

# *rivista di* diritto privato

3 anno XX - luglio/settembre 2015

**Comitato scientifico**

Giorgio De Nova  
Natalino Irti  
Pietro Rescigno  
Piero Schlesinger  
Paolo Spada  
Adriano Vanzetti

**Direzione**

Giorgio De Nova  
Mario Cicala  
Enrico Gabrielli  
Luigi Augusto Miserocchi  
Vincenzo Roppo  
Giuliana Scognamiglio  
Giuseppe Tucci  
Giuseppe Vettori



**CACUCCI  
EDITORE**

# rivista di diritto privato

## Publicazione trimestrale

**Editrice:** Cacucci Editore S.a.s.

Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)

www.cacuccieditore.it – e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Telefono 080/62030890 – Fax 080/5234777

**Direttore responsabile:** Nicola Cacucci

**Comitato scientifico:** Giorgio De Nova,  
Natalino Irti, Pietro Rescigno, Pietro Schlesinger,  
Paolo Spada, Adriano Vanzetti

**Direttore:** Giorgio De Nova

**Condirettori:** Mario Cicala, Enrico Gabrielli,  
Luigi Augusto Miserocchi, Vincenzo Roppo,  
Giuliana Scognamiglio, Giuseppe Tucci, Giuseppe Vettori

**Comitato editoriale:** Pietro Abbadesse, Fabio Addis,  
Giuseppe Amadio, Franco Anelli, Ciro Caccavale,  
Cristina Campiglio, Paolo Carbone, Angelo Chianale,  
Massimo Confortini, Giovanni D'Amico,  
Enrico del Prato, Valerio Di Gravio, Fabrizio di Marzio,  
Aldo Angelo Dolmetta, Andrea Fusaro, Carlo Ibba,  
Giancarlo Laurini, Raffaele Lener, Francesco Macario,  
Vincenzo Meli, Massimo Miola, Mario Notari,  
Giacomo Oberto, Gustavo Olivieri, Mauro Orlandi,  
Fabio Padovini, Andrea Pisani Massamormile,  
Giuseppe B. Portale, Renato Rordorf, Luigi Salvato,  
Giuseppe Santoni, Davide Sarti, Michele Sesta,  
Michele Tamponi, Federico Tassinari, Gian Roberto Villa,  
Massimo Zaccheo, Attilio Zimatore, Andrea Zoppini

## Redazioni

**Milano:** Francesco Delfini, Gregorio Gitti, Arturo Maniaci

**Bari:** Adriana Addante, Caterina Calia,  
Claudia Morgana Cascione

## Fotocomposizione e stampa

Ragusa Grafica Moderna S.r.l. – Bari

Autorizzazione Tribunale di Bari n. 16 Reg. Stampa  
del 16/04/2009. Num. R.G. 1500/2009

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.A. – Spedizione  
in abbonamento postale – D.L. 335/2003 (conv.  
in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1.

**Abbonamenti:** Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

**Abbonamento annuale:** Italia € 135,00 – Estero € 270,00.

**Prezzo singola copia:** € 38,00.

**Arretrati:** prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta. Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

**Per l'invio di corrispondenza:** Cacucci Editore S.a.s. –  
Redazione, Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

**Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.**

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti,  
Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777,

e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato,

ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel data base informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore S.a.s..

I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale.

Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

## CRITERI DI SELEZIONE DEI CONTRIBUTI PUBBLICATI

I contributi pubblicati nelle rubriche "Saggi e pareri", "Profili e documenti", "Difese e decisioni" e "Problemi delle professioni" sono assoggettati alla procedura di referaggio anonimo (sistema del *blind peer review*).

L'Autore di uno scritto che aspiri ad essere pubblicato in questa Rivista deve inviare il proprio lavoro alla Redazione, la quale svolgerà un esame preliminare concernente:

- la attualità del contributo;
- la pertinenza dell'argomento oggetto del contributo con le materie trattate dalla Rivista.

In caso di accettazione del contributo per la sottoposizione alla procedura di referaggio, il Direttore invia il contributo ad uno o più esperti del tema trattato, designati dal Direttore preferibilmente fra i componenti del Comitato Scientifico.

Il revisore (o i revisori) formulerà (o formuleranno) il proprio giudizio, tenendo conto dei seguenti parametri:

- correttezza e coerenza dell'impostazione metodologica;
- originalità dello scritto;
- adeguatezza della bibliografia e della giurisprudenza citate;
- chiarezza espositiva.

Sulla base di tali parametri, l'esito del referaggio può comportare: un giudizio di idoneità alla pubblicazione senza modifiche; un giudizio di idoneità alla pubblicazione, subordinato al previo apporto di modifiche e/o integrazioni (che verranno indicate all'Autore); un giudizio di non idoneità alla pubblicazione.

In caso di giudizio discordante fra più revisori, la decisione finale verrà assunta dal Direttore.

In caso di contributi provenienti da Autori di particolare fama o prestigio, il Direttore, sotto la sua responsabilità, può decidere di pubblicare il contributo, senza sottoporlo alla procedura di referaggio.

# *rivista di* diritto privato

---

2015

**Comitato scientifico**

Giorgio De Nova

Natalino Irti

Pietro Rescigno

Piero Schlesinger

Paolo Spada

Adriano Vanzetti

**Direzione**

Giorgio De Nova

Mario Cicala

Enrico Gabrielli

Luigi Augusto Miserocchi

Vincenzo Roppo

Giuliana Scognamiglio

Giuseppe Tucci

Giuseppe Vettori



CACUCCI  
EDITORE

---

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

---

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

---

## SOMMARIO 3/2015

---

### Saggi e pareri

---

- La nuova trasparenza bancaria: le principali discontinuità**  
*di Giorgio De Nova* 327
- UE, USA and China approaches on Digital Identity management**  
*di Francesco Delfini* 335
- Rent to buy: primo repertorio di problemi teorici e pratici**  
*di Giorgio Baralis* 341
- La posizione della banca quale terza pignorata**  
*di Gianfranco Liace* 365
- Sull'indicazione di pagamento**  
*di Carlo Dore jr.* 391
- La riduzione del capitale sociale per perdite nelle società in stato di crisi**  
*di Dario Cillo* 431



## *Saggi e pareri*

---





# La nuova trasparenza bancaria: le principali discontinuità\*

di Giorgio De Nova

## 1. Sulla impostazione sistematica delle Disposizioni

Le nuove Disposizioni in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti (le “Disposizioni”) sono costruite premettendo una “Sezione I” dedicata a “Disposizioni di carattere generale”, cui seguono 11 Sezioni dedicate a temi specifici.

Nella premessa della Sezione I si ribadisce che: «*Le disposizioni in materia di trasparenza (titolo VI del T.U.; delibere del CICR citate nel paragrafo 2 e il presente provvedimento) si applicano – salva diversa previsione – a tutte le operazioni e a tutti i servizi disciplinati ai sensi del titolo VI del T.U. aventi natura bancaria e finanziaria offerti dagli intermediari, anche al di fuori delle dipendenze (“fuori sede”) o mediante “tecniche di comunicazione a distanza”.*».

Come ho già avuto occasione di notare, questa impostazione in termini di parte generale che si applica a tutte le operazioni, salvo diversa previsione nelle discipline particolari per determinate operazioni, configge con il rapporto che il TUB delinea tra il Capo I del titolo VI, dedicato a «operazioni e servizi bancari e finanziari» e il Capo II, dedicato al credito ai consumatori, e al Capo II bis dedicato servizi di pagamento, perché dal 2011 il 3° comma dell’art. 115 TUB così dispone: «*Le disposizioni del presente capo, a meno che siano espressamente richiamate, non si applicano ai contratti di credito disciplinati dal capo II e ai servizi di pagamento disciplinati dal capo II-bis.*».

Dunque dal 2011 il Capo I non è una parte generale, che detti norme che si applicano (in linea di principio e salva deroga da parte di una norma speciale) anche al credito ai consumatori e ai servizi di pagamento; il credito ai consumatori ha la propria autonoma disciplina nel Capo II, integrata dalla norma del Capo I (e da quelle sole) che siano «espressamente richiamate»; lo stesso vale per i servizi di pagamento.

La questione è di sostanza.

Mi limito qui a considerare il rapporto “disposizioni generali – disposizioni sul credito ai consumatori”.

\* Relazione al Convegno ABI, Roma, 17 settembre 2015.

Nel TUB, in assenza di un espresso richiamo da parte del Capo II non dovrebbe applicarsi, ad esempio, l'ottavo comma dell'art. 117, che attribuisce alla Banca d'Italia il potere di prescrizione che determinati contratti abbiano un contenuto tipico determinato.

La Banca d'Italia mostra di non dare peso al terzo comma dell'art. 115 TUB, tanto che nelle Disposizioni, Sez. III, 4, pag. 29 determina il contenuto tipico del conto di base, destinato ai consumatori, «*in applicazione dell'art. 117, comma 8 del T.U.*».

Una soluzione, questa, che nel merito ci pare da approvare.

## 2. Le più rilevanti novità delle Disposizioni

Parlo di “più rilevanti novità”, anche se il titolo assegnato alla mia relazione parla di “principali discontinuità”, perché non mi sembra che le nuove Disposizioni si pongano, nei confronti delle precedenti, in un rapporto di discontinuità: non mi pare di ravvisare inversioni di tendenza o di metodo.

Anche in considerazione del fatto che su molti temi vi saranno relazioni specifiche, mi limito a mettere in evidenza quattro profili: (i) il conto di base (Sez. III, 4); (ii) la nuova disciplina della cessione dei rapporti giuridici in blocco (Sez. IV, 1); (iii) la precisazione in tema di “servizio accessorio connesso con il contratto di credito” (Sez. VII, 2); (iv) l'anatocismo.

### 2.1 Il conto di base

La più rilevante novità è che le banche (e gli altri soggetti ivi indicati) non più “possono”, bensì “sono tenute a” a offrire ai consumatori un “conto di base”, il cui contenuto tipico è determinato dal paragrafo III, 4, appunto «*in applicazione dell'art. 117, comma 8, del T.U.*». Ivi si precisa che «*i contratti denominati “conto di base” non conformi a quanto previsto dal presente paragrafo sono nulli, ai sensi dell'art. 117, comma 8, del T.U.*».

Se oggi offrire un conto di base è un obbligo della banca, la sanzione della nullità in caso di offerta di un conto denominato “conto base”, ma non conforme al contenuto tipico, non ha molto senso.

Fermiamoci un momento a riflettere.

La sanzione della nullità *ex art. 117, comma 8* trova fondamento nella finalità della norma di evitare che il cliente sia vittima delle false informazioni che potrebbe derivare da una dissociazione tra *nomen* e contenuto. Si tratta dunque della reazione ad una offerta spontanea della banca, non rispettosa tuttavia del contenuto tipico; nel caso del conto di base, invece, si tratta di una offerta obbligatoria, a favore del cliente, sicché la nullità (che *ex art. 127, 2° comma* opera soltanto a vantaggio del

cliente e può essere rilevata d'ufficio dal giudice) priva il cliente di un conto, anche se non conforme al contenuto tipico.

Lungo discorso per dire che la sanzione “vera” va rinvenuta piuttosto nell'art. 144, 3 *bis* lett. b), che prevede una sanzione amministrativa in caso di “offerta di contratti in violazione dell'art. 117, comma 8”.

## 2.2. La cessione di rapporti giuridici in blocco

Nella premessa alla Sezione IV (Comunicazione alla clientela) (pag. 31) troviamo la nuova previsione che segue.

*«In caso di cessione di rapporti giuridici cui si applichi l'articolo 58 del T.U., il cessionario comunica con congruo anticipo, almeno 30 giorni prima, ai titolari dei conti correnti e dei conti di pagamento le informazioni necessarie per assicurare che il cliente possa fruire senza soluzione di continuità dei servizi connessi al conto (es. servizi di pagamento). La comunicazione può essere omessa se è assicurata al cliente continuità nella prestazione dei servizi di pagamento; in questo caso, se è comunque astrattamente prevedibile il verificarsi di una discontinuità nella prestazione di servizi di pagamento per un breve arco temporale, fermi restando gli obblighi contrattuali, il cessionario ne dà comunicazione personalizzata e tempestiva alla cliente». La nota 1 così prevede: «Con riferimento alle cessioni effettuate nell'ambito di procedure di risoluzione delle crisi, il cessionario comunica – non appena possibile e, comunque non oltre 20 giorni lavorativi dalla realizzazione della operazione di cessione – ai titolari dei conti correnti e dei conti di pagamento trasferiti le informazioni necessarie per fruire senza soluzione di continuità dei servizi connessi al conto».*

Per inquadrare questa nuova disciplina è bene partire dall'art. 58 TUB, che, «per la cessione a banche di aziende, di rami d'azienda, di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco» prevede che la banca cessionaria dia notizia dell'avvenuta cessione mediante iscrizione nel registro delle imprese e pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana e adozione delle forme integrative di pubblicità stabilite dalla Banca d'Italia (le Istruzioni di Vigilanza – vedi Circolare 229/1999, sez. II, par. 1 – indicano nel dettaglio il contenuto dell'avviso da pubblicare sulla Gazzetta Ufficiale e prevedono che la banca cessionaria comunichi individualmente la cessione agli interessati “alla prima occasione utile (estratto conto, rate di mutuo da pagare, ecc.). A seguito degli adempimenti pubblicitari la cessione è opponibile nei confronti dei terzi; il contraente ceduto può recedere entro tre mesi dagli adempimenti pubblicitari se sussiste una giusta causa.

Si tratta di una norma che intende agevolare la realizzazione della cessione in blocco di rapporti giuridici bancari, come è stato riconosciuto dalla Cassazione, con sentenza 17 marzo 2006, n. 5997: la norma «ha inteso agevolare la realizzazione della cessione “in blocco” di rapporti giuridici, prevedendo, quale presupposto di efficacia

*della stessa nei confronti dei debitori ceduti, la pubblicazione di un avviso nella Gazzetta Ufficiale, e dispensando la banca cessionaria dall'onere di provvedere alla notifica della cessione alle singole controparti dei rapporti acquisiti».*

Un regime di favore, in relazione al quale la Corte Costituzionale ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione – oltre che all'art. 1260, 1° comma cod. civ. – all'art. 58, commi 2, 3 e 4 TUB, con ordinanza 10 marzo 2006, n. 95 nella quale si argomenta (per vero alquanto sbrigativamente) che le questioni sollevate riguarderebbero i crediti, e non i contratti, per i quali solo è necessario il consenso del contraente ceduto.

Da tale regime di favore sono però conseguiti forti disagi per i clienti delle banche, cui non veniva garantita la continuità nell'usufruire dei servizi connessi ai conti (RID, addebiti bancomat, ricezione di pagamenti): e ciò, ad esempio, per la necessità di sostituire l'IBAN e le carte di pagamento (lo ricorda il Documento per la consultazione del 2013, par. 3.2, pag. 9).

Di qui l'intervento della Banca d'Italia nelle Disposizioni, volto a prevedere una informazione non più successiva, bensì preventiva.

La questione era ovviamente delicata, e non sorprende che il testo sottoposto a consultazione abbia suscitato reazioni negative, che hanno portato ad un testo finale di compromesso.

Ma vediamo qual è la soluzione adottata.

La disposizione riguarda *«rapporti giuridici cui si applichi l'art. 58 del T.U.»*.

Una prima questione è se la disposizione riguardi anche le cartolarizzazioni, dato che l'art. 4 della l. 30 aprile 1999, n. 130 al primo comma dispone l'applicazione alla cartolarizzazione delle disposizioni contenute nell'art. 58, commi 2, 3 e 4 TUB.

Nella "Tavola di resoconto della consultazione", a pag. 19, si dice che *«la disposizione in esame non si applica alle cartolarizzazioni»*: ma certo sarebbe stato meglio che ciò risultasse dal testo delle Disposizioni.

Il cessionario deve fare la comunicazione *«almeno 30 giorni prima»*, ma non si dice prima di cosa. Sembra di dover interpretare come «prima dell'atto di cessione»: dunque è un futuro cessionario che deve comunicare, il che non è banale.

La comunicazione va fatta ai titolari dei conti correnti e dei conti di pagamento.

La comunicazione ha ad oggetto le informazioni necessarie per assicurare che il cliente possa fruire senza soluzioni di continuità dei servizi connessi al conto.

È importante sottolineare che questa attività di comunicazione non è una forma integrativa di pubblicità, e quindi non condiziona gli effetti della cessione (lo chiarisce ancora Banca d'Italia in sede di consultazione, v. Tavola di resoconto della consultazione, pag. 19).

Ciò detto, qui comincia il compromesso: perché la comunicazione può essere omessa se è assicurata al cliente continuità nella prestazione dei servizi di pagamen-

to; tuttavia se è astrattamente prevedibile il verificarsi di una discontinuità nella prestazione dei servizi di pagamento, il cessionario ne dà comunicazione personalizzata e tempestiva.

A questo punto la disposizione perde carattere precettivo: se c'è una procedura, che esclude un pericolo di discontinuità, non si deve comunicare, ma se nonostante la procedura un pericolo in astratto c'è, allora sì. Con il che non si saprà bene che fare.

Molto chiara, e molto importante, è la nota: la comunicazione preventiva è esclusa «con riferimento alle cessioni effettuate nell'ambito di procedure di risoluzione della crisi», ed è sostituita da una comunicazione successiva. In questo caso l'urgenza impone di evitare la previsione di comunicazioni preventive.

### 2.3 I servizi accessori

Il tema dei servizi accessori, ovvero dei contratti offerti congiuntamente al finanziamento, è notoriamente delicato: è di fine agosto la notizia di una sanzione dell'Antitrust per violazione nell'offerta congiunta di mutui con polizze assicurative. Dunque anche modifiche marginali meritano di essere sottolineate.

Vediamo i punti delle Disposizioni in cui il tema è regolato.

Alla Sezione VII, dedicata al credito ai consumatori, al par. 2, definizioni, troviamo quella di “servizio accessorio connesso con il contratto di credito”: *«il servizio obbligatorio per la conclusione del contratto di credito o (sia esso obbligatorio o facoltativo) offerto dal finanziatore congiuntamente al contratto di credito. Il servizio si intende obbligatorio quando – anche sulla base di disposizioni di legge – il consumatore non può stipulare il contratto di credito senza stipulare il contratto avente ad oggetto il servizio accessorio oppure non può stipulare il contratto di credito a determinate condizioni senza stipulare il contratto avente ad oggetto il servizio accessorio. Il servizio si intende altresì obbligatorio quando il recesso dal contratto avente ad oggetto il servizio accessorio determina l'applicazione di costi o qualsiasi altra modifica delle condizioni del contratto di credito».*

In nota si ricorda che “resta fermo quanto previsto dall'art. 21, comma 3-bis del Codice del Consumo (che così dispone: «È considerata scorretta la pratica commerciale di una banca, di un istituto di credito o di un intermediario finanziario che, ai fini della stipula di un contratto di mutuo, obbliga il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla medesima banca, istituto o intermediario ovvero all'apertura di un conto corrente presso la medesima banca, istituto o intermediario»).

Alla Sezione XI, dedicata ai requisiti organizzativi, il par. 2 bis si occupa dell'offerta contestuale di altri contratti insieme al finanziamento, e si prevede, tra l'altro, che si adottino procedure organizzative e di controllo interno che assicurino “la corretta inclusione nel TAEG dei costi dei servizi accessori connessi con il contratto

di credito” (la cui definizione abbiamo appena richiamato), e che «*Nell’ambito della verifica periodica sull’adeguatezza e sull’efficacia delle procedure, prevista dal paragrafo 2, le competenti funzioni dell’intermediario controllano la corretta qualificazione dei servizi accessori come obbligatori o facoltativi e a tal fine prendono in considerazione, tra l’altro: le politiche di sviluppo che fissano obiettivi di budget; la struttura delle deleghe; l’iter di concessione del credito; i sistemi premianti che favoriscono significativamente la vendita di servizi accessori assieme a finanziamenti; l’incidenza dei finanziamenti commercializzati assieme a servizi accessori sul volume complessivo di ciascuna tipologia di contratti, con riferimento all’intera azienda ovvero a singoli sportelli o soggetti incaricati dell’offerta*».

Infine si prevede che «*Le procedure assicurano altresì il rispetto delle previsioni relative alla commercializzazione di polizze assicurative insieme a un finanziamento (articolo 28 del decreto legge n. 1/2012 e regolamento dell’Isvap n. 40/2012)*».

Ricordiamo che l’art. 28.1 d.l. n. 1/2012 così dispone:

«*Fermo restando quanto previsto dall’articolo 183 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, e dalle relative disposizioni e delibera dell’ISVAP di attuazione in materia di interesse degli intermediari assicurativi, le banche, gli istituti di credito e gli intermediari finanziari se condizionano l’erogazione del mutuo immobiliare o del credito al consumo alla stipula di un contratto di assicurazione sulla vita sono tenuti a sottoporre al cliente almeno due preventivi di due differenti gruppi assicurativi non riconducibili alle banche, agli istituti di credito e agli intermediari finanziari stessi. Il cliente è comunque libero di scegliere sul mercato la polizza sulla vita più conveniente che la banca è obbligata ad accettare senza variare le condizioni offerte per l’erogazione del mutuo immobiliare o del credito al consumo*».

E ricordiamo che il Regolamento n. 40/2012 ISVAP all’art. 2 così prevede:

«*Qualora le banche e gli intermediari finanziari condizionino l’erogazione del mutuo immobiliare o del credito al consumo alla stipula di un contratto di assicurazione sulla vita forniscono al cliente, all’avvio delle trattative per la concessione del mutuo immobiliare o del credito al consumo, informativa scritta sui contenuti minimi del contratto di assicurazione sulla vita previsti all’articolo 1, informandolo che può ricercare sul mercato, entro un periodo non inferiore a 10 giorni lavorativi dalla consegna del preventivo di cui al comma 2, un contratto di assicurazione sulla vita che soddisfi i predetti contenuti, ovvero preveda condizioni di maggiore favore per il cliente stesso, e che tale contratto sarà accettato dalla banca o dall’intermediario finanziario senza variare le condizioni offerte per l’erogazione del mutuo immobiliare o del credito al consumo.*

2. *I preventivi relativi al contratto di assicurazione sulla vita che le banche, gli intermediari finanziari e gli altri intermediari assicurativi sono tenuti a sottoporre al cliente sono redatti secondo il fac-simile di cui all’allegato 1 al presente Regolamento*».

Tutto si gioca dunque sulla nozione di servizio accessorio obbligatorio.

E nella definizione troviamo una novità, perché le Disposizioni prevedono che il servizio si intende obbligatorio anche “*quando il recesso del contratto avente ad oggetto il servizio accessorio determina l'applicazione di costi o qualsiasi altra modifica delle condizioni del contratto di credito*” (e non del contratto accessorio). Ciò significa che anche se nella fase genetica la stipulazione del contratto avente ad oggetto il servizio accessorio non ha un impatto sulle condizioni del contratto di credito, tuttavia siamo in presenza di un servizio accessorio obbligatorio se nel contratto di credito si prevede che lo scioglimento del contratto accessorio avrà un impatto sulle condizioni del contratto di credito medesimo.

La questione più delicata riguarda le polizze abbinate a finanziamenti: ne è prova la lettera congiunta che IVASS e Banca d'Italia il 26 agosto 2015 hanno inviato alle imprese di assicurazione e alle banche, lettera con la quale chiedono di innalzare il livello di tutela della clientela nella vendita di polizze abbinate a mutui e prestiti.

#### 2.4 *L'anatocismo*

Le Disposizioni intervengono in tema di anatocismo con alcune eliminazioni rispetto al testo previgente. Sono venuti meno:

(i) il riferimento, tra le “fonti normative”, alla Delibera del CICR del 9 febbraio 2000 recante “modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi scaduti nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria e finanziaria”; (ii) il riferimento, che si trova nei fogli informativi, in base al quale le banche erano tenute in relazione ad operazioni di raccolta o di finanziamento che “preveda la capitalizzazione infrannuale degli interessi” ad indicare “il valore del tasso, rapportato su base annua, (...) indicato tenendo conto degli effetti della capitalizzazione”; (iii) il riferimento, che si trova nel prototipo di foglio informativo del conto corrente offerto ai consumatori, alla “capitalizzazione” degli interessi, di cui si chiedeva di indicare la “periodicità”.

Le associazioni dei consumatori hanno salutato queste eliminazioni come prova che la Banca d'Italia aderisce all'interpretazione dell'art. 120, 2° comma TUB come norma che vieta sin dal 1° gennaio 2014 ogni forma di anatocismo.

Si tratta di una forzatura interpretativa: ma oggi l'attenzione in tema di anatocismo si concentra necessariamente sulla proposta che la Banca d'Italia intende formulare al CICR per dare attuazione all'art. 120, 2° comma TUB, proposta sottoposta dal 24 agosto (al 23 ottobre) a consultazione.

In tale proposta si dispone che le banche devono adeguarsi entro il 1° gennaio 2016 e si prevede da un lato che gli interessi maturati non possono produrre interessi (art. 3), e dall'altro che gli interessi divengono esigibili entro sessanta giorni dal ricevimento dell'estratto conto, e che, se il debito da interessi non viene estinto mediante accredito di fondi da parte del cliente, questi può autorizzare l'adde-

bito degli interessi sul conto, nel qual caso la somma addebitata è considerata sorte capitale.

Nel frattempo, si ha notizia che la Commissione UE ha chiesto chiarimenti all'Italia sull'art. 120, 2° comma TUB, rilevando che la capitalizzazione degli interessi – in particolare nell'apertura di credito in conto corrente – è pratica comune in tutti gli Stati membri. Ed una recente decisione della Corte di Giustizia (Sentenza 3 settembre 2015 nella causa (-89/14, A2a / Agenzia delle Entrate) ha giudicato legittima la applicazione da parte dello Stato Italiano dell'anatocismo nel recupero di aiuti di Stato.

La partita è dunque aperta.



# UE, USA and China approaches on Digital Identity management<sup>1</sup>

di Francesco Delfini

---

*SOMMARIO: 1. The Digital identity and its management. – 2. USA, UE and China approaches. – 3. The Digital legacy. – 4. Jurisdiction challenges: the Supreme Court of British Columbia way.*

## 1. The Digital identity and its management

In a broad meaning digital identity can be regarded as the sum of all the digitally available information about us and, as information grows, the picture of us that it creates is becoming more and more complete and this poses problems as a possible threat to our privacy and as an object to trade.

In a more strict sense, digital identity has become the main current issue in Electronic Commerce: to boost and secure growth in the Internet economy the challenge the parties to every electronic transaction are facing is to answer two simple questions reliably: Who are you? and How can you prove it?, referring to each other. In other words, the theme is Digital identity management.

For this relevant task, the most efficient tool is the so-called *federated* identity management. As it has been clearly depicted<sup>2</sup> “*In a federated system, transacting parties can avoid the cost and expense of setting up their own identity management process, relying instead on identification and authentication services provided by trustworthy third parties. And users can avoid the need to obtain separate identity credentials (such as usernames and passwords) for every business they deal with. It is like replacing the need to carry a separate credit card from every business where an individual shops, with two or three credit cards (e.g., a Visa and a MasterCard) that all businesses will accept*”.

Once, the main issue was to answer the question: Who is the author of an electronic document? Who is bound by it or responsible for it? and the answers were the electronic signatures and their management.

But as the opportunities to interact and establish economic relationships via Internet grow – and as a vast number of economic transactions are entered into with-

---

<sup>1</sup> Paper presented at the UNCITRAL Workshop at University of Bologna on 10 June 2015.

<sup>2</sup> Thomas J. Smedinghoff and Laurie Kamaiko, *Identity Management: The Key to Cyber Security and Online Commerce*, New York Law Journal, March 2, 2015.

out a proper electronic document – the main point has become the assessment of each party's identity and therefore the identity management.

## 2. USA, UE and China approaches

A variety of approaches may be taken to implement such management of the identity of individuals.

The USA approach relies on the contract and on “soft law”, encouraging the private sector to set its own rules on the topic.<sup>3</sup>

On the contrary, the European Union has preferred “hard law” and since the end of the last century has provided a complete set of rules to furnish parties that had never met before with the mutual assurance of each one's digital identity. The legal framework moved forward from EU Directive 1999/93/CE on electronic signatures to the recent regulation (EU) no. 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 “*on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC*” that is due to apply, for the most part of it, from 1 July 2016.

These different approaches do not surprise.

In a simply way we can depict that as the different traditional attitudes of the two legal systems toward lawmaking. Montesquieu's theory of the separation of political power among the legislature, executive and judiciary – which was the political background of the French Revolution – led to the idea of a civil code as the whole and entire summary of rules in private law arising from the people's representatives. This feature of a civil law system involves a particular attitude and approach for the civil lawyer toward contract: on one hand, the parties to a contract may agree on the basic elements of the deal – e.g. price and item purchased – while the civil code will provide the entire set of rules to solve any dispute which may arise and any aspect of the deal not covered by an express agreement; on the other hand, civil lawyers are less likely than common lawyers to rely on contract to solve general problems, trusting better the intervention of lawmakers.

---

<sup>3</sup> «In 2011, the U.S. government formally began its efforts to enable a federated identity ecosystem by issuing its National Strategy for Trusted Identities in Cyberspace (NSTIC),<sup>2</sup> which it characterized as “a strategy to make online transactions more secure for businesses and consumers alike.” And in 2012 it established a public-private partnership known as the Identity Ecosystem Steering Group (IDESG)<sup>3</sup> in an attempt to encourage the private sector to implement the NSTIC strategy on a voluntary basis. Separately, several private sector companies (such as Google, Microsoft, Experian, Lexis/Nexis, Barclay's Bank, Verizon, and many others), as well as trade associations like the Open Identity Exchange, standards groups like the OpenID Foundation, and certification groups like the Kantara Initiative, are independently working on the issue of federated identity”» (Thomas J. Smedinghoff and Laurie Kamaiko, *Identity Management: The Key to Cyber Security and Online Commerce*, New York Law Journal, March 2, 2015).

On the contrary, common law lawyers, on one hand, not having the possibility to fill the gaps in contract with rules “subject to agreement otherwise” because of the lack of a code, are used to drafting contracts intended to be self-sufficient, not to leave room for judge-made rules and, on the other hand, have developed a stronger attitude to recourse to the contract to set *erga omnes* or at least multi party rules that meet the market’s need.

As a consequence, it is more natural for a common law lawyer to suggest using a contract – and, in this case, a multi-party contract or a contract open to other parties to adhere to<sup>4</sup> – to regulate also the management of digital identity. And in some way this can be regarded as an evolution of the electronic data interchange EDI<sup>5</sup> that constituted the basic framework of B2B electronic commerce in the Eighties.

The “hard law” approach has been chosen also by the People’s Republic of China. Art. 2 of the 2004 Electronic Signature Law (ESL) of the People’s Republic of China<sup>6</sup> provides a definition of electronic signature, with the same approach and broad content of EU Directive 1999/93/CE: «*For the purposes of this Law, electronic signature means the data in electronic form contained in and attached to a data message to be used for identifying the identity of the signatory and for showing that the signatory recognizes what is in the message. The data message as mentioned in this Law means the information generated, dispatched, received or stored by electronic, optical, magnetic or similar means*».

And the reliability of an electronic signature is considered in art. 13 of China ESL<sup>7</sup> in the same manner as UE Directive 1999/93 CE.

<sup>4</sup> See art. 1332 Italian civil code: “*Adherence of other parties to the contract. If other parties can adhere to a contract and the manner of adherence has not been determined, the question can be directed to such agency as may have constituted for the implementation of the contract or, in the absence thereof, to all original contracting parties*” Italian Civil Code, version translated by M. Beltramo, G.E.Longo and J.H. Merryman, published by Oceana Publ., Inc.

<sup>5</sup> As it can be read in Wikipedia, «*Electronic data interchange (EDI) is an electronic communication method that provides standards for exchanging data via any electronic means. By adhering to the same standard, two different companies or organizations, even in two different countries, can electronically exchange documents (such as purchase orders, invoices, shipping notices, and many others)*».

<sup>6</sup> Adopted at the 11th Meeting of the Standing Committee of the Tenth National People’s Congress on August 28, 2004 and promulgated by Order No.18 of the President of the People’s Republic of China on August 28, 2004.

<sup>7</sup> Article 13 ESL: «*If an electronic signature concurrently meets the following conditions, it shall be deemed as a reliable electronic signature: (1) when the creation data of the electronic signature are used for electronic signature, it exclusively belongs to an electronic signatory; (2) when the signature is entered, its creation data are controlled only by the electronic signatory; (3) after the signature is entered, any alteration made to the electronic signature can be detected; and (4) after the signature is entered, any alteration made to the contents and form of a data message can be detected. The parties concerned may also choose to use the electronic signatures which meet the conditions of reliability they have agreed to*».

### 3. The Digital legacy

Returning to a wider concept of digital identity, another open issue is posed by the so called Digital legacy: the delivery of each person's virtual property, such as personal data, files held locally or in the cloud, investments managed online, blogs and social profiles.

The interference between local Inheritance law (i.e. that of the deceased) and contract law chosen by the professionals that provide internet services are relevant and potentiality negative for the heirs, as long as some provider of social network services or storage data services may consider the contractual rights of the deceased nontransferable, as they expire when the party dies.

This is not the case in most civil law systems, where every patrimonial right may, in principle, be disposed of and transferred to the heirs.

Sometimes, some providers allow close relatives to take control of the deceased's digital asset, but this solution cannot satisfy in all situations: consider the case of a same sex partnership in countries without *ad hoc* legislation for civil homosexual marriages; in that case, digital assets can be transferred by will – or a *post mortem* mandate can help – but with the same obstacles if the provider considers these rights expired by death.

### 4. Jurisdiction challenges: the Supreme Court of British Columbia way

Moreover, in dealing with Digital legacy, the problem could be the potential lack of jurisdiction of the Courts of the deceased person in respect of a major player in the digital economy, whose registered office is often in a different country, or is delocalized.

On this issue, we have to mention not only the well-known EU Court decision 13 May 2014<sup>8</sup> but also the lesser-known – but very deep motivated – decision, of 13 June 2014, of the Supreme Court of British Columbia, that granted an *interim order* against Google, although it was not a party to the underlying action brought by a Canadian company *versus* some domestic competitors.

As the Judge pointed out, rejecting the Google defense objection – challenging jurisdiction – that the requested *interim order* cannot be enforced except if it were rendered by a Californian court, where its headquarters are located, «[94] *An injunction is an equitable remedy and is enforced through the courts' contempt power. Generally, that power is exercised through fines and imprisonment. These penalties are more easily invoked when a person resides within the court's jurisdiction so that either the person or his assets can be "seized".* 95] *But these are not the only remedies available to*

<sup>8</sup> Court of Justice of the European Union in Case C – 131/12.

the Court. In *Bea v. The Owners, Strata Plan LMS2138*, 2014 BCSC 826, Grauer J. cites with approval the following words of the Chief Justice of the Supreme Court of Newfoundland and Labrador:

*The law of contempt is found in the development of the common law. That law is always evolving. The state of its development is not frozen at any particular date in judicial history. So also, with respect to the types of penalty which a court may employ to vindicate its contempt power. Differing penalties may be creatively employed, either singly or in combination, in new situations to achieve the purposes behind the exercise of the contempt power.*

[96] *For example, this court may dismiss or refuse to hear proceedings brought by a party who is violating a court order: Breberin v. Santos, 2013 BCCA 385 at para. 14; Schmidt v. Wood, 2012 ABCA 235 at para. 5.*

[97] *While barring a person in contempt from making use of the Court's process may be a smaller stick than imprisonment, it is nonetheless a means of enforcement of some significance. That is particularly so when a non-resident corporation carries on business in British Columbia and may be sued or wish to sue in these courts. Although Google's contracts with advertisers in British Columbia are by the choice of laws provisions to be determined in California, other causes of action in defamation or tort could well arise in British Columbia (see for example *Trkulja v. Google (No 5)*, [2012] VSC 533, an Australian defamation case which raised issues of whether Google "publishes" the material displayed on its search engines).<sup>9</sup>*

After reading such a decisions, I must conclusively say that in dealing with the lack of jurisdiction issue, common law – and in particular the *equity* system – has proved itself more creative and efficient than the more formal and traditional civil law: is the threatened “*bar from making use of the Court process*” to a person in contempt of Court not similar to the refusal of performance against the non-performing party stated by art. 1460 Italian civil code (as well as by several other civil law codes)<sup>10</sup>? And yet no civil lawyer or court of a civil law country has dared to propose such a consequence!

Very likely, some sort of importation in civil law systems of the contempt of court doctrine can therefore turn out to be of some use also for Civil law Courts in dealing with the problem of jurisdiction in the era of globalisation.

<sup>9</sup> Supreme Court of British Columbia *Equustek Solutions Inc. v. Jack*, 2014 BCSC 1063, par. 94-97 (emphasis added).

<sup>10</sup> Art. 1460: “*Defense based upon non-performance. In contracts providing for mutual counter performance, each party can refuse to perform his obligation if the other party does not perform or offer to perform his own at the same time, unless different times for performance have been established by the parties or appear from the nature of the contract*”.



# Rent to buy: primo repertorio di problemi teorici e pratici

di Giorgio Baralis

## 1. *Rent to buy* e tipi o classi di contratto già noti nel diritto legislativo o giurisprudenziale

Il contratto previsto dall'art. 23 d. l. 133/2014<sup>1</sup> – correntemente denominato *rent to buy* – esige, già stando ad una lettura del testo di legge, di essere distinto da:

- a) leasing finanziario;
  - b) vendita con riserva di proprietà<sup>2</sup>;
  - c) locazione con patto di vendita consecutiva alla cessazione della locazione<sup>3</sup>;
- e di essere messo in relazione con la classe dei contratti ad effetti reali<sup>4</sup>.

Il *rent to buy* non è classificabile come contratto ad effetti reali, atteso che sia il contenuto attribuitogli dall'enunciato definitorio del 1° comma dell'art. 23 che la disciplina a tale contenuto ancorata depongono nel senso di escludere che "oggetto" ne sia il trasferimento della proprietà di una *res certa* o di altro diritto, reale o personale.

Con il leasing finanziario le somiglianze sono notevoli, ma il leasing è un contratto funzionalmente preordinato al finanziamento dell'impresa, alla quale procura il godimento strumentale all'esercizio professionale della produzione di beni organizzati in azienda; laddove il *rent to buy* è a servizio non già di interessi gravitanti sulla produzione ma sul consumo<sup>5</sup>. Semmai, la sopravvenuta disciplina del *rent to buy* potrebbe orientare per la trascrivibilità del leasing, superando dubbi ad oggi autorevolmente coltivati<sup>6</sup>, purché si conceda che della pubblicità immobiliare sia consentita un'interpretazione estensiva.

Per quanto concerne la vendita con riserva di proprietà (art. 1523 c. c.) e la locazione con patto di vendita consecutiva (art. 1526 terzo comma c. c.), la distinzione

<sup>1</sup> Convertito in L. 11. 11. 2014, n. 212.

<sup>2</sup> Art. 1523 c. c.

<sup>3</sup> Art. 1526. 3 c. c.

<sup>4</sup> Art. 1376 c. c.

<sup>5</sup> Nel senso di soddisfazione di bisogni di vita estranei alla specialità del leasing ma connessi al rilancio dell'edilizia.

<sup>6</sup> Gazzoni, Tratt. della trascrizione diretto da E. Gabrielli e G. Gazzoni, Torino, 2012, I, 1, 2012, p. 547 e ss.

è certa per la prima, atteso che la vendita con riserva di proprietà è un contratto appartenente alla classe dei contratti con effetti reali; laddove, per la locazione con patto di futura vendita, il *discrimen*<sup>7</sup> si ricava, come meglio si dirà tra poco, dalla “necessaria” distinzione nell’ambito della prestazione, qualificata dalla legge del 2014 “canone”, fra corrispettivo del godimento (che qui diremo stipulativamente “pigione”) e corrispettivo del trasferimento (che qui diremo stipulativamente “acconto prezzo”), distinzione che non è tipologicamente essenziale alla locazione con patto di vendita consecutiva<sup>8</sup>: il che ne legittima l’assimilazione alla vendita con riserva di proprietà. Non senza aggiungere che del diritto di acquisto, di cui all’art. 23, non si trova traccia nell’enunciato dell’art. 1526. 3 c. c.<sup>9</sup>.

## 2. Il *rent to buy* nel sistema

Prima di passare ad un esame più analitico della fattispecie è importante chiedersi “il posto” che la nuova figura occupa nell’ambito del sistema.

Come capita spesso volte in una legge che è un centone di disposizioni, regole, principi relative a diversissime materie che non hanno un vero comun denominatore, se non una urgenza<sup>10</sup> di normazione, ci si chiede quale sia il rapporto che lega la fattispecie con il sistema “tutto”, specie in relazione a quelle figure tracciate dal legislatore storico che con essa hanno assonanza<sup>11</sup>. In particolare ci si chiede in che limiti la nuova figura possa essere incisa dall’autonomia privata in base a esigenze varie di tipo soggettivo o suggerite dal mercato: questa sembra essere la premessa indispensabile per delineare successivamente meglio il rapporto con le “altre” fattispecie di cui si è prima scritto.

Il quesito assume una particolar importanza perchè – già lo si accenna – si è di fronte ad una fattispecie tipica “aperta”, intendendosi con tale aggettivo sottolineare la varietà delle concessioni in godimento cui allude la nuova figura e la varietà dei mezzi con cui si può realizzare il diritto all’acquisto. Volendo esemplificare la nuova fattispecie è “aperta” come lo è quella di cui all’art. 1754 c. c. dove “la messa in relazione” assume i connotati più vari<sup>12</sup>. Si noti, sempre rifacendosi alla figura esemplare della mediazione, dottrina e giurisprudenza allargano ancora di più tale figura

<sup>7</sup> Conforme Cuffaro, Oltre la locazione: il *rent to buy*, nuovo contratto per l’acquisto di immobili, in *Corriere giuridico*, 2015, p. 9.

<sup>8</sup> Opinione “quasi” pacifica: v. solo le oscillazioni di C. M. Bianca, Vendita e permuta, Tratt. di dir. civ. e comm. diretto da Vassalli, Torino, 1972, pp. 47-49.

<sup>9</sup> Benché ne possa costituire una variante compatibile con il tipo.

<sup>10</sup> *Rectius*: fretta.

<sup>11</sup> Vendita con riserva di proprietà, locazione-vendita, leasing, vendita soggetta alla condizione risolutiva dell’inadempimento; si aggiungano tutte le figure intermedie e affini che l’autonomia privata può creare.

<sup>12</sup> Luminoso, La mediazione, Tratt. Cicu-Messineo continuato da Mengoni, Milano, 1993, p. 16 e ss.



negoziale (mediazioni atipiche) e, proprio traendo lo spunto dall'esempio, vien fatto di chiedersi quale possa essere il raggio d'azione "ulteriore" di una fattispecie già di per sé "aperta". Si vedrà oltre che tale carattere "aperto" coinvolge anche il mezzo pubblicitario, escludendo, a nostro parere, che la facoltà di acquisto si confini solo nell'ambito ristretto del cosiddetto preliminare unilaterale.

