.

Particolare attenzione è dedicata, tra l'altro, alla “*applicabilità o meno dei dettati previsti dall'art. 72 quater L.F. anche agli analoghi casi verificatisi nell'ambito delle procedure concorsuali minori nonché alle risoluzioni in bonis, dovute all'inadempimento dell'utilizzatore*”, soffermandosi sugli orientamenti espressi dalla giurisprudenza e dalla dottrina sulla questione.

Il testo della *Circolare n. 11*, diffusa in data 19 febbraio 2013, è consultabile sul sito della Fondazione Centro Studi: [www.knos.it](http://www.knos.it).

# SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

## ASSONIME

**Corporate governance** – L'Assonime ha reso noto il documento *Note e Studi n. 4/2013* concernente il dodicesimo rapporto sulla *corporate governance* delle società quotate italiane, in cui sono state analizzate le *Relazioni* sul governo societario disponibili al 31 luglio 2012. L'approfondimento monografico di questa edizione attiene alla remunerazione degli amministratori e dei sindaci, svolto sulla base delle *Relazioni sulla remunerazione* redatte nel 2012 ai sensi del D.Lgs. 30 dicembre 2010, n. 259, con cui sono state recepite nell'ordinamento nazionale le “*Raccomandazioni della Commissione europea 2004/913/CE e 2009/385/CE in materia di remunerazione degli amministratori delle società quotate*”.

Il testo di *Note e Studi n. 4/2013* è integralmente disponibile sul sito dell'Assonime: [www.assonime.it](http://www.assonime.it).

## CONSOB

**Autodisciplina in materia di corporate governance** – La Consob ha divulgato il *Quaderno giuridico n. 2* in tema di *corporate governance*, nel quale si analizza l'evoluzione del *Codice di autodisciplina* dal 1999, anno della prima edizione, sino al 2011, evidenziando nel dettaglio gli effetti della autoregolazione sulle società quotate italiane.

Il documento, il cui titolo completo è *L'autodisciplina in materia di corporate governance. Un'analisi dell'esperienza italiana*, è reperibile sul sito [www.consob.it](http://www.consob.it).

## GIURISPRUDENZA

**Predeuzione dei compensi dei professionisti** – Il Tribunale di Padova ha ritenuto inammissibile “*la predeuzione prevista dalla proposta concordataria del credito dei professionisti funzionale al deposito della domanda ex art. 111, 2° co. L.F.*” e ciò in quanto, da un lato, la richiamata norma attiene alla disciplina applicabile in caso di procedura fallimentare e, dall'altro, “*tali crediti non sembrano rientrare in alcuna delle ipotesi previste dall'art. 182 quater L.F.*”.

Il decreto del Tribunale di Padova dell'11 febbraio 2013 è disponibile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

**Qualifica del curatore fallimentare** – Le Sezioni Unite della Corte di legittimità hanno chiarito la posizione del curatore fallimentare nell'ambito della procedura concorsuale, affermando il principio di diritto per cui “*nei confronti del creditore che proponga istanza di ammissione al passivo del fallimento, in ragione di un suo preteso credito, il curatore è terzo e non parte, circostanza da cui discende l'applicabilità dei limiti probatori indicati nell'art. 2704 c.c.*”. Conseguentemente, proseguono i Giudici, “*la mancanza di data certa nelle scritture prodotte [dal creditore, n.d.r.] si configura come fatto impeditivo all'accoglimento della domanda oggetto di eccezione in senso lato, in quan-*

# SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

*to tale rilevabile anche di ufficio dal giudice. La rilevazione di ufficio dell'eccezione determina la necessità di disporre la relativa comunicazione alle parti per eventuali osservazioni e richieste e subordina la decisione nel merito all'effettuazione del detto adempimento”.*

Corte di Cassazione, SS.UU., 20 febbraio 2013, n. 4213.