Ora la disciplina di cui all'art. 23 del d. l. 133 si incardina su due aspetti di disciplina vistosi e importanti che sono, però, anomali<sup>13</sup> e cioè (art. 23 comma terzo) la durata sino a dieci anni dell'effetto prenotativo di cui all'art. 2645 bis c. c. e la regolamentazione (art. 23 comma sesto) prevista per il caso di fallimento del concedente o del conduttore, ove l'anomalia<sup>14</sup> è marcatamente accentuata per il caso di fallimento del concedente (prosecuzione del contratto), meno marcata, ma pur sempre significativa, per il caso di fallimento del conduttore (applicabilità in ogni caso del comma quinto dell'art. 23). Si omette di approfondire, ma se ne scriverà oltre, altri aspetti che rendono sempre particolare<sup>15</sup> la fattispecie, come la non previsione esplicita di forme risarcitorie a carico del conduttore per il caso di sua inadempienza, a differenza di quanto previsto per l'art. 1526 primo comma c. c.

Non è qui il caso di approfondire se – a ragione di quanto sopra – si debba scrivere a proposito della nostra fattispecie di profili di eccezionalità; certo è che le deroghe apportate dal nuovo tipo alle regole di diritto comune di cui sopra sono vistose.

Operativamente, quindi, sembra di dover procedere alla stregua dei seguenti criteri:

a – considerato che possibili varianti – di cui si scriverà oltre – rispetto alla fattispecie possono portare ad una riqualificazione della stessa<sup>16</sup>, con la perdita del trattamento di favore di cui sopra, sarà opportuno per il pratico procedere con prudenza. È il normale principio di precauzione.

b – Considerato che possibili varianti possono essere molto utili, è sicura la possibilità di richiamarsi comunque all'interpretazione estensiva. Si consideri, poi, che la nuova figura, nasce pur sempre in un momento di grave contingenza storica, con lo scopo preciso di incrementare il mercato immobiliare<sup>17</sup>, sicchè pare quasi indispensabile rifarsi a quel modo di intendere l'interpretazione estensiva per la quale la stessa (e ancor più per l'analogia) è come una prosecuzione dell'interpretazione teleologica<sup>18</sup>. Anche se in materia di pubblicità immobiliare la dottrina di maggioranza

<sup>13</sup> Per ora l'espressione è usata in senso volutamente generico.

<sup>14</sup> Sempre nel senso di cui sopra.

<sup>15</sup> Anche qui detto in maniera approssimativa.

<sup>16</sup> Maltoni, Aa. Vv., Vendita, vendite, in Tratt. contratti diretto da Roppo, Milano, 2014, I, p. 827 e soprattutto, significativamente e autorevolmente, Spada, La tipicità delle società, Padova, 1974, p. 286-295.

<sup>17</sup> Mi riferisco alle conseguenze collegate all'intitolazione del Capo V: misure per il rilancio dell'edilizia.

<sup>18</sup> Così Corte Cost., sentenza n. 148/1984; dottrinalmente Alpa, in Aa. Vv., Le fonti del diritto italiano, le

è orientata nel senso della tassatività delle fattispecie soggette a pubblicità dichiarativa, è difficile negare che l'interpretazione estensiva non sia operativa anche in tale materia, atteso che essa è applicabile persino nel campo – decisamente più garantista – del diritto penale<sup>19</sup>.

c – Se le due precisazioni di cui sopra sono vere, è persuasivo concludere che i “confini” di tale interpretazione teleologicamente orientata sono:

c1 – in senso restrittivo:

- il rilancio dell'edilizia<sup>20</sup> che mette fuori gioco ciò che patentemente non rientra in tale ambito e quindi l'azienda – pur ove la sua composizione sia qualificata da vari immobili strumentali –, i terreni che non siano nè edificabili nè agricoli, ma solo “serbatoi” di materiale<sup>21</sup>; probabilmente ha senso – in certi casi – ricomprendere il terreno agricolo là dove l'acquisto è funzionale all'edificazione agricola, se e in quanto l'acquirente sia un imprenditore agricolo. La letteratura giuridica più recente pare discostarsi da tale conclusione ritenendo che la nuova figura sia aperta a tutte le forme di concessione di qualsiasi immobile<sup>22</sup>. Questa portata così

---

fonti non scritte e l'interpretazione, in Tratt. di dir. civ. diretto da Sacco, Torino, 1999, p. 327, ancora più radicale Betti – Interpretazione della legge e degli atti giuridici, Milano, 1971, p. 285 – che scrive: “Lo stesso argomentare per analogia ha carattere essenzialmente teleologico”.

<sup>19</sup> Cfr. Modugno, Interpretazione giuridica, Padova, 2012, pp. 428-429.

<sup>20</sup> Questo punto di partenza ha un preciso fondamento giuridico per chi scrive e cioè rubrica e intitolazione di capi hanno un non contestabile valore giuridico – cfr., con grande approfondimento, Tarello, L'interpretazione della legge, in Tratt. dir. civ. e comm. diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1980, p. 153 e ss. e in particolare p. 207-211-. Anzi rubrica e capo – nel nostro caso il capo – sono, a volte, una forma “di motivazione” delle disposizioni della legge (detto in senso scolastico: essi sono la “causa finale” della disposizione – cfr. Bobbio, L'analogia nella logica del diritto, Torino, 1938, p. 107-), pur dando atto che si tratta (evidentemente) di una motivazione – non doverosa – del tutto diversa da quella – doverosa – di chi applica il diritto – cfr. Gianformaggio, Filosofia del diritto e ragionamento giuridico, Torino, 2008, p. 94-95-. La letteratura giuridica più approfondita scandaglia, e a ragione, i criteri in base ai quali è possibile ricavare dai testi lo scopo, le motivazioni, la *ratio legis* – v. esemplarmente Luzzati, L'interprete e il legislatore, Milano, 1999, p. 647 e ss. –, ma certamente la rubrica e il capo, almeno in certi casi, sono di essi l'espressione sintetica e prescinderne o indebolirne il valore è un non senso, anzi è sbagliato. Sottolineo, infine, che anche quella dottrina che in materia mostra maggiore rigore formale ritenendo che in senso proprio la disposizione di legge vada rintracciata nell'articolato, non può fare a meno di riconoscere il primato, a livello interpretativo, di rubrica e capo laddove si tratti di “meglio chiarire e determinare il significato delle disposizioni vere e proprie” – Crisafulli, Disposizione (e norma), in Enc. del dir., XIII, Milano, 1964, p. 206 –, con il che la distanza fra le due diverse impostazioni si riduce a poca cosa.

<sup>21</sup> Una cava ad esempio.

<sup>22</sup> Fondazione nazionale dei commercialisti, Il contratto di *rent to buy*: inquadramento civilistico e tributario, documento del 15. 3. 2015, p. 6; Zanelli, Rent to buy nelle Leggi 80 e 164 del 2014: ora dunque emptio tollit locatum?, in Contratto e impresa, 2015, p. 19; Petrelli, I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili (rent to buy), in <http://www.gaetano.it>, cit., p. 6; Poletti, Contratti c. d. *rent to buy*, in N. G. C. C., 2015, p. 40, ma altra dottrina – Cuffaro, op. cit., p. 7-, sia pur dubitativamente,

ampia (ogni immobile) supporrebbe un eccesso del mezzo rispetto al fine, risultato che qualche volta autorevolmente si è evidenziato per una specifica disciplina, così per il disposto dell'art. 540 secondo comma c. c.<sup>23</sup>, ma questa conclusione, considerata la finalità e il contesto della norma di cui prima si è scritto, dovrebbe essere provata in maniera seria e ciò, per quanto consta, non è sino ad ora avvenuto.

- Lo sfavore rispetto al concedente, come risulta per opposizione al *favor* verso il conduttore, giusta quanto si dirà poco oltre. Questo sfavore esclude un potere di recedere concesso al concedente in “qualunque” momento del rapporto contrattuale e sotto qualsiasi forma<sup>24</sup> perchè il recesso vanificherebbe la funzione del contratto diretta all'eventuale acquisto del conduttore, esclude ancora la possibilità di fare rientrare nella disciplina di cui all'art. 23 il caso in cui il godimento si congiunga ad una promessa di vendita; questa promessa, infatti, in qualche modo “pareggerebbe” le posizioni rispettive del conduttore e del concedente, a dispetto del *favor* per il primo<sup>25</sup>.

c2 – in senso ampliativo:

- Il primo comma dell'art. 23 accenna ai “contratti”. La dizione al plurale è ragionevolmente da intendersi riferita non alla materiale sommatoria, in concreto, di tanti episodi contrattuali ex art. 23, ma come indicativa di un *genus* che comprende *species*. Il punto sarà meglio trattato più avanti.
- I contratti, pur in qualche parte devianti rispetto alla fattispecie di cui all'art. 23, che siano migliorativi per il conduttore. Infatti la figura contrattuale è contrassegnata da un netto “*favor*” nei confronti del conduttore<sup>26</sup> come si evince dalla facoltà di acquisto, riservata solo ad esso, come si evince, dalla discriminazione fra concedente e conduttore – ben più favorevole a quest'ultimo – in materia falli-

---

prendendo spunto dall'intitolazione del capo, è propensa a ritenere che la nuova fattispecie riguardi solo i contratti dell'area imprenditoriale; questa riserva non pare convincente perchè l'edilizia si promuove anche con il commercio di immobili fra privati i quali, ad esempio, ristrutturano il “vecchio”.

<sup>23</sup> Mengoni, Successioni per causa di morte, successione legittima, in Tratt. di dir. civ. e comm. diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1983, p. 151.

<sup>24</sup> Sulla varietà di forme cfr. Realmonte, Aa. Vv., Il contratto in generale, Tratt. di dir. priv. diretto da Bessone, Torino, 2013, II, p. 175.

<sup>25</sup> Netta nel senso di un manifesto *favor* nei confronti del conduttore M. Bianca, La vendita con riserva di proprietà quale alternativa al rent to buy, p. 10 del manoscritto gentilmente fornitomi dall'autrice e destinato alla pubblicazione nella Rivista di diritto civile. V. anche Maltoni, op. cit., p. 828, che esattamente ritiene “ardua” una interpretazione in forza della quale la disciplina possa estendersi alla concessione in godimento con promessa di vendita o alla concessione con il diritto del solo concedente di pretendere il trasferimento. *Contra*, per l'ammissibilità almeno per il primo caso, Petrelli, I contratti di godimento cit., p. 5; l'autore include pure il caso in cui tutti i canoni versati possano con l'opzione, essere ricondotti all'art. 23 come corrispettivo globale indifferenziato.

<sup>26</sup> Maltoni, op. cit., p. 830.

mentare, come si evince dal trattamento ben più favorevole per quest'ultimo in tema di inadempienza ex art. 23 comma quinto, come si evince dall'inderogabilità della misura del rimborso di cui al comma 1 bis<sup>27</sup>. Esempi di una contrattazione *in melius* per il conduttore sono quelli che prevedono la possibilità per lo stesso di anticipare l'acquisto<sup>28</sup>, di prorogare unilateralmente la durata del contratto – se così previsto –, diluendo il piano di pagamento dei canoni, lo sono i contratti per i quali si preveda la continuazione del godimento, pur in mancanza di esercizio della facoltà di acquisto. Per la verità in quest'ultimo caso si è veramente fuori dal *rent to buy* in quanto il mancato esercizio determina la fine del contratto stesso e l'inizio di un nuovo contratto<sup>29</sup> con termine iniziale dato dalla scadenza del *rent to buy*.

È vero: potrebbe dirsi che tale *favor* contrasta con l'altra *ratio* della norma che è il rilancio dell'edilizia, essendo fra le due *rationes* la seconda più ampliativa della prima, ma a livello di bilanciamento dei principi è più persuasivo ritenere che il *favor* prevalga sull'altra *ratio*.

- I contratti il cui il diritto trasferendo non è la proprietà, ma un diritto reale frazionario<sup>30</sup>.

c3 – in senso dubitativo. Si tratta di casi in cui non è facile il bilanciamento dei vantaggi fra conduttore e concedente, pur nel rispetto delle linee guida della nuova fattispecie, oppure si tratta di casi in cui la fattispecie di riferimento assume profili causali anomali. Si propongono queste ipotesi:

- viene stipulato un normale contratto di *rent to buy*, quindi sulla base di una contrattazione postuma, le parti convengono – quasi sempre sulla base di uno sconto di prezzo effettuato dal concedente, ma potrebbe essere anche un allungamento del termine o altro beneficio – che il conduttore opzioni subito, fermo rimanendo il piano di pagamento nella sua durata ordinaria – o durata ridotta o ampliata – e nella sua ripartizione, salvo la sua ricomposizione per effetto dell'eventuale sconto. Il primo contratto, in conseguenza, si modifica in un contratto di godimento con promessa di vendita, ma la sua compatibilità con la disciplina vantaggiosa del *rent to buy* potrebbe essere data dall'essere successivo alla contrattazione standard e di qualificarsi per un beneficio (lo sconto) che fa da contrappeso all'esercizio anticipato e non previsto del diritto di acquisto.
- Il conduttore stipula un contratto standard, ma si prevede che in caso di esercizio del diritto di acquisto, il trasferimento successivo avverrà con diritto di riscatto a

<sup>27</sup> Per la derogabilità, inspiegabilmente, Poletti, op. cit., p. 58.

<sup>28</sup> Con pagamento anticipato del corrispettivo residuo, ovviamente.

<sup>29</sup> Locazione ad esempio.

<sup>30</sup> Così anche Maltoni, op. cit, p. 830, *contra* Poletti, op. cit., p. 41.

favore del concedente. In realtà il caso si amplia sino a comprendere tutti le ipotesi in cui il diritto di acquisto sia convenzionalmente limitato<sup>31</sup>. Pur con dubbi – legati sostanzialmente alla casistica concreta – non può escludersi che il diritto al trasferimento conseguente all’esercizio della facoltà di acquisto possa essere limitato in vario modo. Non vi sono ragioni per comprimere in questo caso le esigenze dell’autonomia privata; potrebbe dirsi che le ragioni devono confluire in una valutazione che renda meritevole tale limitazione, escludendosi solo quelle fattispecie che rendono fittizio il diritto all’acquisto.

### 3. Il contratto di *rent to buy* come contratto tipico “aperto”

Non è facile rapportare il *rent to buy* ad un contratto misto o complesso<sup>32</sup>. Sacco ha sottolineato la caparbieta della giurisprudenza nel ricondurre contratti che non sono patentemente tipici a frammenti di contratti tipici, ma nel nostro caso una operazione ricostruttiva in termini di negozio complesso o misto si rivela assai difficile. Come è possibile, infatti, a fronte della varietà delle “concessione di godimenti”, a fronte della definizione in termini del tutto generici del “diritto di acquisto”, del rinvio parziale alla disciplina dell’usufrutto – essendo patentemente il godimento qualificabile in termini di diritto di obbligazione –, come è possibile, si ripete scrivere di un negozio misto o complesso?

La tipicità sembra ineluttabile<sup>33</sup>, anche perchè è ragionevole assumere come criterio guida della tipicità l’assunto per cui quanto più dettagliata è la disciplina tanto più ha senso scrivere di tipo legale<sup>34</sup>. Nel caso di specie la tipicità “aperta” si coniuga e non contrasta con quanto sopra scritto in tema di disciplina, volendo solo il legislatore dare molto spazio all’autonomia privata.

Certo non è senza conseguenze la reiezione della figura del contratto misto o complesso. I *naturalia negotii* e le disposizioni in tema di validità, di inderogabilità previste per i “pezzi” di contratto tipico – “ricompresi” nel contratto misto o complesso – farebbero la differenza<sup>35</sup> in quanto applicabili<sup>36</sup> alla fattispecie atipica, ma nel nostro caso esistono ulteriori buone ragioni per dubitare dell’applicabilità. Per comune opinione fra i primi interpreti, infatti, è da escludere che la disciplina della locazione – la

<sup>31</sup> Una proprietà *ad tempus* per chi la ammette, una condizione che inerisca all’efficacia dell’eventuale trasferimento.

<sup>32</sup> Sulla distinzione v. Sacco, Il contratto, in Tratt. di dir. civ. diretto da Sacco, Torino, 1993, 2, p. 428-429.

<sup>33</sup> Questa anche è la conclusione oggi prevalente, cfr. Maltoni, op. cit., p. 826 – pur con qualche incertezza –, Poletti, op. cit., p. 43, pur con qualche esitazione.

<sup>34</sup> Luminoso, I contratti tipici e atipici, in Tratt. di dir. priv. diretto da Iudica-Zatti, Milano, 1995, p. 361-362, v. pure Messineo, voce Contratto innominato (atipico), in Enc. del dir., X, Milano, 1962, p. 98.

<sup>35</sup> Sacco, op. cit., 2, p. 427 e ss.

<sup>36</sup> Per prevalenza o analogia.

forma più comune di concessione di godimento – quanto a durata, quanto a proroga *ex lege*, quanto a elusione fiscale<sup>37</sup>, quanto a sublocazione ex art. 1594 c. c., quanto a prelazione commerciale<sup>38</sup>, possa applicarsi alla nostra fattispecie<sup>39</sup>. Questa conclusione, del tutto accettabile, è più “sicura” se la fattispecie di cui all’art. 23 si intende designata come tipica, perchè maggiore è la tipicità, maggiore è la estraneità ad una disciplina propria di un “pezzo” contrattuale, mentre minore sarebbe la estraneità se si riportasse il tutto ad un negozio misto e complesso<sup>40</sup>.

Non confliggono invece con la tipicità ex art. 23 quelle norme che escludono, per ragioni imperative, ogni forma di godimento che non sia quella permessa dalla legge. Così una forma di godimento “proibito” quale quello di cui all’art. 2145 c. c.<sup>41</sup> sarebbe inammissibile e sarebbe convertito detto godimento in altro permesso e cioè in quello dell’affitto di fondo rustico ex artt 27 e 56 L. 203/1982, con qualche problema maggiore in termini di durata qualora il diritto di acquisto non venisse esercitato.

#### 4. Il contenuto tipologicamente essenziale del *rent to buy*

Gli aspetti tipologicamente essenziali del *rent to buy* sono: la varietà delle forme di concessione in godimento, la scomposizione dei canoni ex art. 23 comma 1 bis, il diritto all’acquisto.

Su essi conviene soffermarsi.

Naturalmente, come prima scritto, il difetto nel contratto di componenti tipologicamente essenziali al modello descritto dall’art. 23 ne comporterà una qualificazione “alternativa” rispetto al *rent to buy*, quale ne sia il *nomen* prescelto dalle parti; con conseguente inapplicabilità, in tutto o in parte, della disciplina caratterizzante introdotta dall’art. 23<sup>42</sup>.

Così, come si è scritto, un contratto che preveda *ab initio* il godimento a favore del conduttore e un patto di futura vendita al termine, è assai dubbio che rientri nella nuova fattispecie (anzi non rientra).

Il punto merita una speciale sottolineatura perchè la distinzione fra corrispettivo e pigione deve ritenersi sì lasciata alla libera determinazione delle parti, ma deve

<sup>37</sup> Art. 13 comma primo L. 431/1998.

<sup>38</sup> Poletti, op. cit, pp. 45-46.

<sup>39</sup> Già così, per la verità, la giurisprudenza in tema di locazioni atipiche, Cass. 21. 10. 1982, n. 5474 e Alpa, Le fonti cit., p. 328.

<sup>40</sup> Cfr. Ibba, “Generale” e “speciale” nel diritto dell’iniziativa economica nel pensiero di Giorgio Oppo, in Riv. dir. civ., 2010, I, p. 485.

<sup>41</sup> Casa e podere, ma solo per chi estendesse l’art. 23 ad ogni e qualsiasi immobile.

<sup>42</sup> Per esempio: della decennialità dell’effetto prenotativo, della trascrizione di un contratto che non ha effetti reali, del regime protettivo del conduttore in caso di fallimento del concedente.

avere una sua ragionevolezza, confrontata con la situazione di mercato. In altre parole un corrispettivo solo “apparente” rispetto ad una altissima pigione importerebbe di necessità la riqualificazione del contratto in termini di vendita con riserva di proprietà<sup>43</sup>. Del punto si scriverà ancora più avanti.

Ma questa tipicità della nuova fattispecie che importa distinzione fra pigione e corrispettivo per il futuro acquisto è da intendersi in senso veramente rigoroso. Si ammette che, esercitata la facoltà di acquisto, si possa, mercè il meccanismo condizionale, “riportare” all’intero corrispettivo quanto globalmente pagato<sup>44</sup>. A me non pare perché la retroattività della condizione farebbe venir meno la “ragione” onerosa del godimento riportando la fattispecie ad un godimento gratuito che non è tipico. Del resto se il conduttore non ha proceduto ad un regolare pagamento degli oneri ex art. 1004 non credo che venga meno la pretesa del concedente. Del resto ancora: o il conduttore ha pagato l’intero canone e gli è indifferente a questo punto la “confusione” delle due poste in sede di atto traslativo o questa confusione gli serve per evitare revocatorie o comunque altre pretese (ad esempio un superiore accertamento fiscale) ed allora non vedo che senso abbia una confusione il cui significato sarebbe solo formale.

## 5. Il contenuto tipologicamente essenziale del *rent to buy*: il diritto all’acquisto

Il testo legislativo orienta l’interprete a cogliere nel collegamento tra (i) concessione a titolo oneroso del godimento immediato di un’immobile e (ii) il diritto del concessionario d’acquistarne a titolo oneroso la proprietà a termine il “nucleo funzionale” della figura. Strumentale al collegamento sembra la programmata distinzione – anch’essa dotata di evidenza testuale – nel corrispettivo pattuito (“canone”) tra (a) una componente che funga da controprestazione del godimento immediato (“pigione”) ed (b) una componente da conteggiarsi nel prezzo del trasferimento della proprietà del bene (“acconto”).

Non si registrano, nella descrizione della fattispecie, vincoli testuali (i) né in punto di regime del godimento immediatamente concesso<sup>45</sup>; (ii) né in punto di misura rispettiva della “pigione” e dello “acconto”; (iii) né, infine, in punto di conformazione del diritto di acquisto a termine della proprietà dell’immobile. Questa può risa-

<sup>43</sup> Stesse conclusioni per il *leasing* secondo un autorevole dottrina, cfr. per citazioni Luminoso, I contratti cit., p. 416-417; analoghe conclusioni di cui al testo in M. Bianca, La vendita con riserva di proprietà cit., p. 13 del manoscritto.

<sup>44</sup> Petrelli, I contratti di godimento cit., p. 7

<sup>45</sup> Anche se il regime della locazione appare il riferimento “naturale”, riferimento propiziato anche dall’uso del termine “conduttore” per designare il concessionario del godimento – uso al quale qui ci si conformerà.

lire (a) ad una promessa incondizionata, unilateralmente vincolante, di vendita a termine<sup>46</sup>, (b) ad uno scambio di promesse, bilateralmente vincolanti, di vendita condizionata a termine<sup>47</sup>, o (c) ad un'opzione a favore del conduttore in forza della quale sia irrevocabile una proposta di preliminare di vendita, l'accettazione eventuale della quale perfezionerà il preliminare<sup>48</sup>. Suscettibile di seria considerazione potrebbero anche essere la strutturazione dell'operazione come una locazione con patto di futura vendita con facoltà di recesso del conduttore-promissario<sup>49</sup>, con un prudente richiamo in tali casi nello strumento contrattuale all'art. 23<sup>50</sup>.

La dottrina, per giustificare il *rent to buy* ha evocato le difficoltà dogmatiche che risulterebbero qualora si insistesse sulla figura della locazione-vendita e ciò in ragione della difficoltà di ammettere – a pagamento integrale avvenuto – la riqualificazione delle pigioni in corrispettivo: sarebbe una forma novativa anomala<sup>51</sup>. Queste difficoltà, già evidenziate dalla dottrina più risalente,<sup>52</sup> non sono insuperabili. La via da battere non è quella della novazione: il conduttore versa nel tempo gli importi

<sup>46</sup> Preliminare unilaterale.

<sup>47</sup> Preliminare bilaterale condizionato a favore del conduttore.

<sup>48</sup> Ammette una tale opzione Cuffaro, op. cit., p. 8; sulla parentela stretta fra preliminare unilaterale e opzione v. Roppo, *Il contratto*, Tratt. di dir. priv. diretto da Iudica-Zatti, Milano, 2001, p. 658, mentre G. Gabrielli qualifica *tout court* il preliminare unilaterale come opzione, v. la citazione in Gazzoni, Tratt. cit., I, II, p. 168. Gazzoni – ivi – rimarca differenze strutturali fra opzione e preliminare unilaterale, ma ben concorda sul fatto che l'opzione può esercitarsi realizzando un preliminare bilaterale o un contratto definitivo; per quest'ultima sola possibilità, invece, Poletti, op. cit., p. 48, probabilmente sulla scia della risalente opinione di Messineo – *Il contratto in genere*, in Tratt. di dir. civ. e comm. diretto da Cicu e Messineo, Milano, I, 1973, pp. 584-585 –, ma non si vede il perchè: l'opzione, trattandosi di uno schema "strumentale", è aperta indifferentemente al definitivo o al preliminare.

Una diversa critica è stata avanzata da Delfini, *La nuova disciplina del rent to buy nel sistema delle alienazioni immobiliari*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2015, p. 5-. Delfini scrive che l'opzione abbisogna di un suo prezzo che nello schema dell'art. 23 non compare; senonchè la tesi per cui l'opzione sia necessariamente collegata ad un "suo" prezzo è, a ragione, contestata da dottrina e giurisprudenza di maggioranza, cfr. per tutti Panzarini, *Il contratto di opzione*, Milano, 2007, p. 75 e ss.

<sup>49</sup> La specularità tra opzione e recesso ha condotto, da parte di un settore della dottrina, ad una loro identificazione: così G. Gabrielli, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 82 ss, in particolare nota 31, e Id., *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, specie p. 66 e p. 89, che qualifica la clausola di recesso come opzione di contrario consenso. Ma esattamente è stato notato – v. Sirena, *Effetti e vincolo*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, III, *Effetti*, a cura di M. Costanza, Milano, 2006, p. 124 e ss. – che non appare condivisibile una qualificazione giuridica dell'istituto del recesso in termini di risoluzione a seguito di patto a fini risolutivi del contratto in essere; non vi è ragionevole motivo per ricostruire un istituto, previsto dal legislatore con propria individualità, a mezzo di altro istituto; anche perché chi recede mostra una volontà negativa unica, mentre chi opziona aderisce, anche se all'adesione segue una risoluzione. Diversamente ragionando si potrebbe, pur con qualche complessità, ricostruire l'opzione in termini di recesso, il che dimostra che l'argomento è circolare.

<sup>50</sup> Conforme Zanelli, op. cit., p. 24.

<sup>51</sup> Fusaro, *Rent to buy, Help to buy, Buy to rent*, tra modelli legislativi e rielaborazioni della prassi, in *Contratto e impresa*, 2014, p. 424.

<sup>52</sup> Luzzato, *La compravendita*, Torino, 1961, p. 546-547.



convenuti; essi saranno imputati a canoni di locazione in caso di inadempienza in ordine ai canoni residui; diversamente, pagato tutto, la locazione dovrà intendersi risolta, per accordo anticipato delle parti, e la somma imputata a corrispettivo della vendita. Decide, insomma, l'imputazione tardiva secondo le evenienze di cui sopra e si evita la difficoltà di risolvere una locazione adempiuta.

Ciò fa ritenere che la scelta legislativa si sia orientata sul *rent to buy* decisamente per motivi pratici e cioè il *favor* verso il conduttore che mercè il diritto di acquisto ha modo di verificare “nel tempo lungo” le sue capacità di investimento<sup>53</sup>, con la possibilità di “liberarsi” dall'impegno finanziario dell'acquisto, qualora nel tempo avesse controllato la sua gravosità, non esercitando il relativo diritto. Va da sè che questo meccanismo impone sin dall'inizio la distinzione fra quanto è pigione e quanto è corrispettivo della futura vendita, da rimborsare in caso di mancato acquisto.

Si è prima accennato alla varietà di ipotesi che possono realizzare – in concreto – tale diritto<sup>54</sup>. Ebbene si è trascurata una ipotesi (prospetto, si badi, una ipotesi) di un certo interesse e cioè che la nuova fattispecie preveda semplicemente, uno specifico diritto potestativo nè più e nè meno, senza ricorso a diverse ricostruzioni di diritto comune; il richiamo all'art. 2645 bis c. c. avrebbe solo il valore di “aggiungere” la nuova fattispecie. Questo presuppone ovviamente che si riconosca al diritto di acquisto una autonomia rispetto all'opzione<sup>55</sup>. Una specifica conseguenza di questa “autonomia” rispetto ad altra costruzione tipica del diritto comune, sarebbe la possibilità di una sua cessione autonoma<sup>56</sup> a somiglianza di quanto si ritiene, pur con qualche dubbio, in tema di cessione autonoma del diritto di riscatto nella vendita qualificata da tale patto<sup>57</sup>.

Importanti le ricadute di una simile conclusione, anche a livello pubblicitario. Se così fosse si avrebbe una pubblicità collegata all'art. 2645 bis in piena sintonia con l'eccezionalità o la specialità della materia pubblicitaria in genere. Diversamente una ricostruzione in termini di eventuale opzione o proposta irrevocabile giustificherebbe un ripensamento in termini di pubblicità in genere di tali istituti<sup>58</sup>. In altre paro-

---

<sup>53</sup> E la sua utilità specifica a fini familiari.

<sup>54</sup> Opzione, preliminare unilaterale ...

<sup>55</sup> V., ma in termini più ampi, Stanzione, Condizioni meramente potestative e situazioni creditorie, in *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 750.

<sup>56</sup> Se fosse, invece, opzione, dovrebbe essere autorizzata.

<sup>57</sup> V. per tutti Calvo, in *Tratt. dei contratti* diretto da Roppo, Milano, 2014, I, p. 539 nonchè Luminoso, La vendita con riscatto, in *Il codice civile, Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1987, p. 318 e ss.; lo schema di atto proposto al Convegno di Milano in tema di *rent to buy*, CNN notizie, 22. 1. 2015, prevede solo la nomina del terzo per l'acquisto o la possibile autorizzazione preventiva alla cessione di contratto. La cedibilità autonoma del diritto di riscatto trova, però, giurisprudenzialmente, ostilità, v. Cass., 18 novembre 2011, n. 24252, in *Vita not.*, 2012, p. 822 e ivi ulteriori richiami.

<sup>58</sup> La pubblicità dell'opzione è stata già da prima autorevolmente sostenuta da G. Gabrielli – La pubblicità, *Tratt. di dir. civ. diretto da Sacco*, Torino, 2012, p. 123 –, ma data la sostanziale affinità potrebbe, ma con grande difficoltà, anche estendersi alla proposta irrevocabile, v. in tema Realmonte, *op. cit.*, p. 178-180.

le se il diritto di acquisto non è tipologicamente uno specifico diritto potestativo delineato dall'art. 23, potrebbe dirsi che lo spazio della nuova fattispecie porta ulteriore acqua al mulino della possibilità di una trascrizione, in genere, a fini dichiarativi di opzione e proposta irrevocabile, in quanto istituti di diritto comune intrinseci al tipo "aperto" descritto dall'art. 23<sup>59</sup>. E si badi in quest'ultimo caso vi sarebbero buone ragioni per ammettere la sicura trascrivibilità del leasing (di cui si dubita) notoriamente connotato da una opzione di acquisto<sup>60</sup>.

Comunque anche se si dovesse accedere alla tesi per la quale l'art. 23 delinea un preliminare unilaterale, probabilmente dovrebbe ritenersi "innovativo" il richiamo all'art. 2645 bis essendo ragionevole ritenere che il significato originario dello stesso non comprendesse detto preliminare in quanto funzionalmente eguale all'opzione<sup>61</sup>. Comunque, e per finire, sembra strano arroccarsi su una scomposizione specifica del diritto all'acquisto fondata sul preliminare unilaterale se si considera che gli ultimi interventi legislativi<sup>62</sup> mostrano una tendenziale disponibilità nei confronti dell'apertura della pubblicità immobiliare a forme "nuove".

Un approfondimento finale su quest'ultimo punto. Il rinvio operato dall'art. 23 alla fattispecie di cui all'art. 2645 bis può essere letto in due diverse maniere: la prima, particolarmente severa, per cui il nuovo contratto si deve "muovere" in un ambito ristretto di compatibilità con la figura del contratto preliminare; in questo caso se ne deve ammettere l'ammissibilità (del preliminare unilaterale) e la sua autonomia rispetto all'opzione, il che significa che l'art. 23 suppone "solo" un preliminare unilaterale "diverso" dall'opzione; oppure, secondo l'altra scelta, la norma speciale si riferisce a qualsiasi fattispecie che "si adegui" alla natura di contratto aperto del *rent to buy*. La prima scelta suppone il limite invalicabile dell'eccezionalità della materia trascrittiva, la seconda suppone che (a) l'art. 2645 bis includesse già da prima l'opzione e quindi la normale operatività dell'art. 2645 bis c. c., oppure (b) suppone una variazione della disciplina pubblicitaria tale da giustificare "oggi" la riferibilità all'art. 2645 bis dell'opzione, della promessa di vendita con recesso<sup>63</sup> del conduttore e, pur con moltissimi dubbi, della proposta irrevocabile. Francamente a me pare essere questa la soluzione più persuasiva. Questione solo dogmatica? Non credo perché se si ammette la specialità della materia pubblicitaria, la nuova norma coonesto una interpretazione estensiva che si "muova" oltre il *rent*

<sup>59</sup> L'eccezionalità sarebbe limitata alla durata del "diritto all'acquisto".

<sup>60</sup> La dottrina manifestava insoddisfazione per l'intrascrivibilità del leasing – v. bene Belfiore, L'interpretazione della legge. Analogia, in *Studium iuris*, 2008, p. 428-. Con la nuova disciplina par difficile sostenere l'intrascrivibilità del leasing ultranovennale.

<sup>61</sup> Così Gazzoni, Tratt. cit., 1, II, p. 168.

<sup>62</sup> Art. 2643 n. 2 bis e 2643 n. 13 bis.

<sup>63</sup> Cfr. *supra* nt. 50.

to buy, ammettendosi, quindi, la trascrivibilità di una opzione ex art. 2645 bis nei limiti, però, della triennialità.

## 6. Il contenuto tipologicamente essenziale del *rent to buy*: la concessione in godimento

Quanto alla tipologia delle concessioni in godimento già si è accennato.

Inutile sottolineare che la “regina” delle concessioni in godimento è quella di natura locativa. Qualche autore<sup>64</sup> si è richiamato al concetto di “norme transtipiche” per indicare una regolamentazione “esemplare”, adatta ad altre fattispecie. Senza scendere ad approfondimenti dogmatici, più semplicemente può dirsi che il godimento locativo è quello non solo fattualmente più comune, ma è quello più adatto per porsi come “ponte” fra il periodo preparatorio correlato all’uso dell’immobile e il suo eventuale acquisto; dopodichè si possono immaginare forme di godimento diverse e cioè quelle correlate ad un bene immobile produttivo, quelle che hanno come corrispettivo un *facere*<sup>65</sup> o in parte numerario e in parte un *facere*<sup>66</sup>. Da un punto di vista teorico potrebbe ipotizzarsi un contratto che ha come “base” un diritto reale *ad tempus* (ad esempio un usufrutto) che sfocia poi nell’acquisto della piena proprietà del bene, ma è da ritenere che ciò sia sicuramente incompatibile con l’art. 23 che, richiamando l’art. 2643 n. 8) c. c., adombra la necessità, come già si è scritto, di un godimento collegato ad un diritto di obbligazione cui si correla una controprestazione. Già si è scritto che, comunque, sono da escludersi applicazioni di disciplina dei sottotipi di locazione abitativa o commerciale, fatta eccezione, forse, dell’applicazione della disciplina di cui all’art. 34, L. 392/1978, laddove si prevede, in certi casi, l’indennità per la perdita dell’avviamento commerciale; è da segnalare, infatti, che una corrente dottrinale collega il diritto all’indennità ad una forma di arricchimento del concedente che sarebbe ingiustificato<sup>67</sup>, con il che, specie laddove il godimento fosse superiore ai sei anni, esiste certamente qualche motivo di dubbio.

Va da sè che quanto alle garanzie correlate alla fase del godimento si dovrà fare riferimento alla fattispecie che presenta maggiori connotati di somiglianza rilevante.

In tema di godimento merita solo un’analisi più attenta l’“immediatezza” dello stesso quale espressa dall’art. 23. Si è fatta questione circa la possibilità – in ragione del requisito dell’immediatezza che parrebbe inconciliabile – di applicare il *rent to buy* all’acquisto di immobili da costruire di cui alla legge 122/2005, ma la difficoltà

<sup>64</sup> Zanelli, op. cit., p. 21, sulle orme di Cagnasso.

<sup>65</sup> Monetizzabile.

<sup>66</sup> Del resto nel senso che non esista un concetto unitario di locazione, v. Luminoso, I contratti, p. 445-446.

<sup>67</sup> Citazioni in Luminoso, I contratti cit., p. 603.

è facilmente superabile poichè basta collegare la nuova fattispecie (e i pagamenti) ad un termine iniziale e cioè il completamento della costruzione<sup>68</sup>.

### 7. Il contenuto tipologicamente essenziale del rent to buy: la scomposizione dei canoni e la sua varia rilevanza

La legge speciale prevede che in sede di formazione del contratto si debba distinguere quanto è pigione per il godimento e quanto è futuro corrispettivo. Già si è scritto che tale diversificazione è imprescindibile perchè, se così non avvenisse, il contratto non sarebbe qualificabile come *rent to buy*<sup>69</sup>. Ciò non toglie che la materia sia particolarmente delicata. Vediamone le ragioni.

Nulla vieti che vi sia uno sbilancio a favore del conduttore e cioè che sia “esile” il canone e assai più quanto è corrispettivo per l’acquisto, se così si è convenuto. La disciplina è ispirata al *favor* nei confronti del conduttore, donde la persuasività di una scelta per la quale sia favorito quest’ultimo che, legittimamente, non dà corso all’acquisto o possa pretendere la restituzione di quanto imputato a corrispettivo per inadempienza del concedente.

Ben diversa l’ipotesi in cui vi sia una pigione superiore ai canoni di mercato e, invece, una esile parte che funge da corrispettivo, ipotesi, questa, che esige la sottoposizione a precise cautele a favore del conduttore. È vero che è demandato all’autonomia privata la diversificazione, ma non si può escludere un approfittamento da parte del concedente nei confronti del conduttore che, in caso di mancato acquisto, avrebbe in qualche modo iugulato il conduttore con pigioni molto alte. A questo punto il richiamo, in sede di rimborso ex comma 1 bis, al disposto<sup>70</sup> dell’art. 1526, secondo comma, in chiave analogica<sup>71</sup>, sembra imprescindibile<sup>72</sup>.

Il richiamo all’art. 1526 c. c. in genere trova la sua ragion d’essere nella circostanza che esso è l’espressione riassuntiva di una disciplina a salvaguardia dell’equilibrio delle attribuzioni patrimoniali, quale si desume dagli artt. 1384, 1464, 1467, 1814, 2041<sup>73</sup>. Del resto, se la conclusione fosse diversa, vi sarebbe il seguente paradosso: prima della novella autorevole dottrina, in tema di locazione-vendita, si preoccupa-

<sup>68</sup> Poletti, op. cit., p. 50-51.

<sup>69</sup> *Contra* parrebbe Poletti, op. cit., p. 59, ma la tesi è insostenibile, v. invece, esattamente M. Bianca, La vendita con riserva di proprietà cit., p. 12-13 del manoscritto.

<sup>70</sup> Imperativo, cfr. M. Bianca, La vendita con riserva di proprietà cit., p. 15 del manoscritto.

<sup>71</sup> Pur non versandosi in situazione di inadempienza esiste la somiglianza “rilevante” della *ratio* già in fase costitutiva della fattispecie, dovendosi in questa sede già provvedere alla diversificazione.

<sup>72</sup> *Contra* Poletti, op. cit., p. 58 che richiama l’autoresponsabilità in chiave di pari condizioni collegate all’autonomia privata, anche se successivamente – p. 59 – mostra esitazione.

<sup>73</sup> Ed esattamente Albanese, Tratt. dei contratti diretto da Roppo, Milano, 2014, I, p. 505, collega il 1526 secondo comma alla penale eccessivamente onerosa, e quindi ad un istituto avente valenza generale.

va di braccare il caso in cui, una eventuale diversificazione fra pigione e corrispettivo, essendo la prima altissima, fosse un mezzo elusivo dell'applicazione della norma imperativa di cui all'art. 1526, secondo comma<sup>74</sup>, e cioè "non" in un contesto di *favor* per il conduttore; oggi, invece, in un preciso contesto di *favor* il principio non sarebbe applicabile.... Del resto, se non valesse il richiamo analogico all'art. 1526, secondo comma, varrebbe quanto scritto al successivo paragrafo 12.

A questo punto, però, il problema che si pone è il seguente: a fronte di una pigione del tutto incongrua rispetto all'esiguità del corrispettivo l'incidenza dell'art. 1526 c. c. come gioca?. In tema di *leasing*,<sup>75</sup> si ritiene che laddove il corrispettivo correlato alla facoltà di acquisto sia irragionevolmente esiguo si abbia una vendita con riserva di proprietà; seguendo lo stesso percorso intellettuale si dovrebbe dire che il contratto si riquifica come locazione con promessa di vendita, e cioè una variante dell'art. 1526 ult. comma<sup>76</sup>.

Se vi è inadempienza del concedente, per quanto concerne il suo obbligo di far godere, questi ritiene la parte di denaro versato a titolo di pigione, ma deve restituire quanto è imputabile a corrispettivo con gli interessi. La disciplina è inderogabile e ben se ne capisce la ragione in relazione al *favor* del conduttore di cui prima si è scritto.

Se vi è inadempienza del conduttore, lo si è visto, il concedente acquisisce l'intero versato, salvo diversa convenzione, ma si richiama quanto sopra scritto in tema di sbilancio fra pigioni – alte e quasi, o addirittura, fuori mercato – e corrispettivo per l'acquisto – molto ridotto – con applicazione analogica dell'art. 1526 secondo comma, in questo caso più "facile" stante la situazione di inadempienza, semprechè, a monte, non vi sia stata riquificazione come sopra scritto; insomma è la misura della sproporzione che "decide" fra le due ipotesi.

Continua il *favor* del conduttore se si paragona il caso di cui al secondo comma dell'art. 23 con la disciplina di cui all'art. 1525 c. c.; in quest'ultimo caso è vero che l'inadempienza suppone una soglia molto alta (più dell'ottava parte del prezzo), ma, per pacifica opinione, non vi è cumulo fra le rate da rapportare a tale soglia, mentre il secondo comma dell'art. 23 prevede, per contro, il cumulo. Ma qui si verifica un'anomalia.

La novella parte evidentemente dal presupposto che il corrispettivo del godimento sia pagato, come avviene solitamente, in canoni mensili. Guardando a questa prassi, la legge ha congegnato il rimedio all'inadempienza. Il che, nella realtà delle cose, può giovare al conduttore, propiziando una riduzione del numero delle rate, e,

<sup>74</sup> C. M. Bianca, *Vendita* cit., p. 49.

<sup>75</sup> V. *amplius* Luminoso, *I contratti* cit., 416-417.

<sup>76</sup> V. esattamente M. Bianca, *Le vendita con riserva di proprietà* cit., p. 13 del manoscritto.

così, inducendo le parti<sup>77</sup> ad optare piuttosto che per la cadenza mensile, per quelle bimestrale, trimestrale, semestrale – com'è corrente nel caso di locazioni commerciali –. Del resto la norma è certamente suscettiva di una modifica in *melius* per il conduttore.

Il comma secondo dell'art. 23 è una disposizione anomala. Il correlare l'inadempienza al numero dei canoni impagati, anziché all'ammontare complessivo dei canoni, determina il rischio che, nel caso di previsione di canoni diversi<sup>78</sup>, vi sia la possibilità di un macroinadempimento legato ad un canone di particolare importanza, ma non superandosi il ventesimo del numero complessivo dei canoni, verrebbe meno il diritto alla risoluzione. La norma va letta, quindi, come operante nell'ipotesi di canoni eguali. Nell'ipotesi di canoni diversi la lettura ragionevole sarà quella di conteggiare un canone "medio" e di conteggiare su tale base il numero dei canoni pagandi e gli impagati. Rimane fermo quanto scritto al paragrafo uno nell'ipotesi di canoni a periodicità non mensile, ma superiore, mentre riterrei elusivo il prevedere canoni a periodicità inferiore al mese.

## 8. Il problema del risarcimento danni

È possibile prevedere anche un ulteriore aspetto risarcitorio collegato all'inadempienza di una delle parti nell'ipotesi, ovviamente, in cui non sia stata ancora esercitata il diritto all'acquisto?

Per quanto concerne l'inadempienza del concedente non vi possano essere dubbi sulla tutela risarcitoria, poiché sarebbe irragionevole la mera restituzione del corrispettivo da parte sua: vi sarebbe una inadempienza senza sanzione, non fungendo certo da sanzione la corresponsione degli interessi. Del resto sarebbe sproporzionato che il concedente inadempiente debba essere sanzionato con la mera restituzione del corrispettivo versato rispetto al conduttore inadempiente che potrebbe perdere gli interi canoni versati. Va da sé che il danno a carico del concedente riguarda anche la lesione del diritto all'acquisto<sup>79</sup>, anche se presenta qualche profilo di problematicità la definizione del *quantum* da lesione di *chance*<sup>80</sup>.

Diverso è il caso del conduttore inadempiente. Come si è detto vale il richiamo all'art. 1526 c. c. per il caso particolare sopra descritto collegato ad una irragionevole preponderanza della pigione; fuori da tale caso può porsi, in tesi, il problema di un danno che incide sul concedente. Ma in primo luogo va chiarito che nessun peso

<sup>77</sup> In particolare il conduttore.

<sup>78</sup> Non si vede la ragione per escludere tale eventualità se voluta dalle parti.

<sup>79</sup> *Contra* parrebbe Maltoni, op. cit., p. 828-829.

<sup>80</sup> V. Realmonte op. cit., p. 182-183. La valutazione ha senso, a nostro parere, se equitativa, cfr. C. M. Bianca, Istituzioni di dir. priv., Milano, 2014, p. 631.

può avere a favore di quest'ultimo l'eventualità dell'acquisto da parte del conduttore, appunto perchè tale eventualità è legata ad una pura valutazione da parte di quest'ultimo. Per altro potrebbe dirsi che la mancata previsione di forme risarcitorie<sup>81</sup> corrisponda, nell'ambito del *rent to buy*, visto il *favor* per il conduttore, ad una disciplina "conclusiva", soddisfacente e che non si possa avanzare ragione di danno. Questa prospettiva non è irragionevole: la norma, come si è scritto, fa parte di un pacchetto di disposizioni che riguardano il rilancio dell'edilizia<sup>82</sup> connesso al *favor* verso il conduttore, sicchè si può pensare che la formula incentivante prevista sia quella di un contratto che, ai fini di facilitare la vendita, propone un modello "conclusivo", dove non vi è posto per il risarcimento danni, ma tutto si risolve rapidamente nell'ambito della ritenzione delle pigioni e nella restituzione degli acconti; un rischio, quindi, di cui il concedente potrà tener conto nell'ambito della ripartizione del canone.

Qualche precisazione in merito. L'inciso di cui al quinto comma "se non è stato diversamente convenuto nel contratto" può far pensare ad una disciplina pattizia che contraddica a quanto prima esposto. Se, però, si riflette che il successo pratico<sup>83</sup> dipende dal proporre e mantenere i vari benefici, in particolare quelli a favore del conduttore, diventa evidente che il legislatore con l'inciso ha sostanzialmente inteso un trattamento eventualmente migliorativo per il conduttore; una disciplina pattizia che reintrodusse le formule del diritto comune avrebbe scarso senso perché farebbe venir meno il motivo dell'incentivo, o perlomeno lo diluirebbe molto. Del resto esiste una forma di contraddizione – in senso pratico – nel concedere il diritto di non dar corso all'acquisto con la pretesa della restituzione dei canoni per la parte di corrispettivo e nel caso, invece, di inadempienza (prima dell'esercizio della facoltà d'acquisto), ammettere la sproporzionata possibilità per il concedente di acquisire interamente i canoni versati e richiedere i danni. Del resto, ancora, se in sede di stipulazione si è previsto che in caso di inadempienza del conduttore, il concedente acquisisca solo una parte dei canoni a titolo di indennità, sarebbe incongruo ammettere una sua richiesta di danni, visto che ha rinunciato in anticipo ad incamerare tutti i canoni.

Questa prospettiva non appare condivisa nella bozza di contratto che è stata formulata nel convegno di Milano in tema di *rent to buy* il 23.1.2015<sup>84</sup> dove, per la

<sup>81</sup> A differenza di quanto previsto dall'art. 1526 primo comma.

<sup>82</sup> Capo V: "Misure per il rilancio dell'edilizia" cfr. *supra* nt. 20. Del resto una buona dottrina è nel senso che nel caso di contratto soggetto a condizione risolutiva di inadempienza, la volontà delle parti possa esprimersi nel senso di una sbrigativa risoluzione non qualificata da un seguito risarcitorio, cfr. Amadio, in Tratt. del contratto diretto da Roppo, *Rimedi*, V, 2, Milano, 2006, p. 30

<sup>83</sup> E quindi l'incentivo per l'edilizia.

<sup>84</sup> CNN Notizie 22. 1. 2015, n. 13.

verità, non si è affatto approfondito il problema della compatibilità fra la nuova figura e la disciplina di diritto comune in tema di risarcimento per inadempimento contrattuale.

Naturalmente quanto detto vale per il periodo anteriore all'esercizio del diritto di acquisto; esercitato il diritto, varrà il disposto dell'art. 2932 c. c. e in genere le regole del diritto comune, ivi comprese le forme risarcitorie.

## 9. La pubblicità

È questo un aspetto che meriterebbe un approfondimento maggiore. Ecco comunque alcuni rilievi sommari.

– L'art. 23 indica una duplicità di effetti collegati ad una unica nota di trascrizione: quello prenotativo di cui all'art. 2645 bis e quello di cui all'art. 2643 n. 8) c. c., che invece rientra a pieno campo nell'ambito della canonica pubblicità dirimente. Si tratta di un caso certamente unico che va segnalato per la sua anomalia e che ribadisce la circostanza che anche nelle materie costruite secondo un meccanismo che tende alle certezze "uniformi", ormai possono realizzarsi – per interventi legislativi opportunistici e di periodo – ipotesi divergenti rispetto alle originarie linee costruttive<sup>85</sup>.

Questo rilievo e questa anomalia hanno senso solo se si ricostruisce la fattispecie come nuovo tipo contrattuale, mentre, se si optasse per il contratto misto o complesso, l'anomalia non sussisterebbe perchè si giustificerebbe la doppia pubblicità. Già, però, si è scritto come gli aspetti più significativi conducano a respingere quest'ultima ipotesi.

Si segnala solo che la specificità causale del contratto di *rent to buy* assume in nota di trascrizione valore non notiziale<sup>86</sup>, ma dichiarativo; ciò vale, come giustamente rilevato da autorevole dottrina, per tutti i negozi inseriti nel quadro pubblicitario dichiarativo in quanto qualificati da effetti obbligatori, per i quali solo la causa può correttamente individuare l'effetto suscettibile di trascrizione<sup>87</sup>.

– La pubblicità<sup>88</sup> correlata al godimento è evidentemente eventuale perchè i godimenti infranovennali sono "fuori" dalla pubblicità dichiarativa come del resto risulta dall'art. 2643 n. 10) che esige sempre il superamento del novennio.

<sup>85</sup> Cfr. Baralis, in Baralis-Spada, Dialogando su dogmatica e giurisprudenza (dopo aver letto un libro sull'ipoteca), in Riv. dir. priv., 2014, p. 26.

<sup>86</sup> Come, invece, è per i contratti che concernono i diritti reali.

<sup>87</sup> G. Gabrielli, La pubblicità immobiliare, in Tratt. di dir. civ. diretto da Sacco, Torino, 2012, p. 23-24 nonché per la transazione, qualificata da effetti non dispositivi, ma preclusivi – op. cit., p. 86.

<sup>88</sup> Contra Petrelli, I contratti di godimento cit., p. 10 per il quale la pubblicità ex art. 2644 n. 8 c. c. varrebbe anche nel caso di durata infranovennale del godimento. Se così fosse, però, ammessa la facoltà di una subconcessione del godimento, si dovrebbe ammettere una trascrivibilità – impropria – del subcontratto.



– È una pubblicità che ribadisce – i *medesimi* effetti di quella di cui all’art. 2643 primo comma numero 8) – come l’ambito della pubblicità dichiarativa non possa estendersi ad effetti solo simili, dovendo essere gli effetti “eguali”. Di qui la possibilità di una interpretazione solo estensiva nell’ambito della materia e la grande difficoltà di ammettere la interpretazione analogica, secondo quanto ritiene la dottrina più autorevole e maggioritaria.

### 10. *Rent to buy* in funzione di garanzia?

Non è facile prevedere se la nuova figura contrattuale avrà successo pratico nella sua funzione tipica che è quella di agevolare l’acquisto immobiliare nei termini di cui sopra, ma è invece sicura la “tentazione” di sfruttare la nuova fattispecie per funzioni “altre”; questa sicurezza è legata a due caratteristiche fondamentali: la prima – e più importante – è la possibilità di prenotare l’acquisto per la lunga durata decennale con importanti benefici nell’ipotesi di fallimento del concedente, la seconda è il trattamento fiscale che, almeno per quanto concerne il periodo del godimento, si presenta interessante, ma con la precisazione di cui infra.

Ciò premesso si può immaginare uno scenario che in qualche modo ripete non lo schema, ma la funzione della vendita in garanzia<sup>89</sup>. Lo scenario potrebbe essere il seguente: chi ha contratto un debito, può offrire in “garanzia” al creditore un suo bene, appunto a titolo di *rent to buy*. Il contratto prevederà che il conduttore-creditore possa subconcedere il bene, subconcedere, si badi, perchè si è fuori dallo schema tipico della locazione. La previsione di tale sub-godimento è esplicita per la locazione e non si vede ragione per cui non possa essere prevista in base all’autonomia contrattuale per il nuovo tipo; infatti il *favor* per il conduttore non è “personalizzato”, ma è generico in quanto finalizzato ad incrementare lo sviluppo commerciale dell’edilizia. Al conduttore-creditore è riservata una facoltà di acquisto, condizionata al mancato pagamento del debito entro un termine anteriore all’esercizio di tale diritto, e su questa possibilità di condizionare la facoltà di acquisto già si è scritto in senso positivo. La parte di canone in funzione di corrispettivo è correlata ad un prezzo che corrisponde al giusto prezzo in quel momento, ma, a garanzia che tale giusto prezzo sia tale anche al momento dell’esercizio dell’opzione, si pronuncerà un terzo – sostanzialmente un meccanismo che ripete quello del patto marciano, notoriamente lecito –. L’aggiustamento di tiro conseguente alla valutazione del terzo importerà, nel caso di esercizio del diritto, o un versamento a conguaglio o un rimborso. Una operazione simile potrebbe anche congegnarsi utilizzando lo schema dell’anticresi, ma si sarebbe decisamente fuori dallo schema del

---

<sup>89</sup> Uno spunto in Zanelli, op. cit., p. 21-22.

*rent to buy* in cui il rinvio al numero 8) dell'art. 2643 porta a ritenere incompatibile lo schema anticretico.

Un approfondimento sul tema sarebbe troppo lungo e quanto sopra esposto ha una valenza del tutto problematica, volendo solo avvertirsi che lo schema, nella pratica, si presta a usi "lateral", senza che si possa assolutamente, per ora, garantire la positività del risultato.

## 11. Dubbi sparsi

Indichiamo specifici casi particolari – qualcuno già trattato – che conviene sottolineare in ragione della loro prevedibile frequenza.

– Il primo riguarda la modificabilità successiva del contratto nell'ottica della pubblicità immobiliare; nel silenzio del diritto scritto, si ricorda che la dottrina più autorevole<sup>90</sup> ammette la pubblicità dotata di efficacia dichiarativa in casi che completano la pubblicità in quanto "in prosecuzione", come per il caso della cessione del contratto, onde appagare ragioni di compiutezza dell'impianto pubblicitario.

– Il secondo riguarda la possibilità di far rientrare nell'ambito della fattispecie di cui all'art. 23 i casi di collegamento negoziale<sup>91</sup>. La risposta negativa è da preferirsi perché l'impianto della pubblicità dichiarativa suppone che il contratto oggetto di formalità sia unico; anzi autorevolmente si afferma – già lo si è scritto – che la trascrizione del contratti eccezionalmente prevista per i contratti ad effetti obbligatori, suppone che se ne individui la specificità a mezzo dell'indicazione della causa, cosa ben difficile in caso di mero collegamento negoziale, con doppia nota. "Aprire" ad un collegamento negoziale, che realizzi l'operazione configurata e disciplinata dall'art. 23 come una fattispecie unitaria, genererebbe rischi rilevanti di vanificazione della disciplina, sia per quanto riguarda la durata ultratriennale dell'effetto prenotativo della trascrizione, che per l'applicazione indebita del regime di favore in caso di fallimento.

– Il terzo. Non è facile individuare forme di godimento diverse dalla locazione, compatibili con il *rent to buy*, anche perché i richiamati effetti di cui all'art. 2643 n. 8 c. c. sono tipici della locazione. Probabilmente, e in perfetta coerenza con quanto

<sup>90</sup> Gazzoni, Tratt. cit., 1, I, p. 173. Gazzoni si esprime nell'ambito della pubblicità che si avvale del meccanismo dirimente ex art. 2644 c. c.; nel nostro caso, secondo la dottrina dominante, il quadro di riferimento è quello della prenotazione ex art. 2645 bis, ma ragioni di proporzione esigono medesimezza di soluzione, contra, sostanzialmente, Sannino, La trascrizione delle cd. vicende circolatorie del contratto preliminare, in Consiglio nazionale del notariato Notizie 25. 1. 2015.

<sup>91</sup> Vi sia o meno contestualità temporale tra i negozi collegati. Esattamente nel senso che non sia ammissibile M. Bianca, La vendita con riserva di proprietà cit., p. 6 del manoscritto

scrive la dottrina in materia pubblicitaria<sup>92</sup>, rientrano nell'art. 23 quelle forme di godimento "assimilabili" alla locazione come il godimento senza corrispettivo in numerario o con corrispettivo solo parzialmente in numerario.

## 12. Qualche considerazione sul futuro del *rent to buy*

La nuova fattispecie dovrebbe avere, in forza del carattere aperto di cui si è scritto e dei notevoli vantaggi collegati alla sua disciplina, un buon successo, ma vi sono molte ragioni per dubitarne; stretta fra la possibilità di un – collaudato – preliminare di vendita con possesso o detenzione anticipata<sup>93</sup> da una parte e la classica vendita con riserva di proprietà, fattispecie anch'essa collaudata, fortemente cautelativa per ambo le parti e di durata anche superiore al decennio, la nuova fattispecie avrà contro di sé le incertezze di disciplina che si sono ricordate e il disonorevole trattamento fiscale espresso da una circolare che si segnala per la sua ottusa rigidità<sup>94</sup>.

La giurisprudenza – è assai probabile – effettuerà una ben ragionevole operazione chirurgica di separazione, distinguendo due sottotipi di natura, appunto, giurisprudenziale. Distinguerà, cioè, i contratti di *rent to buy* effettuati dall'imprenditore rispetto a quelli intervenuti fra i privati<sup>95</sup>. Questo perchè una disposizione quale quella di cui al comma 1 bis) troppo si presta, nella prima ipotesi, a forme, se non di vero e proprio inganno, di imbonimento, sicchè l'uscita dal contratto per lo sprovvisto privato potrebbe essere contrassegnata dal doloroso riacquisto di una modesta somma rispetto ai sostanziosi canoni versati, nell'ipotesi in cui la pigione sia stata piuttosto alta. E ciò potrà capitare con una certa frequenza laddove il conduttore si sia lasciato convincere dall'imprenditore in ragione di qualche modesto vantaggio collegato, ad esempio, a qualche "optional" relativo al bene da costruirsi. In questo caso rimedi di riequilibrio saranno con grande probabilità<sup>96</sup> concessi dalla giurisprudenza, sulla linea del resto, dei principi comunitari<sup>97</sup>.

<sup>92</sup> Gazzoni, La trascrizione immobiliare, in Il codice civile, Commentario diretto da Schlesinger, Milano, 1998, I, pp. 596-597.

<sup>93</sup> Pur se di massima durata triennale come pubblicità.

<sup>94</sup> La circolare della Agenzia entrata è la n. 4/ del 19. 2. 2015, mentre i rilievi in merito sono di Lomonaco, Alcune note ai chiarimenti dell'Agenzia delle Entrate sulla tassazione del contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili, Consiglio nazionale del notariato, in C.N.N. Notizie, 16.03.2015.

<sup>95</sup> È questo nel sistema attuale un approdo che è da ritenersi praticamente scontato, v. da ultimo Balestra, A proposito delle categorie del diritto civile, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2015, p. 39.

<sup>96</sup> E facilità.

<sup>97</sup> V. un'ampia, ragionata esposizione dei possibili rimedi in Vettori, Diritto privato e ordinamento comunitario, Milano, 2009, pp. 193-198, 275-280.

### 13. Sommario di interrogativi pratici “brevi”

I – il regime pattizio di cui al comma 1 *bis* può prevedere un rimborso non integrale dell’acconto<sup>98</sup> in caso di mancato acquisto?

La risposta negativa è sicuramente preferibile, in ragione del *favor* per il conduttore e tenuto conto che nel comma in esame manca un espresso richiamo alla libertà di determinazione, presente, invece, nel comma 5.

II – È compatibile con la qualificazione di *rent to buy* una ripartizione non proporzionata tra “pigione” e “acconto”, plausibilmente preordinata a sollecitare l’esercizio da parte del conduttore della facoltà d’acquisto onde non perdere la (sovradiimensionata) “pigione” da lui corrisposta?

La risposta positiva è da preferirsi, posto che non si dà uno scrutinio della “convenienza” di qualsivoglia contratto; lo scrutinio vertendo solo sulla immunità da vizi del ciclo formativo dell’accordo. Tuttavia, la ripartizione, se davvero sproporzionata, sarà sottoposta a vaglio critico del giudice in caso di mancato esercizio dell’acquisto, senza dimenticare che una convenzione che renda simbolico l’acconto sarebbe seriamente sospetta di dissimulare nella “pigione” l’“acconto”, penalizzando l’interesse del conduttore in misura incompatibile con la funzione tipologicamente essenziale del *rent to buy*, con il rischio di una riqualificazione del contratto.

III – *Quid iuris* quando ricorra l’ipotesi inversa e cioè “acconto” molto alto e “pigione” molto bassa?

La pattuizione è tipologicamente compatibile, sempre nella prospettiva del *favor* per il conduttore. Essa giova al conduttore perché, in caso di mancato esercizio della facoltà d’acquisto, costui avrà diritto al rimborso dell’acconto, avendo pagato una pigione minima.

IV – Diversa è la conclusione che si raccomanda in caso di inadempimento del conduttore; in questa ipotesi, laddove vi sia sproporzione fra quanto versato<sup>99</sup> e quanto corrisponde al valore locativo di mercato del godimento<sup>100</sup>, varrà senz’altro il principio dell’incameramento integrale dei “canoni” da parte del concedente<sup>101</sup>, in difetto di patto contrario? Sembra ragionevole temperare il dato testuale, richiamando la disciplina di cui all’art. 1526. 2 c. c; l’art. 1526. 2 invita a moderare la penalizzazione del conduttore inadempiente quando le somme da questi versate siano irragionevolmente esuberanti rispetto al godimento di cui ha beneficiato. Si veda anche quanto scritto al punto sesto.

<sup>98</sup> “Quota dei canoni imputata al corrispettivo”.

<sup>99</sup> “Canone”, nel linguaggio legislativo.

<sup>100</sup> Qui, convenzionalmente detto: “pigione”, come prima ricordato.

<sup>101</sup> Previsto dal comma 5°, seconda proposizione.

V – Può applicarsi la disciplina dettata dall'art. 23 alla locazione con patto di futura vendita?

La risposta negativa è convincente<sup>102</sup>, ma l'interrogativo, ad un esame più attento, sembra perdere d'importanza.

In primo luogo perché se il contratto prevede "pignoni" alte<sup>103</sup> conviene al conduttore esercitare la facoltà d'acquisto; il che, nella sintassi degli interessi, rende virtualmente succedaneo il *rent to buy* ad una locazione con patto di vendita.

In secondo luogo il contratto può prevedere – sarebbe clausola in sintonia con il *favor* per il conduttore – che la facoltà di acquisto sia esercitabile *ante tempus*. E qui si danno varie possibilità: l'esercizio anticipato è vincolato ad un pagamento immediato – cosa certo possibile –; oppure il pagamento immediato dà accesso ad uno sconto sul prezzo – anche questo possibile.

Ma è compatibile con la nuova fattispecie, un patto che, da un lato, accordi in caso di esercizio anticipato della facoltà d'acquisto uno sconto sul prezzo e, dall'altro, preveda pagamenti<sup>104</sup> del canone per un tempo pari a quello originariamente convenuto? Se la risposta è positiva – come orienterebbe a darla il *favor* per il conduttore – si profila un contenuto del *rent to buy* assai simile, in forza dell'esercizio anticipabile del diritto di acquisto, a quello della locazione con patto di futura vendita. Fermo restando, peraltro, che la disciplina dell'inadempimento del conduttore deve attingersi al comma 5° dell'art. 23 sino a quando il diritto di acquisto non sia stato esercitato.

VI – In caso di inadempimento dell'una o dell'altra parte, oltre al 5° comma dell'art. 23, trova applicazione il regime risarcitorio previsto dal diritto comune dei contratti?

La risposta è certamente positiva per il caso di inadempimento del concedente, essendo inaccettabile che l'illecito contrattuale – l'inadempimento all'obbligazione di far godere il bene – sia "premiato" con l'immunità dal risarcimento dei danni<sup>105</sup>, quando è per diritto comune pacifico il risarcimento in casi di lesione dell'opzione o della proposta irrevocabile.

Diverso è il caso del conduttore: non solo perché manca ogni riferimento testuale, a differenza di quanto accade nel caso dell'art. 1526. 1; ma anche perché il regime dell'art. 23. 5 è stato probabilmente pensato dal legislatore storico – sensi-

---

<sup>102</sup> Come scritto il *favor* per il conduttore sarebbe decisamente ridimensionato se si ammettesse la possibilità *ab initio* di una promessa di vendita; si è prima scritto, però, di passaggi contrattuali che possono convincentemente portare a risultati abbastanza contigui.

<sup>103</sup> Benché non esorbitanti – v. *supra* questione II.

<sup>104</sup> Sempre ripartiti.

<sup>105</sup> Generati dalla cessazione del godimento e dalla lesione dell'interesse del conduttore all'acquisto.

bile al *favor* per il conduttore – per essere pienamente “satisfattivo” delle ragioni del concedente.

Giova osservare, inoltre, che mentre nella vendita con riserva di proprietà e nella locazione con patto di vendita consecutiva<sup>106</sup> il convenuto incameramento delle rate da parte del venditore è ragionevole perché sanziona un comportamento del compratore apprezzabile come inadempimento, nel contesto dell’art. 23 tale regola sarebbe “sproporzionata”, perché il conduttore non è un promissario inadempiente, essendogli attribuita solo una facoltà di acquisto. Quindi il parallelismo con l’art. 1526. 2 c. c. appare in un certo senso necessitato.

#### VII – Può stabilirsi una clausola penale?

Per le ragioni esposte *sub* VI e *sub*. VII, no a carico del conduttore, sì a carico del concedente.

VIII – Il richiamo all’art. 2932 da parte del terzo comma dell’art. 23: (a) opera quando la facoltà d’acquisto è stata esercitata e il concedente non trasferisce? (b) opera a carico del conduttore che ha esercitato la facoltà d’acquisto ma non paga l’ultima parte del prezzo? (c) opera anche quando, nel corso del godimento, il conduttore cessa di pagare i canoni o il concedente di far godere il bene?

Laddove il conduttore non paghi nel corso del contratto, il concedente non può ottenere l’esecuzione in forma specifica di una mera facoltà di acquisto; neppure può ottenerla il conduttore, a meno che sia riservato il diritto di anticipare l’esercizio del diritto di acquisto, con corresponsione del residuo.

Quindi il richiamo all’art. 2932 c. c. vale per i casi (a) e (b).

---

<sup>106</sup> Art. 1526. 3 c. c.

# La posizione della banca quale terza pignorata

di Gianfranco Liace

*SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La notifica dell'atto. – 2.1. La data e l'ora del pignoramento. – 2.2. La competenza per territorio – 3. La dichiarazione di quantità: l'inesattezza, la revocabilità e l'integrazione. – 4. Il libretto di deposito. – 5. La cassetta di sicurezza. – 6. Il contratto di pronti contro termine. – 7. L'assegno bancario e circolare. – 8. Il conto corrente cointestato. – 8.1. Conto corrente cointestato e comunione tra i coniugi. – 9. La compensazione. – 10. Variazioni del rapporto. – 11. I titoli dematerializzati. – 12. Funzioni di tesoreria. – 13. L'esecuzione esattoriale.*

## 1. Introduzione

È stato osservato che «forse nessuna figura del processo riveste un ruolo al tempo stesso defilato e centrale sulla scena litigiosa al pari del terzo *debitor debitoris*»<sup>1</sup>. Egli, infatti, condivide con la parte debitrice la soggezione al potere del creditore ma, contemporaneamente, esercita un ruolo attivo in quanto l'individuazione, la valutazione e l'apprensione dei crediti o delle cose non può essere compiuta direttamente dal creditore procedente e richiede la collaborazione del terzo.

In questo quadro assume una posizione particolare e variegata la banca quale terza pignorata, in quanto ogni tipo contrattuale presenta delle caratteristiche e delle soluzioni diverse.

È necessario, ad esempio, comprendere se nell'ambito dei rapporti di apertura di credito, il c.d. "margine disponibile", ovvero le somme a disposizione dell'affidato, configuri un credito del cliente verso la banca passibile di costituire oggetto di pignoramento ai sensi dell'art. 543 c.p.c.

Il diritto che l'accreditato vanta nei confronti della banca ad utilizzare le somme postegli a disposizione non è assoggettabile al procedimento di espropriazione forzata, in quanto il c.d. "margine disponibile" non costituisce un vero e proprio credito del cliente nei confronti della banca. Invero, tale posizione giuridica attiva si trasforma in credito dell'affidato solo nel momento in cui questi ritenga di utilizzare le somme messe a sua disposizione<sup>2</sup>. Prima di tale momento, quello dell'accreditato nei confronti della banca si attegga quale mero diritto di credito eventuale e condi-

<sup>1</sup> Frisullo, *Il terzo*, in *Le espropriazioni presso terzi*, a cura di Auletta, Bologna, 2011, p. 93.

<sup>2</sup> App. Milano, 29 maggio 1990, in *Mondo bancario*, 1990, p. 51, con nota di Maimeri, *Impignorabilità del fido non utilizzato*.

zionato, in quanto il potere di esigere l'erogazione delle somme messe a disposizione dalla banca dipende da una mera manifestazione di volontà in tal senso dell'accreditato medesimo.

La posizione della banca, nei rapporti di deposito di denaro, non è sempre quella di debitrice nei confronti del cliente esecutato, in quanto essa ha l'obbligo di adempiere all'obbligazione pecuniaria solo alla scadenza dell'eventuale termine, ovvero a seguito di una specifica richiesta del depositante, quindi prima di detta richiesta non può considerarsi *debitor debitoris*. Anche se l'art. 1852 c.c. dispone che il correntista può disporre in qualsiasi momento delle somme risultanti a suo credito, il legislatore si riferisce ad un concetto avente natura contabile, dunque connesso al saldo del conto.

In presenza di pignoramento di crediti ogni atto dispositivo compiuto da un soggetto terzo è privo di efficacia, non potendo questi pregiudicare la posizione formale e sostanziale del creditore pignorante. Ne consegue che, nell'ipotesi di contratto di conto corrente bancario affidato, la banca, in qualità di terza pignorata e in ragione della sua funzione di custode *ex art. 546 c.p.c.*, non può disporre di eventuali somme pervenute dopo la notifica dell'atto di pignoramento, in quanto le stesse soggiacciono, sia pure nei limiti dell'affidamento, al vincolo nascente dal procedimento stesso<sup>3</sup>. Partendo da questo assunto osserviamo che in passato era sorta la problematica circa il blocco oppure no dell'intero rapporto intestato al cliente esecutato a seguito della notifica dell'atto di pignoramento. La giurisprudenza di legittimità sosteneva che: «nella esecuzione presso terzi di somme di denaro e di prestazioni continuative di somme di denaro oggetto del pignoramento è non tanto una quota pari al credito per il quale l'esecutato agisce in forza del titolo esecutivo notificato, quanto la somma, unitaria e frazionata nel tempo, di cui il terzo è debitore. Il credito indicato dell'esecutante, a norma dell'art. 543, comma 2, n. 1 c.p.c., costituisce, infatti, soltanto il limite della pretesa fatta valere “*in executivis*”, sicché l'intervento di altri creditori, previsto dall'art. 551 c.p.c. – il quale rinvia agli art. 525 ss. – incontra, nella distribuzione, l'unico limite delle somme dovute dal terzo, ma non anche l'ulteriore limite del credito per il quale ha agito “*in executivis*” il creditore pignorante»<sup>4</sup>. Con le varie riforme che si sono susseguite nel tempo oggi questa problematica sembra essere superata, in quanto l'art. 546 c.p.c., rubricato “obblighi del terzo”, dispone che: «il terzo è soggetto, relativamente alle cose e alle somme da lui dovute e *nei limiti dell'importo del credito preccettato aumentato della metà*».

<sup>3</sup> Trib. Napoli, 29 aprile 1999, in *Giur. napoletana*, 2000, p. 336.

<sup>4</sup> Cass., 22 aprile 1995, n. 4584, in *Foro it.*, 1996, I, c. 3770.



## 2. La notifica dell'atto

Prima della riforma del processo civile la notifica al terzo pignorato poteva essere eseguita esclusivamente a mani proprie. Difatti la giurisprudenza, anche di recente, ha sostenuto che andava rigettata l'istanza *ex art. 60 comma 1, punto 1) c.p.c.* del creditore, avverso il diniego scritto dell'ufficiale giudiziario *ex art. 108 D.p.r. 15 dicembre 1959, n. 1229* di procedere alla notifica a mezzo posta dell'atto di pignoramento presso terzi. La notifica per posta nell'ipotesi di cui all'*art. 543 c.p.c.* era, infatti, praticabile esclusivamente nei confronti del debitore, mentre per quanto riguardava il terzo la stessa doveva essere eseguita personalmente, così come esplicitamente disposto dal primo comma del medesimo articolo. La *ratio* della differente disciplina risiedeva nel fatto che la notifica al terzo atteneva specificamente al pignoramento, mentre quella al debitore costituiva un atto successivo al pignoramento con finalità informativa del debitore esecutato<sup>5</sup>.

Con l'introduzione dell'*art. 26 bis c.p.c.* la competenza per territorio muta, in quanto viene a radicarsi nel foro ove risiede il debitore; infatti, l'*art. 543 c.p.c.*, nella sua nuova formulazione, precisa che il pignoramento presso terzi si esegue mediante la notifica dell'atto al terzo e al debitore a norma degli *artt. 137 e ss. c.p.c.*, venendo meno così l'obbligo della notifica personale al terzo.

### 2.1. La data e l'ora del pignoramento

Il pignoramento produce i suoi effetti dal momento della notifica dell'atto ai sensi dell'*art. 543 c.p.c.* L'*art. 47 disp. att. c.p.c.* dispone che nella relazione di notificazione la parte interessata può chiedere all'ufficiale giudiziario di indicare l'ora nella quale l'atto è stato consegnato.

In assenza dell'indicazione dell'ora del pignoramento, il terzo pignorato (*alias* banca) non potrà considerare liberatorio il pagamento di quanto dovuto al proprio cliente, colpito da pignoramento nella medesima giornata. La presente posizione non è condivisa da parte della dottrina, la quale ritiene che detta interpretazione è eccessivamente penalizzante, in quanto il lasso di tempo che intercorre tra la notifica dell'atto presso la sede centrale (la direzione o altro ufficio centrale) della banca e il giorno di effettiva conoscenza del pignoramento da parte dello sportello interessato può essere considerevole<sup>6</sup>. A supporto di detta tesi viene richiamato l'*art. 86, 5° comma, l. ass.*, che così statuisce: «la notifica del decreto [di ammortamento] non rende responsabile la banca qualora il pagamento del titolo venga effettuato presso lo stabilimento o un recapito al quale, per fatto non imputabile alla banca, non sia

<sup>5</sup> App. Venezia, 7 marzo 2014, in *Ilcaso.it*.

<sup>6</sup> Morera – Longo, *La banca «terzo pignorato»*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, I, p. 439.

ancora pervenuta la notizia del decreto». La presente posizione non è condivisibile rilevato che gli istituti di credito nella propria organizzazione interna inseriscono i dati in circolarità, quindi attraverso il sistema di intranet le filiali possono avere conoscenza del pignoramento, o si pensi alla rapidità delle comunicazioni mediante l'utilizzo di posta elettronica o ancora più semplicemente all'invio di un fax.

## 2.2. *La competenza per territorio*

Il d. l. 12 settembre 2014 n. 132, convertito con modifica nella l. 10 novembre 2014, n. 162, ha introdotto, in tema di espropriazione forzata dei crediti, importanti modifiche, tant'è che l'art. 26 *bis* c.p.c. dispone che è competente il giudice del luogo in cui il debitore ha la residenza, il domicilio, la dimora o la sede a differenza della precedente formulazione, contenuta nell'art. 26 c.p.c., che prevedeva la competenza del giudice del luogo ove risiedeva il terzo debitore.

Nell'ipotesi in cui il debitore è una pubblica amministrazione la competenza è del giudice del luogo ove il terzo debitore ha la residenza, il domicilio, la dimora o la sede, facendo però salve le disposizioni contenute in leggi speciali che fissano diversi criteri di competenza esecutiva per l'espropriazione contro le pubbliche amministrazioni.

La relazione di accompagnamento alla riforma indica l'innovazione contenuta nell'art. 26 *bis* c.p.c. come volta a favorire la concentrazione in un unico foro dei procedimenti di espropriazione dei crediti a carico di un unico debitore e rivolti a più terzi debitori. Altro aspetto evidenziato, sempre nella predetta relazione, è quello di consentire all'esecutato un più agevole ricorso all'istituto della riduzione del pignoramento.

Con la precedente disciplina sorgevano alcune problematiche relative all'individuazione della competenza per territorio qualora terzo pignorato era la banca. La competenza territoriale per il procedimento di espropriazione forzata di crediti apparteneva, ove il terzo era un istituto di credito, alternativamente al giudice del luogo della sede legale o a quella del luogo in cui si trovava l'agenzia, che aveva in carico il rapporto oggetto della dichiarazione ed un rappresentante autorizzato a rendere la dichiarazione di terzo<sup>7</sup>. Il presente profilo è ormai ampiamente superato con la riforma del processo civile.

<sup>7</sup> Cass., 20 febbraio 2001, n. 2465, in *Dir. fall.*, 2002, II, p. 855, con nota di Liace, *Note in tema di regolamento di competenza e capacità del terzo di rendere la dichiarazione di quantità*; Cass., 3 novembre 1999, n. 12256, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 2186. Nell'espropriazione forzata presso terzi, ove il terzo pignorato sia un istituto bancario, la competenza per territorio può essere individuata nel luogo in cui l'istituto abbia la filiale o la succursale che gestisce il rapporto oggetto della dichiarazione del terzo; pertanto, nel caso di espropriazione nei confronti di soggetti pubblici che si avvalgono, per il servizio di tesoreria, di un istituto

### 3. La dichiarazione di quantità: l'inesattezza, la revocabilità e l'integrazione

Il terzo dichiara, a mezzo raccomandata inviata al creditore precedente o a mezzo posta elettronica certificata, le somme di cui è debitore e deve specificare, personalmente o a mezzo di procuratore speciale o del difensore munito di procura speciale, quando ne deve eseguire il pagamento. Va osservato che l'art. 547 c.p.c. non impone al terzo nessun obbligo di allegazione della procura speciale, anche se nella prassi giudiziaria molti istituti di credito allegano la procura speciale in copia oppure indicano gli estremi dell'atto pubblico (o scrittura privata autentica), dal quale si evince il conferimento della predetta procura<sup>8</sup>. La dichiarazione può essere resa anche dal procuratore generale a cui sia attribuito il relativo potere; tant'è che la dichiarazione del terzo può essere resa anche dal difensore munito di procura speciale<sup>9</sup>.

Se all'udienza di comparizione il creditore dichiara di non aver ricevuto la dichiarazione, il giudice con ordinanza, ai sensi dell'art. 548 c.p.c., fissa una nuova udienza. L'ordinanza deve essere notificata al terzo almeno dieci giorni prima della nuova udienza; qualora la banca, o il terzo in generale, non compare alla nuova udienza o comparendo rifiuta di fare la dichiarazione, le somme pignorate nei termini indicati dal creditore si considerano non contestate ai fini del procedimento in corso.

Il terzo può impugnare nelle forme e nei termini di cui all'art. 617, 1° comma, c.p.c., l'ordinanza di assegnazione se prova di non aver avuto tempestiva conoscenza per irregolarità della notifica o per caso fortuito o forza maggiore<sup>10</sup>.

Il terzo pignorato, che abbia reso la dichiarazione di cui all'art. 547 c.p.c., rimane estraneo al processo esecutivo, cosicché la sua partecipazione al giudizio di opposizione agli atti esecutivi non è necessaria, restando la legittimazione a tale giudizio limitata al debitore e al creditore precedente, oltre agli eventuali intervenuti, fatta salva l'ipotesi in cui il giudizio verta sulla validità o sull'efficacia del pignoramento, il quale può comportare o meno la liberazione del terzo dal vincolo di indisponibilità sul suo debito e, dunque, in tal caso è individuabile un interesse del terzo pignorato alla partecipazione ad un giudizio in cui si discute dell'esistenza del vincolo di indisponibilità che colpisce le somme nella disponibilità del terzo pignorato<sup>11</sup>.

---

bancario, la competenza sarà del giudice del luogo ove ha sede la filiale della banca tenuta al pagamento del credito. Cfr. Trib. Avellino, 20 maggio 2008, in *Il caso.it*.

<sup>8</sup> Crivelli, *Pignoramento presso terzi*, Milano, 2011, p. 228, il quale suggerisce di allegare alla dichiarazione di quantità anche copia degli estratti conto bancari o postali.

<sup>9</sup> Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2012, p. 638.

<sup>10</sup> Monteleone, *Semplificazioni e complicazioni nell'espropriazione presso terzi*, in *Riv. esecuzione forzata*, 2013, p. 6 ss., secondo cui il terzo – per contestare l'an o il quantum – potrà, a sua scelta, esperire l'azione di accertamento negativo, l'opposizione all'esecuzione e anche l'opposizione concessa dall'art. 548 c.p.c.

<sup>11</sup> Cass., 23 aprile 2003, n. 6432, *Giust. civ. Mass.*, 2003, p. 4.

La natura giuridica della dichiarazione resa dal terzo secondo la giurisprudenza è assimilabile alla confessione e costituisce un riconoscimento avente la valenza di un accertamento costitutivo<sup>12</sup>; il terzo è tenuto, quindi, a fornire tutti gli elementi (soggettivi e oggettivi) che possano consentire la precisa individuazione delle cose o delle somme possedute, nonché a specificare la causa per cui queste si trovano presso di lui. Tale posizione non sembra potersi condividere, rilevato che il terzo ben può revocare la propria confessione oltre i limiti previsti dall'art. 2732 c.c. oppure correggere o integrare la precedente dichiarazione.

Nell'ipotesi in cui il terzo che rende la dichiarazione sia privo della procura speciale non è ammessa la rettifica, restando così invalida. Nel caso di specie non può trovare applicazione l'art. 182 c.p.c., in quanto il terzo non è parte del processo; per di più alla dichiarazione, essendo un atto processuale e non un atto negoziale, non può essere applicata la normativa civilistica relativa ai contratti conclusi dal *falsus procurator*<sup>13</sup>.

In giurisprudenza si rinviene un precedente, seppur risalente nel tempo, sulle conseguenze derivanti dalla dichiarazione resa dal terzo privo di procura; in questo caso il pignoramento presso terzi si estingue essendo inefficace la dichiarazione resa dal terzo<sup>14</sup>.

Invece, nell'ipotesi in cui il terzo renda una dichiarazione elusiva, reticente o ingannevole, tale da allontanare “*nel tempo la realizzazione del credito fatto valere nel procedimento esecutivo*”, lo stesso può essere chiamato al risarcimento dei danni prodotti a carico del creditore procedente *ex art. 2043 c.c.*<sup>15</sup>. Deve escludersi una responsabilità in capo alla banca, in qualità di terzo pignorato, in caso di omessa dichiarazione.