**Infedeltà patrimoniale** – Stante l'assenza di indicazioni normative in senso contrario, per la Corte di Cassazione il reato di infedeltà patrimoniale ben può trovare applicazione anche in riferimento ad una società cooperativa, e ciò in quanto “*i principi introdotti dall'art. 11 della l. delega n. 366/2001, relativamente agli illeciti penali ed amministrativi riguardanti "le società commerciali", erano e sono destinati ad operare per effetto della previsione, nell'atto costitutivo della società, di attività riconducibili al novero di quelle indicate nell'art. 2195 c.c. [...] ed a prescindere, dunque dal fatto che si tratti di società di capitali o cooperativa”.*

Corte di Cassazione penale, 7 febbraio 2013, n. 6189.

**Bancarotta fraudolenta per distrazione** – La Suprema Corte ha ribadito che il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione può configurarsi con “*qualunque operazione diretta a distaccare dal patrimonio sociale, senza immettervi il corrispettivo, beni ed altre attività in genere, così da impedirne l'apprensione da parte degli organi fallimentari, compiuta da chi abbia avuto in concreto l'effettivo potere di gestione della società poi dichiarata fallita*” e ciò poiché “*tale depauperamento si risolve in un pregiudizio per i creditori della società all'atto del fallimento*”. Nel caso di specie, l'operazione distrattiva si è concretizzata nella cessione del complesso aziendale “*senza pagamento di alcun corrispettivo e senza accollo dei relativi debiti da parte della società acquirente*”.  
Corte di Cassazione penale, 19 febbraio 2013, n. 7985.

**Compensi degli amministratori** – La Corte di Cassazione ha precisato che integra il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione “*la condotta dell'amministratore che prelevi somme dalle casse sociali, a titolo di pagamento di competenze [...] in quanto la previsione di cui all'art. 2389 c.c. stabilisce che la misura del compenso degli amministratori di società di capitali, qualora non sia stabilita nello statuto, sia determinata con delibera assembleare*”, a nulla rilevando un'eventuale deliberazione del consiglio di amministrazione sul punto.

Corte di Cassazione penale, 28 febbraio 2013, n. 9589.

# SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

## SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

### INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

#### **Redditest - Chiarimenti**

Il ReddiTest è esclusivamente uno strumento di autodiagnosi e orientamento per il contribuente nel quale lo stesso inserisce tutti i dati relativi alle spese sostenute dalla sua famiglia al fine di orientarsi circa la coerenza del proprio reddito familiare rispetto alle spese sostenute.

*(Circolare Agenzia delle Entrate 15 febbraio 2013, n. 1/E)*

#### **Redditometro e beni ad uso promiscuo**

I beni e servizi non esclusivamente ed effettivamente relativi all'attività d'impresa o di lavoro autonomo, come ad esempio le auto ad uso promiscuo, rilevano per la parte non riferibile al reddito professionale o d'impresa ovvero per la quota parte di spesa non fiscalmente deducibile.

*(Circolare Agenzia delle Entrate 15 febbraio 2013, n. 1/E)*

#### **Transfer Pricing - Remunerazione attesa dalle Amministrazioni estere per l'attività di distribuzione**

L'applicazione del principio del valore normale si basa su una comparazione tra le condizioni presenti nella transazione effettuata tra parti correlate e quelle presenti in transazioni tra imprese indipendenti. Per determinare la remunerazione a valore normale da riconoscere al distributore non si può prescindere, in generale, dall'analisi di tutti i fattori di comparabilità indicati dalle Guidelines OCSE: le caratteristiche dei beni o servizi venduti, il profilo funzionale e di rischio, le condizioni contrattuali, le circostanze economiche e le strategie di business.

In esito a tale analisi si procederà alla individuazione del metodo più appropriato e, conseguentemente, alla determinazione della remunerazione spettante al distributore che tenga conto delle funzioni svolte e dei rischi assunti dallo stesso distributore nello svolgimento della sua attività commerciale e promozionale.