Non è applicabile al terzo la previsione contenuta nell'art. 96 c.p.c. per responsabilità aggravata, poiché la norma da ultima citata ha una stretta connessione con la nozione di parte, e il terzo non è parte del processo di esecuzione presso terzi<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Cass., 30 maggio 1963, n. 1426, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1387; Cass., 17 novembre 2003, n. 17367, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, ove si legge: «La dichiarazione, resa dal terzo *ex art. 547 c.p.c.*, comporta il riconoscimento dell'esistenza del credito ed integra un accertamento costitutivo, che preclude definitivamente al terzo la possibilità di eccepire la non assoggettabilità del credito all'esecuzione». Assumono posizione contraria Morera – Longo, *op. cit.*, p. 442, i quali ritengono che l'inquadramento giuridico della dichiarazione del terzo sia quello della «non qualificazione», in quanto essa costituisce un atto, avente natura peculiare, del processo esecutivo idoneo a determinare una nuova situazione giuridica. Diversa è la posizione di Corsaro – Bozzi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Milano, 1996, p. 290, i quali sostengono che il terzo, ottemperando all'onere della dichiarazione, fornisce al creditore procedente soltanto materiale istruttorio per consentirgli la susseguente espropriazione.

<sup>13</sup> Cass., 30 maggio 1991, n. 6124, in *Foro it.*, 1992, I, c. 814; Mandrioli – Carratta, *Diritto processuale civile*, vol. IV, Torino, 2014, p. 24; Morera – Longo, *op. cit.*, p. 440.

<sup>14</sup> Pret. Lucera-Torremaggiore, 12 marzo 1993, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2579.

<sup>15</sup> Cass., 24 novembre 1980, n. 6245, in *Foro it.*, 1981, I, c. 1101; Cass., 19 settembre 1995, n. 9888, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, p. 1668.

<sup>16</sup> Cass., Sez. Un., 18 dicembre 1987, n. 9407, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, II, p. 191; Alessandri, *Pignoramento presso terzi e tutela aquiliana del credito*, in *Giur. it.*, 1988, p. 537.

Si configura la responsabilità del terzo – *ex art. 2043 c.c.* – qualora renda una dichiarazione inesatta ostacolando di fatto la soddisfazione dell'interesse del creditore e, nel caso in cui il terzo sia una banca, troverà applicazione, nella valutazione della condotta, il parametro più gravoso dell'art. 1176, 2° comma, c.c., essendo il terzo assoggettato all'obbligo di imparzialità e sincerità, affinché al giudice giungano dati veritieri e certi, idonei all'identificazione dei beni oggetto di esecuzione.

Non può considerarsi inesatta la dichiarazione resa dalla banca che si limita a indicare l'esistenza, nel deposito titoli amministrato, di titoli azionari non quotati. In questo caso l'istituto di credito non può procedere ad una stima preventiva del valore di realizzo dei titoli; dunque dovrà rendere una dichiarazione positiva indicando tutti i titoli che formano il compendio dei beni posseduti<sup>17</sup>.

Deve considerarsi elusiva la dichiarazione resa dalla banca che sollevi eccezioni riservate al debitore esecutato, come ad esempio la impignorabilità del credito o l'incompetenza territoriale del giudice<sup>18</sup>.

Sempre nel dovere di correttezza il terzo deve indicare i pignoramenti che sono stati eseguiti presso di lui. Inoltre, se sono stati eseguiti altri pignoramenti dopo che il terzo abbia già reso la dichiarazione di quantità, egli potrà limitarsi a richiamare la dichiarazione precedentemente resa e i pignoramenti ai quali si riferiva (art. 550, 1° comma, c.p.c.). La mancata indicazione fa sorgere una responsabilità in capo al terzo nei confronti dei creditori pignoranti (successivi), i quali potrebbero vedere mortificate le loro ragioni creditorie dall'assegnazione al primo pignorante dell'intero compendio pignorato.

Diversa è l'ipotesi di contestazione della dichiarazione: in questo caso il giudice dell'esecuzione la risolve con ordinanza a seguito dei necessari accertamenti. L'ordinanza produce effetti ai fini del procedimento in corso e dell'esecuzione fondata sul provvedimento di assegnazione ed è impugnabile nelle forme e nei termini di cui all'art. 617 c.p.c. Secondo l'opinione di chi scrive i principi desumibili dagli artt. 530, 4° comma e 569, 3° comma, c.p.c. sono ancora operanti anche per la fattispecie sopra richiamata, per cui il giudice dell'esecuzione potrà procedere all'assegnazione soltanto dopo aver definito le contestazioni sorte sulla dichiarazione del terzo.

<sup>17</sup> Sul tema si vedano anche Morera – Longo, *op. cit.*, p. 445, i quali affermano: «A nostro avviso ... la dichiarazione della banca la quale, in possesso o debitrice di beni o di somme dal valore eccedente la quota pignorata, si limita ad evidenziare – poi nel sostanziale rispetto del principio desumibile dall'art. 517, comma 1° c.p.c. – i beni o le somme nell'ambito di quest'ultima, non potrà in alcun caso considerarsi "inesatta" e, conseguentemente, non potrà dar luogo a responsabilità di sorta». In giurisprudenza Cfr. Trib. Roma, 7 giugno 2007, in *Juris data*, ove si legge: «In caso di pignoramento presso terzo, la banca pignorata, tenuta a corrispondere una data somma, qualora renda dichiarazione circa l'effettiva esistenza di quanto richiesto e non dell'intero importo vantato dal creditore precedente, non può essere contestata con l'esercizio dell'azione aquiliana qualora siano scaduti i termini per l'opposizione *ex art. 617 c.p.c.*».

<sup>18</sup> Cass., 17 maggio 2001, n. 6762, in *Leggitalia.it*.

#### 4. Il libretto di deposito

Qualora l'oggetto del procedimento esecutivo dovesse essere rappresentato da un libretto di deposito al risparmio, il pignoramento diretto potrà trovare applicazione solo se gli si riconosce la natura di titolo di credito, nel qual caso troverà applicazione la disciplina contenuta nell'art. 1997 c.c. Differente è la disciplina applicabile ai libretti nominativi ed i libretti nominativi pagabili al portatore, essendo gli stessi funzionalmente destinati alla circolazione e non incorporanti il diritto nel documento<sup>19</sup>; pertanto, andrebbe loro riconosciuta la natura di documenti di legittimazione nominale *ex art.* 2002 c.c., con conseguente applicazione delle forme proprie del pignoramento presso terzi<sup>20</sup>.

La disciplina sull'antiriciclaggio, secondo il parere di chi scrive, non ha alcuna influenza sulla distinzione sopra rappresentata, perché detta normativa impone al cedente di un libretto al portatore di comunicare all'istituto di credito emittente i dati identificativi del cessionario, l'accettazione di questi e la data del trasferimento. In caso di inosservanza vi è solo l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, restando ferma l'efficacia degli atti.

Altro profilo che presenta elementi di criticità è la cointestazione del rapporto. Occorre preliminarmente precisare che nessuna rilevanza ha la modalità operativa congiunta o disgiunta riconosciuta agli intestatari, poiché afferisce alla legittimazione a disporre e non alla titolarità dello stesso. Ne consegue che la banca non potrà procedere in nessun caso al blocco della sola porzione di quota presuntivamente spettante al codepositante debitore, in quanto la determinazione del valore della quota spetta al giudice dell'esecuzione e non al *debitor debitoris*<sup>21</sup>; inoltre, deve essere consentito agli altri contitolari di poter vincere la presunzione di pari uguaglianze delle quote, anche nell'ipotesi di depositi congiunti solidali.

La banca, nel rendere la dichiarazione di terzo, deve indicare la presenza di altri contitolari, senza che si configuri una violazione del segreto bancario o della legge sulla *privacy*<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Cass., 2 febbraio 1989, n. 651, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, II, p. 285; Cass., 9 febbraio 1981, n. 798, *Giust. civ.* 1981, I, p. 968; Cass., 6 febbraio 1961, n. 241, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1961, II, p. 161; App. Cagliari, 24 luglio 1984, *Riv. giur. sarda* 1985, p. 85; App. Bologna, 28 dicembre 1963, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1964, II, p. 399; Trib. Napoli, 14 ottobre 1989, *Dir. giur.*, 1990, p. 798.

<sup>20</sup> Spinelli – Gentile, *Diritto bancario*, Padova, 1991, p. 208; Messineo *I titoli di credito*, Padova, 1933, p. 241. Assume una posizione contraria la giurisprudenza, sul tema si vedano: Cass., 12 gennaio 1995, n. 336, *Giust. civ.* 1995, I, p. 1220; Cass., 16 settembre 1986, n. 5618, *Foro it.* 1987, I, c. 863; Cass., 11 novembre 1982, n. 5949, *Giur. it.* 1983, I, 1, 1501; App. Trento, 4 febbraio 1998, *Gius.* 1998, p. 1343; Trib. Milano, 15 settembre 1986, *Banca, borsa, tit. cred.* 1988, II, p. 257; Trib. Torino, 9 dicembre 1980, *Foro it.* 1982, I, c. 555.

<sup>21</sup> Renda, *La contitolarità dei depositi bancari*, Padova, 1981, p. 125.

<sup>22</sup> Cass., 9 ottobre 1998, n. 10028, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2417.

Nel momento in cui l'istituto di credito riceve l'atto di pignoramento, assume gli obblighi propri del custode, relativamente alle somme dovute e nei limiti dell'importo del credito precettato aumentato della metà<sup>23</sup>.

Prima della novella dell'art. 546 c.p.c. si riteneva che notificato l'atto di pignoramento presso terzi<sup>24</sup>, il limite quantitativo delle somme dovute dal terzo al debitore esecutato, che erano rese indisponibili in forza di detto atto, non era determinato dal credito per cui si procedeva, poiché il vincolo di indisponibilità si estendeva all'intero credito vantato dal debitore esecutato verso il terzo pignorato: per l'effetto restavano pignorate le maggiori somme di cui il terzo si riconosceva eventualmente debitore, potendosi soddisfare sulla potenziale eccedenza gli eventuali creditori intervenienti<sup>25</sup>.

Secondo parte della dottrina la presunzione di contitolarietà è superabile nei rapporti interni tra i contitolari e la banca, ma non verso il creditore di uno dei depositanti, in quanto si ritiene che debba stabilirsi l'entità della quota del singolo debitore all'interno del gruppo dei creditori solidali. Ne consegue che il pignoramento avrebbe per oggetto la quota del cointestatario debitore presuntivamente determinata per legge; e gli altri cointestatari potranno seguitare ad esercitare i loro diritti di deposito o di prelievo secondo le modalità previste dal contratto<sup>26</sup>.

La presente tesi non appare condivisibile, in quanto il profilo della responsabilità della banca viene completamente disatteso. Si pensi, infatti, all'ipotesi in cui il creditore del cointestatario aggredisca l'intero saldo di un deposito congiunto solidale o espropri la quota del debitore esecutato in base al valore presunto della stessa, che

<sup>23</sup> Cfr. Collegio ABF Roma, 29 novembre 2013, n. 6184, ove si precisa che: «non appare ragionevole imputare alla iniziativa dell'intermediario la soluzione dei problemi connessi ai diritti dei cointestatari, che invece devono essere affrontati nel corso dell'udienza di cui agli artt. 547 e 548 c.p.c. In particolare il cointestatario leso nel suo diritto, avrà modo di tutelare le sue ragioni proponendo opposizione di terzo ai sensi dell'art. 619 c.p.c. o agendo contro l'assegnatario, quando non avvisato ai sensi dell'art. 180 disp. att. c.p.c., per la ripetizione delle somme riscosse in eccesso».

Il d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito nella l. 6 agosto 2015, n. 132, ha previsto la modifica del primo comma dell'articolo 546, c.p.c., mediante l'aggiunta del seguente periodo: «nel caso di accredito su conto bancario o postale intestato al debitore di somme a titolo di stipendio, salario, altre indennità relative al rapporto di lavoro o di impiego, comprese quelle dovute a causa di licenziamento, nonché a titolo di pensione, di indennità che tengono luogo di pensione, o di assegni di quiescenza, gli obblighi del terzo pignorato non operano, quando l'accredito ha luogo in data anteriore al pignoramento, per un importo pari al triplo dell'assegno sociale; quando l'accredito ha luogo alla data del pignoramento o successivamente, gli obblighi del terzo pignorato operano nei limiti previsti dall'articolo 545 e dalle speciali disposizioni di legge».

<sup>24</sup> Legge 14 maggio 2005, n. 80.

<sup>25</sup> Trib. Rimini (ord.), 28 giugno 2000, in [www.avvocati.rimini.it/foro](http://www.avvocati.rimini.it/foro); Cass., 22 aprile 1995, n. 4584, in *Foro it.*, 1996, c. 3770 con nota critica di Acone, *Note in tema di oggetto del pignoramento di crediti*. Per una ricostruzione sistematica si veda anche: Tota, *Commento sub art. 546 c.p.c.*, in *Commentario al codice di procedura civile*, vol. VI, artt. 474 – 601, a cura di Comoglio – Consolo – Sassani – Vaccarella, Torino, 2013, p. 801.

<sup>26</sup> Salanitro, *Le banche e i contratti bancari*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1983, p. 158.

gli altri contitolari possono vincere in ogni modo. L'importo sul quale il creditore procedente può soddisfarsi non può essere maggiore della quota spettante al cointestatario esecutato, di conseguenza la banca non può *ex ante* determinare la quota spettante a ciascun cointestatario, che dovrà essere stabilita dal giudice dell'esecuzione nel corso del procedimento<sup>27</sup>.

## 5. La cassetta di sicurezza

I beni contenuti nella cassetta di sicurezza possono essere sottoposti sia a sequestro giudiziario o conservativo, sia ad espropriazione mobiliare. Il pignoramento<sup>28</sup> deve essere eseguito nella forma del pignoramento presso il debitore e non secondo le modalità del presso terzi. È preferibile questa soluzione, in quanto l'atto deve essere eseguito presso i locali della banca; inoltre, la banca non è detentrica del contenuto della cassetta, della quale solo il cliente ha la materiale disponibilità giuridica<sup>29</sup>; e ancora: l'istituto di credito non potrebbe rendere la dichiarazione quale terzo, poiché non conosce il contenuto della cassetta, dunque deve limitarsi a dichiarare che il debitore ha l'uso della cassetta<sup>30</sup>. Nella fattispecie in esame vi è anche l'incertezza sulle cose esistenti nella cassetta, in quanto in essa potrebbero non esserci beni o valori.

L'ufficiale giudiziario, nella ricerca degli oggetti da pignorare, può aprire anche i plichi chiusi, sebbene l'intestatario abbia scritto su di essi che si tratta di documenti personali e segreti, non soggetti a pignoramento. Non si può negare all'ufficiale giudiziario detto potere, altrimenti si farebbe dipendere il tutto dalla mera volontà

<sup>27</sup> Maimeri, *Commento sub art. 1836*, in *Commentario del codice civile*, artt. 1803-1860, diretto da Gabrielli, Torino, 2011, p. 411, il quale evidenzia come la banca debba necessariamente bloccare l'intero saldo del rapporto.

<sup>28</sup> Sul punto si veda il Parere ABI 737 – 21 febbraio 2002. Pignoramento di cassetta di sicurezza. Rispetto alla possibilità che le cassette di sicurezza, eventualmente esistenti presso la banca terza pignorata, formino oggetto di un pignoramento genericamente rivolto alle somme o ai titoli depositati presso la banca, ovvero specificamente indirizzato alle dette cassette, occorre preliminarmente osservare che il pignoramento presso terzi si caratterizza per la sua struttura complessa, che si articola nella notificazione al debitore esecutato ed al terzo *debitor debitoris* dell'atto di pignoramento e nella citazione degli stessi. Con riferimento al pignoramento di cassette di sicurezza occorre fare una separata analisi a seconda delle modalità con cui il pignoramento viene eseguito. In primo luogo, la notifica alla banca di un atto di pignoramento presso terzi – genericamente riferito alle somme ed ai titoli eventualmente depositati presso la stessa dall'esecutato – non comporta per l'ente creditizio alcun obbligo di dichiarare l'esistenza di cassette di sicurezza intestate al predetto soggetto; infatti la banca non avrebbe titolo per dichiarare la presenza di dette cassette, dovendosi essa attenere a quanto specificato nell'atto stesso. Diverso comportamento deve invece essere assunto laddove l'intimazione in parola si riferisca esplicitamente anche alle cassette di sicurezza.

<sup>29</sup> Barbiera – Gentile, *Diritto della banca e dei contratti bancari*, Padova, 2003, p. 363.

<sup>30</sup> Ferri, *Cassette di sicurezza*, in *Enc. giur.*, VI, Milano, 1960, p. 463; Liace, *Del servizio bancario delle cassette di sicurezza*, in *Commentario Busnelli*, Milano, 2012, p. 172 *contra* Giannattasio, *La responsabilità della banca nel contratto di abbonamento alle cassette di sicurezza*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1954, p. 624.



del debitore, libero di scrivere cose non vere o inesatte, al fine di sottrarre dei valori e dei titoli all'eventuale esecuzione<sup>31</sup>.

## 6. Il contratto di pronti contro termine

Per quanto concerne il pignoramento presso terzi relativo all'operazione di pronti contro termine occorre distinguere due ipotesi che in concreto possono verificarsi.

L'atto di pignoramento potrebbe essere notificato nell'intervallo di tempo che intercorre tra il perfezionamento del contratto c.d. a termine e la scadenza del termine.

Nel caso in cui il termine sia stato espressamente previsto dalle parti come termine di adempimento, il trasferimento della proprietà si produce al momento dell'accordo; mentre l'adempimento viene ad essere posticipato ad un momento successivo; la banca nella qualità di terza pignorata dovrà limitarsi a dichiarare solo il credito del cliente al pagamento del prezzo<sup>32</sup>.

Qualora il termine si riferisce sia all'adempimento sia all'efficacia, l'effetto reale si produce in un momento successivo all'accordo, essendo posposto ad un momento successivo l'adempimento dell'obbligazione. In ipotesi di pignoramento presso terzi la banca deve dichiarare l'esistenza dei titoli, nonché il credito del cliente al pagamento del prezzo, precisando che il possesso dei titoli e il credito del cliente nascono dal medesimo rapporto giuridico.

## 7. L'assegno bancario e circolare

L'incasso di un assegno post-datato, successivo alla notificazione del pignoramento, non è opponibile al creditore pignorante *ex art.* 2917 c. c. anche se la dazione dell'assegno al creditore, da parte del debitore esecutato, abbia preceduto il pignoramento<sup>33</sup>. Invero, ciò che rileva come fatto estintivo dell'obbligazione non è la dazione dell'assegno, ma la sua presentazione per l'incasso e l'incasso effettivo<sup>34</sup>, così come, in caso di pagamento con assegno bancario, l'estinzione dell'obbligazione con effetto liberatorio per il debitore si verifica solo quando il creditore acquista concretamente la disponibilità della somma di denaro.

Nessun problema sorge qualora la notifica del pignoramento presso terzi intervenga in un momento successivo all'adempimento del mandato da parte della banca, ovvero quando l'istituto di credito abbia già eseguito l'incarico di rendere disponibile

<sup>31</sup> Giannattasio, *Vent'anni di giurisprudenza sui contratti bancari*, Milano, 1964, p. 111.

<sup>32</sup> Morera – Longo, *op. cit.*, p. 433.

<sup>33</sup> Cass., 20 aprile 2012, n. 6265, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 4, p. 520.

<sup>34</sup> Cass., Sez. Un., 4 giugno 2010, n. 13658, in *Il civilista*, 2011, 6, p. 42.

sul conto del cliente/debitore esecutato la provvista solo in precedenza contabilmente accreditata. La banca è sicuramente terzo pignorabile a prescindere dalla valuta riconosciuta al cliente.

Altra ipotesi è rappresentata dalla notifica del pignoramento antecedente l'esecuzione del mandato da parte dell'azienda di credito. Qualora la banca abbia solo contabilmente proceduto all'accredito dell'importo dell'assegno sul conto intestato al cliente/debitore esecutato, ciò rappresenta una semplice appostazione, quindi la somma non è pignorabile in quanto non esiste un credito del cliente verso la banca. Sul punto è stato osservato che: «è altresì indiscutibile che lo stesso cliente vanti un vero e proprio credito di restituzione nei confronti dell'azienda bancaria, pur condizionato all'effettivo pagamento del titolo da parte della trattaria»<sup>35</sup>, ma ciò nonostante non si può parlare di pignorabilità delle somme.

Si pensi, ancora, all'ipotesi in cui il cliente sia titolare di un rapporto di affidamento che lo legittima all'utilizzo degli importi degli assegni sul conto prima del loro incasso. In questo caso la somma è pignorabile, poiché esiste un diritto di credito condizionato di restituzione nei confronti della banca<sup>36</sup>. Occorre però precisare che l'intermediario non può disporre delle somme che costituiscono il c.d. "margine disponibile", assegnandole al creditore del correntista che proceda per via esecutiva, qualora il titolare del conto non abbia utilizzato il predetto margine disponibile. Le somme che costituiscono il margine disponibile non possono essere considerate alla stregua di un credito vantato dal cliente nei confronti della propria banca e, per questo, in caso di pignoramento presso terzi, non possono costituire oggetto di pignoramento per poi soddisfare con esse l'iniziativa esecutiva del creditore. Le somme oggetto del contratto di affidamento concluso tra il cliente e la banca hanno funzione ripristinatoria della provvista e corrispondono a un credito che diventa attuale solo se il cliente lo richiama o comunque se si realizza il presupposto di utilizzo delle relative somme<sup>37</sup>.

In relazione all'assegno circolare il pignoramento deve essere eseguito presso il debitore esecutato, il prenditore o il giratario del titolo. L'art. 1997 c.c. dispone che il pignoramento sul diritto menzionato in un titolo di credito non ha effetto se non si attua sul titolo. È nullo il pignoramento che venga eseguito nelle forme del pigno-

<sup>35</sup> Morera – Longo, *op. cit.*, p. 431.

<sup>36</sup> Morera – Longo, *op. cit.*, p. 432. Sull'ammissibilità del pignoramento di un credito sottoposto a condizione si vedano: Cass., 4 dicembre 1987, n. 9027, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 406; Cass., 25 giugno 1994, n. 6206, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 462.

<sup>37</sup> Sul tema si veda Collegio ABF di Napoli, 19 aprile 2013, n. 2052. Nel caso esaminato dall'ABF il saldo sul conto corrente intestato al ricorrente risultava essere positivo, pertanto l'intermediario non aveva alcuna possibilità di rendere attuale, di sua iniziativa, il credito su cui il cliente poteva contare per reintegrare la provvista e che costituiva il c.d. "margine disponibile".

ramento presso terzi, relative al pignoramento dei crediti<sup>38</sup>; ed il vincolo esaurisce la propria efficacia sul diritto *ex chartula*, senza estendersi al rapporto sottostante<sup>39</sup>.

## 8. Il conto corrente cointestato

Un aspetto che deve essere chiarito è se il creditore di uno dei contitolari del conto corrente possa aggredire l'intero saldo, con particolare riferimento all'ipotesi di operatività disgiunta; pertanto non si può prescindere, nella presente analisi, dalla tutela della posizione degli altri cointestatari del conto.

Sul punto la giurisprudenza ha precisato che difetta di interesse ad agire il cointestatario del conto corrente pignorato quando i fondi ivi contenuti non siano tutti di sua spettanza, in quanto il pignoramento di conto cointestato deve ritenersi eseguito sulla metà del saldo esistente all'atto della notifica del pignoramento e della successiva dichiarazione del terzo. In base al combinato disposto di cui agli artt. 1854 e 1298, comma 2 c.c., in assenza di prova contraria, gli intestatari del conto corrente sono considerati creditori solidali della banca e le rispettive quote si presumono uguali. Né vale a giustificare l'opposizione, il fatto che il terzo pignorato ha dichiarato di avere tenuto a disposizione di giustizia l'intera somma giacente sul conto cointestato, così limitandone la disponibilità al cointestatario, in quanto ciò non consente in alcun modo di affermare che il pignoramento promosso abbia colpito anche la quota del cointestatario delle somme giacenti sul conto corrente intestato anche al debitore<sup>40</sup>. Nel momento in cui il pignoramento riguarda l'intero saldo, la legittimazione a proporre opposizione agli atti esecutivi non spetta soltanto al debitore ed al terzo assoggettato all'esecuzione, ma spetta in proprio a tutti coloro che, partecipanti al procedimento esecutivo, siano interessati al suo regolare svolgimento allo scopo di evitare il danno derivante dal compimento di atti con conformi alla legge<sup>41</sup>.

Alla presente fattispecie si applicano gli artt. 599 e 600 c.p.c., dettati per l'espropriazione di beni indivisi, incombendo sul creditore procedente di notificare l'avviso di pignoramento agli altri cointestatari, al fine di consentire al giudice dell'esecuzione la "separazione della quota" di pertinenza del debitore. Sul punto in dottrina esistono diverse posizioni; vi è chi sostiene che a seguito del pignoramento nessun contitolare può operare sul conto<sup>42</sup>; chi, invece, ritiene che l'operatività è paralizzata

<sup>38</sup> Cass., 7 aprile 1990, n. 2917, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, p. 54; Cass., 7 luglio 1993, n. 7394, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, p. 1122; Cass., 6 dicembre 2004, n. 22876, in *Giust. civ. Mass.*, 2005.

<sup>39</sup> Cass., 14 marzo 1980, in *Mass. Foro it.*, 1980, n. 1724.

<sup>40</sup> Trib. Milano, 29 settembre 2005, in *Juris Data*.

<sup>41</sup> Cass., 17 agosto 1990, n. 8370, in *Giust. civ. Mass.*, 1990.

<sup>42</sup> Renda, *op. cit.*, p. 117.

per il solo debitore esecutato e non anche per gli altri cointestatari, ai quali però è preclusa la facoltà di procedere al prelevamento dell'intero saldo<sup>43</sup>.

La soluzione va ricercata mediante l'applicazione dell'art. 546 c.p.c., ovvero il terzo non si libera pagando l'intero importo ad uno dei concreditori non esecutati; così come non può adempiere in parte per la quota di spettanza di uno dei concreditori, in danno anche del creditore precedente, altrimenti vi è la violazione dell'art. 543 c.p.c. Non può negarsi al terzo la facoltà di estinguere l'obbligazione nei confronti dei concreditori pagando la restante somma dovuta, detratto l'importo vincolato *ex art.* 543 c.p.c.

In merito agli ordini e alle annotazioni anteriori alla data di notifica del pignoramento non vi è nessun problema per la banca essendo possibile procedere all'esecuzione delle operazioni senza incorrere in contestazioni; mentre diversa è l'ipotesi in cui gli ordini sono stati impartiti prima del pignoramento ed eseguiti successivamente. In merito ci si è chiesti se sia possibile applicare l'art. 521 c.p.c. In questo caso la banca che verifica la tempestività dell'ordine rispetto alla notifica dell'atto di pignoramento può chiedere al giudice l'autorizzazione al pagamento. È il giudice che deve valutare il dato di attendibilità degli elementi che possono far configurare un'effettiva anteriorità dell'ordine.

Al fine di evitare comportamenti elusivi da parte del debitore/esecutato, si pensi, ad esempio a un ordine impartito antecedentemente alla notifica dell'atto di pignoramento, di cui si ha certezza sulla data: in tal caso la banca non incorre in nessuna responsabilità, essendo tenuta a verificare la certezza dell'anteriorità della data rispetto al giorno in cui è stato notificato il pignoramento. Nel momento in cui l'atto di pignoramento viene notificato al contitolare esecutato, quest'ultimo non può porre in essere atti di disposizione essendo le somme vincolate ai sensi dell'art. 546, 1° comma, c.p.c., ma qualora uno dei contitolari, all'oscuro del pignoramento, impartisca alla banca, prima che a quest'ultima sia notificato l'atto di pignoramento, l'ordine di prelievo dell'intero saldo, nessuna responsabilità può sorgere in capo all'istituto di credito. In questo caso si potrebbe ipotizzare l'applicazione dell'art. 2914 c.c. in tema di alienazioni anteriori al pignoramento.

Ulteriore aspetto che deve essere esaminato è quello relativo alla separazione della quota del contitolare esecutato. Qualora la somma precettata, aumentata della metà, superi quella spettante al contitolare esecutato, gli effetti del pignoramento finiscono per riflettersi anche nei rapporti interni con gli altri contitolari. In questa

---

<sup>43</sup> Grasso, *L'espropriazione della quota*, Milano, 1957, p. 268 ss. *contra* Natoli, *In tema di pignoramento a carico di uno dei depositanti nell'ipotesi dell'art. 1854 c.c.*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1953, p. 65, il quale ritiene che i contitolari possono richiedere anche l'intero saldo del conto, salvo poi l'eventuale regresso del pignorante per la parte spettante al contitolare pignorato.

circostanza appare opportuno sottolineare che indipendentemente dalla cointestazione del rapporto e dal numero dei contitolari, il vincolo deve incidere nei limiti del valore del precetto, aumentato della metà, e non sull'intero saldo. I conflitti che possono sorgere tra il creditore pignoratizio e i contitolari possono essere così risolti: 1) la banca deve rendere la dichiarazione di quantità indicando non solo la somma di cui è debitrice, ma anche che il conto è cointestato ad altri soggetti; 2) l'istituto di credito deve precisare se vi sono altre misure cautelari gravanti sul conto corrente; 3) il creditore precedente deve, ai sensi dell'art. 599 c.p.c., notificare l'avviso a tutti i cointestatari del conto per consentire la separazione della quota; 4) in caso di contestazione sull'entità del saldo o sulla quota da attribuire al debitore esecutato il conflitto dovrà essere risolto dal giudice dell'esecuzione<sup>44</sup>. Il terzo non può essere gravato dell'obbligo di verificare la provenienza delle somme e di risolvere i problemi relativi ai limiti di pignorabilità del credito spettante al debitore esecutato; invero, ai sensi dell'art. 1298, 2° comma, c.c. le quote spettanti ai cointestatari si presumono uguali, a meno che la parte interessata dimostri che la quota a lei spettante sia maggiore.

### 8.1. Conto corrente cointestato e comunione tra i coniugi

Una particolare connotazione può assumere l'ipotesi in cui il conto corrente non solo sia cointestato a più contitolari ma che uno di essi (od anche tutti) sia (o siano) in regime di comunione legale. Il creditore personale di uno solo dei contitolari dovrà notificare l'avviso ai sensi dell'art. 599, 2° comma, c.p.c. agli altri cointestatari del rapporto, ma anche ai rispettivi coniugi, i quali pur non potendo disporre del conto, avrebbero diritto a partecipare all'udienza *ex art.* 600 c.p.c., in quanto soggetti interessati alla separazione della quota.

Sostanzialmente si nega che il creditore possa aggredire la quota della comunione legale, dovendosi intraprendere l'esecuzione sui singoli beni. Applicando detto principio al saldo del conto corrente cointestato, l'espropriazione non porta all'acquisizione, da parte del creditore precedente, di una somma superiore alla metà del saldo.

<sup>44</sup> ABF Collegio di Napoli, 13 dicembre 2012, n. 4232; ABF Collegio di Milano, 16 marzo 2012, n. 799, ove è stato precisato che nei rapporti interni tra i contitolari il saldo si divide in parti uguali, ma che tale divisione non è opponibile ai terzi, ritenendo non applicabile l'art. 599 c.p.c. sul presupposto che, in forza dell'art. 1854 c.c., ciascuno dei cointestatari del conto risponde per l'intero saldo attivo. Diversamente orientato Bontempi, *Espropriazione e conto corrente cointestato*, in *Riv. trim. di economia e diritto*, 2005, p. 18, il quale in modo condivisibile evidenzia che una simile soluzione sembra avere un vizio logico, dato che si confonde la legittimazione dei cointestatari del conto con il profilo della titolarità delle somme depositate. Per una ricostruzione del rapporto di conto corrente nei responsi dell'ABF si vedano: Lener – Bentivegna, *Il conto corrente bancario nella giurisprudenza dell'Abf*, in *Rivista di Diritto Bancario*, [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), 2014, p. 16.

Il diritto di credito non è suscettibile di costituire oggetto di comunione legale, il denaro ottenuto a titolo di prezzo per l'alienazione di un bene personale rimane nella esclusiva disponibilità del coniuge alienante anche quando esso venga dal medesimo coniuge depositato sul proprio conto corrente. Questa titolarità non muta in conseguenza della mera circostanza che il denaro sia stato accantonato sotto forma di deposito bancario, giacché il diritto di credito relativo al capitale non può considerarsi modificazione del capitale stesso, né è d'altro canto configurabile come un acquisto nel senso indicato dall'art. 177, comma 1, lett. a) c.c., cioè come un'operazione finalizzata a determinare un mutamento effettivo nell'assetto patrimoniale del depositante<sup>45</sup>.

Costituiscono oggetto della comunione *de residuo*, ai sensi dell'art. 177 lett. c) c.c., non solo quei redditi «per i quali si riesca a dimostrare che sussistano ancora al momento dello scioglimento della comunione ma anche quelli, percepiti e percepibili, rispetto ai quali il coniuge titolare non riesca a dimostrare che siano stati consumati o per il soddisfacimento dei bisogni della famiglia o per investimenti già caduti in comunione»<sup>46</sup>. I proventi dell'attività del coniuge, rientrano nella comunione se al momento dello scioglimento non sono stati consumati; pertanto, occorre fornire la prova che la disponibilità sul conto deriva da proventi di attività separata. In merito è stato osservato che: «anche se fosse fornita tale prova, nel caso di espropriazione del saldo di conto corrente bancario, l'acquisizione di somme da parte del creditore personale del coniuge rientrerebbe nella nozione di “consumazione” di cui alla lett. c) del 1° comma dell'art. 177, con la conseguenza che neanche in tal caso potrà essere ostacolata la separazione *ex art. 600 c.p.c.*»<sup>47</sup>.

Infine, ci si chiede se il versamento di somme di denaro o titoli di esclusiva appartenenza a uno solo dei coniugi su un conto corrente cointestato o un deposito titoli amministrato cointestato possa configurare una donazione indiretta. Parte della giurisprudenza di merito ha sostenuto che il versamento compiuto da un coniuge in favore dell'altro su un conto cointestato ad entrambi, fa desumere un intento liberale sulla base della relazione matrimoniale<sup>48</sup>. Così come non può escludersi che, nell'ambito di un procedimento negoziale complesso, anche il contratto di deposito titoli a custodia e in amministrazione possa essere utilizzato, attraverso la contitolarità, per realizzare in modo indiretto un intento liberale<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Cass., 20 gennaio 2006, n. 1197, in *Guida al Diritto*, 2006, 13, p. 82.

<sup>46</sup> Cass., 17 novembre 2000, n. 14897, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, p. 2357.

<sup>47</sup> Rubino De Ritis, *La cointestazione del conto corrente bancario*, 2008, p. 160.

<sup>48</sup> Trib. Palermo, 9 luglio 2001, in *Famiglia e diritto*, 2002, 3, p. 307.

<sup>49</sup> Cass., 22 settembre 2000, n. 12552, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 393 *contra* Cass., 1° ottobre 1999, n. 10850, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2920: «La sola cointestazione del contratto di custodia e amministrazione di titoli a

Anche se nella pratica risulta difficile sostenere: «l'esistenza di una donazione indiretta, quando il donante è lui stesso uno dei cointestatari, proprio perché non sussisterebbe il suo impoverimento, giacché comunque egli rimane contitolare del conto»<sup>50</sup>. Detta fattispecie ha una sua rilevanza ai fini della pignorabilità delle somme depositate, in quanto comporta una diversa ripartizione delle quote.

## 9. La compensazione

È frequente nella prassi che un soggetto intrattenga con la medesima banca più rapporti di conto corrente o deposito, di conseguenza non va esclusa l'ipotesi che tra i predetti soggetti maturino dei crediti reciproci, tali da poter essere compensati<sup>51</sup>.

Nella fattispecie in esame ove la banca è terza pignorata occorre precisare che nessun problema sorge qualora la compensazione si perfeziona e produce i suoi effetti estintivi prima della notifica dell'atto di pignoramento.

Assume contorni ben più complessi nel momento in cui gli effetti estintivi della compensazione non si sono ancora verificati al momento della notifica dell'atto di pignoramento.

In questo caso è necessario partire dall'art. 2917 c. c., che così dispone: «se oggetto del pignoramento è un credito, l'estinzione di esso per cause verificatesi in epoca successiva al pignoramento non ha effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nell'esecuzione». La banca nella qualità di terza pignorata non può procedere alla compensazione, sotto un profilo temporale, dal momento in cui riceve la notifica dell'atto di pignoramento e non dal momento in cui rende

---

coniugi in regime di separazione dei beni non è sufficiente a dimostrare la volontà del coniuge, con il denaro del quale i titoli sono stati acquistati, di disporre della metà dei beni a titolo di liberalità».

<sup>50</sup> Bontempi, *op. cit.*, 2005, p. 27.

<sup>51</sup> L'art. 11 della Circolare ABI LG/000906 del 25 febbraio 2005 a sua volta estensivamente modellato sulla scorta dell'art. 1853 c.c. dispone: «Quando esistono tra l'Azienda di credito ed il correntista più rapporti o più conti di qualsiasi genere o natura, anche di deposito, ancorché intrattenuti presso altre Dipendenze italiane o estere, ha luogo in ogni caso la compensazione di legge ad ogni suo effetto. L'Azienda di credito ha altresì il diritto di valersi della compensazione ancorché i crediti, seppure in monete differenti, non siano liquidi ed esigibili e ciò in qualunque momento senza obbligo di preavviso e/o formalità, fermo restando che dell'intervenuta compensazione – contro cui non potrà in ogni caso eccepirsi la convenzione di assegno – l'Azienda di credito darà prontamente comunicazione al correntista». La contestazione del cliente che, a fronte della intervenuta operazione di compensazione, lamenti di non esserne stato prontamente informato e di essere andato incontro, per tale motivo, a conseguenze pregiudizievoli impone al giudice di valutare il comportamento della banca alla stregua del principio della buona fede nell'esecuzione del contratto, al fine di verificare, sulla base delle circostanze del caso concreto, se l'invio della comunicazione sia stato o meno tempestivo ovvero se l'eventuale ritardo possa ritenersi giustificato, atteso che la violazione dell'obbligo di pronta comunicazione, se non incide sulla validità ed efficacia dell'operazione di compensazione, da ritenersi perfezionata in forza della mera annotazione in conto della posta passiva proveniente dall'altro rapporto, può tuttavia essere fonte, per la banca, di una responsabilità per risarcimento danni. Cfr. Cass., 28 settembre 2005, n. 18947, in *Giust. civ. Mass.*, 2005. Si veda anche Collegio ABF di Roma, 18 luglio 2014, n. 4658.

la dichiarazione di quantità<sup>52</sup>. Infatti, l'art. 546 c.p.c. prevede che il terzo è soggetto, dal giorno in cui gli viene notificato l'atto di pignoramento, agli obblighi che la legge impone al custode, pertanto non può ricondursi il perfezionamento del pignoramento alla data in cui la banca rende la dichiarazione di terzo, anche perché in caso contrario l'istituto di credito ricevendo per primo l'atto di pignoramenti sfrutterebbe questa posizione per procedere alla compensazione. Lo stesso art. 2917 c.c. fa riferimento alla notifica dell'atto di pignoramento e non alla dichiarazione di quantità.

Altro aspetto che rileva nella presente trattazione è dato dalle modalità di attuazione della compensazione. In giurisprudenza è controverso se la compensazione legale disciplinata dall'art. 1853 c.c., possa operare anche quando i rapporti o i conti siano entrambi ancora in corso, come si è sostenuto in alcuni casi<sup>53</sup>, o presupponga all'opposto che entrambi i rapporti o i conti siano chiusi<sup>54</sup>. La compensazione ex art. 1853 c.c. esige che almeno il conto su cui è presente il saldo passivo, ovvero il debito verso la banca sia chiuso e quindi sia esigibile, e al contempo sia in corso un distinto rapporto di conto intestato al medesimo cliente con un saldo attivo, nel quale la posta passiva proveniente dal primo conto possa essere annotata<sup>55</sup>. Secondo quanto prevedono gli artt. 1823, 1° comma e 1852 c.c., il contratto di conto corrente obbliga le parti solo all'annotazione dei crediti derivanti dalle reciproche rimesse; dunque, il rapporto di conto corrente unifica tutte le ragioni di reciproco credito delle parti, escludendo che possano essere considerate come effetto di successive compensazioni le riduzioni o gli accrescimenti del credito disponibile per il correntista<sup>56</sup>.

L'art. 1853 c.c. ammette la possibilità di una compensazione, salvo patto contrario, solo tra i saldi, attivi e passivi, della pluralità di conti eventualmente esistenti tra la banca e il correntista<sup>57</sup>. Il saldo di ciascun conto è solo il risultato delle annotazioni delle singole poste attive e passive di un rapporto unitario. La sua annotazione come posta di un conto distinto presuppone non solo che sia in corso tra le stesse

<sup>52</sup> Assume posizione difforme dal testo Colesanti, *Pignoramento presso terzi*, in *Enc. giur.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 850 ss.

<sup>53</sup> Cass., 17 luglio 1997, n. 6558, in *Corriere giur.*, 1998, p. 90.

<sup>54</sup> Cass., 3 maggio 2007, n. 10208, in *Riv. dottori comm.*, 2007, 6, p. 1133.

<sup>55</sup> Cass., 5 febbraio 2009, n. 2801, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 2, p. 180; Cass., 11 maggio 1998, n. 4735, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2000, II, p. 110.

<sup>56</sup> Cass., 1° luglio 2008, n. 17954, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 7-8, p. 1066.

<sup>57</sup> In tema di pignoramento individuale presso terzi di somma depositata su conto corrente bancario, non è precluso al terzo che abbia reso la dichiarazione positiva ex art. 547 c.p.c. nel procedimento espropriativo, in seguito dichiarato improcedibile per il sopravvenuto fallimento del debitore, di eccepire, nel giudizio ordinario intrapreso dal fallimento in luogo del debitore per il pagamento del saldo del conto corrente, la compensazione con riguardo al credito vantato dalla banca verso il fallimento in forza di un distinto rapporto di conto corrente, ai sensi dell'art. 56 l.f. In tal senso si veda Cass., 4 marzo 2015, n. 4380, in *www.dirittobancario.it*



parti il conto nel quale l'annotazione debba essere effettuata, ma anche che il relativo credito sia esigibile. Infatti, se uno dei conti è assistito da apertura di credito, il credito della banca diventa esigibile, e quindi compensabile con i saldi attivi di altri conti dello stesso cliente, soltanto alla scadenza del termine o del preavviso previsti dall'art. 1845 c.c.<sup>58</sup>.

La compensazione opera solo tra saldi che derivano da rapporti giuridici distinti che intercorrono tra la banca e il cliente, rapporti che siano poi stati chiusi. Non può intendersi come compensazione, in senso tecnico-giuridico, quella che opera all'interno dei singoli rapporti in essere tra banca e cliente, poiché si tratta di un fatto meramente contabile<sup>59</sup>.

Va infine analizzato l'aspetto relativo al momento in cui può considerarsi estinto il credito per compensazione. L'effetto estintivo deve essere ricollegato alla coesistenza dei debiti<sup>60</sup>, quindi la banca, qualora abbia chiuso i conti prima della notificazione dell'atto di pignoramento, potrà considerare perfezionata ed efficace la compensazione e di conseguenza renderà una dichiarazione negativa.

## 10. Variazioni del rapporto

Il rapporto tra banca e cliente può subire delle modifiche anche nel periodo che intercorre tra la notifica dell'atto di pignoramento e la dichiarazione rilasciata dall'istituto di credito in qualità di terzo. In questo caso è necessario comprendere quali siano le sorti delle somme che vanno ad incrementare la posizione "debitoria" della banca nei confronti del proprio cliente/debitore esecutato.

In relazione agli interessi che sono maturati tra la data di notifica dell'atto di pignoramento e la dichiarazione di quantità trova applicazione l'art. 2912 c.c., che prevede l'estensione del pignoramento agli accessori, le pertinenze e i frutti della cosa pignorata.

Qualche incertezza potrebbe sorgere in relazione all'estensione del vincolo alle rimesse dirette o gli accrediti, ad esempio, di assegni bancari o bonifici. In questo caso si ritiene che il vincolo sia estendibile anche a dette rimesse che medio tempo

<sup>58</sup> Cass., 30 maggio 2013, n. 13658, *Giustizia civ. Mass.*, 2013.

<sup>59</sup> In tal senso si vedano Terranova, *Conti correnti bancari e revocatoria fallimentare*, Milano, 1982, p. 72; Santoro, *Il conto corrente bancario*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, p. 1992, p. 117 ss.; Morera – Longo, *op. cit.*, p. 437.

<sup>60</sup> Bianca, *Diritto civile, 4, L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 493 *contra* Perlingieri, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1975, p. 284 ss., il quale fa dipendere l'effettivo estintivo da un atto di volontà del debitore, costituente poi elemento integrativo della fattispecie legale. Aderendo a questa tesi la banca è inibita dal rendere una "dichiarazione" di compensazione, pertanto dovrà rendere una dichiarazione che evidenzia il proprio debito nei confronti del cliente esecutato. La presente posizione non può condividersi, in quanto la compensazione legale estingue i debiti nel momento stesso in cui essi vengono a coesistere *ex art.* 1242 c.c.

sono state accreditate prima della dichiarazione del terzo, in quanto l'art. 547, 1° comma, c.p.c. fa riferimento alle somme di cui è debitore il terzo, dunque, il richiamo è al contenuto della dichiarazione; mentre diversa sarebbe stata la formulazione della norma qualora il rinvio fosse stato rapportato alla data di notifica dell'atto di pignoramento. Il legislatore, in questo caso avrebbe fatto menzione alle «somme di cui *era* debitore alla data di notifica del pignoramento».

Il terzo risulta essere custode non solo delle somme pignorate, ma anche di quelle accreditate successivamente alla notifica del pignoramento, anche perché la banca potrebbe a tale data non essere neppure *debitor debitoris* del proprio cliente/debitore esecutato, ma solo successivamente divenire “debitore”, e quindi chiamata a rendere una dichiarazione positiva.

## 11. I titoli dematerializzati

La dematerializzazione dei titoli di credito, secondo il regime compiutamente attuato dal d. lgs. 24 giugno 1998, n. 213, superando la fisicità del titolo, anche agli effetti della costituzione del pegno, non consente di prescindere dallo spossessamento ma consente soltanto forme di consegna e di trasferimento virtuali, senza la movimentazione o addirittura neppure la creazione del supporto cartaceo, ma non elimina la necessità dell'individuazione del titolo, a norma dell'art. 1378 c.c., attraverso meccanismi alternativi di scritturazione<sup>61</sup>.

L'art. 1997 c.c., nel disporre che il pignoramento ed ogni altro vincolo sul diritto menzionato in un titolo di credito o sulle merci da esso rappresentate non ha effetto se non si attuano sul titolo, trova spiegazione nella circostanza che, se il pignoramento o il vincolo si attuassero con la mera ingiunzione al terzo in possesso del titolo di non pagare al debitore, il terzo – non risultando impedita la circolazione del titolo – si troverebbe esposto a pagare due volte, cioè al creditore precedente assegnatario del credito documentato dal titolo ed al suo portatore, legittimato a preten-derne il pagamento secondo la legge di circolazione del titolo. Tuttavia, allorquando il titolo di credito sia in possesso di un terzo in forza di un rapporto che non gli at-

<sup>61</sup> Cass., 27 ottobre 2006, n. 23268, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2008, II, p. 308; Callegari, *Il pegno su titoli dematerializzati*, Milano, 2004, p. 182; ABF Collegio di Milano, 2 gennaio 2014, n. 6. Si veda anche Trib. Milano, 8 luglio 2013, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2014, p. 555, ove si afferma che la costituzione del pegno su titoli dematerializzati avviene mediante la registrazione in appositi conti tenuti dall'intermediario, così come, nell'ordinaria disciplina del pegno dei beni mobili, la costituzione del vincolo avviene con la consegna della cosa o del documento. Infatti, i vincoli gravanti sugli strumenti finanziari immessi nel sistema si trasferiscono, senza effetti novativi, sui diritti del depositante con la girata alla società di gestione accentrata; le annotazioni dei vincoli sui certificati si hanno per non apposte; di ciò è fatta menzione sul titolo. Detti vincoli e quelli costituiti successivamente risultano da apposito registro tenuto dal depositario in conformità agli artt. 2215, 2216 e 2219 c.c.

tribuisca la titolarità del credito, ma solo la legittimazione ad esercitare per conto del titolare i diritti nascenti dal titolo, come accade nel caso di deposito di titoli in amministrazione ed in particolare in relazione ai titoli che sono assoggettati alla disciplina della dematerializzazione, il pignoramento si può eseguire presso il terzo, essendo il titolo una cosa del debitore posseduta dal terzo stesso<sup>62</sup>. Rientra nei doveri del custode, e perciò dell'intermediario per effetto del pignoramento, eseguire la registrazione del vincolo nel conto da lui tenuto.

Alcuni autori, di recente, hanno evidenziato che, nel caso di specie, il pignoramento deve eseguirsi secondo le modalità del presso terzi, ma non nei confronti dell'emittente quale *debitor debitoris*, ma nei confronti dell'intermediario, quale conservatore dei titoli per conto del partecipante al sistema, integrate dalle prescrizioni in materia di espropriazione di beni indivisi, richiamate dall'art. 87 t.u.f., quando i valori sono accentrati in regime di deposito<sup>63</sup>.

## 12. Funzioni di tesoreria

Una particolare attenzione merita la posizione della banca, nella qualità di terza pignorata, qualora svolga le funzioni di tesoreria. In merito è necessario distinguere se la procedura esecutiva sia volta contro soggetti privati, quali potenziali beneficiari di titoli di spesa, oppure contro uffici centrali o periferici dello Stato o altri enti pubblici.

Nella prima ipotesi la tesoreria si limita a restituire i titoli all'amministrazione emittente rappresentando nella dichiarazione di terzo soltanto di aver sospeso il pagamento dei titoli e di aver trasmesso gli atti all'amministrazione ordinatrice della spesa, ovvero di non aver ricevuto titoli di spesa intestati al debitore<sup>64</sup>.

Qualora, invece, l'atto impeditivo sia rivolto contro uffici centrali o periferici dello Stato, aziende e amministrazioni autonome statali, ovvero altri enti pubblici o enti operanti nel settore dei pagamenti pubblici, la tesoreria vincola le eventuali disponibilità del debitore esecutato nella misura stabilita dalla legge e rende la conseguente dichiarazione di terzo. Ove non esistano ovvero siano insufficienti le disponibilità dell'Amministrazione centrale esecutata, la Tesoreria vincola le di-

<sup>62</sup> Cass., 28 febbraio 2007, n. 4653, in *Giust. civ. Mass.*, 2007.

<sup>63</sup> Cian, *Commento sub art. 87*, in *Il testo unico della finanza*, a cura di Fratini e Gasparri, Torino, 2012, p. 1013; Briolini, *Commento sub art. 87*, in *Testo Unico della Finanza*, a cura di Campobasso, Torino, 2002, p. 711; Martorano, *Titoli di credito. Titoli non dematerializzati*, in *Trattato di diritto civ. e comm.*, già diretto da Cicu, Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 2002, p. 613 *contra* Corsini, *L'espropriazione degli strumenti finanziari dematerializzati (problemi e prospettive)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 2004, p. 97, il quale esclude l'applicabilità del pignoramento presso terzi.

<sup>64</sup> Vedasi art. 165, commi 2 e 3, I.S.T. (Istruzioni sul Servizio di Tesoreria dello Stato).

sponibilità eventualmente esistenti delle Amministrazioni periferiche da essa dipendenti<sup>65</sup>.

La dichiarazione di terzo riguardante procedure esecutive di interesse della tesoreria dello Stato è resa con le modalità disciplinate dal c.p.c., pertanto la dichiarazione al creditore precedente deve essere inviata a mezzo raccomandata o a mezzo posta elettronica certificata.

L'art. 167, 1° comma, I.S.T. dispone che ciascuna tesoreria rende la dichiarazione di quantità con le modalità previste dal c.p.c. esclusivamente con riguardo ai conti accesi presso la stessa, ai titoli di spesa e ai cespiti giacenti presso la medesima<sup>66</sup>. Di conseguenza un pignoramento notificato a una tesoreria non è ritenuto idoneo a far sorgere un obbligo di accantonamento in capo al restante sistema, questo perché in caso di pignoramenti contro la pubblica amministrazione l'individuazione del debitore non è sempre agevole. Infatti presso la Tesoreria dello Stato affluiscono le disponibilità destinate alle singole amministrazioni e ognuna ha una propria organizzazione, una soggettività giuridica distinta e una propria legittimazione sostanziale e processuale nei confronti dei terzi.

Nel momento in cui viene individuata l'amministrazione esecutata, qualora si tratti di un'amministrazione centrale e non esistono fondi di sua pertinenza, ovvero tali fondi siano insufficienti, la tesoreria vincola gli eventuali fondi di pertinenza delle amministrazioni periferiche

da essa dipendenti. La tesoreria soddisfa l'obbligo imposto al terzo dalla legge vincolando e dichiarando i soli fondi presenti tra la data della notifica dell'atto di pignoramento e quella della resa della dichiarazione di terzo, che in base alla legge deve aver luogo entro il decimo giorno dalla notifica dell'atto di pignoramento.

Le tesorerie eseguono tempestivamente, e comunque nel termine previsto dalla legge, le ordinanze di assegnazione di somme oggetto di pignoramento; qualora i creditori non richiedano una diversa modalità di pagamento, l'espropriazione viene eseguita trasmettendo al domicilio eletto del creditore un vaglia cambiario non trasferibile della Banca d'Italia a lui intestato a mezzo del servizio postale mediante piego assicurato.

I crediti incorporati in ordinanze di assegnazione sono soggetti al termine decennale di prescrizione. Invece, qualora si tratta di enti e istituti esercenti forme di previdenza e assistenza obbligatorie organizzati su base territoriale, l'ordinanza che dispone, ai sensi dell'art. 553 c.p.c., l'assegnazione dei crediti in pagamento, perde

<sup>65</sup> La Tesoreria trasmette alle Amministrazioni interessate, all'Avvocatura dello Stato e ai funzionari delegati copia dell'atto impeditivo e della dichiarazione di terzo.

<sup>66</sup> Gubitosi, *Disciplina di Tesoreria dello Stato*, in *Le espropriazioni presso terzi*, a cura di Auletta, Bologna, 2011, pp. 384-385.

efficacia se il creditore precedente, entro il termine di un anno dalla data in cui è stata emessa, non provvede all'esazione delle somme assegnate<sup>67</sup>.

Il punto centrale della presente disamina è rappresentato dalla problematica riguardante l'applicazione da parte della tesoreria delle norme che sanciscono l'impignorabilità di risorse destinate ad assicurare funzioni pubbliche che l'ordinamento riconosce meritevoli di una tutela speciale. L'art. 168, I.S.T. stabilisce che in tutti i casi in cui l'ordinamento giuridico riconosca impignorabili determinate disponibilità, le tesorerie sono tenute ad apporre ugualmente il vincolo ad eccezione dei soli casi in cui norme di legge espressamente le esonerino dell'obbligo di accantonare. In tale ultimo caso le tesorerie dovranno rendere la dichiarazione indicando le eventuali disponibilità di pertinenza dell'amministrazione debitrice e dichiarando di non aver apposto il vincolo in quanto espressamente esonerate da una disposizione di legge, i cui estremi dovranno essere esattamente indicati.

Le principali fattispecie di impignorabilità rilevanti per la Tesoreria dello Stato sono contemplate dal d. l. 25 maggio 1994, n. 313, convertito con modificazioni dalla l. 22 luglio 1994, il quale dispone che non sono ammessi, a pena di nullità rilevabile d'ufficio, atti di pignoramento presso le Tesorerie dello Stato volti a colpire aperture di credito e contabilità speciali di pertinenza di determinati soggetti pubblici<sup>68</sup>. La stessa Corte Costituzionale<sup>69</sup> ha precisato che la disciplina contenuta nel d. l. n. 313/1994 non configura una procedura che determina l'impignorabilità dei fondi, ma tende piuttosto ad adeguare la procedura esecutiva alle particolari modalità di gestione contabile dei fondi stessi ed alla impignorabilità di quella parte di essi che risulti già destinata a servizi qualificati dalla legge come essenziali. Il pignoramento deve essere eseguito presso il funzionario direttamente responsabile della gestione contabile dei fondi, che è in grado di conoscerne l'ammontare e la disponibilità, come pure di verificare se e quali vincoli di destinazione siano imposti e per quali somme vi siano cause di impignorabilità.

Quando il creditore pignori un credito vantato dal proprio debitore nei confronti della p.a. e l'atto di pignoramento sia notificato anche al concessionario del servi-

<sup>67</sup> Si veda l'art. 14, comma 1 *bis*, del d. l., 31 dicembre 1966, n. 669, come modificato dall'art. 44, comma 3, lett. b), del d. l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito in l. 24 novembre 2003, n. 326.

<sup>68</sup> Cass., 19 aprile 2010, n. 9202, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 4, p. 557, ove si afferma che: «In tema di espropriazione presso terzi, la questione prospettata dal debitore Ministero dell'economia e delle finanze circa il difetto di titolarità del credito relativo a somme affluite in contabilità speciale di girofondi presso la tesoreria provinciale della Banca d'Italia, quale terzo pignorato, sul presupposto della qualificazione dello stesso Ministero come soggetto gerente di tali somme ai sensi dell'art. 5 del d. l. n. 269 del 2003, convertito nella legge n. 326 del 2003, esclusivamente sotto il profilo del loro ricevimento sull'apposito conto presso i servizi di tesoreria e senza ulteriori possibilità di utilizzo, non è deducibile con l'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c. da parte del medesimo Ministero esecutato, bensì è proponibile come motivo fondante l'opposizione ex art. 619 c.p.c. da parte del soggetto assunto come titolare delle somme stesse (ovvero dalla Cassa depositi e prestiti)».

<sup>69</sup> Corte Cost., 9 ottobre 1998, n. 350, in *Foro Amm.*, 1999, p. 1685.

zio di tesoreria di quest'ultima, il tesoriere è direttamente obbligato nei confronti del creditore precedente a non eseguire il pagamento del credito pignorato senza ordine del giudice, rispondendo personalmente verso il creditore pignorante della violazione di tale obbligo<sup>70</sup>.

Inoltre, la giurisprudenza ha precisato: «poiché l'esigibilità del credito non è condizione della sua pignorabilità, dal momento che oggetto dell'espropriazione forzata non è tanto un bene suscettibile di esecuzione immediata quanto una posizione giuridica attiva dell'esecutato – con la conseguenza che l'espropriazione (presso terzi) può configurarsi anche riguardo a crediti illiquidi o condizionati ma suscettibili di una capacità satisfattiva futura, concretamente prospettabile nel momento della assegnazione –, il credito dell'ente operante in regime di anticipazione di tesoreria è senz'altro pignorabile, essendo subordinato all'esercizio del diritto potestativo di chiedere l'accredito effettivo del denaro nei confronti del tesoriere»<sup>71</sup>.

### 13. L'esecuzione esattoriale

Altrettanto particolare è l'esecuzione esattoriale disciplinata dall'art. 72 *bis* del D.p.r. 29 settembre 1973, n. 602, che prevede una forma peculiare per il pignoramento presso terzi riservata ai concessionari per la riscossione. Difatti il pignoramento esattoriale, ha una natura "stragiudiziale" e si basa sul comportamento collaborativo del terzo pignorato, tant'è che non vi è la citazione *ex art.* 543 c.p.c., in quanto il terzo deve pagare direttamente al concessionario quanto dovuto al debitore erariale<sup>72</sup>.

Il pagamento a favore del concessionario deve avvenire nel termine di sessanta giorni dalla notifica dell'atto se le somme sono esigibili; qualora le stesse sono inesigibili il pagamento deve essere effettuato alla scadenza.

In caso di inerzia del terzo pignorato il concessionario può attivare una procedura di espropriazione presso terzi nelle forme previste dal c.p.c. Il terzo è in ogni caso obbligato a non corrispondere al debitore erariale le somme soggette al pignoramento esattoriale.

È stato osservato che: «in presenza di pignoramenti esattoriali originati da ordinanze di assegnazione, costituenti titolo esecutivo azionabile in danno della banca,

<sup>70</sup> Cass., 6 aprile 2011, n. 7863, in *Giust. civ. Mass.* 2011, 4, p. 548.

<sup>71</sup> Trib. Nola, 26 maggio 2010, in *Juris Data*.

<sup>72</sup> Trib. Modena, 2 dicembre 2013, in *Juris Data*, ove si afferma: «a differenza del procedimento ordinario di pignoramento presso terzi (che si conclude positivamente con l'ordinanza di assegnazione), lo speciale procedimento esattoriale delineato dall'art. 72 *bis* D.p.r. n. 602/1973 è definito positivamente nel momento stesso in cui il terzo riscontri per la prima volta l'ordine diretto di pagamento, dandovi attuazione con "cessio pro solvendo" in favore del creditore: dopo tale momento, pertanto, l'esecuzione non può più essere sospesa, perché appunto già conclusa».

poiché la legge non accompagna la previsione del pignoramento esattoriale con adeguate misure volte a preservare il destinatario dell'ordine di pagamento dalle azioni esecutive che il debitore erariale può intraprendere, ragioni di prudenza inducono l'istituto a dar corso all'ordine di pagamento solo nelle ipotesi in cui il creditore/debitore erariale non contesti il blocco delle somme assegnategli dal giudice dell'esecuzione»<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> Russo, *Gli atti impeditivi di tesoreria*, in *Banca d'Italia e Tesoreria dello Stato: vicende storiche, riforme e prospettive*, a cura di Ferro, Quaderni della Banca d'Italia. Tematiche Istituzionali, Roma, 2013, p. 135.





# Sull'indicazione di pagamento

di Carlo Dore jr.

*SOMMARIO: 1. Impostazione del problema: premesse metodologiche ed obiettivi della ricerca. L'indicazione di pagamento e i destinatari del pagamento – 2.1. Struttura e funzione dell'indicazione di pagamento. Indicazione e adiectio solutions causa – 2.2. (segue) Natura “configurativa” dell'indicazione di pagamento – 2.3. (segue) Alcune specifiche ipotesi di indicazione di pagamento – 3. Effetti dell'atto di indicazione: “significato” di adempimento al pagamento eseguito nelle mani dell'indicatario – 4. Rimedi esperibili dal creditore per ottenere la prestazione ricevuta dall'indicatario – 5.1. Procura all'incasso ed indicazione di pagamento: tesi che affermano l'identità tra i due negozi – 5.2. (segue). Critica della posizione precedentemente esposta: configurabilità della rappresentanza nell'esazione della prestazione dovuta – 5.3. (segue) Riaffermazione delle differenze di funzione tra procura ed indicazione.*

## **1. Impostazione del problema: premesse metodologiche ed obiettivi della ricerca. L'indicazione di pagamento e i destinatari del pagamento**

Oggetto di questo studio è la figura dell'indicazione di pagamento, richiamata dall'art. 1188 c.c., il quale menziona, tra i soggetti legittimati a ricevere efficacemente la prestazione – accanto al creditore, al suo rappresentante ed alla persona autorizzata dalla legge o dal giudice – anche “la persona indicata” dallo stesso titolare del credito.

L'istituto sul quale verte la nostra indagine – normalmente considerato come un profilo di rilevanza marginale nel quadro complessivo della disciplina generale delle obbligazioni – costituisce in realtà una fattispecie caratterizzata da molteplici aspetti problematici, dalla cui ricostruzione derivano una serie di riflessi pratici di grande rilievo: l'indicazione di pagamento, infatti, non solo incide sul profilo “soggettivo” della prestazione (e sulla possibilità di considerare esattamente eseguita la condotta dovuta), ma impone anche di avviare una riflessione sulla natura e sugli effetti di alcuni atti di autonomia – già oggetto delle attenzioni di parte della dottrina – a cui le parti possono ricorrere per governare la fase esecutiva del rapporto.

Ai fini della corretta ricostruzione del significato del già richiamato art. 1188 c.c., occorre premettere che l'attuazione del rapporto può talvolta presentarsi come un fenomeno complesso, nell'ambito del quale è richiesto al creditore di cooperare con

il debitore affinché quest'ultimo possa trovarsi nella condizione di adempiere<sup>1</sup>: nelle obbligazioni aventi ad oggetto la dazione di una cosa determinata, siffatta collaborazione si traduce nella ricezione, da parte dell'*accipiens*, della *traditio rei* che il debitore offre. Ed è proprio con riferimento a questa categoria di obbligazioni che si pone, generalmente, il problema della determinazione del destinatario del pagamento: in tali ipotesi, infatti, affinché la prestazione possa considerarsi validamente realizzata, è necessario che l'obbligato rivolga la sua condotta nei confronti del titolare del credito o di chi viene considerato legittimato a riceverla dalla legge o dallo stesso creditore<sup>2</sup>.

Al riguardo, la disposizione in esame prospetta due fondamentali principi, tra loro intimamente connessi dalla *ratio* unitaria che ispira la norma. In primo luogo, il legislatore ammette la possibilità di una dissociazione tra titolarità del credito e

<sup>1</sup> Per un'approfondita analisi dei molteplici profili problematici che caratterizzano il tema della cooperazione del creditore all'adempimento, si segnalano in particolare i contributi di A. Falzea, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, rist. 2011, p. 31 ss.; G. Cattaneo, *La cooperazione del creditore nell'adempimento*, Milano, 1964, *passim*; Id., *Della mora del creditore*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, artt. 1206 – 1217, Bologna – Roma, 1973, p. 41 ss.; G. Stella, *L'impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 1995, p. 221 ss.; F. Bandiera, *Il recesso del committente nei contratti per l'esecuzione di opere e servizi*, Cagliari, 2000, p. 187 ss.; G. D'Amico, *Mancata cooperazione del creditore e violazione contrattuale*, in *Studi in onore di Bianca*, Milano, 2006, p. 65 ss.; Id., *Comportamento del creditore – Mora accipiendi*, in *Diritto civile*, III, 1, *Il rapporto obbligatorio*, diretto da Lipari e Rescigno e coordinato da Zoppini, Milano, 2009, p. 203 ss.; C. Dore jr., *L'impossibilità della prestazione per fatto del creditore*, Napoli, 2010, p. 53 ss.; Id., in V. Caredda, *Onere – conversazioni sul diritto privato*, Cagliari, 2013, p. 133 ss.; V. Caredda, voce *Onere*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, XVII, Torino, 2013, p. 428 ss.

<sup>2</sup> Le prestazioni per le quali si pone il problema dell'individuazione del soggetto legittimato a ricevere vengono definite "prestazioni recettizie". Sul punto, v. A. Di Majo, *Adempimento in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, artt. 1177 – 1200, Bologna – Roma, 1994, p. 236, laddove afferma che la regola enunciata dall'art. 1188 c.c. trova applicazione solamente nelle ipotesi in cui la prestazione deve procurare al creditore un «risultato materiale» che deve essere fatto proprio dal creditore medesimo, o da chi per esso. Successivamente, Id., voce *Pagamento*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, p. 552, ha precisato che la norma *de qua* «trova dunque applicazione con riguardo ad ipotesi in cui una attività di cooperazione è necessaria affinché si possa dire che il risultato perseguito con l'adempimento si è acquisito alla sfera del creditore, ma dovendosi anche escludere dall'ambito di applicazione della norma quelle ipotesi in cui la cooperazione richiesta condiziona la stessa fattispecie oggettiva dell'adempimento dell'obbligo (v., ad esempio, cooperazione consistente nell'acconsentire affinché il debitore entri nel fondo del creditore per eseguire il lavoro commessogli)». Sul tema dei destinatari del pagamento, la letteratura è pressoché sconfinata. Senza pretese di completezza, ci limitiamo a richiamare in questa sede alcune delle principali trattazioni dedicate al rapporto obbligatorio ed all'adempimento in generale: si vedano, in particolare: M. Giorgianni, voce *Pagamento (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965, p. 327; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, 2, *Il comportamento del debitore*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, dir. da Cicu, Messineo e Mengoni, Milano, 1984, p. 113 ss.; U. Breccia, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da Iudica e Zatti, Milano, 1991, p. 532; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 289 ss.; C. Chessa, *L'adempimento*, Milano, 1996, p. 51 ss.; M. Maggiolo, *Il destinatario del pagamento*, in *Tratt. delle obbligazioni*, dir. da Garofalo e Talamanca, I, 5, *La struttura e l'adempimento – La liberazione del debitore*, a cura di Talamanca e Maggiolo, Padova, 2010, p. 309 ss.; E. Moscati, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2011, p. 194 ss.; E. Damiani, *sub art.* 1188, in *Comm. cod. civ.*, dir. da Gabrielli, *Delle obbligazioni*, I, artt. 1176 – 1217, a cura di Cuffaro, Torino, 2012, p. 449 ss.

legittimazione a ricevere: anche con riferimento al diritto di credito, infatti, il concetto di titolarità e quello di legittimazione non vengono necessariamente a coincidere, dato che, mentre la titolarità indica la condizione di “appartenenza” del diritto ad un soggetto – o, più precisamente, la persistenza del diritto nella sfera soggettiva di quest’ultimo –, la legittimazione descrive la concreta competenza di un soggetto a porre in essere atti di esercizio di quel determinato diritto<sup>3</sup>. Ora, se normalmente il titolare del diritto è anche legittimato ad esercitarlo (e il creditore, in quanto tale, può sia ricevere efficacemente la condotta dovuta, sia esigerne l’esecuzione), è peraltro possibile che la legittimazione a ricevere (o ad esigere)<sup>4</sup> la prestazione sussista in capo ad un soggetto diverso dal creditore, al quale siffatta legittimazione viene attribuita in via esclusiva o concorrente con il creditore medesimo<sup>5</sup>.

Siffatte ipotesi di dissociazione tra titolarità e legittimazione possono essere o volontariamente ricercate dal creditore, o imposte dall’ordinamento in ragione delle particolari condizioni nelle quali versa il medesimo creditore. Si pensi, solo a titolo di esempio, al caso del creditore incapace: l’art. 1190 c.c. prevede che l’adempimento ricevuto da un creditore privo della capacità legale di agire non determina l’estinzione del rapporto, vincolando così il *solvens* ad eseguire la prestazione nei confronti del rappresentante legale<sup>6</sup>; si consideri, nello stesso senso, il disposto degli artt.

<sup>3</sup> Sul concetto di legittimazione, si richiamano in particolare i contributi di E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da Vassalli, Torino, XV, Torino, 1950, p. 219; G. Palermo, voce *Legittimazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990; A. Di Majo, voce *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. dir.*, Milano, XXIV, 1974, p. 52 ss.; P. Rescigno, voce *Legittimazione*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, X, Torino, 1993, p. 144 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 64 ss.

<sup>4</sup> Sulla differenza tra legittimazione ad esigere la prestazione e legittimazione a ricevere, si avrà modo di tornare più diffusamente *infra*, par. 5.3

<sup>5</sup> Cfr. G. Aghina, *Il destinatario del pagamento e il pagamento al creditore apparente (artt. 1188 e 1189 c.c.)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1966, p. 86, il quale afferma: «Affinché sia soddisfatto l’interesse del creditore, occorre che il terzo destinatario si trovi, nei confronti del creditore stesso, in un rapporto dal quale derivi al primo quella che la legge definisce come legittimazione a ricevere. In sostanza, in tanto si può ammettere che una persona diversa dal creditore riceva per lui la prestazione dedotta in obbligazione, con effetto liberatorio per il debitore, in quanto ci sia in un atto del creditore (o in una disposizione del giudice o della legge) il fondamento in base al quale il terzo sia abilitato a ricevere la prestazione; e cioè a sostituirsi al creditore in sede di adempimento della obbligazione, in modo tale che si possano produrre i normali effetti dell’adempimento, senza pregiudizio per il titolare del diritto di credito». Successivamente (p. 99), l’Autore rileva: «La caratteristica saliente, comune a tutte le ipotesi di adempimento a persona diversa dal creditore, sta in quella che è stata definita come separazione tra le qualifiche di titolare del diritto di credito e di destinatario della prestazione; espressione che sinteticamente descrive la fattispecie nella quale al soggetto, che si configura come obbligato ad effettuare una prestazione (lato passivo dell’obbligazione), non sta di fronte (lato attivo) un solo soggetto, bensì due: il creditore e il destinatario; e cioè, oltre al titolare del diritto di credito, anche un soggetto al quale il debitore può (o deve) effettuare la prestazione, adempiendo così indistintamente nei confronti del creditore, per conto del quale tale persona riceve».

<sup>6</sup> È tuttora controverso in dottrina se il divieto di adempiere nelle mani del creditore incapace operi esclusivamente con riferimento all’incapace legale, o ricomprenda anche le ipotesi in cui il titolare del credito versa in una condizione di incapacità naturale. Concordando con la maggioranza degli studiosi, siamo

2803 c.c. – relativo al pegno di crediti, che riserva al creditore pignoratizio la legittimazione a ricevere il pagamento –, e 1979 c.c. – in tema di cessione dei beni ai creditori dal quale sembra emergere la legittimazione esclusiva dei cessionari a ricevere i pagamenti riconducibili alle attività oggetto dell'atto di cessione –<sup>7</sup>.

In secondo luogo, la disposizione *de qua* propone una regola relativa all'esatto adempimento della prestazione dovuta: per adempiere correttamente, l'obligato non deve soltanto tenere una condotta oggettivamente conforme a quanto previsto dalla legge e dal titolo, ma deve anche porre in essere detta prestazione in confronto di chi risulta legittimato a riceverla<sup>8</sup>. Ai sensi del secondo comma dell'art. 1188 c.c., il pagamento al non legittimato costituisce un adempimento inesatto, e come tale inidoneo a liberare il debitore, a meno che il creditore non ratifichi tale pagamento o non ne abbia comunque approfittato<sup>9</sup> (si tratta del c.d. indebito soggettivo *ex latere accipientis*, figura caratterizzata da alcune specificità che avremo modo di riprendere nel corso della nostra indagine), o a meno che non sussistano le condizioni richieste dall'art. 1189 c.c. perché possa essere ravvisata un'ipotesi di pagamento al creditore apparente.

Tutto ciò premesso, nel sistema delineato dall'art. 1188 c.c., la dissociazione tra titolarità del credito e legittimazione emerge in tutta la sua evidenza sia con riferimento alla posizione del rappresentante, sia con riguardo a quella delle persone autorizzate dalla legge o dal giudice a ricevere il pagamento: nel primo caso, infatti, è lo stesso creditore che – disponendo di un potere ricompreso nel contenuto del suo diritto – volontariamente attribuisce al procuratore la legittimazione a ricevere (o ad esigere) in suo nome la prestazione dal debitore<sup>10</sup>; nel secondo caso, invece, è lo stesso legislatore o l'ordine del giudice a determinare una cesura tra “appartenenza

---

orientati ad accogliere la prima soluzione, giacché, se il debitore non potesse eseguire la prestazione in confronto dell'incapace naturale, si troverebbe di fatto nella condizione di non poter adempiere, mancando un soggetto legittimato a ricevere il pagamento. In questo senso, tra gli altri, C.M. Bianca, *op. ult. cit.*, p. 294 s.; U. Breccia, *op. ult. cit.*, p. 396; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, dir. da Cicu e Messineo, Milano, 1974, p. 158 s., il quale tuttavia impone una valutazione *ex post* sulla condotta del debitore, per verificare se la sua scelta di adempiere nelle mani di un creditore incapace di intendere e volere possa considerarsi compatibile con il parametro della correttezza richiamato dall'art. 1175 c.c. Sostiene l'opposto orientamento, invece, E. Moscati, *op. ult. cit.*, p. 207.

<sup>7</sup> Sul punto, E. Damiani, *op. cit.*, p. 546.

<sup>8</sup> Cfr. A. Di Majo, *Adempimento in generale*, cit., p. 234 s.

<sup>9</sup> Sul punto, v. G. Bozzi, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno e coordinato da Zoppini, III, 1, *Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2010, p. 162. Il pagamento eseguito dal debitore al terzo non legittimato costituisce il c.d. indebito soggettivo *ex latere accipientis*, figura caratterizzata da alcune specificità che avremo modo di riprendere nel corso della nostra indagine. V. *infra*, par. 4, spec. i riferimenti richiamati alla nota 69.

<sup>10</sup> Avremo successivamente modo di illustrare come, di regola, la procura all'incasso non impedisce al creditore di esigere personalmente il pagamento, a meno che la legittimazione del procuratore non venga configurata come esclusiva. V. *infra*, par. 5.3, nota 104.

del credito” e competenza a ricevere il pagamento, nel momento in cui riconosce al terzo la legittimazione (di regola, esclusiva) a ottenere la prestazione destinata al creditore.

Rispetto alle ipotesi appena richiamate – nelle quali la dissociazione si consuma integralmente nella sfera del creditore –, la figura dell’indicazione di pagamento presenta alcuni tratti del tutto peculiari: in particolare, identificandosi nella dichiarazione mediante la quale il titolare del credito permette al debitore di eseguire la prestazione dovuta nelle mani dell’indicatario, essa non determina tanto l’attribuzione dall’indicante all’*accipiens* della legittimazione a ricevere siffatta prestazione, quanto il riconoscimento in capo al debitore della facoltà di estinguere l’obbligazione tramite il pagamento rivolto al terzo. Emerge dunque la necessità di procedere all’esatta ricostruzione del congegno funzionale che governa la fattispecie che si esamina ed alla individuazione degli effetti che dalla medesima promanano, allo scopo di determinare l’incidenza che essa può assumere con riferimento sia alla posizione dell’obbligato, sia a quella del terzo accipiente.

I risultati acquisiti nella prima fase dell’indagine saranno determinanti per esaminare i rapporti tra l’indicazione di pagamento e la già richiamata figura della procura all’incasso. Posto infatti che l’indicatario si identifica nel soggetto – estraneo all’obbligazione – nei confronti del quale il debitore è autorizzato ad eseguire efficacemente la prestazione dovuta, occorre chiarire se la posizione del suddetto terzo *accipiens* possa coincidere con quella del procuratore all’incasso – anche alla luce dell’orientamento che, circoscrivendo l’ambito di applicazione della rappresentanza ai soli atti dichiarativi, ravvisa una sostanziale identità tra procura ed atto di indicazione –<sup>11</sup>, ovvero se è necessario far emergere le eventuali differenze tra le due figure.

## 2.1. Struttura e funzione dell’indicazione di pagamento. Indicatario e *adiectio solutionis causa*

Volendo, a questo punto, tracciare una prima definizione dell’indicazione di pagamento, è possibile affermare che essa consiste nell’atto mediante il quale il creditore autorizza il debitore a pagare ad un determinato terzo, il quale non ha però ricevuto dal creditore medesimo alcuna investitura e che, pertanto, non può essere tenuto a giustificare i suoi poteri nei confronti dell’obbligato<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Cfr. *infra*, par. 5.1.

<sup>12</sup> Così C.M. Bianca, voce *Indicazione di pagamento*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1998, p. 1; E. Damiani, *op. cit.*, p. 462; e R. Senigaglia, *La fattispecie*, in Aa. Vv., *L’adempimento del terzo*, a cura di C. Camardi, in *Tratt. delle obbligazioni*, dir. da Garofalo e Talamanca, I, 5, *La struttura e l’adempimento – La liberazione del debitore*, cit., p. 82. Cfr. anche Cass., 23 giugno 1997, n. 5579, ad avviso della quale: «L’incaricato a ricevere il pagamento, di cui al primo comma dell’art. 1188 c.c., è persona diversa sia dal rappresentante che dal mandatario del creditore, trattandosi di soggetto a cui viene conferito esclusivamente il (limitato) potere di ricevere la

Già da questa semplice enunciazione emergono tutti i caratteri peculiari della figura che si esamina: l'indicazione di pagamento consiste infatti nel negozio unilaterale attraverso cui il creditore (indicante) legittima il debitore (indicato) ad eseguire la prestazione nelle mani del terzo (indicatario). La dottrina tende a qualificare il negozio in questione – per il quale non sono previsti vincoli di forma – come una dichiarazione recettizia nei confronti dell'indicato, mentre viene considerata irrilevante la comunicazione della medesima all'indicatario<sup>13</sup>.

A seguito dell'indicazione, il debitore acquista la facoltà di «adempire per mezzo del terzo»<sup>14</sup>: in questa prospettiva, l'indicatario viene tradizionalmente descritto come uno «strumento» di cui il creditore si avvale per ottenere la prestazione dall'obbligato. Occorre però fin d'ora precisare che, attraverso l'atto di indicazione, il titolare del credito non conferisce al terzo alcuna legittimazione preventiva a ricevere il pagamento, né può vincolare l'obbligato ad adempire nelle mani del medesimo terzo *accipiens*. L'indicante persegue la diversa finalità di «configurare» in termini di adempimento la prestazione rivolta all'indicatario. Così ragionando, l'interesse del creditore ad ottenere la prestazione «attraverso» il terzo può essere di vario tipo: è infatti possibile che egli intenda avvalersi dell'indicatario in ragione delle difficoltà che incontrerebbe a ricevere personalmente l'adempimento<sup>15</sup>; ma è altrettanto possibile che il medesimo creditore, anche per facilitare la conclusione di un determinato affare, si determini ad offrire all'obbligato una molteplicità di metodi di pagamento, così da permettergli di scegliere quello per lui più favorevole<sup>16</sup>.

---

prestazione ed i relativi atti a questa inscindibilmente connessi». Sulla fattispecie dell'indicazione di pagamento, v. inoltre i contributi di P. Schlesinger, *Il pagamento al terzo*, Milano, p. 52 ss.; M. Basile, voce *Indicazione di pagamento*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 126 ss.; B. Grasso, *Indicazione di pagamento e delegatio solvendi*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1989, p. 171 ss.; F. Vomero, *Struttura trilaterale e carattere recettizio dell'indicazione di pagamento*, in *Nuova giur.civ. comm.*, 2010, I, p. 643 ss.; E. Giorgini, *L'indicazione di pagamento come fattispecie*, Napoli, 2012, *passim*; G. Aghina, *op. cit.*, p. 76 ss.; C. Chessa, *op. cit.*, p. 80 ss.

<sup>13</sup> Descrivono l'indicazione come atto recettizio nei confronti del debitore M. Basile, *op. cit.*, p. 131; e M. Maggiolo, *Il destinatario del pagamento*, cit., p. 331; in giurisprudenza, si veda in tal senso Cass., 13 novembre 2009, n. 24128, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 639 ss., con nota di F. Vomero, *Struttura trilaterale ecc.*, cit. Non condivide questa impostazione C.M. Bianca, *op. ult. cit.*, p. 1, secondo cui: «L'indicazione non ha un carattere recettizio. La contraria opinione urta contro il rilievo che ai fini della produzione dell'effetto autorizzativo non appare necessaria la conoscenza dell'atto da parte dell'autorizzato». L'autore viceversa concorda sul fatto che «L'indicato è persona estranea al rapporto debitore-creditore, e potrebbe anche ignorarlo (es.: in caso di mia assenza, il plico potrà essere consegnato al vicino di casa). Può quindi essere onere dell'obbligato prendere l'iniziativa appropriata per far sì che l'indicato riceva la prestazione quale mandatario, depositario, ecc.».

<sup>14</sup> Sono parole di A. Di Majo, *op. ult. cit.*, p. 255.

<sup>15</sup> È questa la situazione che si verifica, ad esempio, quando due parti concludono un contratto trovandosi in luoghi diversi, ed il creditore, piuttosto che attivarsi per incontrare il debitore e ricevere il pagamento, gli permette di versare la somma dovutagli presso l'istituto di credito con il quale intrattiene un rapporto di contro corrente.

<sup>16</sup> Cfr., sul punto, M. Basile, *op. cit.*, p. 126, il quale opportunamente rileva che lo scopo dell'indicazione di

In questo senso, si pensi al caso – molto frequente nella pratica degli affari – delle vendite a distanza, nelle quali si attribuisce al compratore la facoltà di pagare il prezzo al momento dell'acquisto tramite carta di credito o tramite l'uso di altre forme di moneta elettronica, ovvero in contanti e all'atto della consegna, nelle mani del trasportatore (c.d. pagamento in contrassegno). Nell'ipotesi da ultimo richiamata, il trasportatore costituisce chiaramente uno "strumento del creditore", nel senso che il creditore si avvale del trasportatore per ricevere la prestazione dovutagli; ma l'attribuzione all'obbligato della facoltà di adempiere nelle mani del trasportatore è anche funzionale ad attribuire al medesimo debitore la possibilità di scegliere, tra varie possibili opzioni, la modalità di pagamento più adatta alle sue specifiche esigenze<sup>17</sup>.

Proprio il fatto che l'istituto sia normalmente funzionale ad assecondare l'interesse dell'indicante ad ottenere la prestazione del debitore per mezzo dell'indicatario giustifica l'affermazione secondo cui l'indicazione di pagamento costituisce un atto liberamente revocabile da parte del suo autore, fermo restando il diritto del debitore ad essere indennizzato qualora la revoca renda per lui più gravosa l'esecuzione della condotta dovuta. Prendendo posizione sul problema, infatti, la dottrina ha rilevato come: «sull'interesse del debitore a conservare la facoltà di pagare al terzo prevale infatti l'interesse del creditore ad impedire che il pagamento sia effettuato a persona che non è più di sua fiducia o rispetto alla quale sia venuto meno il rapporto che ne aveva giustificato l'indicazione. Il debitore ha però diritto di essere indennizzato se la sostituzione dell'indicato comporta un apprezzabile aggravio economico della prestazione»<sup>18</sup>.