*(Circolare Agenzia delle Entrate 15 febbraio 2013, n. 1/E)*

# SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

## **Accertamento per adesione - Termini per l'impugnativa**

La presentazione dell'istanza ai sensi dell'art. 6 del decreto legislativo n. 218 del 1997 produce, in via preliminare, la sospensione del termine di impugnazione per un periodo di 90 giorni. Il mancato perfezionamento della definizione ai sensi dell'art. 9 del medesimo decreto, non incide sul decorso del termine di sospensione, in quanto, non essendo previste cause di decadenza, non è correlato all'esito negativo.

Quindi, qualora il contribuente nei 20 giorni dalla sottoscrizione dell'atto di adesione non esegua il versamento delle somme dovute o della prima rata, rimane comunque in facoltà dello stesso di presentare ricorso, purchè entro il termine di 150 giorni calcolati dalla data di notifica dell'avviso di accertamento.

Pertanto, in linea con quanto precisato al paragrafo 4.2 della Circolare n. 65 del 28 giugno 2001, il mancato perfezionamento dell'adesione non preclude la ripresa del procedimento, nell'ambito dei residui termini di impugnazione ancora pendenti.

*(Circolare Agenzia delle Entrate 15 febbraio 2013, n. 1/E)*

## **IVA per cassa - pagamento in contanti**

Nel caso di pagamento del corrispettivo con mezzi diversi dal denaro contante – ad esempio, mediante bonifico bancario – lo stesso si considera incassato nel momento in cui si consegue l'effettiva disponibilità delle somme, ossia quando si riceve l'accredito sul proprio conto corrente, indipendentemente dalla sua formale conoscenza, che avviene attraverso l'invio del documento contabile da parte della banca. Si tratta, tecnicamente, della cosiddetta “data disponibile”, che indica il giorno a partire dal quale la somma di denaro accreditata può essere effettivamente utilizzata.

*(Circolare Agenzia delle Entrate 15 febbraio 2013, n. 1/E)*

## **GIURISPRUDENZA**

### **Nuovo redditometro: illegittimo perché troppo invasivo**

A parere dei magistrati partenopei il D.M. 24 Dicembre 2012 n. 65648 che istituisce il nuovo redditometro è illegittimo in quanto determina la soppressione definitiva del diritto del contribuente e della sua famiglia ad avere una vita privata, a poter gestire il proprio denaro, ad essere quindi libero nelle proprie determinazioni senza dover essere sottoposto a invadenza del potere esecutivo.

*( Tribunale di Napoli, sez. distaccata di Pozzuoli, ordinanza n. 250 del 21 Febbraio 2013 )*

### **Redditometro - Monitoraggio delle spese**

Poiché il potere di utilizzo del redditometro della Agenzia delle Entrate si fonda sul decreto ministeriale 24 dicembre 2012, n. 65648, che deve considerarsi radicalmente

# SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

nullo, il giudice ordinario mediante l'istituto della disapplicazione può ordinare alla Agenzia delle Entrate di non intraprendere alcuna ricognizione, archiviazione, o comunque attività di conoscenza e utilizzo dei dati relativi a quanto previsto dall'art. 38, 4° e 5° comma, del D.P.R. n. 600/1973.

*(Corte di cassazione, sentenza/ordinanza 80000 del 21 febbraio 2013)*

## **Imposte sui redditi - Accertamento**

La procedura di accertamento tributario standardizzato mediante l'applicazione dei parametri (o degli studi di settore) costituisce un sistema di presunzioni semplici, la cui gravità, precisione e concordanza non è *ex lege* determinata dallo scostamento del reddito dichiarato rispetto agli standards in sé considerati - i quali hanno natura di meri strumenti di ricostruzione per elaborazione statistica della normale redditività - ma nasce solo in esito al contraddittorio da attivare obbligatoriamente, pena la nullità dell'accertamento.

All'esito dell'esperimento del contraddittorio, la motivazione dell'atto di accertamento non può esaurirsi nel mero rilievo del predetto scostamento dai parametri e deve essere integrata - anche sotto il profilo probatorio - con le ragioni per le quali erano state disattese le contestazioni sollevate dal contribuente. Solo da tale quadro possono emergere gravità, precisione e concordanza e la giustificabilità di un onere della prova contraria in capo al contribuente.