Peraltro, con specifico riferimento alle ipotesi nelle quali, attraverso l'indicazione, il creditore intende attribuire al debitore varie opzioni di pagamento, riteniamo che lo stesso titolare del credito abbia la possibilità di rendere l'indicazione irrevocabile, allo scopo di assicurare all'indicato la massima discrezionalità possibile in ordine alla scelta del soggetto verso cui orientare la prestazione dovuta.

La facoltà dell'obbligato di adempiere all'indicatario può essere prevista nel titolo costitutivo dell'obbligazione, o essere accordata al debitore stesso attraverso una successiva dichiarazione del titolare del credito: nel primo caso, l'indicatario viene comunemente denominato *adiectus solutionis causa*<sup>19</sup>. Alcuni studiosi ravvisano talune

---

pagamento può consistere nella predisposizione di un mezzo di pagamento o di ricezione del pagamento utile a garantire la maggiore comodità del creditore, del debitore o di entrambi.

<sup>17</sup> Configura il pagamento in contrassegno come un'ipotesi di indicazione di pagamento, Pret. Lucca, 25 febbraio 1989, in *Giur. merito*, 1989, p. 837, con nota di A. Polotti Di Zumaglia.

<sup>18</sup> In questi termini, C.M. Bianca, *op. ult. cit.*, p. 1. Per la revocabilità dell'indicazione di pagamento si esprimono anche M. Basile, *op. cit.*, p. 131; M. Maggiolo, *op. cit.*, p. 332; e G. Giampiccolo, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 64, laddove qualifica come atto recettizio la revoca dell'atto di indicazione.

<sup>19</sup> Sulla figura dell'*adiectus solutionis causa*, approfondita in particolare dagli studiosi del diritto romano, v. F. De Martino, voce *Adiectus solutionis causa*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, p. 285, che osserva: «L'*adiectus*

differenze tra le due ipotesi, segnalando come, se incontestabile appare la struttura unilaterale dell'indicazione successiva alla nascita del rapporto, altrettanto innegabile risulterebbe la bilateralità dell'*adiectio* contestuale al (e dunque inserita nel) contratto dal quale l'obbligazione deriva<sup>20</sup>. Tale contratto dovrebbe essere qualificato come "negozio con prestazione al terzo", in considerazione del fatto che esso impegnerebbe il debitore ad eseguire la prestazione nelle mani dell'indicatario, senza tuttavia determinare l'insorgenza di alcun diritto in capo al medesimo<sup>21</sup>.

La costruzione appena esposta non è però condivisa da quanti ritengono privo di fondamento ogni tentativo di enucleare una nozione di *adiectus solutionis causa* che abbia una propria autonomia rispetto a quella dell'indicatario: in particolare, «appare ingiustificato il tentativo di costruire una figura di *adiectio* caratterizzata dalla circostanza che l'*adiectus* sarebbe designato sin dal sorgere del rapporto o mediante

---

*solutionis causa* era una persona, indicata dal creditore al momento della stipulazione, per ricevere il pagamento dal debitore. Egli era quindi un semplice strumento per l'esecuzione dell'obbligazione e perciò non acquistava alcun diritto proprio. La clausola per la nomina dell'*adiectus* era contenuta nella stipulazione. La formula usuale era quella di un'autorizzazione al debitore di pagare al creditore o all'*adiectus*: "mibi aut Titio dari". Era anche possibile la clausola "Mibi aut Titio, utrum ergo velim", ovvero "mibi aut cui ego volam". La clausola "mibi aut Titio dari" conferiva al debitore la facoltà di scegliere l'*adiectus* o il creditore per eseguire il pagamento. Tale facoltà era irrevocabile; pertanto se il creditore successivamente avesse vietato al debitore di eseguire il pagamento all'*adiectus*, questi restava nondimeno libero di pagare a quest'ultimo, perché l'atto unilaterale del creditore non poteva modificare la stipulazione».

<sup>20</sup> Sostiene la natura contrattuale dell'*adiectio solutionis causa*, P. Schlesinger, *Il pagamento al terzo*, cit., p. 71 s., il quale afferma: «l'unica nota, su cui sono tutti concordi, è il carattere contrattuale, e non unilaterale, dell'*adiectio solutionis causa*, poiché la legittimazione dell'*adiectus* deve essere prevista o in una clausola dello stesso contratto costitutivo dell'obbligazione del debitore o in un accordo successivo». La differenza di struttura tra *adiectio* e indicazione successiva alla nascita del rapporto è posta in evidenza da U. Natoli, *Il comportamento del debitore*, cit., p. 140 s., il quale, dopo avere affermato la natura contrattuale dell'*adiectio*, osserva: «Le cose si presentano alquanto diversamente quando la designazione del terzo non sia contestuale all'atto costitutivo del rapporto obbligatorio. È, in realtà, in questo caso che potrebbe anche parlarsi (*omissis*) di delegazione di pagamento a sensi dell'art. 1269. La quale potrebbe essere o anteriore al sorgere del rapporto (c.d. delegazione allo scoperto) o successiva ad essa (c.d. delegazione su debito). Nel senso che il delegante potrebbe chiedere al delegato, senza peraltro essere suo creditore di pagare ad un terzo (delegatario), ovvero fargli la stessa richiesta essendo suo creditore. In entrambi i casi, ad ogni modo, la richiesta non vincolerebbe il delegato (salvi i già ricordati "usi diversi"), una volta perché egli, non dovendo pagare al delegante, tantomeno dovrebbe farlo al terzo – delegatario, col quale non ha alcun rapporto; e l'altra, perché il delegato non sarebbe tenuto a fare una prestazione diversa da quella alla quale è obbligato, tale finendo con l'essere la prestazione al nuovo destinatario».

<sup>21</sup> Cfr., ancora, U. Natoli, *Il comportamento del debitore*, cit., p. 138, secondo cui, dal contratto in esame, non nascerebbe alcun diritto in capo al terzo, giacché creditore della prestazione dovuta rimarrebbe solo ed esclusivamente lo stipulante: donde la necessità di rimarcare la differenza tra contratto a favore del terzo (che appunto programma l'attribuzione – giustificata dall'interesse dello stipulante – di un diritto di credito al terzo nei confronti del promittente) e contratto con prestazione al terzo, in forza del quale il promittente assume solo e soltanto nei confronti dello stipulante l'obbligo di eseguire la prestazione verso il terzo. Sulla figura del contratto con prestazione al terzo, v. anche G. Maccarone, *Contratto "con prestazione al terzo"*, Napoli, 1997, *passim*.



una modifica del titolo originario»<sup>22</sup>. Se dunque la differenza tra indicazione e *adiectio* assume una rilevanza meramente cronologica e terminologica – venendo, nella sostanza, le due figure a coincidere –, l’indicazione mantiene la sua qualifica di negozio unilaterale anche nelle ipotesi in cui la relativa dichiarazione del creditore venga posta in essere contestualmente alla nascita dell’obbligazione: segnatamente, al contratto costitutivo del vincolo, si affianca l’atto del titolare del credito attraverso il quale questi procede alla determinazione del destinatario del pagamento.

Il discorso assume viceversa una maggiore complessità allorché il creditore, lungi dal voler semplicemente individuare un ulteriore riferimento soggettivo verso cui il pagamento può essere orientato, intende vincolare il debitore ad adempiere nelle mani del terzo, in quanto animato da uno specifico interesse al fatto che sia il terzo a ricevere la prestazione dovuta. Con riguardo alle ipotesi ora considerate, riteniamo che lo strumento dell’indicazione non sia idoneo, per le ragioni che saranno esposte di seguito, ad assecondare siffatto interesse del titolare del credito: un simile vincolo ad adempiere al terzo può infatti trovare la sua fonte esclusivamente in un rapporto contrattuale, che risulti configurabile o come un contratto a favore del terzo – e caratterizzato, in quanto tale, dalla attribuzione al beneficiario del diritto alla prestazione contrattuale destinata allo stipulante<sup>23</sup> – o come una delegazione di pagamento. Se si accede infatti alla premessa teorica secondo cui la *delegatio solvendi* genera l’obbligazione per il delegato (nei confronti del delegante, del quale il delegato medesimo può risultare debitore in base al rapporto di provvista) di adempiere al delegatario<sup>24</sup>, si deve allora concludere che l’offerta della prestazione rivolta dallo

<sup>22</sup> In questi termini, C.M. Bianca, *op. ult. cit.*, p. 2, che riprende la posizione espressa da W. Bigiavi, *La delegazione*, Padova, 1940, p. 95. Nello stesso senso, G. Aghina, *op. cit.*, p. 102. *Contra*, M. Basile, *op. cit.*, p. 127.

<sup>23</sup> Nell’ipotesi del contratto a favore di terzo, non vi sono dubbi sul fatto che il promittente non possa offrire la sua prestazione allo stipulante, giacché questi non risulta titolare del diritto (né, dunque, della legittimazione) a ricevere tale prestazione, avendo le parti programmato l’attribuzione del medesimo diritto in capo al beneficiario. Sui congegni effettuali che governano la fattispecie regolata dall’art. 1411 c.c., ci limitiamo a richiamare, senza pretese di completezza, i contributi di L.V. Moscarini, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970; Id., *Il contratto a favore di terzi*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da Schlesinger e Busnelli, artt. 1411 – 1413, Milano, 2012, *passim*; A. Fusaro, *Il contratto e i terzi*, in *Tratt. del contratto*, dir. da Roppo, III, *Effetti*, a cura di Costanza, Milano, 2006, p. 175 ss. Ivi ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

<sup>24</sup> Sul controverso tema della ricostruzione della delegazione di pagamento, v., in particolare, P. Schlesinger, *Il pagamento al terzo*, cit., p. 79 ss.; P. Rescigno, voce *Delegazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, p. 939 ss.; G. Giacobbe, in G. Giacobbe e D. Giacobbe, *Delegazione, espromissione, accollo*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja, Branca e Galgano, artt. 1268 – 1276, Bologna – Roma, 1992, p. 31 ss. Il delicato problema della distinzione tra indicazione di pagamento e delegazione di pagamento meriterebbe peraltro un approfondimento a cui non è possibile procedere in questa sede. Ci limitiamo pertanto a rinviare ai contributi di B. Grasso, *Indicazione di pagamento ecc.*, cit., p. 171 ss.; Id., *Delegazione, espromissione e accollo*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da Schlesinger e Busnelli, artt. 1268 – 1776, Milano, 2011, p. 50 ss.; C.M. Bianca, voce *Indicazione di pagamento*, cit., p. 2 ss.; Id., *L’obbligazione*, cit., p. 302 ss.

stesso delegato al delegante – risolvendosi in un inadempimento dell' obbligazione derivante dalla stipulazione delegatoria – è legittimamente rifiutabile da parte di quest'ultimo, a meno che egli non decida di procedere alla revoca della delegazione<sup>25</sup>.

La qualificazione dell'indicazione di pagamento in termini di negozio unilaterale potrebbe peraltro essere messa in discussione se si affermasse che, attraverso l'individuazione dell'indicatario, il creditore procede ad una semplice "specificazione" del rapporto obbligatorio in essere. Come è noto, secondo la più autorevole dottrina, la specificazione costituisce – insieme al rafforzamento e all'affievolimento di una data situazione giuridica – una variante della c.d. efficacia dichiarativa, a sua volta identificabile nella evoluzione meramente interna di una situazione soggettiva, nei mutamenti che trasformano una situazione soggettiva «senza intaccarla nella sua struttura e nel suo contenuto sostanziale»<sup>26</sup>. In questa prospettiva, la specificazione si traduce nella più puntuale determinazione del contenuto – inizialmente generico – di una situazione giuridica, determinazione conseguente ad un fatto verificatosi nel lasso di tempo che intercorre tra la nascita del rapporto e la sua attuazione, e volta ad assicurare la piena realizzazione dell'interesse a cui il rapporto stesso è preordinato<sup>27</sup>.

Così ragionando, efficacia specificativa viene normalmente riconnessa agli ordini che il datore di lavoro impartisce al lavoratore subordinato per l'espletamento delle sue mansioni, nonché alle istruzioni che il mandante trasmette al mandatario nella fase precedente il compimento dell'atto gestorio, proprio al fine di «individuare una o più modalità del comportamento dovuto, trasformando l'obbligo del mandatario da generico in specifico»<sup>28</sup>. Gli studiosi sono pressoché concordi nel ritenere che tali

<sup>25</sup> V., sul punto, P. Schlesinger, *op. ult. cit.*, p. 121, il quale sembra ritenere che, una volta accettato l'incarico delegatorio, il delegato possa destinare al delegatario l'offerta solenne, idonea a costituire in mora il creditore delegante.

<sup>26</sup> Così A. Falzea, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 495. Come anticipato nel testo, l'Autore individua, quali ipotesi di efficacia dichiarativa, oltre alla specificazione, il rafforzamento e l'affievolimento. Mentre il rafforzamento viene riscontrato allorquando si verifica un fatto (come il riconoscimento del debito, da cui discende l'interruzione della prescrizione) che «ha l'effetto di restituire alla situazione giuridica la sua originaria efficienza», l'affievolimento per contro si traduce nella «riduzione dell'originaria efficienza della situazione giuridica» (l'affievolimento può dipendere, ad es., dalla costituzione dell'ipoteca, la quale, pur senza intaccare il contenuto del diritto di proprietà in capo al titolare del bene ipotecato, impedisce a quest'ultimo di opporre il suo diritto in confronto del creditore ipotecario che intende soddisfarsi sul bene costituito in garanzia).

<sup>27</sup> Cfr. sempre A. Falzea, *op. ult. cit.*, p. 497, laddove osserva: «L'effetto specificativo lascia invece immutato l'interesse originario e conserva nella sua struttura e nel suo contenuto sostanziale la situazione giuridica originaria: l'interesse ed il rapporto che si specificano rimangono identici a se medesimi e vengono direttamente realizzati dal comportamento di attuazione, restando sempre come possibili fonti di altre specificazioni finché l'interesse giuridico non sia interamente soddisfatto ed il rapporto completamente attuato».

<sup>28</sup> Sul problema delle istruzioni del mandante al mandatario, v. A. Luminoso, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, dir. da Cicu, Messineo e Mengoni, Milano, 1984, p. 129 s.

atti specificativi debbano essere definiti come «dichiarazioni non negoziali di volontà e regolati secondo la disciplina propria di questa figura»<sup>29</sup>, escludendo pertanto la configurabilità dei medesimi in termini di negozio giuridico.

Alla luce delle considerazioni appena formulate, si potrebbe ipotizzare che anche l'indicazione di pagamento realizzi un effetto sostanzialmente specificativo, posto che il creditore, permettendo al debitore di eseguire la prestazione nelle mani dell'indicatario, si limiterebbe a stabilire una particolare modalità di attuazione della condotta dovuta, senza però incidere sulla struttura e sul contenuto del rapporto. Inevitabile corollario di questa impostazione dovrebbe essere l'inquadramento dell'atto di indicazione nell'appena richiamata categoria delle dichiarazioni di volontà non negoziali, ed il conseguente superamento della già proposta costruzione che descrive l'indicazione stessa alla stregua di un negozio unilaterale.

La soluzione appena prospettata appare però, a nostro avviso, poco convincente: se infatti è vero che, procedendo alla nomina dell'indicatario, il titolare del credito stabilisce una "modalità" dell'adempimento – individuando un soggetto al quale la condotta dovuta può essere efficacemente destinata –, è altrettanto vero che, attraverso tale atto, il medesimo creditore persegue un effetto ulteriore e più stringente: il conferimento all'obligato della legittimazione ad adempiere nelle mani del terzo, "strumento", nel senso appena chiarito, del quale il creditore si avvale per ottenere quanto gli è dovuto<sup>30</sup>.

## 2.2. (segue) Natura "configurativa" dell'indicazione di pagamento

Una volta ribadita la validità della costruzione dell'indicazione di pagamento in termini di negozio unilaterale, occorre però riflettere sulla configurazione funzionale propria di tale negozio. Sul punto, la maggioranza degli studiosi ritiene che l'indicazione di pagamento condivida con la procura la natura di negozio *lato sensu* autorizzativo<sup>31</sup>. Secondo questa impostazione, se mediante la procura il creditore autorizza

<sup>29</sup> In questo senso A. Falzea, *op. ult. cit.*, p. 497; A. Luminoso, *op. ult. cit.*, p. 129; e a anche V. Panuccio, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1966, p. 120 ss.

<sup>30</sup> D'altro canto, lo stesso A. Falzea, *op. ult. cit.*, p. 495, precisa che l'efficacia dichiarativa, a cui l'effetto specificativo deve essere ricondotto, non determina mai «una modificazione degli elementi strutturali o del contenuto sostanziale della situazione giuridica. Se il mutamento interessa il soggetto o l'oggetto che rappresentano gli elementi strutturali di identificazione di ogni situazione giuridica, non può aversi che trasformazione esterna. Trasformazione esterna si avrà pure se, immutati restando soggetti ed oggetto, subiscano modifiche le modalità di comportamento: e ciò anche se le modifiche riguardino il luogo o il tempo del comportamento qualora queste modalità siano considerate giuridicamente essenziali».

<sup>31</sup> Descrivono l'indicazione come un negozio di autorizzazione C.M. Bianca, voce *Indicazione di pagamento*, cit., p. 1; E. Damiani, sub *art. 1188*, cit., p. 463, il quale appunto afferma: «L'indicazione, che può essere espressa o tacita, deve qualificarsi come dichiarazione unilaterale, recettizia e revocabile, rivolta al debitore, e precisamente come autorizzazione: il creditore autorizza il debitore ad eseguire il pagamento a persona diversa da lui con effetto liberatorio; ed un effetto autorizzatorio deve ravvisarsi anche in capo all'indicatario».

il rappresentante ad incassare la prestazione in suo nome – conferendogli così la legittimazione ad esigere *nomine domini* siffatta prestazione –, tramite l'indicazione egli attribuisce all'obbligato la legittimazione ad estinguere il rapporto mediante il pagamento al terzo *accipiens* (pagamento che, in assenza dell'indicazione, dovrebbe considerarsi non liberatorio ai sensi dell'art. 1188, cpv., c.c.), e riconosce al medesimo *accipiens* la legittimazione a ricevere efficacemente la *res debita*. L'indicazione, pertanto, «pone in essere due legittimazioni fra loro correlative: essa determina così l'indirizzo come la provenienza della prevista attribuzione patrimoniale, e fa sì che questa, fatta al destinatario indicato, assuma il valore giuridico di un pagamento (o di una erogazione) che si facesse allo stesso autorizzante, e correlativamente valga per il terzo facoltizzato a ricevere siccome proveniente direttamente da esso autorizzante»<sup>32</sup>.

Alla ricostruzione dell'istituto appena esposta può riconoscersi un fondamento di verità, nel passaggio in cui ravvisa l'attribuzione dall'indicante all'indicato della legittimazione ad adempiere verso l'indicatario; tuttavia, essa deve costituire oggetto di una rielaborazione ulteriore per potersi considerare pienamente accoglibile. Attraverso l'autorizzazione, infatti, il titolare di un diritto o di un potere conferisce ad altro soggetto la competenza ad esercitare quel diritto o quel potere, facendosi carico degli effetti dell'atto posto in essere dall'autorizzato<sup>33</sup>.

In questa prospettiva, mentre la natura autorizzativa della procura all'incasso appare difficilmente contestabile (giacché il creditore attribuisce al rappresentante il potere di esigere la prestazione, potere che evidentemente rientra nel contenuto del suo diritto), l'indicazione risulta caratterizzata da una funzione assai più complessa. Ricorrendo a tale negozio, il creditore non legittima esattamente l'indicatario ad esercitare un diritto presente nella sua sfera giuridica, giacché quest'ultimo non riceve alcuna "competenza" in ordine all'esercizio del credito: egli viceversa riconosce all'indicato la facoltà di liberarsi adempiendo ad un soggetto diverso dal creditore originario, e dimostra così di considerare efficace un pagamento eseguito ad un terzo che, in mancanza dell'atto di indicazione, risulterebbe inidoneo a determinare l'estinzione del rapporto. In forza dell'atto di indicazione, il debitore può pertanto rivolgere la condotta dovuta tanto al creditore originario quanto al terzo *accipiens*, e la prestazione eseguita nelle mani di quest'ultimo assume il significato di adempi-

---

rio, malgrado egli non sia destinatario della relativa dichiarazione, giacché per effetto di essa costui è legittimato a ricevere con efficacia liberatoria per l'adempiente». Sembra condividere questa impostazione anche E. Giorgini, *L'indicazione di pagamento ecc.*, cit., pp. 31 ss., 97 ss.

<sup>32</sup> In questi termini E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 567, il quale postula l'esistenza di un rapporto (di valuta) tra l'indicante e l'indicatario: rapporto la cui esistenza, come è stato già evidenziato, non costituisce però un presupposto infettibile dell'istituto che si esamina.

<sup>33</sup> Sulla nozione di autorizzazione, v., per tutti, E. Betti, *op. ult. cit.*, pp. 566 ss. e 590 ss.; C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., p. 67 ss., laddove definisce, in termini generali, l'autorizzazione come: «un atto permissivo che rimuove un limite di validità o di efficacia a carico dell'autorizzato».

mento ancorché in capo al soggetto in questione non sussistesse, antecedentemente alla *solutio*, alcuna legittimazione a ricevere o ad esigere il pagamento.

Dunque, se da un lato l'indicazione "rimuove un limite" all'attività dell'obbligato (il quale si trova nella condizione di adempiere tanto all'indicatario, quanto al creditore), d'altro lato appare più corretto accostare la figura che si esamina alla categoria, elaborata da autorevole dottrina, del c.d. negozio configurativo, così definendosi l'atto di autonomia (unilaterale o bilaterale) mediante cui le parti attribuiscono un determinato «significato al loro futuro comportamento»<sup>34</sup>, fermo restando che «la realizzazione dell'assetto di interessi divisato è affidata alla libera attuazione delle parti, ossia alla loro spontanea e non vincolata attuazione dei comportamenti prefigurati aventi carattere realizzativo dell'intento»<sup>35</sup>.

Alla luce di tale definizione, un simile "valoreificante" caratterizza la dichiarazione del creditore rispetto alla condotta dell'indicato: mediante l'indicazione, infatti, il soggetto in questione attribuisce valore di adempimento alla prestazione eseguita nelle mani dell'indicatario senza però imporre alcun vincolo a carico del debitore, il quale risulta a quel punto libero di scegliere se avvalersi di tale facoltà o se attenersi all'iniziale *obligationsprogramm*, effettuando il pagamento nei confronti dell'indicante.

Questa posizione consente inoltre di chiarire le ragioni che stanno alla base della scelta di descrivere l'indicazione di pagamento come un atto indirizzato al debitore, e non anche al terzo *accipiens*. Posto infatti che l'indicatario assume la condizione di

<sup>34</sup> In questi termini, G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 36 ss. Sulla categoria del negozio configurativo, si segnalano in particolare i contributi di S. Romano, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, p. 77 ss.; V. Caredda, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, p. 226 ss.; G. Palermo, *Contratto preliminare*, Padova, 1991, p. 108 ss.; Id., *L'autonomia negoziale*, Torino, 2014, p. 26 ss., il quale, esaminando il negozio giuridico da intendersi come assetto di interessi programmato e "voluto" dalle parti, ritiene «suscettibili di assumere distinto rilievo, da un lato, l'atto con cui viene foggato il tipo di operazione da porre in essere secondo determinati caratteri, sia procedimentali che sostanziali, e, dall'altro lato, gli atti (non solo logicamente) successivi, volti ad attuare quanto programmato. Scomponendo i due profili, non può non apparire evidente come, a base della rilevanza giuridica dell'operazione qualificabile in senso negoziale, sia anzitutto l'«effetto con figurativo» della stessa, ascrivibile all'esercizio del potere di disporre, attraverso un "atto fondamentale", che ne costituisce la prima manifestazione, avente carattere di essenzialità. È in virtù di tale effetto che il programmato assetto di interessi viene ad essere perseguito e realizzato attraverso le previste modalità di formazione della "regola", nonché nel più ampio contesto, caratterizzato dalla sintesi di tutti gli atti e comportamenti, che contraddistinguono la specifica vicenda negoziale». Di recente, sul tema si è soffermata anche L. Mezzanotte, *Il negozio configurativo: dall'intuizione alla categoria (Storia di un pensiero)*, in *Studi in onore di Benedetti*, Napoli, 2008, p. 1155 ss.

<sup>35</sup> Così V. Caredda, *op. ult. cit.*, p. 226, la quale inoltre precisa: «Le parti possono, invece, con un loro atto di autonomia, limitarsi a prestabilire "un significato al loro futuro comportamento". Tale meccanismo "meramente determinativo" non è di per sé idoneo a realizzare i risultati voluti dalle parti stesse ove i comportamenti preconfigurati non vengano puntualmente attuati. Il carattere peculiare del negozio configurativo è, infatti, quello di non essere un regolamento precettivo, che pone regole positive di condotta, modificando le rispettive sfere giuridiche dei paciscenti».

mero “punto di riferimento soggettivo” per l’attività del debitore<sup>36</sup>, l’indicazione incide principalmente sulla sfera del debitore, giacché vale a “configurare” in termini di adempimento una condotta (il pagamento ad un terzo) che di per sé non potrebbe determinare la corretta attuazione del rapporto obbligatorio. La dichiarazione in cui tale negozio si concreta deve dunque necessariamente essere comunicata all’indicato, giacché esclusivamente in capo al soggetto in questione vive l’interesse a conoscere i soggetti verso i quali il pagamento può essere validamente effettuato.

Muovendo da una simile premessa, avremo peraltro modo di illustrare più diffusamente, nel prosieguo della nostra trattazione, le differenze funzionali che caratterizzano l’indicazione di pagamento rispetto alla procura all’incasso: come già si è accennato, la procura all’incasso consiste infatti in una dichiarazione di volontà rivolta dal creditore al rappresentante, mediante cui il creditore medesimo conferisce a quest’ultimo la legittimazione ad esigere in suo nome la prestazione dovuta dal debitore. Per contro, l’indicazione di pagamento si identifica in un atto posto in essere dal titolare del credito all’indirizzo del debitore, poiché tramite l’indicazione il creditore indicante facultizza l’indicato ad eseguire il pagamento nei confronti dell’indicatario, configurando, nel senso precedentemente chiarito, la prestazione rivolta al terzo *accipiens* come idonea a determinare l’estinzione del rapporto<sup>37</sup>.

L’accoglimento della ricostruzione poc’anzi esposta impone peraltro di riconsiderare la posizione di “legittimato a ricevere” che l’indicatario assume rispetto all’obbligato. Premesso infatti che, come già è stato segnalato, il soggetto in questione non ha ricevuto alcuna investitura dal parte del titolare del credito, il medesimo non può considerarsi – a differenza del procuratore all’incasso – titolare di una legittimazione a ricevere conferita in un momento anteriore rispetto al pagamento, in forza dell’atto di indicazione; in base a tale atto, infatti, egli viene a costituire un “punto di riferimento soggettivo” della prestazione, al quale l’indicato può scegliere di destinare la *res debita*, qualora ritenga più conveniente adempiere nelle sue mani piuttosto che in quelle del creditore.

L’effetto configurativo proprio dell’indicazione si manifesta infatti in tutta la sua pienezza solo nel momento in cui il debitore sceglie di eseguire la prestazione verso l’indicatario: in virtù dell’atto di indicazione, il pagamento rivolto al terzo assume il valore di adempimento del quale, altrimenti, risulterebbe privo ai sensi dell’art. 1188 cpv c.c. È dunque all’atto del pagamento che in capo all’indicatario sorge quella legittimazione a ricevere di cui inizialmente era privo: considerato infatti che il creditore ha facultizzato l’indicato a prestare al terzo, qualora l’obbligato scelga di avvalersi di tale facoltà, l’indicazione vale a configurare tale attribuzione in termini

<sup>36</sup> Sulla differenza tra legittimazione ad esigere e legittimazione a ricevere, v. *infra*, par. 5.3.

<sup>37</sup> Cfr. *infra*, par. 5.1. ss.

di adempimento, e, di conseguenza, a configurare l'indicatario alla stregua di un soggetto dotato della competenza a ricevere validamente tale prestazione<sup>38</sup>.

Questa impostazione fa emergere due importanti corollari: in primo luogo, alla luce di quanto appena affermato, è possibile ravvisare una sorta di "graduazione" tra i legittimati a ricevere in base all'art. 1188 c.c., dovendosi distinguere la posizione del procuratore all'incasso e quella della persona legittimata dalla legge o dal giudice (legittimati *ex ante*, in forza dell'autorizzazione del creditore, della previsione legislativa o del provvedimento giurisdizionale) da quella dell'indicatario, la cui competenza ad incassare la *res debita* si manifesta solo all'atto del pagamento, in ragione della già descritta funzione configurativa propria dell'indicazione.

In secondo luogo, essa pone il problema di valutare se l'indicatario medesimo rientri tra i soggetti aventi la "facoltà di ricevere" l'offerta formale per il creditore a cui fa riferimento l'art. 1208 c.c., e di accertare se il rifiuto ingiustificato di ricevere la prestazione, perpetrato dal soggetto in questione, possa costituire il presupposto per la costituzione in mora dell'indicante. Sul punto, la dottrina è pressoché concorde nel ravvisare una perfetta corrispondenza tra i soggetti richiamati dalla norma *de qua* ed i già individuati destinatari del pagamento ex art. 1188 c.c.: pertanto, il creditore potrebbe essere costituito in mora anche a seguito del rifiuto illegittimo posto in essere dal rappresentante, dall'indicatario o dalla persona autorizzata a ricevere il pagamento dalla legge o dal giudice<sup>39</sup>.

Tale ultima affermazione – evidentemente basata sull'assunto in forza del quale l'offerta solenne è idonea a determinare il sorgere della *mora accipientis* purché sia rivolta ad un soggetto investito della legittimazione a ricevere –<sup>40</sup> sembra però porsi

<sup>38</sup> Una volta chiarito che l'indicazione di pagamento attribuisce al debitore la facoltà di liberarsi pagando all'indicatario – il quale, ai soli fini dell'esecuzione della prestazione, viene ad "immedesimarsi" con l'indicante – occorre soltanto precisare che all'attività svolta dall'indicato possono applicarsi le norme generali relative al fenomeno dell'adempimento. In quest'ottica, per esempio, alcuni autori hanno voluto rimarcare l'efficacia liberatoria del pagamento rivolto all'indicatario apparente: in presenza dell'atto di indicazione, infatti, l'obbligazione si estingue ai sensi dell'art. 1189 c.c. se l'indicato ha in buona fede adempiuto nei confronti di un soggetto che, sulla base di circostanze univoche, risultava identificabile con l'indicatario, ancorché non si trattasse in concreto di un soggetto diverso da quello individuato dal creditore come possibile destinatario del pagamento. Sul punto, cfr. C.M. Bianca, voce *Indicazione di pagamento*, cit., p. 1.

<sup>39</sup> Cfr., sul punto, G. Cattaneo, *Della mora del creditore*, cit., p. 141 s.; G. Giacobbe, voce *Offerta reale*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 788; L. Bigliuzzi Geri, voce *Mora del creditore*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 5; U. Natoli e L. Bigliuzzi Geri, *Mora accipientis e mora debendi*, Milano, 1975, p. 81 ss. Pochi consensi ha in dottrina incontrato la posizione assunta sul problema da A. Falzea, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 240 s., secondo cui il terzo legittimato (e non il creditore) sarebbe direttamente responsabile nei confronti del debitore per il rifiuto illegittimo opposto all'offerta, risultando dunque tenuto a farsi carico delle conseguenze della mora.

<sup>40</sup> V., in particolare, U. Natoli e L. Bigliuzzi Geri, *op. cit.*, p. 83, laddove affermano: «Per l'art. 1208, l'offerta (formale) è valida sempre che sia fatta ad uno dei soggetti che possono assumere, a' sensi dell'art. 1188, I

insanabilmente in contrasto con le conclusioni a cui siamo poc'anzi pervenuti in ordine alla natura configurativa dell'indicazione ed alla posizione dell'indicatario, qualificabile come legittimato a ricevere solo all'atto del pagamento. È necessario interrogarsi, infatti, sui motivi per cui l'offerta rivolta al medesimo indicatario possa considerarsi idonea a costituire in mora il creditore, se si ritiene che la legittimazione a ricevere del suddetto *accipiens* non sussista prima del perfezionarsi della *solutio*.

A nostro avviso, il criterio per risolvere una simile, apparente antinomia deve essere rinvenuto proprio nella funzione configurativa che caratterizza l'atto di indicazione: posto infatti che, mediante tale atto, il creditore attribuisce valore di adempimento alla prestazione eseguita nelle mani del terzo, la stessa indicazione può configurare come validamente eseguita, ai fini della *mora credendi*, l'offerta rivolta dal debitore all'indicatario, riconoscendo così "valore" di offerta solenne (e dunque, di offerta eseguita ad uno dei soggetti richiamati dall'art. 1208) anche a quella destinata alla persona "indicata" dal titolare del credito.

La soluzione appena prospettata sembra trovare riscontro in una serie di dati di fatto: in primo luogo, operando l'indicatario quale strumento di cui il creditore si avvale per ottenere la *res debita*, sembra quantomeno poco equo far gravare sul debitore le conseguenze dell'ingiustificato rifiuto di ricevere la prestazione opposto dal terzo *accipiens*, costringendo il debitore medesimo a rinnovare l'offerta verso l'indicante. In secondo luogo, si osserva che, se il rifiuto opposto dall'indicatario costringesse *sic et simpliciter* l'obbligato a rinnovare l'offerta al creditore, l'istituto dell'indicazione di pagamento risulterebbe in gran parte svuotato della sua utilità: dinanzi alla prospettiva di un rifiuto da parte del terzo, l'indicato sceglierebbe sempre di non avvalersi della facoltà di adempiere all'indicatario, ritenendo preferibile rivolgere sempre e comunque il pagamento all'originario titolare del credito.

Infine, l'insorgenza della *mora credendi* conseguente al rifiuto, da parte del terzo, di incassare il pagamento non può essere esclusa in ragione dell'assenza di un incarico – avente ad oggetto la ricezione della *res debita* – conferito dal creditore allo stesso terzo: l'indicatario, infatti, – per quanto normalmente legato all'indicante da un vero e proprio rapporto giuridico o da un semplice rapporto di cortesia – potreb-

---

comma, la veste di destinatari del pagamento, sia che ciò importi una legittimazione esclusiva di quella del creditore, sia che, invece, lasci concorrere anche la legittimazione di questo. Poiché la legge non distingue, non è autorizzato a distinguere l'interprete. In questo senso, deve ritenersi sufficiente che l'offerta sia fatta al rappresentante (procuratore all'incasso) o al terzo indicato dal creditore. Né potrebbe avere alcuna rilevanza che l'uno e l'altro non siano autorizzati a rifiutare l'offerta: il rapporto interno, che lega eventualmente tali soggetti al creditore, non è considerato dalla legge rilevante per il debitore, cui spetta soltanto di prendere atto della loro legittimazione a ricevere. Per questo, nel caso che la prestazione ad essi regolarmente offerta non sia ricevuta senza un motivo legittimo, si verifica la *mora accipiendi* a carico del creditore. E non avrebbe senso dire che ciò avviene indirettamente, perché, in ultima analisi, la via per giungere a questo risultato è stata aperta dallo stesso creditore».



be porre a fondamento del suo rifiuto la mancanza di una simile, formale investitura. Tuttavia, anche in questo caso, siffatto rifiuto può ben giustificare la costituzione in mora del creditore, in considerazione del fatto che gli effetti di cui all'art. 1207 incidono unicamente sul rapporto tra il creditore medesimo e il suo debitore, senza incidere in alcun modo sulla sfera del terzo.

Posto peraltro che, come più volte si è avuto modo di precisare, l'indicazione di pagamento determina semplicemente l'individuazione di un ulteriore punto di riferimento soggettivo della prestazione, senza far venire meno la legittimazione a ricevere in capo al creditore originario, una situazione di *mora accipientis* può essere sempre cagionata anche dal rifiuto ingiustificato, da parte di quest'ultimo, di accettare la prestazione offertagli dal debitore nel rispetto delle formalità previste dalla legge.

### 2.3. (segue) Alcune specifiche ipotesi di indicazione di pagamento

Tutto ciò premesso, dottrina e giurisprudenza hanno individuato alcune ulteriori paradigmatiche ipotesi di indicazione di pagamento: innanzi tutto, ricorre un'indicazione di pagamento quando il debitore viene autorizzato a versare la somma dovuta presso un determinato istituto di credito o presso un notaio indicatogli dal creditore. Inoltre, con riferimento al rapporto di *leasing* finanziario, l'utilizzatore al quale il fornitore consegna la *res* acquistata nel suo interesse dal concedente viene qualificato come indicatario del concedente medesimo, giacché il fornitore adempie nelle mani dell'utilizzatore l'obbligo di consegna assunto attraverso il contratto traslativo stipulato con lo stesso concedente<sup>41</sup>.

Del pari, viene descritto come indicatario del depositante il possessore di un libretto di deposito al portatore, in quanto il suddetto depositante, attraverso l'apposizione della clausola "pagabile al portatore", autorizza la banca ad adempiere nelle mani del presentatore del titolo<sup>42</sup>. In materia di contratto di deposito, si segnala peraltro il disposto dell'art. 1777 c.c., il quale afferma che la cosa depositata deve essere restituita al depositante o alla "persona indicata per riceverla". Nell'interpretare tale ultima disposizione, alcuni studiosi hanno però precisato che il terzo "indicato" per ricevere la *res* può essere identificato – oltre che nell'indicatario, inteso nella sua rigorosa accezione di soggetto verso il quale il debitore è autorizzato ad adempiere – anche in un procuratore del depositante o in un suo mandatario, cioè in una persona legittimata a ricevere la *res* direttamente dallo stesso depositante<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> In questo senso, Cass., 20 luglio 2007, n. 16158; Cass., 5 agosto 2002, n. 11719. In dottrina, richiama questa ipotesi M. Maggiolo, *op. cit.*, p. 312.

<sup>42</sup> Così Cass., 2 febbraio 1989, n. 651. Richiama questa ipotesi G. Bozzi, *op. cit.*, p. 164.

<sup>43</sup> Sul punto, si richiama in particolare il contributo di A. Scalisi, *Il contratto di deposito*, in *Cod. civ. comm.*, dir. da Schlesinger e Busnelli, artt. 1766 – 1797, Milano, 2011, p. 166 s.

Inoltre, la stessa dottrina ha rilevato che l'indicazione ex art. 1777 c.c., per vincolare il depositario a restituire la cosa al terzo, deve essere espressa e deve essere formulata in modo chiaro e preciso<sup>44</sup>, giacché «l'indicazione di un terzo, fatta dal depositante, in forma generica, e cioè limitandosi a designare il terzo quale persona autorizzata a ricevere la cosa, non è vincolante per il depositario», integrando soltanto «gli estremi di un'*adiectio solutionis causa*, e, data la funzione strumentale dell'*adiectio*, non obbliga il depositario ad eseguire la prestazione nelle mani di questi»<sup>45</sup>.

Infine, si ravvisa un'indicazione di pagamento sia allorché il venditore permette che il compratore versi il prezzo della vendita al mediatore che aveva promosso la stipulazione del contratto<sup>46</sup>, sia nel caso in cui l'agente di assicurazioni abbia la facoltà di rilasciare quietanza dei premi soltanto su moduli predisposti e sottoscritti dalla società assicuratrice<sup>47</sup>.

### 3. Effetti dell'atto di indicazione: “significato” di adempimento al pagamento eseguito nelle mani dell'indicatario

Dalla qualificazione dell'indicazione di pagamento come negozio unilaterale o bilaterale dipende la soluzione dell'ulteriore problema relativo alla determinazione degli effetti che possono derivare dall'atto in questione.

Secondo una corrente di pensiero, infatti, l'indicazione – al pari della procura all'incasso – vincolerebbe il debitore ad eseguire il pagamento nelle mani dell'indicatario. Questa costruzione è basata principalmente sulla lettera dell'art. 1188 c.c., laddove appunto si afferma che l'obbligato “deve” svolgere la sua prestazione nei confronti del titolare del credito, del suo rappresentante o della persona indicata dallo stesso creditore: in presenza di una procura o di un atto di indicazione, quindi, il debitore sarebbe tenuto ad adempiere verso l'incaricato<sup>48</sup>. Sotto questo profilo, sarebbe peraltro possibile ravvisare una significativa differenza tra la figura dell'indicazione di pagamento e quella della delegazione di pagamento, posto che l'art. 1269 c.c. – dopo avere concesso al delegato la facoltà di obbligarsi in confronto del dele-

<sup>44</sup> Cfr. sempre A. Scalisi, *op. cit.*, p. 167; nonché F. Mastropaolo, voce *Deposito*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988, p. 17.

<sup>45</sup> In questi termini ancora A. Scalisi, *op. cit.*, p. 167.

<sup>46</sup> Cfr. Cass., 31 marzo 1967, n. 735, alla quale fanno riferimento G. Cottino e O. Cagnasso, *I contratti commerciali*, in *Tratt. dir. comm.*, dir. da Cottino, IX, Padova, 2009, p. 370.

<sup>47</sup> Cfr. Cass., 9 febbraio 1998, n. 1322. V, inoltre, Cass., 9 febbraio 2003, n. 18736, ad avviso della quale il procuratore di affari non investito del potere di rappresentanza «può effettuare la riscossione solo nel caso in cui sia stato espressamente autorizzato a ciò (argomentando ex art. 1744) ed è un *adiectus solutionis causa*, con gli obblighi inerenti».

<sup>48</sup> Così P. Schlesinger, *op. ult. cit.*, p. 66 s., secondo il quale: «All'art. 1188, perciò, va riconosciuto un autonomo rilievo, in quanto pone a carico del debitore il dovere di pagare anche a soggetti diversi dal creditore, tra i quali vi è anche il c.d. indicatario».

gatario – precisa che il delegato, ancorché debitore del delegante, non è tenuto a accettare l'incarico di adempiere nelle mani del delegatario<sup>49</sup>.

La concezione appena esposta, per quanto autorevolmente sostenuta, desta però qualche perplessità, anche in considerazione dei numerosi rilievi critici che le sono stati rivolti. In primo luogo, è stato infatti osservato che il “dovere” previsto dall'art. 1188 c.c. a carico del debitore ha ad oggetto soltanto l'esecuzione della prestazione, la quale deve appunto essere eseguita verso il titolare del credito o, in alternativa, verso il suo incaricato: la presenza di un terzo *accipiens* (procuratore all'incasso o indicatario) non vale di per sé ad escludere la possibilità per l'obligato di adempiere nei confronti del creditore<sup>50</sup>.