*(Corte di cassazione, sentenza/ordinanza 4166 del 20 febbraio 2013)*

## **Ruolo - Formazione**

La formazione del giudicato interno nel contesto del processo tributario rileva ai fini della decorrenza del termine di decadenza per l'iscrizione a ruolo e la riscossione coattiva del debito tributario nella misura in cui si controverta di tributo applicabile con aliquota fissa e non progressiva come nel caso dell'Irpef. Il dies a quo da cui far decorrere il termine per l'iscrizione a ruolo va pertanto individuato nel momento del passaggio in giudicato della sentenza che definisce l'intero giudizio relativo all'avviso di accertamento, con la determinazione dell'intera imposta dovuta.

*(Corte di cassazione, sentenza/ordinanza 4172 del 20 febbraio 2013)*

## **Accertamento - Indagini finanziarie**

L'estensione delle indagini bancarie anche a soggetti terzi rispetto alla società non può ritenersi illegittima quando i medesimi hanno riferimento nell'ente a titolo di amministratore, socio o quali congiunti di questi e, quindi, in una società la cui compagine sociale e la cui amministrazione è riferibile ad un unico ristretto gruppo familiare; l'esistenza di tali vincoli è sufficiente a giustificare la riferibilità al contribuente accertato delle operazioni riscontrate su conti correnti bancari intestati a

# SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

tali soggetti, salva naturalmente la facoltà di questi di provare la diversa origine di tali entrate.

*(Corte di cassazione, sentenza/ordinanza 3762 del 15 febbraio 2013)*

## **Ispezioni e verifiche - Durata**

Lo Statuto del contribuente determina la durata massima della permanenza degli operatori civili o militari dell'Amministrazione finanziaria presso la sede del contribuente quando dovuta a verifiche. Il termine in questione, quindi, assume rilevanza solo a seguito della somma dei giorni lavorativi di effettiva permanenza presso la sede del contribuente e non sulla base dei giorni trascorsi tra l'inizio e la fine delle operazioni di verifica, computando quindi anche quelli impiegati per verifiche eseguite al di fuori della sede del contribuente.

*(Corte di cassazione, sentenza/ordinanza 3762 del 15 febbraio 2013)*

## **IRAP: possibile impugnare la cartella esattoriale senza il pagamento dell'imposta richiesta**

I Giudici della Suprema Corte hanno affermato che il contribuente può contestare una pretesa tributaria anche in sede di impugnazione della cartella emessa sulla base delle sue dichiarazioni, purché tale cartella costituisca il primo atto con il quale la pretesa viene portata a conoscenza del contribuente. Non è necessario, inoltre, che il contribuente versi quanto richiesto in cartella, per poi presentare domanda di rimborso, impugnando il silenzio-diniego.

*(Corte di Cassazione, sentenza n. 4003 del 19 febbraio 2013)*

## **Accertamento: legittimo l'induttivo fondato sui coefficienti anche in caso di esito regolare della verifica GdF**

Secondo la Cassazione, l'accertamento induttivo a carico di un professionista, il cui reddito si discostava dai parametri di settore, risulta essere legittimo, anche in presenza di un verbale redatto dalla Guardia di Finanza con esito regolare. L'espletamento di una verifica fiscale non sembra dunque possa inibire il potere dell'Amministrazione finanziaria nella ricerca ed acquisizione di ulteriori elementi da porre a fondamento della pretesa erariale.

*(Corte di Cassazione, sentenza n. 1439 del 22 Gennaio 2013)*

## **OSSERVATORIO COMUNITARIO**

### **Nessuna imposta sulle plusvalenze latenti in caso di trasferimento all'estero**

La Corte di Giustizia Europea accoglie il ricorso presentato dalla Commissione UE nei confronti dei Paesi Bassi per l'inosservanza del principio europeo della libertà di

# SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

stabilimento. Gli Eurogiudici ritengono che la tassazione delle plusvalenze latenti in caso del trasferimento dell'impresa all'estero, secondo la normativa olandese, sia di ostacolo al principio della libertà di stabilimento.

*(Corte di Giustizia Europea, procedimento C-301/11)*

**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**  
**LA RIFORMA DELLA LEGGE FALLIMENTARE INTRODOTTA DAL DECRETO SVILUPPO**  
**MODERATORE: DOTT. CARLO PESSINA**

**14 marzo 2013 - ore 14.30**

- **Le modifiche alla L.F. introdotte dal Decreto Sviluppo e commento alla sentenza della Cassazione, Sezioni Unite, numero 1521 del 23/01/2013.**

*Avv. Alessandra Giovetti*, Partner Studio Legale Gianni, Origoni, Grippo, Capelli & Partners.

- **Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: il nuovo art. 182-bis della L.F. e la prededuzione della c.d. "nuova finanza".**

*Avv. Prof. Maurizio Irrerra*, Ordinario di Diritto Commerciale Università "Amedeo Avogadro", Avvocato

**28 marzo 2013 - ore 14.30**

- **Il pre-concordato di cui all' art. 161, sesto comma, della L.F.: la reversibilità della scelta, condizioni per l'autorizzazione degli atti di straordinaria amministrazione, effetti sui rapporti giuridici pendenti.**

*Dott. Bruno Conca*- Giudice Delegato sezione fallimentare Tribunale di Torino

- **Il concordato in continuità aziendale: rapporti tra il concordato in continuità e il concordato liquidatorio in caso di cessione/conferimento di azienda e presupposto della funzionalità del piano al miglior soddisfacimento dei creditori.**

*Dott. Francesco Donato*, Presidente Tribunale di Asti

**4 aprile 2013 - ore 14.30**

- **Poteri di sindacato del tribunale e cause di revoca del concordato.**

*Prof. Dott. Luciano Quattrocchio*, Aggregato di Diritto Commerciale Università di Torino, Dottore Commercialista

- **La disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo (art. 169-bis della L.F.) con particolare riferimento ai contratti di leasing e a quelli di vendita con riservato dominio (Legge Sabatini).**

*Prof. Avv. Guido Bonfante*, Ordinario di Diritto Commerciale Università di Torino, Avvocato

**9 aprile 2013 - ore 14.30**

- **Il concordato con cessione dei beni ai creditori: un caso pratico ed impatto del requisito della "descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta" di cui al nuovo testo dell'art. 161 l.fall.**

*Dott. Carlo Pessina e Dott. Carlo Bajardi*, Dottori Commercialisti, Pubblicisti

- **Piani di risanamento stragiudiziali e giudiziali: l'attestazione dei piani di risanamento; responsabilità ed indipendenza dell'attestatore e residualità dell'istituto di cui all'art. 67, 2° comma, lett. d) l. fall., alla luce delle modifiche del Decreto Sviluppo.**

*Dott. Riccardo Ranalli*, Dottore Commercialista

## MODALITÀ DI ABBONAMENTO

La rivista *Il Nuovo Diritto delle Società* viene distribuita previa sottoscrizione di un abbonamento annuale, che comprende 24 numeri al costo di 120,00 euro.

In seguito alla sottoscrizione, all'abbonato vengono assegnati una *username* ed una *password*, che consentono di accedere all'archivio storico della *Rivista* nonché alle banche dati di *Italia Oggi* ([www.italiaoggi.it](http://www.italiaoggi.it)).

L'abbonamento può essere richiesto:

- telefonando al numero verde 800-822195
- inviando un *fax* al numero verde 800-822196.

In entrambi i casi, è necessario allegare alla richiesta di abbonamento i dati anagrafici e un indirizzo di posta elettronica al quale inviare i numeri della *Rivista* più:

- la 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.

Per informazioni e/o segnalazioni contattare il Servizio Clienti al numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196.

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 informazioni 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 - 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.