In secondo luogo, si segnala come l'imposizione al *solvens* del “dovere” di adempiere all'indicatario risulta poco compatibile con la natura di negozio unilaterale che si è ritenuto di riconoscere all'indicazione di pagamento<sup>51</sup>. Allorquando un atto unilaterale deve dispiegare la sua efficacia non esclusivamente nella sfera del suo autore, ma anche nella sfera di un altro soggetto destinatario dell'atto medesimo (non vincolato al dichiarante da un rapporto giuridico preesistente che giustifichi la produzione di questi effetti nell'ambito della sua sfera di controllo)<sup>52</sup>, tale atto può

<sup>49</sup> In questo senso, sempre P. Schlesinger, *op. ult. cit.*, 65, laddove afferma: «La differenza tra le due figure, infatti, emerge in modo evidente dalla contrapposizione tra l'art. 1188 comma 1°, da cui risulta che il debitore deve prestare anche alla persona indicata dal creditore e l'art. 1269 comma 2°, in cui il legislatore ha sancito, salvo usi diversi, la libertà per il debitore di rifiutare l'invito del delegante di adempiere la prestazione nelle mani del delegatario». Questa costruzione non è però condivisa da altri autorevoli settori della dottrina, ad avviso dei quali la differenza tra indicazione di pagamento e *delegatio solvendi* risiede proprio nel connotato dell'obbligatorietà dell'agire del *solvens* che caratterizza la seconda ipotesi rispetto alla prima: mentre infatti il delegato sarebbe tenuto a pagare al delegatario, il debitore indicato ha semplicemente la facoltà di rivolgere la propria *solutio* all'indicatario piuttosto che all'originario creditore. Sulla distinzione tra delegazione di pagamento e indicazione di pagamento, v. anche i riferimenti richiamati *supra*, nota 24.

<sup>50</sup> Sul punto, B. Grasso, *Indicazione di pagamento ecc.*, cit., p. 203, e C.M. Bianca, *op. ult. cit.*, p. 2, che osserva: «In dottrina la distinzione tra indicazione di pagamento e delegazione di pagamento sul piano degli effetti è stata prospettata in termini opposti, ravvisando nella prima la fonte di un obbligo, nella seconda la fonte di una facoltà di pagare al terzo. Questa opinione trae argomento dalla formula legislativa secondo la quale il debitore *deve* pagare al creditore o alla persona da lui indicata (1188, 1° co., c.c.). La doverosità riguarda tuttavia l'atto di pagamento, non le persone dei destinatari. È certo infatti che l'indicazione di pagamento non rende l'indicato titolare del credito, né gli attribuisce una sua pretesa creditoria verso il debitore. Si tratta piuttosto di una modalità facoltativa dell'adempimento».

<sup>51</sup> Sulla natura di atto unilaterale dell'indicazione di pagamento sembra peraltro concordare lo stesso P. Schlesinger, *op. ult. cit.*, p. 67 ss, il quale non solo (come meglio avremo modo di illustrare *infra*, par. 5.1) equipara l'indicazione di pagamento alla procura all'incasso, ma tende anche a ravvisare la differenza tra indicazione ed *adiectio solutionis causa* proprio nel carattere contrattuale (e dunque, necessariamente bilaterale) di quest'ultima fattispecie. Sul punto, v. *supra*, nota 20.

<sup>52</sup> Nelle ipotesi in cui l'atto unilaterale rappresenta l'esercizio di un diritto potestativo, le modificazioni della sfera giuridica del soggetto passivo conseguenti all'esercizio del diritto medesimo sono state infatti “autorizzate” dal soggetto in questione nel momento in cui questi ha accettato di vincolarsi al rapporto nell'ambito del quale il diritto si inquadra. Pertanto, queste modificazioni possono consistere anche nella nascita o

generare in capo al soggetto in questione l'attribuzione di un diritto (come nel caso della promessa al pubblico)<sup>53</sup>, l'estinzione di un obbligo (chiaro è il riferimento alla remissione del debito, qualora se ne ammetta la qualificazione in termini di negozio unilaterale)<sup>54</sup>, l'attenuazione di un onere (si pensi alla promessa di pagamento e alla ricognizione di debito), o, ancora, il conferimento di un potere (si richiamano, in tal senso, la procura e la ratifica, intesa quest'ultima nella sua accezione di "procura successiva", volta a conferire *ex post* la legittimazione rappresentativa della quale il *falsus procurator* risultava privo al momento della stipulazione *nomine alieno*)<sup>55</sup> o di una facoltà. In definitiva, i negozi unilaterali risultano idonei a determinare la produzione di un effetto favorevole nella sfera giuridica del destinatario, effetto che si produce indipendentemente dal consenso del soggetto in questione, fermo restando il potere in capo al medesimo di rifiutare tale beneficio o di non esercitare il potere conferitogli<sup>56</sup>.

Per contro, si ritiene che il principio di protezione della sfera soggettiva dei singoli impedisca ai negozi in questione di far sorgere obblighi o vincoli in capo ad un

---

nell'estinzione di un nuovo rapporto, e dei diritti e degli obblighi ad esso connessi (chiaro è il riferimento alle conseguenze derivanti dall'esercizio di un diritto di opzione o di un diritto di recesso). Discorso analogo può essere formulato con riferimento ai diritti potestativi aventi fonte legale: in questo caso, è la legge ad autorizzare un'intromissione nella sfera del soggetto passivo. Cfr., sul punto, S. Puleo, *I diritti potestativi, individuazione della fattispecie*, Milano, 1959, *passim*; A. Guarnieri, voce *Diritti soggettivi (categorie di)*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, V, Torino, 1989, p. 452 ss.; B. Carpino, voce *Diritti potestativi*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990.

<sup>53</sup> È vivamente discusso in dottrina se i negozi unilaterali possano o meno costituire uno strumento generale di attribuzione dei diritti. Sulla configurabilità della categoria dei c.d. negozi unilaterali attributivi, si rinvia in particolare C. Donisi, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, rist. 2010, p. 282 ss.; Id., voce *Atti unilaterali*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 4 s.

<sup>54</sup> Sul problema della struttura della remissione del debito, si richiamano, senza pretese di completezza, i contributi di E. Tilocca, *La remissione del debito*, Padova, 1955, *passim*; G. Benedetti, *La struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 1309 ss.; P. Perlingieri, *Dei modi di estinzione diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, artt. 1230 – 1259, Bologna – Roma, 1975, p. 168 ss.; A. Luminoso, voce *Remissione del debito*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991. La costruzione della ratifica come procura successiva è proposta in particolare da F. Romano, *La ratifica nel diritto privato*, Napoli, 1964, p. 121. Per un'approfondita analisi dei molteplici profili problematici della ratifica dell'atto posto in essere dal rappresentante senza potere, si rinvia in particolare ai recenti contributi di G. Stella, *La rappresentanza*, in *Tratt. del contratto*, dir. da Roppo, I, *La formazione*, a cura di C. Granelli, Milano, 2006, p. 949 ss.; e V. De Lorenzi, *La rappresentanza*, in *Cod. civ. comm.*, dir. da Schlesinger e Busnelli, artt. 1387 – 1400, Milano, 2012, p. 451 ss., ed ai riferimenti di dottrina e giurisprudenza ivi richiamati.

<sup>55</sup> La costruzione della ratifica come procura successiva è proposta in particolare da F. Romano, *La ratifica nel diritto privato*, Napoli, 1964, p. 121. Per un'approfondita analisi dei molteplici profili problematici della ratifica dell'atto posto in essere dal rappresentante senza potere, si rinvia in particolare ai recenti contributi di G. Stella, *La rappresentanza*, in *Tratt. del contratto*, dir. da Roppo, I, *La formazione*, a cura di C. Granelli, Milano, 2006, p. 949 ss.; e V. De Lorenzi, *La rappresentanza*, in *Cod. civ. comm.*, dir. da Schlesinger e Busnelli, artt. 1387 – 1400, Milano, 2012, p. 451 ss., ed ai riferimenti di dottrina e giurisprudenza ivi richiamati.

<sup>56</sup> Cfr. C. Donisi, voce *Atti unilaterali*, cit., p. 3, il quale, nell'esaminare il principio di protezione della sfera giuridica dei singoli, afferma: «Quanto poi agli atti abilitati ad incidere in linea diretta nell'altrui sfera giuridica (ad esempio, la procura, l'autorizzazione, la remissione del debito), non è dato concludere senz'altro per l'inosservanza della regola in esame, giacché o l'"intrusione" viene legittimata dall'assenso preventivamente manifestato dal terzo ovvero, risolvendosi l'intromissione in un effetto favorevole, non v'è alcun bisogno di assenso preventivo per consentirne il verificarsi, dal momento che l'interesse del destinatario è salvaguardato dal conferimento al medesimo dell'accennato potere di rifiuto».

soggetto diverso dal dichiarante, esponendo l'altrui sfera giuridica a modificazioni sfavorevoli non autorizzate dal titolare della stessa<sup>57</sup>. Così ragionando, si può pervenire alla conclusione secondo cui – se si accoglie la qualificazione dell'indicazione di pagamento in termini di negozio unilaterale – attraverso tale negozio il creditore non può obbligare il debitore, senza un suo preventivo consenso, ad adempiere nelle mani del terzo indicatario.

A tale affermazione potrebbe teoricamente replicarsi che anche a seguito della cessione del credito (e della relativa notifica a cura del cessionario) il debitore ceduto risulta tenuto ad eseguire la prestazione verso un soggetto diverso dal creditore originario, malgrado il negozio di cessione si perfezioni, come è noto, sulla base del semplice accordo tra cedente e cessionario, ed indipendentemente dall'assenso del ceduto<sup>58</sup>.

L'obiezione appena formulata risulta però superabile se si osserva come, nella cessione del credito, il vincolo a carico del debitore di eseguire la prestazione in confronto del cessionario costituisce un effetto "riflesso" del negozio di cessione, così definendosi la «vicenda che rinviene la sua fattispecie non nel negozio, ma nell'effetto diretto di quest'ultimo, come tale ascrivibile all'atto di autonomia in via soltanto mediata»<sup>59</sup>. Ad avviso della più attenta dottrina, infatti, il principio della protezione della sfera giuridica del terzo può essere invocato solamente con riferimento a quegli effetti che la norma ricollega direttamente al negozio; tale principio, per contro, non

<sup>57</sup> Sul principio della protezione della sfera giuridica altrui, si rinvia in particolare a C. Donisi, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., p. 133 ss.; e a L.V. Moscarini, *Il contratto a favore di terzi*, cit., pp. 8 e 30, laddove afferma: «Al principio dell'inefficacia esterna del negozio si è sostituito quello, di più ristretta portata, dell'autonomia delle sfere individuali, in forza del quale è ammessa in via generale l'idoneità dell'atto di autonomia privata a produrre effetti giuridici favorevoli a terzi senza necessità dell'accettazione del beneficiario, ma fatto salvo soltanto il suo potere di rifiuto, in guisa che l'effetto incrementativo della sfera giuridico patrimoniale di un soggetto non partecipa all'atto può prodursi senza, purché però non contro la di lui volontà: al principio di intangibilità della sfera del privato si è sostituito il principio di protezione, o se si vuole di rispetto, dell'interesse del privato a non subire contro la propria volontà l'incremento del proprio patrimonio, tutelato attraverso il potere di rifiuto».

<sup>58</sup> Anche sulla cessione del credito, la letteratura è assai vasta: sempre senza pretese di completezza, ci limitiamo a richiamare V. Panuccio, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955, *passim*; P. Perlingieri, *Della cessione dei crediti*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, artt. 1260 – 1267, Bologna – Roma, 1982, *passim*; Id. voce *Cessione dei crediti*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988; A. Dolmetta, voce *Cessione dei crediti*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, II, Torino, 1988, p. 303 ss.; T. Mancini, *La cessione dei crediti*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da Rescigno, IX, Torino, 2006, p. 468 ss.; P.M. Vecchi, *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno e coordinato da Zoppini, III, 1, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 333; A.P. Ugas, *Circolazione e immedesimazione nelle vicende del credito e del contratto*, in *Contratto e mercato – Liber amicorum per Angelo Luminoso*, I, Milano, 2013, p. 107 ss.; A. Astone, *Il trasferimento del credito*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da Schlesinger, artt. 1260 – 1267, Milano, 2014, *passim*.

<sup>59</sup> In questi termini, C. Donisi, voce *Atti unilaterali*, cit., p. 2. Sulla distinzione tra efficacia diretta e efficacia riflessa, v. A. Falzea, voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 473 ss.; e N. Irti, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, p. 79 ss.

vale ad impedire quelle ripercussioni che possono prodursi nella sfera giuridica di un soggetto in ragione di vicende che, pur innescandosi nella “serie fenomenica” derivata dalla dichiarazione negoziale, trovano la loro fattispecie non nel negozio, ma negli effetti del medesimo<sup>60</sup>.

Ora, ragionando con riferimento alla cessione del credito, appare evidente che effetto diretto del negozio di cessione è il trasferimento del diritto dal cedente al cessionario, ed è del pari evidente che tale effetto non coinvolge in alcun modo la sfera del ceduto, il quale, peraltro, in assenza di notifica o di accettazione, risulta liberato se adempie in buona fede nelle mani del creditore originario. Il debitore è tenuto ad eseguire la prestazione nei confronti del cessionario solamente al termine di una sequenza procedimentale – trasferimento del credito; notifica o accettazione da parte dello stesso ceduto (o, in alternativa, prova della sua mala fede da parte del terzo acquirente) – la quale prende avvio dalla cessione, senza che però tale effetto possa considerarsi un effetto diretto assegnato dall’ordinamento a siffatto negozio.

Qualora, viceversa, si riconoscesse all’indicazione di pagamento l’attitudine ad obbligare il debitore ad adempiere verso l’indicatario, la costruzione di un simile obbligo a carico dell’indicato costituirebbe un effetto diretto dell’atto di indicazione (al quale si dovrebbe pertanto riconoscere l’idoneità ad incidere *recta via* in senso sfavorevole sulla sfera giuridica del debitore), e in quanto tale difficilmente compatibile con il principio di protezione della sfera giuridica altrui al quale si è poc’anzi fatto cenno.

Infine, occorre segnalare che le premesse da cui siamo partiti, riconoscendo efficacia “configurativa” all’atto di indicazione, impongono di rilevare come l’atto in questione non determina l’insorgenza di nuove situazioni soggettive (intese come nuovi diritti e nuovi obblighi) in capo alle parti del rapporto, ma assolve alla differente (e già descritta) funzione di assegnare il “significato” di adempimento alla *solutio* eseguita nelle mani dell’indicatario. Dal prodursi di un simile effetto con figurativo deriva un obiettivo vantaggio per il debitore, identificabile (seppure impropriamente) nella facoltà, riconosciuta a quest’ultimo, di estinguere il proprio debito pagando al terzo *accipiens* piuttosto che al creditore originario.

Alla luce delle considerazioni appena esposte, non sembrano dunque sussistere ragioni ostative per qualificare l’indicazione alla stregua di un negozio unilaterale (e per disattendere il chiaro dettato normativo, che non a caso fa riferimento alla per-

<sup>60</sup> Cfr. C. Donisi, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., p. 91, ad avviso del quale: «In una alterazione vera e propria della sfera giuridica di un terzo è dato imbattersi solo dove quella s’identifichi in un effetto (diretto) del negozio. Onde, nell’ipotesi in cui la suddetta alterazione (se di “alterazione” può ancora legittimamente discorrersi) si risolve, per contro, in un effetto riconducibile all’atto di autonomia *in chiave puramente riflessa*, per definizione appare infondato discutere – convenendosi, in tal guisa, con l’orientamento dianzi richiamato – di deroga, di eccezione (ed ancor più di violazione) alla regola in oggetto».

sona indicata dal creditore): avendo interesse a conseguire la prestazione “per mezzo” dell’indicatario, il creditore configura in termini di adempimento il pagamento eseguito al terzo, ed attribuisce pertanto il significato di adempimento alla prestazione rivolta al medesimo *accipiens*, la quale viene dunque a configurarsi, una volta eseguita, come posta in essere in confronto di un soggetto legittimato a riceverla. Rimane peraltro ferma la facoltà, per l’obligato, di eseguire la prestazione nei confronti del titolare del credito<sup>61</sup>: non a caso, proprio con riferimento a quest’ultimo profilo della fattispecie che si esamina, alcuni autori hanno rilevato come l’indicazione di pagamento «offra al debitore una facoltà alternativa nella scelta del destinatario di pagamento, e che di conseguenza, l’eventuale rifiuto del creditore di ricevere il bene dovuto debba considerarsi illegittimo»<sup>62</sup>.

La sussistenza di una simile “facoltà alternativa” in ordine all’identificazione del destinatario del pagamento non rende tuttavia la relazione a cui l’indicazione è riferita inquadrabile né nella categoria delle obbligazioni alternative né in quella delle obbligazioni facoltative, in considerazione del fatto che il debitore, ai fini dell’adempimento, non ha la facoltà di scegliere tra due prestazioni differenti. Molto più semplicemente, l’unica e sola prestazione dovuta può essere eseguita o nei confronti del titolare del credito, o nei confronti dell’indicatario, il quale, nella dinamica dell’attuazione del rapporto obbligatorio, viene sostanzialmente ad immedesimarsi con il creditore, rendendo il pagamento posto in essere nelle sue mani qualificabile alla stregua di un esatto adempimento<sup>63</sup>.

Del pari non convincente appare la posizione di quanti ritengono che l’indicazione di pagamento possa essere ricostruita alla stregua di una sorta di *datio in solutum*<sup>64</sup>: secondo questa tesi, infatti, qualora il terzo *accipiens* risulti legittimato a trattenere nel suo patrimonio la prestazione del debitore, quest’ultimo potrebbe, a seguito dell’indicazione di pagamento, liberarsi eseguendo una prestazione “diffe-

<sup>61</sup> Sul punto, C.M. Bianca, voce *Indicazione di pagamento*, cit., p. 2, secondo il quale, una volta precisato che l’indicazione comporta semplicemente l’autorizzazione per il debitore a pagare al terzo, ritiene che l’indicazione di pagamento generi una «modalità facoltativa dell’adempimento».

<sup>62</sup> In questi termini, M. Basile, *op. cit.*, p. 130. Sull’illegittimità del rifiuto di ricevere perpetrato dall’indicatario, v. *supra*, par. 2.2.

<sup>63</sup> Cfr. C.M. Bianca, *op. ult. cit.*, p. 2, secondo il quale: «La scelta riservata al debitore non richiama né la nozione né la disciplina delle obbligazioni alterantive o di quelle facoltative in quanto la scelta non ha per oggetto una diversa prestazione ma una modalità soggettiva riguardante la medesima prestazione».

<sup>64</sup> Accenna a questa costruzione G. Cian, voce *Pagamento*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, XIII, Torino, 1995, p. 243, allorché osserva: «C’è infine da chiedersi se l’indicatario o l’autorizzato riceva sempre con effetti sul patrimonio del titolare del credito (se acquisisca cioè sempre a lui il possesso o la titolarità) ovvero possa darsi che li acquisisca direttamente nel proprio. E lì dove questa seconda alternativa fosse da ritenere presente, ci parrebbe che il far avere il bene ad un soggetto diverso da quello nei cui confronti il rapporto obbligatorio continua a sussistere debba essere spiegato, sotto il profilo dell’effetto estintivo di tale rapporto, nei termini di una dazione in pagamento».

rente” da quella inizialmente pattuita, in quanto destinata ad un soggetto diverso dal creditore originario.

Siffatta costruzione appare però poco compatibile sia con i tratti caratterizzanti la figura della prestazione in luogo dell'adempimento, sia con la funzione tipica dell'atto di indicazione: sotto il primo profilo, si rileva infatti che la prestazione in luogo dell'adempimento consiste nel contratto mediante il quale debitore e creditore si accordano affinché il debito iniziale venga estinto attraverso l'esecuzione di una condotta (di dare o di *facere*) diversa da quella inizialmente individuata come oggetto del rapporto obbligatorio<sup>65</sup>. Ora, la dazione di un *aliud* non può essere evidentemente ravvisata nel caso del pagamento all'indicatario: in questa ipotesi, infatti, l'obbligato non si libera attraverso una prestazione diversa da quella inizialmente programmata, ma attraverso l'esecuzione della condotta dovuta *sin ab origine*; tramite l'indicazione, gli viene però accordata la facoltà di individuare il punto di riferimento soggettivo di tale condotta o nel creditore o nell'indicatario, che ai suoi occhi finisce, come in precedenza illustrato, coll'immedesimarsi con il creditore<sup>66</sup>.

Sotto il secondo profilo, emerge come, tramite l'indicazione di pagamento, il titolare del credito intende accordare al debitore – ora per assecondare il proprio interesse ad avvalersi del terzo per ricevere l'oggetto la prestazione a lui destinata, ore per agevolare l'obbligato nell'attuazione della condotta dovuta – la già descritta facoltà di eseguire il pagamento nelle mani del terzo *accipiens*<sup>67</sup>. Nei paragrafi seguenti, avremo ampiamente modo di dimostrare che l'indicatario non dispone normalmente di alcun titolo per trattenere la prestazione nell'ambito del suo patrimonio, e

<sup>65</sup> Sulla figura della dazione in pagamento si richiamano, sempre senza pretese di completezza, i contributi di S. Rodotà, voce *Dazione in pagamento* (*dir. civ.*), in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 734 ss.; A. Zaccaria, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, Milano, 1987, *passim*; A. Candian, voce *Prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, XIV, Torino, 1996 p. 260 ss.; A. Di Majo, *Adempimento in generale*, cit., p. 337 ss.; G. Sicchiero, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Contr. impresa*, 2002, p. 1380 ss.; E. Biliotti, *La prestazione in luogo di adempimento*, in *Tratt. delle obbligazioni*, dir. da Garofalo e Talamanca, III, *I modi di estinzione*, a cura di Burdese e Moscati, Padova, 2008, p. 20 ss.

<sup>66</sup> Sembrano confermare questa impostazione sia C.M. Bianca, voce *Indicazione di pagamento*, cit., p. 2 – laddove ribadisce che l'indicato che adempie nelle mani dell'indicatario non esegue una prestazione diversa da quella inizialmente dovuta-, sia G. Sicchiero, *op. cit.*, p. 1382, ad avviso del quale gli artt. 1197 e 1198 ss. attengono «esclusivamente alla prestazione nella sua oggettività: essendo infatti riservate ad altre regole le ipotesi che riguardano la persona del debitore e del creditore (artt. 1180, 1188 ss. c.c.) dalle quali emerge tuttavia la conferma che al legislatore interessa il buon esito della prestazione, a prescindere da chi la esegua».

<sup>67</sup> La distinzione tra indicazione di pagamento e la *datio in solutum* rimane ferma, a nostro avviso, anche se si accoglie la costruzione che assegna un'efficacia configurativa alla prestazione in luogo dell'adempimento, dato che diverso è l'oggetto di tale configurazione. Mentre nella dazione in pagamento, infatti, le parti assegnano il significato di adempimento ad una prestazione diversa da quella originariamente dovuta, l'indicazione di pagamento assolve alla funzione di riconoscere analogo significato ad una prestazione obiettivamente coincidente con l'iniziale oggetto del rapporto obbligatorio, che il creditore considera validamente eseguita ancorché posta in essere nelle mani di un terzo.



che l'atto di indicazione non costituisce dunque uno strumento di utilizzazione del credito di cui l'indicante può avvalersi per programmare una attribuzione patrimoniale a favore del terzo (funzione che contraddistingue invece la diversa figura della *delegatio solvendi*).

Volendo dunque stabilire un primo punto fermo in ordine alla struttura ed agli effetti della fattispecie che si esamina, possiamo definire l'indicazione di pagamento come un negozio unilaterale, recettizio nei confronti del debitore e tendenzialmente revocabile da parte del titolare del credito, mediante cui il soggetto in questione – configurando in termini di adempimento la *solutio* eseguita verso il terzo *accipiens* – accorda all'obbligato la facoltà di eseguire la prestazione nelle mani del terzo indicatario, ferma restando la possibilità per l'indicato di adempiere nei confronti del medesimo indicante<sup>68</sup>.

#### 4. Rimedi esperibili dal creditore per ottenere la prestazione ricevuta dall'indicatario

Dato che il terzo riceve la prestazione nell'interesse del creditore – costituendo appunto uno strumento del quale questi si avvale per la realizzazione del proprio diritto –, il medesimo titolare del credito dispone di una molteplicità di strumenti per ottenere la riverzione in capo a lui dell'oggetto della suddetta prestazione. In primo luogo, l'indicante può giovare della tutela petitoria che gli spetta in quanto proprietario della cosa consegnata dall'obbligato – tutela petitoria alla quale fa espressamente riferimento l'art. 1706 c.c., applicabile alla fattispecie che si esamina nel caso in cui l'indicatario abbia ricevuto la prestazione quale mandatario del creditore –. Inoltre, qualora l'indicatario sia vincolato da un rapporto contrattuale che

<sup>68</sup> La funzione causale tipica dell'atto di indicazione può essere dunque individuata nell'attribuzione del significato di adempimento alla prestazione eseguita nelle mani del terzo, prestazione che l'indicatario riceve per conto dell'indicante. La qualificazione dell'atto di indicazione come negozio causale o astratto costituisce un profilo molto controverso, che, in ragione della sua estrema complessità, non può essere sviluppato nell'ambito della presente trattazione. Ci limitiamo ad osservare che un primo orientamento – sostenuto in particolare da M. Basile, *op. cit.*, p. 132 – descrive l'indicazione di pagamento come negozio astratto, in ragione della «la mancanza nella dichiarazione dell'indicante del riferimento alla ragione giustificativa dello spostamento patrimoniale». A diverse conclusioni si giunge però se si descrive il negozio in questione come dotato di «una tipica sufficiente ragione giustificativa dell'atto» (cfr., sul punto, le riflessioni elaborate con riferimento alla procura da C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., p. 83; e da A. Luminoso, *Mandato ecc.*, cit., p. 25), o come caratterizzato da una sorta di “substrato causale minimo” – identificabile appunto nella “configurazione” in termini di adempimento della *solutio* rivolta all'indicatario – integrabile dagli eventuali ulteriori interessi perseguiti dalle parti nel caso concreto. (Si tratta dunque di estendere all'indicazione di pagamento le riflessioni che una parte della dottrina ha formulato con riferimento alla rinuncia. Cfr., sul punto, in particolare V. Caredda, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., p. 165 ss., ed i riferimenti di dottrina ivi richiamati; in giurisprudenza, cfr. inoltre Cass., S.U., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2460, con nota di F.S. Costantino.

lo impegna a trasmettere all'indicante la cosa ricevuta nel suo interesse dal debitore, il creditore può esperire l'azione di adempimento per ottenere la consegna della *res* a lui destinata.

Con riferimento alle ipotesi nelle quali non sussista un contratto che vincola l'*accipiens* a consegnare al titolare del credito i beni oggetto della prestazione dell'indicato, riteniamo invece che al soggetto in questione possa anche essere accordata un'azione di ripetizione dell'indebitto, sul modello di quella che l'art. 1189 c.c. riconosce al vero creditore in caso di pagamento eseguito dal debitore nelle mani del legittimato apparente<sup>69</sup>. La soluzione appena prospettata può risultare, a prima vista, ardua, dato che le due fattispecie sembrano difficilmente assimilabili: infatti, mentre il pagamento rivolto all'indicatario si considera eseguito nelle mani di un soggetto che l'art. 1188 c.c. ricomprende tra i c.d. legittimati a ricevere, nel caso del pagamento al creditore apparente il legislatore considera, in presenza dei presupposti richiesti dall'appena richiamato art. 1189, eccezionalmente liberatoria la *solutio* destinata ad un non legittimato.

Tuttavia, ad una più attenta analisi non può sfuggire come tra le due ipotesi ora contemplate sussistano alcuni punti di contatto: come è stato diffusamente illustrato nei paragrafi precedenti, attraverso l'atto di indicazione il creditore non procede all'attribuzione *ex ante* della legittimazione a ricevere in capo all'indicatario, ma alla configurazione in termini di adempimento della futura *solutio* eventualmente eseguita dall'indicato in confronto del terzo *accipiens*, assegnando in tal modo il "significato" di adempimento alla prestazione rivolta dal debitore ad un soggetto inizialmente estraneo al rapporto obbligatorio. Una valutazione, quella posta in essere dall'indicante, per certi versi simile a quella compiuta dal legislatore nel momento in cui, sussistendo i presupposti della buona fede dell'obligato e dell'apparenza della legittimazione a ricevere basata su obiettive circostanze univoche, qualifica il pagamento effettuato dal medesimo debitore al creditore apparente come idoneo a determinare l'estinzione dell'obbligazione<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> Sulla fattispecie del pagamento al creditore apparente, si rinvia in particolare ai contributi di M. Giorgianni, voce *Creditore apparente*, in *Noviss dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 1156 ss.; U. Natoli, *Il comportamento del debitore*, cit., p. 119 ss.; G. Aghina, *Il destinatario del pagamento ecc.*, cit., p. 112 ss.; U. Breccia, *Le obbligazioni*, cit., p. 537; E. Moscati, *La disciplina generale delle obbligazioni*, cit., p. 200 ss. Sul tema dell'apparenza in termini generale, si richiama invece il fondamentale contributo di A. Falzea, voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1959, 690 ss.

<sup>70</sup> Sulla *ratio* della disposizione che si esamina, cfr. C.M. Bianca, *L'obbligazione*, cit., p. 315, laddove afferma: «L'effetto liberatorio del pagamento eseguito in buona fede al creditore apparente ha piuttosto il suo fondamento in una specifica esigenza di contenere l'accertamento della legittimazione del ricevente entro i limiti della normale diligenza. Far ricadere sul debitore il rischio di un adempimento soggettivamente inesatto pur quando egli abbia normalmente controllato l'identità e il titolo della legittimazione del ricevente avrebbe significato imporre al debitore l'onere di un controllo massimo, estraneo alla pratica degli affari, esponendolo al tempo stesso alla responsabilità per ritardo nel pagamento».

Peraltro, anche accogliendo l'impostazione – da noi in gran parte confutata<sup>71</sup> – che descrive l'indicazione alla stregua di un atto avente natura *lato sensu* autorizzativa, occorre rilevare come l'indicatario sarebbe legittimato unicamente a ricevere efficacemente la prestazione dovuta (con conseguente estinzione del rapporto tra debitore e creditore) ma non disporrebbe comunque di un titolo idoneo a giustificare la permanenza della *res debita* nell'ambito del suo patrimonio<sup>72</sup>. Anche sotto questa prospettiva, una volta effettuato l'adempimento da parte del debitore (e dunque *ex post* e non anche *ex ante*), la posizione dell'indicatario risulta assimilabile a quella del creditore apparente, in considerazione del fatto che il soggetto in questione non è evidentemente legittimato a trattenere quanto da lui indebitamente o debitamente (a seconda che si tratti di creditore apparente o di indicatario) percepito, ancorché il pagamento effettuato nelle sue mani abbia determinato l'estinzione del rapporto originario tra debitore e creditore<sup>73</sup>.

Ne consegue che, in entrambe le fattispecie, emerge l'interesse del creditore a recuperare l'oggetto della prestazione ricevuta dal terzo *accipiens*: come in precedenza accennato, con riferimento all'ipotesi del pagamento al creditore apparente, il legislatore tutela siffatto interesse dell'effettivo titolare del credito accordandogli il potere di recuperare la prestazione indebitamente ricevuta dal terzo attraverso l'azione di ripetizione *ex art. 2033 c.c.* L'azione esperibile in confronto del legittimato apparente presenta indubbiamente alcune peculiarità rispetto ai principi generali che governano l'istituto della *condictio indebiti*<sup>74</sup>: di regola, l'azione di ripetizione può infatti essere proposta dall'autore della prestazione non dovuta nei confronti dell'accipiente; con riferimento poi alla particolare ipotesi dell'indebito soggettivo

<sup>71</sup> V. *supra*, par. 2.2.

<sup>72</sup> Sul punto, cfr. M. Basile, *op. cit.*, p. 131, il quale descrive la posizione dell'indicatario alla stregua di «una situazione giuridica claudicante o instabile, nel senso che il diritto acquistato dal terzo è suscettibile, da un lato, di essere rimosso ad opera dell'indicante che provi la mancanza di *causa accipiendi*; dall'altro, di ottenere invece la sua naturale efficienza a seguito di una «integrazione della fattispecie» realizzata mediante un successivo atto giustificativo tra indicante e indicatario».

<sup>73</sup> Nel caso del pagamento al creditore apparente, si riscontra uno di quei fenomeni di dissociazione tra l'attuazione dell'obbligo e la realizzazione del diritto di credito al cui esame si è dedicata una parte della dottrina che si è dedicata allo studio dell'oggetto dell'obbligazione. Sul punto, non possiamo che limitarci a richiamare i fondamentali saggi di R. Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 44 ss.; e L. Mengoni, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di Castronovo, Albanese e Nicolussi, Milano, 2011, p. 86 ss.

<sup>74</sup> Sul tema, cfr., in particolare, P. Rescigno, voce *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1223; U. Breccia, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974, *passim*; Id., voce *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989; E. Moscati, *Del pagamento dell'indebito*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da Scialoja, Branca e Galgano, artt. 2033 – 2040, Bologna – Roma, 1981, *passim*; Id., voce *Indebito (pagamento e ripetizione del)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 83 ss.; Id., *Studi sull'indebito e sull'arricchimento senza causa*, Padova, 2012, *passim*; P. Sirena, *La ripetizione dell'indebito*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno e coordinato da Zoppini, III, 1, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 489 ss.

*ex latere accipientis* – la quale appunto ricorre nel momento in cui l'obligato esegue la sua prestazione nelle mani di un soggetto non legittimato a riceverla<sup>75</sup> – la medesima azione risulta esperibile dal *solvens* verso l'*accipiens*, fermo restando il diritto del creditore originario ad ottenere il pagamento dal proprio debitore.

Per contro, allorquando l'indebito soggettivo *ex latere accipientis* si traduce in un pagamento al creditore apparente, il debitore, una volta liberatosi dal vincolo, non ha evidentemente alcun interesse a recuperare la prestazione corrisposta al non legittimato: un simile interesse anima invece l'effettivo titolare del credito, la cui posizione risulta per forza di cose lesa dal fatto che non solo l'obbligo del debitore si è estinto, ma l'oggetto della prestazione a lui dovuta si trova per giunta nella disponibilità del creditore apparente. Proprio la necessità di offrire adeguata protezione alla posizione del creditore reale ha indotto il legislatore ad attribuire a quest'ultimo il potere di agire, secondo le norme della *condictio indebiti*, verso l'accipiente per ottenere la ripetizione della prestazione a lui spettante<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> Sull'indebito soggettivo *ex latere accipientis*, pacificamente ricondotto all'ambito applicativo della disciplina dell'indebito oggettivo, cfr. A. Albanese, *Profili dell'adempimento non dovuto nei rapporti trilateri: indebitio soggettivo, pagamento al creditore apparente, adempimento del terzo e surrogazione legale*, in *Contr. impresa*, 2006, p. 458 ss.; e E. Moscati, *La disciplina generale delle obbligazioni*, cit., p. 196.

<sup>76</sup> Sul punto, U. Breccia, voce *Indebito (ripetizione dell')*, cit., p. 5, laddove osserva: «Già a prima vista è evidente la singolarità dello schema: la legittimazione a ripetere è attribuita a un soggetto che non ha eseguito di persona il pagamento né si è avvalso di un altro soggetto nell'eseguirlo. La disciplina della ripetizione dell'indebito è stata prescelta quale "modello" normativo idoneo a assicurare la piena tutela dell'interesse del creditore, soltanto là dove eccezionalmente l'obbligo si sia estinto senza una concomitante soddisfazione del credito. Ma la legittimazione attiva a vantaggio di un soggetto diverso dal *solvens indebiti* non è la conseguenza di una pretesa "nullità" del pagamento ovvero del carattere "non personale" dell'azione. Il fondamento giuridico della pretesa dell'attore è autonomo rispetto al fatto del pagamento non dovuto, perché consiste nella perdurante titolarità di un credito preesistente, ancorché l'azione si sia sottoposta alla disciplina degli artt. 2033 ss. c.c.» Circa la natura dell'azione prevista dall'art. 1189, comma 2 c.c., la dottrina ha proposto costruzioni differenti: alcuni autori ritengono che «il meccanismo ipotizzato dalla legge consiste nell'attribuire al vero creditore, che non è il soggetto che ha eseguito la prestazione non dovuta, la legittimazione attiva a un'azione di restituzione, che è modellata sulla ripetizione dell'indebito» (In questi termini, E. Moscati, *op. ult. cit.*, p. 205, il quale peraltro rileva come l'art. 1189 abbia di fatto "manipolato" lo strumento della ripetizione dell'indebito per renderlo compatibile con le esigenze del vero creditore che intende realizzare la sua pretesa. La forzatura rispetto ai principi dell'indebito è evidente: presupposto dell'azione spettante al vero creditore in base alla norma da ultimo richiamata non è l'esecuzione della prestazione non dovuta, bensì la sopravvenuta estinzione dell'obbligazione, conseguente al fatto che il debitore ha in buona fede eseguito la prestazione nelle mani di un soggetto che appariva legittimato a riceverla sulla base di circostanze univoche). Una diversa corrente di pensiero ravvisa invece nel disposto dell'art. 1189 cpv. un'ipotesi di surrogazione legale dell'originario creditore nel diritto del debitore a ripetere l'indebito pagamento eseguito a mani dell'*accipiens*. Aderisce a questa impostazione A. Albanese, *op. ult. cit.*, p. 459, secondo cui: «Il secondo comma dell'art. 1189 c.c. obbliga il creditore apparente che ha ricevuto il pagamento a restituirlo al vero creditore "secondo le regole stabilite per la ripetizione dell'indebito". La formula legislativa si spiega col fatto che l'ipotesi contemplata dalla norma non è un'ipotesi di indebito vero e proprio, e d'altronde, nel caso di specie, il diritto alla ripetizione compete a chi non ha effettuato la prestazione (sarebbe contrario alla natura personale del rimedio, attribuire una vera e propria azione di ripetizione dell'indebito ad un soggetto

Una volta individuato nella ripetizione dell'indebitito il rimedio spettante al creditore nella principale ipotesi di pagamento liberatorio eseguito nelle mani di un terzo non legittimato (ipotesi appunto identificabile nel caso del pagamento al creditore apparente), una parte della dottrina ha ipotizzato che il medesimo rimedio possa essere esperito dal titolare del credito (in luogo del debitore liberato) anche qualora questi decida di ratificare, ai sensi dell'art. 1188 cpv. c.c., un adempimento inesatto dal punto di vista soggettivo<sup>77</sup>. Premesso che, come già è stato evidenziato, l'indebitito soggettivo *ex latere accipientis* legittima il debitore a ripetere la prestazione eseguita verso il terzo, la possibilità in capo allo stesso debitore di esperire tale azione può essere paralizzata dalla ratifica del titolare del credito, mediante la quale il soggetto in questione qualifica come liberatorio il pagamento al non legittimato.

Dovendosi a questo punto ricostruire i rapporti che si instaurano, in forza di siffatto pagamento, tra l'effettivo creditore e il terzo, si ritiene che al soggetto attivo del rapporto possa essere riconosciuto il potere di recuperare la prestazione ricevuta dall'*accipiens* attraverso la ripetizione dell'indebitito richiamata dall'art. 1189 c.c. Le due ipotesi, infatti, «appaiono assimilabili sotto il profilo sia dei presupposti, poiché

---

rimasto estraneo allo spostamento patrimoniale). Trattasi, invece, di una surrogazione legale del vero creditore nel diritto di ripetizione del *solvens*. Semplicemente, la legge si limita a rifarsi alla disciplina dell'indebitito quale modello normativo idoneo alla tutela del creditore; ma la fonte della pretesa del creditore non è il fatto del pagamento non dovuto, bensì la perdurante titolarità di un credito preesistente».

<sup>77</sup> In questo senso, in particolare, P. Schlesinger, *La ratifica del pagamento effettuato al non creditore*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 47 s., ad avviso del quale: «Se consideriamo le altre due ipotesi di indebitito soggettivo, alle quali il legislatore ha riconosciuto un'efficacia estintiva nei confronti del rapporto obbligatorio (artt. 1189 e 2036), vediamo come in entrambe l'estinzione dell'obbligazione venga accompagnata da un rimedio concesso al soggetto che risentirebbe le conseguenze svantaggiose dell'efficacia eccezionalmente riconosciuta ad una prestazione non corrispondente a quella dovuta. Così, nell'art. 1189, la liberazione del debitore che ha prestatato al creditore apparente è accompagnata dalla concessione al vero creditore della *condictio indebiti* contro l'*accipiens*; e, nell'art. 2036, il soddisfacimento del creditore (non più tenuto alla restituzione quando si sia privato in buona fede del titolo o delle garanzie del credito oppure quando il *solvens* abbia pagato per un errore inescusabile) è accompagnato dal subingresso, a favore di quest'ultimo, nei diritti del creditore (*omissis*). Il ragionamento svolto induce a concludere che effettivamente esiste, nel nostro ordinamento, un principio generale secondo cui, quando l'indebitito soggettivo determina l'estinzione del rapporto obbligatorio, al soggetto che sostiene il peso economico di tale estinzione (e cioè il *solvens* nell'indebitito soggettivo *ex latere solventis* e il creditore nell'indebitito soggettivo *ex latere accipientis*) viene accordato dal legislatore un mezzo giuridico contro il soggetto che se ne avvantaggia (rispettivamente, il debitore e l'*accipiens indebiti*) per ristabilire il turbato equilibrio delle reciproche posizioni patrimoniali. In applicazione di questo principio, nel caso in cui il creditore ratifichi il pagamento effettuato dal debitore ad un terzo, la ratifica determina non soltanto la liberazione del debitore, ma anche l'automatico sub ingresso a favore del creditore nella *condictio indebiti* che spettava al *solvens* contro il terzo». La costruzione appena esposta non è condivisa da G. Aghina, *op. cit.*, p. 112, laddove osserva come: «Per quanto riguarda, poi, i rapporti tra creditore e *accipiens*, se il primo fa uso della facoltà di ratifica oppure approfitta, obiettivamente, della prestazione, sembra equo ritenere che nulla possa pretendere dall'*accipiens*. Nel caso della ratifica, infatti, il creditore poteva astenersi dal provocare la liberazione del debitore, e nel caso del profitto, egli ha, seppure indirettamente, ricevuto quanto gli era dovuto».

nell'art. 1189 il pagamento eseguito a chi non era creditore libera il debitore in forza di una valutazione legale tipica fondata sul principio dell'apparenza, laddove nell'art. 1188 un analogo pagamento consegue efficacia liberatoria a seguito di una manifestazione di volontà privata; sia della *ratio*, poiché in entrambi i casi ricorre la medesima esigenza di garantire al creditore l'impiego di uno strumento per il recupero dell'oggetto della prestazione a lui dovuta»<sup>78</sup>.

Se tutto questo è vero, possiamo allora concludere che analoga tutela spetti al creditore anche in confronto dell'indicatario con riferimento a quanto nei suoi confronti prestato dal debitore, qualora ovviamente i rapporti interni tra indicante e terzo *accipiens* non siano già definiti in modo tale da obbligare quest'ultimo a riconsegnare la *res recepta* al titolare del credito. Considerato che l'indicazione di pagamento attribuisce all'obbligato la facoltà di adempiere verso il terzo, tale atto non solo non determina in capo a quest'ultimo l'insorgenza di un diritto sull'oggetto della prestazione, ma non vale nemmeno a giustificare la permanenza di siffatta attribuzione nell'ambito del patrimonio del medesimo indicatario. Non vi è dubbio in ordine al fatto che il creditore indicante presenti analogo interesse a conseguire il contenuto sostanziale della prestazione, a lui destinato fin dall'origine, quand'anche, attraverso l'indicazione abbia reso strumentalmente idoneo all'adempimento anche il ricevimento di essa da parte dell'indicatario. Quest'ultimo si conferma, anche da tale punto di vista, un soggetto che è legittimato a ricevere ma non anche a trattene- re quanto pagato dal debitore o addirittura, come da noi qui sostenuto, legittimato a ricevere solo *ex post*, ad esecuzione avvenuta<sup>79</sup>.

Essendo tale prestazione normalmente destinata all'indicante, questi può recuperarla dall'*accipiens* avvalendosi dello stesso strumento di tutela (appunto la ripetizione dell'indebito) esperibile dal creditore medesimo verso il creditore apparente e verso il terzo non legittimato, in caso di ratifica dell'adempimento inesatto. Identica, nella sostanza, è la situazione che si delinea nelle tre ipotesi – tutte caratterizzate dall'esecuzione, da parte del debitore, di un pagamento liberatorio nelle mani di un soggetto diverso dal titolare del credito –; identico è l'interesse del creditore a recuperare la prestazione dal terzo *accipiens*; identico deve essere dunque il rimedio spettante al creditore, identificabile proprio nella *condictio indebiti*, dato che la disciplina richiamata dagli art. 2033 c.c. ss. rappresenta il “modello” normativo più idoneo

<sup>78</sup> Così G. Furgiele, voce *Ratifica*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, p. 2.

<sup>79</sup> A titolo esemplificativo può pensarsi al caso del vicino di casa che, ricevuta la merce inviata al proprio dirimpettaio, si rifiuti di fargliene consegna: sarebbe difficile congegnare un'azione che consenta il recupero in via diretta della prestazione se non si ricorresse alla *condictio indebiti*; risulta infatti del tutto fuori fuoco tanto un'azione di ingiustificato arricchimento quanto un'azione di risarcimento danni – che dovrebbe eventualmente ammettersi in forma specifica, con i risaputi problemi derivanti dai limiti entro cui è possibile, del tutto impropri se riferiti all'ipotesi in discorso, rappresentati dalla colpa e soprattutto dalla non eccessiva –.

a tutelare la posizione del creditore, qualora l'obbligo si sia estinto a seguito del pagamento efficacemente eseguito dal debitore nelle mani di un terzo. L'individuazione della ripetizione dell'indebitto quale rimedio utile all'indicante per recuperare l'oggetto della prestazione dall'indicatario comporta una serie di rilevanti conseguenze sul piano pratico: in particolare, deve essere ravvisata nel disposto degli artt. 2037 e 2038 c.c. la normativa applicabile nel caso in cui la *res debita* perisca o venga alienata dall'accipiente.

Tutto ciò posto, e una volta chiarito che l'indicazione di pagamento attribuisce al debitore la facoltà di liberarsi pagando all'indicatario – il quale, ai soli fini dell'esecuzione della prestazione, viene ad “immedesimarsi” con l'indicante – occorre soltanto precisare che all'attività svolta dall'indicato possono applicarsi le norme generali relative al fenomeno dell'adempimento. In quest'ottica, per esempio, alcuni autori hanno voluto rimarcare l'efficacia liberatoria del pagamento rivolto all'indicatario apparente: in presenza dell'atto di indicazione, infatti, l'obbligazione si estingue ai sensi dell'art. 1189 c.c. se l'indicato ha in buona fede adempiuto nei confronti di un soggetto che, sulla base di circostanze univoche, risultava identificabile con l'indicatario, ancorché fosse in concreto privo della legittimazione a ricevere<sup>80</sup>.

### 5.1. Procura all'incasso ed indicazione di pagamento: tesi che affermano l'identità tra i due negozi

Una volta delineati i profili strutturali dell'indicazione di pagamento, si deve procedere alla disamina dei rapporti tra la posizione dell'indicatario e quella del rappresentante del creditore richiamata dallo stesso art. 1188 c.c., e, di conseguenza, alla determinazione dei tratti peculiari che caratterizzano l'atto di indicazione rispetto alla c.d. procura all'incasso.

Preliminarmente, il rappresentante del creditore può essere individuato nel soggetto che, essendo legittimato a ricevere il pagamento in nome e per conto del titolare del credito, «consente di imputare il pagamento, in via diretta ed automatica, al creditore (la prestazione al rappresentante legale o volontario del creditore vale come prestazione al creditore)»<sup>81</sup>. Come di consueto, la legittimazione rappresentativa può trovare la propria fonte tanto nella legge<sup>82</sup>, quanto in un atto di volontà dell'interessato, identificabi-

<sup>80</sup> Sul punto, cfr. C.M. Bianca, voce *Indicazione di pagamento*, cit., p. 1.

<sup>81</sup> In questi termini, U. Breccia, *Le obbligazioni*, cit., p. 533 s. Sul punto, v. anche M. Maggiolo, *Il destinatario del pagamento*, cit., p. 318 ss.; e G. Aghina, *Il destinatario del pagamento*, cit., p. 88, il quale precisa che il rappresentante a cui fa riferimento l'art. 1188 c.c. è solo il rappresentante volontario, dato che, nella costruzione della norma, il rappresentante legale rientra nella categoria dei soggetti autorizzati dalla legge a ricevere il pagamento.

<sup>82</sup> V. però i riferimenti di cui alla nota precedente. Si ribadisce peraltro che il già richiamato art. 1190 c.c., escludendo l'efficacia liberatoria del pagamento eseguito verso il creditore incapace, di fatto impone al debitore di adempiere al rappresentante legale del medesimo.

le appunto nella procura, negozio che, allorquando accorda al rappresentante il potere di ricevere una prestazione per il *dominus*, prende il nome di procura all'incasso<sup>83</sup>.

Seguendo questa linea di ragionamento, la figura del rappresentante *ex art.* 1188 c.c. sembra collocarsi perfettamente nel più generale ambito della rappresentanza negoziale disciplinata dagli artt. 1387 ss c.c., anche in considerazione del fatto che, ad avviso di alcuni studiosi, possono costituire oggetto dell'agire rappresentativo anche atti non aventi natura negoziale, proprio come l'esecuzione o la ricezione di un pagamento<sup>84</sup>. Tale affermazione non è tuttavia condivisa da altri settori della dottrina, i quali – rinvenendo l'essenza dell'agire rappresentativo non nella semplice deviazione sull'interessato degli effetti dell'attività posta in essere dal rappresentante, ma «nell'intento dell'agente di attribuire al *dominus* lo stesso compimento dell'atto, intento rilevante per il diritto qualora concorrano le condizioni cui è subordinato l'acquisto del potere di rappresentanza»<sup>85</sup> – circoscrivono l'ambito della rappresentanza negoziale ai soli atti di natura dichiarativa, escludendo pertanto le attività non dichiarative dall'oggetto dell'agire in nome altrui.

Secondo la tesi che si espone, infatti, con riferimento ai «comportamenti che vengono presi in considerazione unicamente per le modifiche della realtà materiale che determinano, non si pone alcun problema di imputazione di effetti giuridici che derivano dall'atto (diverso problema, invece, quello della imputazione degli effetti derivanti da quella modifica, in sé considerata). Per i comportamenti non dichiarativi, quindi, è ammissibile una generica sostituzione nel compimento di un atto, ma non avrebbe senso un'estensione del principio dell'equivalenza tra l'attività del rappresentante e quella del *dominus*, principio che trova applicazione solo nei confronti di atti idonei a determinare direttamente una modifica della situazione preesistente. Così, nel caso che ci interessa, se l'attività con cui l'*accipiens* riceve la *traditio* conduce al mutamento della situazione di fatto costituita dalla disponibilità materiale della cosa, che senso avrebbe dire che l'attività del rappresentante va considerata equivalente all'attività del rappresentato?»<sup>86</sup>.

<sup>83</sup> In questa sede, riconosciamo dunque alla definizione procura all'incasso una portata più ampia rispetto quella che ad essa riconnette C.M. Bianca, *L'obbligazione*, cit., p. 297., il quale ritiene che tale negozio possa autorizzare il rappresentante solamente a ricevere la dazione di una somma di denaro.

<sup>84</sup> Seguono questa impostazione, tra gli altri, C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., p. 77; V. Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da Ludica e Zatti, Milano, 2011, p. 250; G. Stella, *La rappresentanza*, cit., p. 738 ss.

<sup>85</sup> In questi termini, P. Schlesinger, *Il pagamento al terzo*, cit., p. 58 s., il quale precisa: «La rappresentanza, pertanto, si caratterizza nel senso che l'imputazione degli effetti dell'atto ad un soggetto estraneo all'atto stesso deriva da una dichiarazione per mezzo della quale l'agente, purché ricorrano, beninteso, i presupposti del potere di rappresentanza, rende giuridicamente presente all'atto il soggetto a cui sono destinati gli effetti, e viene, quindi, a compiere l'atto stesso come *alter ego* del *dominus*».

<sup>86</sup> Così sempre P. Schlesinger, *op. ult. cit.*, p. 60. Nello stesso senso, G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1958 p. 279 ss.



Ritengono inoltre i sostenitori del presente orientamento che il richiamo alla rappresentanza potrebbe avere una sua ragion d'essere se la ricezione del pagamento da parte del procuratore valesse di per sé ad escludere la configurabilità, in capo al medesimo, del possesso della *res tradita*, che verrebbe direttamente attribuito al soggetto in nome del quale è stata ricevuta. Tuttavia, secondo questa corrente di pensiero, un simile automatismo non potrebbe essere riscontrato con riferimento alla posizione del rappresentante ex art. 1188 c.c., il quale, nelle ipotesi di procura *in rem propriam*, è legittimato dal *dominus* ad incamerare definitivamente (e dunque, ad acquisire il possesso di) quanto ricevuto *nomine alieno* dall'obbligato<sup>87</sup>.

Una volta escluso che la figura del rappresentante ex art. 1188 c.c. possa essere ricondotta alla rappresentanza negoziale, l'opinione in analisi individua la funzione propria della procura all'incasso nel conferimento, dal creditore al debitore, della legittimazione ad estinguere l'obbligazione attraverso un pagamento eseguito nelle mani di un terzo: in questa prospettiva, l'adempimento rivolto al procuratore dovrebbe infatti produrre, con riguardo ai rapporti tra debitore e creditore, gli stessi effetti che deriverebbero dall'esecuzione della prestazione nei confronti del medesimo titolare del credito<sup>88</sup>.

Alla luce di simili premesse, la costruzione in esame non può che giungere ad affermare l'assoluta identità funzionale tra procura all'incasso ed indicazione di pagamento, giacché entrambi gli atti sarebbero finalizzati ad attribuire all'obbligato la facoltà di liberarsi mediante un pagamento destinato al terzo *accipiens*: più precisamente, procura e indicazione costituirebbero due varianti di un'identica figura negoziale, mediante la quale viene conferito al terzo il ruolo di destinatario del pagamento<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> Sostiene questa posizione ancora P. Schlesinger, *op. ult. cit.*, p. 61, laddove afferma: «L'estensione all'*acceptio* del concetto tecnico di rappresentanza potrebbe forse sostenersi a condizione di affermare che l'*accipiens*, quando riceve la *traditio* in qualità di rappresentante, non acquista un potere di fatto dipendente da quello del rappresentato, al quale verrebbe quindi procurato, mediante l'attività svolta in nome suo, l'acquisto di una situazione possessoria sul bene. Senonché, si deve anzitutto sottolineare che il rappresentante (si pensi ad un *procurator in rem suam*) può benissimo acquistare, mediante l'*acceptio*, un potere di fatto autonomo; inoltre, quand'anche egli acquisti una situazione possessoria dipendente da quella del rappresentato, ciò non si verifica per il fatto di aver agito in nome del *dominus*, ma perché il rapporto di valuta, nel quale va rintracciato il titolo giustificativo dell'acquisto da parte dell'*accipiens*, può limitare il contenuto di tale acquisto ad una situazione possessoria non autonoma». Sul problema, v. inoltre S. Delle Monache, *La «contemplatio domini» – contributo alla teoria della rappresentanza*, Milano, 2001, p. 44 ss.

<sup>88</sup> Accoglie questa costruzione sempre P. Schlesinger, *op. ult. cit.*, p. 62, secondo cui: «A differenza di quanto avviene nel caso di vera e propria rappresentanza nel campo negoziale, il procuratore per l'incasso svolge un'attività equivalente a quella del *dominus*, giacché l'*acceptio* da parte del rappresentante determina una situazione del tutto diversa da quella che si sarebbe determinata se la prestazione fosse stata ricevuta dal creditore: tuttavia, nel rapporto interno tra *dominus* e *tradens*, l'acquisto da parte del rappresentante produce gli stessi effetti giuridici che sarebbero derivati dall'acquisto compiuto dal creditore».

<sup>89</sup> Così sempre P. Schlesinger, *op. ult. cit.*, p. 71.

L'unica differenza tra le due figure potrebbe essere rinvenuta nella diversa destinazione delle due dichiarazioni, posto che mentre la procura viene di regola qualificata come un atto recettizio per il procuratore, l'indicazione si considera normalmente rivolta al debitore indicato. Tuttavia, anche questo tratto distintivo è considerato, per due ordini di motivi, sostanzialmente irrilevante: in primo luogo, si osserva infatti che la definizione della procura in termini di negozio recettizio per il rappresentante è contestata da parte della dottrina, la quale esclude la natura recettizia dell'atto mediante il quale viene conferita la legittimazione rappresentativa<sup>90</sup>. In secondo luogo, viene evidenziato come, dovendo il procuratore palesare la propria condizione al debitore da cui deve ricevere il pagamento, l'esistenza della procura medesima deve comunque essere portata a conoscenza dell'obligato, sebbene tale comunicazione avvenga per mezzo del rappresentante, il quale, in questa prospettiva, finisce con l'operare alla stregua di un vero e proprio *nuncius* del titolare del credito<sup>91</sup>.

### 5.2. (segue). Critica della posizione precedentemente esposta: configurabilità della rappresentanza nell'esazione della prestazione dovuta

La tesi appena esposta, per quanto autorevolmente sostenuta, è stata oggetto di penetranti rilievi critici che la rendono, in definitiva, difficilmente accoglibile. Essa infatti muove dal condivisibile assunto in forza del quale l'oggetto della procura ri-

<sup>90</sup> Negano la natura recettizia della procura, in particolare, C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., p. 85; e anche F. Carresi, *Il contratto*, I, in *Tratt. dir. civ. comm.*, dir. da Cicu, Messineo e Mengoni, Milano, 1987, p. 167. Qualificano invece la procura come atto recettizio nei confronti del terzo, tra gli altri, G. Minervini, *Eccesso di procura del rappresentante e responsabilità del "dominus"*, in *Foro it.*, 1947, I, 380 ss.; e W. D'Avanzo, voce *Rappresentanza* (dir. civ.), in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 807 ss. La maggioranza degli studiosi sono invece inclini a considerare la procura come negozio recettizio nei confronti del rappresentante: si vedano, tra gli altri, i contributi di V. Roppo, *op. ult. cit.*, p. 258; G. Stella, *op. ult. cit.*, p. 786; U. Natoli, *La rappresentanza*, Milano, 1977, p. 53 ss.; A. Pozzi, voce *Procura*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, p. 2.

<sup>91</sup> Cfr. P. Schlesinger, *op. ult. cit.*, p. 69 ss., ad avviso del quale: «Alla base della preoccupazione legislativa che ha condotto l'art. 1188 a sdoppiare la fonte negoziale attributiva della legittimazione a ricevere vi è la concezione che la procura sia destinata necessariamente al rappresentante. In contrario occorre rilevare, in primo luogo, che la controversia, sorta per stabilire se i destinatari della procura debbano considerarsi il rappresentante o i terzi, è stata esattamente risolta nel senso radicale di negare il carattere recettizio della procura dal momento che la necessaria bilateralità della *contemplatio domini* esclude che, oltre l'esistenza, o, al massimo, la conoscenza, sia altresì richiesta una specifica destinazione dell'atto che conferisce il potere di rappresentanza. In secondo luogo, poi, il carattere particolare della procura all'incasso, destinata a creare una situazione passiva a carico del debitore (vale a dire l'obbligo di pagare nelle mani del terzo), rende certi che la dichiarazione vada sì costruita come un negozio recettizio, ma il cui destinatario è il terzo e non già il rappresentante. Pertanto, l'obbligo del debitore si costituisce solo quando il conferimento della procura gli sia comunicato, non importa se direttamente (*omissis*) oppure per mezzo del rappresentante, che, in tal caso, funge da *nuncius* del creditore». Questa posizione sembra condivisa da G. Cian, voce *Pagamento*, cit., p. 243.

sulta più limitato di quello proprio del mandato senza rappresentanza: mentre l'attività gestoria che il mandatario si obbliga a svolgere *proprio nomine* e nell'interesse del mandante può tradursi nel compimento di qualsiasi atto giuridico lecito, il carattere «necessariamente dichiarativo della spendita del nome altrui» da parte del procuratore «dovrebbe indurre a circoscrivere l'ambito di operatività della rappresentanza al compimento dei soli atti (sia in senso stretto che di natura negoziale) partecipativi o di dichiarazione, in sé destinati quindi ai terzi o ad un terzo determinato. Per i cosiddetti atti reali o operazioni, non essendo concepibile una vera e propria rappresentanza, dovrebbe ammettersi perciò il solo mandato in nome proprio, il quale invece non sembra incontrare ostacoli nell'eventuale natura "non dichiarativa" dell'atto gestorio»<sup>92</sup>.

Tuttavia, le conclusioni a cui la suddetta tesi perviene – sia in ordine all'esclusione della qualifica di vero e proprio rappresentante in capo al procuratore all'incasso, sia in ordine all'equiparazione tra procura ed indicazione dei pagamento – non sembrano superare le obiezioni che ad essa sono state mosse. Sotto il primo dei due aspetti appena richiamati, si segnala, innanzi tutto, che la riscossione di un credito si colloca, generalmente, nel quadro di una più vasta attività che lo stesso procuratore è incaricato di porre in essere, e potenzialmente comprensiva di atti di natura tanto dichiarativa quanto non dichiarativa. Allorquando al rappresentante viene conferito il potere di concludere un contratto in nome del *dominus*, egli si trova, di regola, nella condizione di procedere non solo all'esternazione della volontà costitutiva dell'accordo, ma anche all'esecuzione della prestazione negoziale ed all'esazione dell'eventuale controprestazione<sup>93</sup>.

Inoltre, anche nelle ipotesi in cui la procura trovi il suo specifico oggetto nella riscossione di un credito, l'*acceptio* del rappresentante in nome del creditore rende direttamente imputabili a quest'ultimo, oltre all'effetto principale dell'estinzione del debito, anche una serie di effetti ulteriori, come l'acquiescenza alle inesattezze palesi della prestazione, la decorrenza del termine per contestare i vizi occulti della medesima, l'obbligo di restituzione della prestazione in caso di nullità del titolo costitutivo<sup>94</sup>.

Infine, decisiva appare l'argomentazione in forza della quale l'attività del procuratore all'incasso presenta sempre una componente di carattere dichiarativo: il rappresentante deve infatti palesare al *solvens* la sua condizione di soggetto legittimato a ricevere efficacemente il pagamento, condizione di cui il debitore deve necessaria-

<sup>92</sup> In questi termini A. Luminoso, *Mandato ecc.*, cit., p. 121.

<sup>93</sup> Cfr., C.M. Bianca, *L'obbligazione*, cit., p. 297; G. Aghina, *I destinatari del pagamento*, ecc., cit., p. 90 ss.; B. Grasso, *Indicazione di pagamento e delegatio solvendi.*, cit., p. 178. V., inoltre, Cass., 6 agosto 1953, n. 2659, la quale ribadisce che il commesso preposto dall'imprenditore alla gestione di un negozio è legittimato, oltre che a concludere i contratti con la clientela, a ricevere i pagamenti effettuati in esecuzione di tali contratti.

<sup>94</sup> Sul punto, v. M. Maggiolo, *Il destinatario del pagamento*, cit., p. 320.

mente avere contezza per poter accertare l'idoneità della prestazione da lui svolta ad estinguere l'obbligazione di cui la medesima costituisce oggetto<sup>95</sup>.

Tutto ciò premesso, poco convincente appare anche l'affermazione secondo cui la spendita del nome del rappresentato da parte del procuratore all'incasso non varrebbe di per sé ad escludere l'acquisto, da parte di quest'ultimo, del possesso della *res tradita*, ben potendo il soggetto in questione risultare legittimato da una procura in *rem propriam* ad incamerare definitivamente il bene consegnatogli dal debitore.

In base alla definizione di possesso accolta dalla dottrina largamente prevalente, infatti, il *discrimen* tra possesso e detenzione deve essere individuato nella sussistenza del c.d. *animus possidendi*, da intendersi come la volontà, manifestata dal possessore, di considerare la cosa posseduta come oggetto di un suo esclusivo dominio e, correlativamente, di non riconoscere l'esistenza di alcun diritto altrui sulla stessa<sup>96</sup>. Questa impostazione non è peraltro condivisa da quanti ritengono che il possesso consista nell'obiettivo esercizio di un'attività corrispondente al contenuto della proprietà o di altro diritto reale, senza che debba essere attribuito alcun rilievo alla predisposizione psicologica dell'esercente tale attività<sup>97</sup>.

<sup>95</sup> Cfr., sul punto, G. Aghina, *Il destinatario del pagamento* ecc., cit., p. 90 s.; U. Natoli, *Il comportamento del debitore*, cit., p. 135; M. Maggiolo, *op. cit.*, p. 319; e B. Grasso, *op. ult. cit.*, p. 179, secondo il quale: «È impossibile la dichiarazione che "sostituisca" il comportamento materiale, ma tale impossibilità non esclude la possibilità di una dichiarazione che si aggiunga al comportamento medesimo, per l'ovvia considerazione che una cosa è l'impossibilità di compiere l'atto "dichiarando" anziché "comportandosi" nel modo previsto, un'altra impossibilità – che non può certo desumersi dalla prima – di porre in essere un comportamento materiale accompagnandolo ad una "dichiarazione"». Del resto, lo stesso P. Schlesinger, *op. ult. cit.*, p. 53, non esita ad affermare che: «la legittimazione a ricevere dell'alienante va intesa nel senso che questi può in quanto rappresentante ricevere il pagamento da parte del debitore. Ne deriva che appare indispensabile, perché la *traditio* effettuata da un procuratore sia da considerare adempimento dell'obbligo verso il rappresentato, che *tradens* e *accipiens* concordino sul punto che quest'ultimo riceve solo perché riveste una qualifica che lo abilita ad agire in sostituzione del creditore».

<sup>96</sup> Sostengono questa impostazione, tra gli altri, F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, I, *Le categorie generali – Le persone – La proprietà*, Padova, 2004, p. 448; R. Sacco – R. Caterina, *Il possesso*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, dir. da Cicu, Messineo, Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 2014, p. 65 ss.; A. Masi, *Possesso e detenzione*, in *Diritto civile*, dir. da Lipari e Rescigno e coordinato da Zoppini, II, 2, *La proprietà e il possesso*, Milano, 2009, p. 106 s.; L. Tenella Sillani, voce *Possesso e detenzione*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, XIV, Torino, 1996, p. 16, la quale osserva: «L'*animus* è, in definitiva, elemento costitutivo dell'attività corrispondente all'esercizio di un dato diritto reale ed insieme con il *corpus* concorre ad integrare ciò che da sempre suole definirsi possesso. I due aspetti sono inscindibilmente legati: perché vi sia un possesso non basta perciò il titolo d'acquisto della proprietà di una cosa ove manchi la concreta possibilità di godere della stessa in via esclusiva; correlativamente si qualifica possessore o detentore non chi si dichiara proprietario od affittuario di un bene, ma chi abbia un comportamento coerente con l'intenzione di possedere o di riconoscere in altri il possesso, indipendentemente dalla conoscenza che il medesimo abbia della effettiva situazione giuridica (*l'animus possidendi* prescinde infatti dal convincimento del soggetto di poter compiere atti di materiale ingerenza in quanto titolare del diritto corrispondente)».

<sup>97</sup> In questo senso, in particolare, F. Alcaro, *Il possesso*, in *Cod. civ. comm.*, dir. da Schlesinger, artt. 1140 – 1143, Milano, 2003, p. 33 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 1999, p. 732 s.

In ogni caso, entrambe le opinioni appena richiamate convergono nel qualificare in termini di detenzione la posizione di colui il quale riceve una cosa *nomine alieno*, giacché il soggetto in questione non solo riconosce (per forza di cose) l'esistenza di un diritto altrui sulla *res*, ma non svolge, con riferimento alla medesima, un'attività riconducibile ad alcuno tra i diritti reali contemplati dal nostro ordinamento<sup>98</sup>. Proseguendo su questa linea di ragionamento – e tenendo conto del fatto che, ai sensi dell'art. 1140 cpv., il possessore può esercitare il suo potere di fatto direttamente o “per mezzo” del detentore –, appare logico concludere che il *dominus* ottiene il possesso del bene dovuto attraverso il rappresentante cui ha conferito la legittimazione a riscuotere, e che, nella prospettiva dell'obbligato, la *traditio* eseguita nelle mani del procuratore è comunque diretta a far ottenere al titolare del credito il possesso di siffatto bene<sup>99</sup>.

La situazione, a nostro avviso, non muta nelle ipotesi in cui, basando la propria legittimazione su una procura *in rem propriam* – che, a sua volta, accede ad un contratto in forza del quale rappresentante e creditore si accordano per estinguere in tal modo un precedente debito del *dominus* nei confronti del medesimo rappresentan-

<sup>98</sup> Cfr. C.M. Bianca, *op. ult. cit.*, p. 732, laddove osserva: «Il potere di fatto sulla cosa integra il possesso in quanto sia esplicazione del contenuto di un diritto reale di godimento. Sulla base di tale elemento occorre allora procedere alla distinzione tra le situazioni di possesso e quelle di detenzione, tenendo presente che oggetto della valutazione non è la materiale apprensione del bene ma il diverso significato sociale che assume la disponibilità di fatto della cosa secondo che se ne disponga come possessori o detentori. Possesso e detenzione sono infatti fenomeni socialmente differenti in ragione del differente potere del soggetto, secondo che corrisponda al contenuto di un diritto reale ovvero al contenuto di un diritto personale o di un rapporto di ospitalità o di servizio». Se tutto questo è vero, non vi possono essere dubbi sul fatto che la disponibilità della cosa ottenuta dal rappresentante in nome del rappresentato assuma il “significato sociale” della mera detenzione.

<sup>99</sup> V., sul punto, B. Grasso, *Indicazione di pagamento e delegatio solvendi*, cit., p. 183 s., secondo cui: «Il godimento di fatto non coincide con il fatto del godimento materiale e diretto del bene, ben potendo una cosa essere posseduta dal possessore quando questi ha il controllo della sua disponibilità anche per mezzo di un altro soggetto, come peraltro esplicitamente riconosciuto da comma 2 dell'art. 1140. Se il possessore ha il potere sulla cosa anche quando gode indirettamente della stessa “per mezzo di altra persona” – se cioè non perde la possibilità di esercitare il potere di fatto in cui consiste il “possesso” per la circostanza che il collegamento fattuale con la *res* sia tenuto da un altro soggetto (detentore) – ben può pensarsi che egli acquisti il possesso anche quando non ha stabilito alcun effettivo contatto fisico con la cosa – come peraltro comunemente ammesso rispetto all'ipotesi di *traditio* simbolica del possesso –, ovvero quando altri, che agiscono in suo nome, hanno acquistato il *corpus* per esercitarvi un potere altrui; quando altri cioè conseguano la materiale detenzione della *res* ponendola però nell'effettiva (anche se non materiale) disponibilità del possessore. (*omissis*). Pertanto, pur ribadendo quanto sostenuto dalla dottrina dominante in tema di possesso e pur circoscrivendo il potere rappresentativo alla sola *acceptio* intesa come atto “materiale”, potrà sostenersi che, “se per decidere se il potere di fatto di un soggetto è possesso o detenzione bisogna guardare innanzi tutto all'*animus* del soggetto al momento in cui ha inizio il suo potere di fatto”, *animus* che rappresenta non la mera volontà interna dell'*accipiens*, bensì la “manifestazione” della stessa, è evidente che qualora questi manifesti di essere un rappresentante, manifesterà altresì contemporaneamente l'*animus* con il quale intende acquistare la materiale disponibilità della *res*, appunto al fine di esercitarvi un potere che è di un altro soggetto (rappresentato) il quale diverrà possessore per avere così acquistato, per mezzo, l'effettiva disponibilità del bene»

te, o per realizzare una liberalità a favore di quest'ultimo<sup>100</sup> –, l'*accipiens* può trattenerne la cosa ricevuta dall'obligato in nome del titolare del credito.

Anche in questo caso, infatti, la *contemplatio domini* assolve la funzione di palezare l'alienità del procuratore rispetto all'operazione da lui posta in essere, di specificare che la prestazione dell'obligato è destinata ad incidere sul rapporto tra il debitore stesso e il creditore, di ribadire che il rappresentante ha ricevuto un bene destinato al *dominus*, ottenendo, dunque, la semplice detenzione della stessa. Una volta che il procuratore ha ottenuto la materiale disponibilità della *res tradita*, allora e solo allora gli accordi intervenuti tra il soggetto in questione ed il rappresentato – sulla base dei quali era stata emessa la procura irrevocabile – determinano la trasformazione di siffatta detenzione in possesso<sup>101</sup>, attraverso uno schema acquisitivo di fatto coincidente con quello proprio della *traditio brevi manu*, da intendersi sempre come il procedimento puramente consensuale di trasmissione del possesso che si traduce nella «rinuncia al possesso da parte del possessore mediato, con contemporanea assunzione dell'intento di essere proprietario – e acquisto del possesso immediato – da parte del detentore»<sup>102</sup>.

### 5.3. (segue) Riaffermazione delle differenze di funzione tra procura ed indicazione

Per quanto attiene all'asserita identità tra procura all'incasso e indicazione di pagamento – qualificabili entrambe come strumenti utili a permettere al debitore di liberarsi attraverso un pagamento eseguito nelle mani del terzo *accipiens* –, si osserva invece come il rappresentante riceve dal *dominus* una serie di poteri che non rientrano nelle prerogative spettanti all'indicatario.

Il procuratore all'incasso, infatti, può costituire in mora l'obligato, può esercitare la facoltà di scelta nelle obbligazioni alternative, può eventualmente imputare il pagamento a uno dei debiti che il *solvens* ha assunto verso il rappresentato, e può

<sup>100</sup> Sulla figura del mandato *in rem propriam*, v. per tutti, A. Luminoso, *op. ult. cit.*, p. 92 ss.

<sup>101</sup> Cfr. B. Grasso, *op. ult. cit.*, 185, ad avviso del quale: «Qualora il potere rappresentativo sia stato conferito per attuare un rapporto di valuta (si pensi così al caso della procura all'incasso rilasciata al procuratore in occasione della stipulazione di un contratto di mutuo, di donazione, di vendita), l'*accipiens* "rappresentante" – detentore per conto ed in nome del creditore (possessore) – diverrà "autonomo" possessore della cosa in seguito al trasferimento del possesso (dal *dominus* che l'ha originariamente acquistato per mezzo dell'attività del suo procuratore) determinato dal rapporto interno (titolo) con il rappresentato, secondo un meccanismo che coincide con quello che si verifica peraltro ogni qualvolta si presenti l'esigenza di regolare, appunto sulla base dei rapporti interni, i risultati utili di una gestione rappresentativa (come nel caso in cui un rappresentante (in senso tecnico) abbia conseguito beni in esecuzione del contratto concluso "in nome altrui" – e, dunque, certamente devianandone gli effetti in testa al *dominus* per conto ed in nome del quale l'attività gestoria medesima è stata svolta – di cui debba successivamente acquistare il "possesso" dal rappresentato, appunto sulla base degli accordi interni con quest'ultimo in sede di definizione dei loro rapporti)».

<sup>102</sup> Così R. Caterina, *Il possesso*, in *Tratt. dei diritti reali* dir. da Gambaro e Morello, I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2008, p. 411.

addirittura trovarsi nella condizione di esperire i rimedi giudiziali e stragiudiziali collegati all'inadempimento del debitore<sup>103</sup>.

Ma soprattutto è ragionevole ritenere che, dinanzi ad una richiesta di adempimento proveniente dal rappresentante del creditore, richiesta effettuata in nome e per conto di quest'ultimo, il debitore non possa rifiutarsi di eseguire la prestazione dovuta, sostenendo di voler pagare direttamente al titolare del credito. In questa prospettiva, dunque, il debitore medesimo deve considerarsi vincolato ad adempiere al procuratore, anche in ragione del fatto che la sua decisione di voler effettuare il pagamento esclusivamente nelle mani del *dominus* potrebbe essere interpretata come una violazione del dovere di correttezza di cui l'art. 1175 c.c. impone l'osservanza ad entrambe le parti del rapporto<sup>104</sup>.

Alla luce di queste argomentazioni, netta appare la differenza tra l'appena descritta posizione del rappresentante del creditore e quella del soggetto indicato dallo stesso titolare del credito, differenza la cui portata viene esattamente percepita da quegli studiosi che, mentre riconoscono al procuratore all'incasso (in ragione delle prerogative sopra richiamate) la legittimazione ad *esigere* la prestazione dovuta, descrivono l'indicatario come un semplice legittimato a *ricevere* il pagamento dal debitore<sup>105</sup>.

Come chiaramente emerge dalla trattazione finora svolta, l'indicatario non dispone dei poteri che invece competono al procuratore: il soggetto in questione, infatti, non può costituire in mora il debitore; non può procedere all'imputazione del pagamento; non può esperire alcun rimedio in caso di inadempimento dell'obbligato. In una parola, egli non è investito della legittimazione ad *esigere* la prestazione, venendo solamente a costituire un ulteriore riferimento soggettivo che il creditore

<sup>103</sup> In questo senso, C.M. Bianca, voce *Indicazione di pagamento*, cit., p. 2; M. Maggiolo, *op. cit.*, p. 319; B. Grasso, *op. ult. cit.*, p. 180.

<sup>104</sup> Occorre ribadire che il debitore risulta vincolato a pagare al procuratore solamente nel momento in cui questi gli domanda l'adempimento: la sola esistenza della procura non obbliga il debitore medesimo ad eseguire la prestazione nelle mani del rappresentante, dato che il *dominus* conserva comunque l'attitudine a ricevere efficacemente il dovuto. Cfr. C.M. Bianca, *L'obbligazione*, cit. p. 298; U. Natoli, *op. ult. cit.*, p. 135; M. Maggiolo, *op. cit.*, p. 321, il quale precisa che anche se la procura è formulata in modo tale da imporre che il pagamento vada effettuato esclusivamente verso il rappresentato, tale dichiarazione può avere esclusivamente effetti obbligatori, e non priva il *dominus* del potere di *esigere* la prestazione cui ha diritto. L'impostazione accolta nel testo non sembra però condivisa da G. Pellizzi, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 690, il quale ritiene che il debitore, richiamando il dovere di correttezza a carico del creditore, possa rifiutarsi di pagare al rappresentante nel momento in cui l'esecuzione della prestazione nelle mani del medesimo risulti per lui particolarmente gravosa.

<sup>105</sup> La distinzione tra legittimazione ad *esigere* e legittimazione a *ricevere* è segnalata sempre da A. Di Majo, *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 249, il quale, dopo avere indicato quali poteri spettano al rappresentante del creditore, precisa che, in ragione di tali poteri, il procuratore all'incasso «non è soltanto un legittimato a ricevere il pagamento, ma anche un legittimato ad *esigerlo*. Tale si è visto non è invece colui che figura più semplicemente quale designato dal creditore a ricevere il pagamento. Quest'ultimo è un semplice legittimato a ricevere ma non anche ad *esigere* il pagamento». Nello stesso senso, v. inoltre R. Senigaglia, *La fattispecie*, cit., p. 82.

mette a disposizione dell'indicato per eseguire la prestazione dovuta, nonché uno strumento di cui egli può avvalersi per ricevere tale prestazione<sup>106</sup>.

In questa prospettiva, ritrova la sua ragion d'essere l'ulteriore ragione di distinzione tra procura ed indicazione rifiutata dalla dottrina che in questa sede si confuta: mentre la procura all'incasso si traduce in una dichiarazione rivolta dal *dominus* al rappresentante (volta a conferire a quest'ultimo i poteri sopra elencati), l'indicazione di pagamento viene indirizzata dal creditore verso il debitore indicato, essendo finalizzata a configurare, nel senso precedentemente chiarito, quale adempimento la *solutio* rivolta dall'indicato all'indicatario, e a riconoscere pertanto a quest'ultimo la "facoltà" di prestare nelle mani del terzo *accipiens* piuttosto che in quelle del titolare del credito<sup>107</sup>. In forza dell'effetto configurativo proprio dell'atto di indicazione, il pagamento indirizzato a quest'ultimo assume il valore di una prestazione eseguita in confronto di un soggetto legittimato a ricevere, idonea, in quanto tale, a realizzare pienamente l'*obligationsprogramm*.

In altri termini, mentre la procura all'incasso costituisce un atto autorizzativo mediante il quale il titolare del credito attribuisce al rappresentante la legittimazione ad esercitare tanto il potere di ricevere quanto il potere di esigere il pagamento (poteri entrambi evidentemente riconducibili al contenuto del suo diritto), l'indicazione di pagamento assume la differente funzione di negozio configurativo posto in essere dal creditore allo scopo di assegnare il significato di adempimento alla *solutio* effettuata dal debitore verso il terzo indicatario.

<sup>106</sup> Cfr. A. Di Majo, *op. ult. cit.*, p. 250, laddove, con riferimento all'indicazione di pagamento, osserva: «Si dovrà così dire più propriamente che è il debitore ad essere legittimato ad adempiere o a pagare nelle mani del terzo (che assumerà il ruolo di mero strumento di esazione del credito per conto del creditore – pagamento al creditore per mezzo del terzo)».

<sup>107</sup> Cfr. R. Senigaglia, *op. cit.*, p. 83, il quale appunto ribadisce che mentre la procura all'incasso viene conferita dal creditore al rappresentante, l'indicazione di pagamento è rivolta dal medesimo creditore al debitore, al quale viene appunto segnalato il nome del soggetto nelle mani del quale egli può efficacemente adempiere.



# La riduzione del capitale sociale per perdite nelle società in stato di crisi\*

di Dario Cillo

*SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. Il sistema previgente. – 3. L'art. 182-sexies l.f. – 4. Le operazioni societarie a servizio della procedura: la competenza, i limiti e le autorizzazioni. – 5. Le operazioni sul capitale sociale anteriori al deposito delle domande. – 6. Le operazioni sul capitale sociale durante la sospensione. – 7. Le operazioni sul capitale sociale successive all'omologazione. – 8. Conclusioni.*

## 1. Il problema

Il tema della riduzione del capitale sociale per perdite nelle società di capitali in stato di crisi induce anzitutto a interrogarsi sul rapporto giuridico che intercorre tra le perdite del capitale sociale quale presupposto della riduzione nominale del capitale sociale (artt. 2446, 2447, 2482-*bis* e 2482-*ter* c.c.) e lo stato di crisi quale presupposto per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo e per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (artt. 160 e 182-*bis* l.f.). In verità, va preliminarmente rilevato che tra le perdite del capitale sociale e lo stato di crisi non sussiste un rapporto di reciproca implicazione, poiché una società di capitali potrebbe avere subito perdite del capitale sociale senza tuttavia trovarsi in stato di crisi e per converso potrebbe trovarsi in stato di crisi pur non avendo subito perdite del capitale sociale<sup>1</sup>.

Cionondimeno, la sussistenza di perdite del capitale sociale costituisce senza dubbio un indice significativo dello stato di crisi in cui la società di capitali può venire a trovarsi, come è dimostrato dalla circostanza che, nella normalità dei casi, le società di capitali, che si apprestano a presentare la domanda di ammissione al con-

\* Il presente scritto riproduce, con l'aggiunta delle note essenziali, la relazione svolta al Convegno di Studi, organizzato dal Comitato Regionale fra i Consigli Notarili Distrettuali della Puglia, tenutosi a Trani il 13-14 giugno 2014, dal titolo «Professione e ricerca. Attualità e problematiche nelle successioni e nell'impresa. Funzione notarile e concorrenza. Le nuove frontiere della deontologia».

<sup>1</sup> In tal senso si vedano, in luogo di molti, T. Ascarelli, *La riduzione del capitale a zero*, in *Riv. soc.*, 1959, pp. 752-753 testo e nt. 5; R. Nobili – M. S. Spolidoro, *La riduzione di capitale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. 6\*, Torino, 1993, p. 329; A. Nigro, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. XXV, Torino, 2012, pp. 223-224 e 231-233.

cordato preventivo o la domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, hanno dovuto registrare perdite rilevanti del capitale sociale durante gli ultimi esercizi sociali e versano conseguentemente nella ipotesi di scioglimento prevista dall'art. 2484, primo comma, n. 4, c.c.<sup>2</sup>

Questa constatazione, circa la ricorrenza statistica congiunta dello stato di crisi con la presenza di perdite rilevanti del capitale sociale nelle società di capitali, fa sorgere dunque la necessità di stabilire se le disposizioni normative dettate dal codice civile in materia di riduzione del capitale sociale per perdite (artt. 2446, 2447, 2482-*bis* e 2482-*ter*) e la conseguente causa di scioglimento per riduzione del capitale sociale al disotto del minimo legale (art. 2484, primo comma, n. 4) debbano applicarsi anche alle società di capitali che facciano ricorso a una procedura alternativa al fallimento o se, al contrario, sia possibile derogarvi, sospendendone temporaneamente l'applicazione.

## 2. Il sistema previgente

In passato, nel silenzio della legge fallimentare sul punto<sup>3</sup>, era discusso, sia in dottrina sia in giurisprudenza, se la preventiva copertura delle perdite rilevanti del capitale sociale, frattanto registrate dalla società, integrasse una vera e propria condizione di ammissibilità del concordato preventivo, con l'importante corollario applicativo di dovere reputare inammissibile la domanda di concordato preventivo proposta da una società di capitali, che non avesse previamente adempiuto all'obbligo di ripianare le perdite rilevanti del capitale sociale subite nel corso degli ultimi esercizi sociali.

Una parte della dottrina sosteneva che le norme dettate dal codice civile in materia di riduzione del capitale sociale per perdite (artt. 2446, 2447, 2482-*bis* e 2482-*ter*) dovessero applicarsi anche alle società di capitali divenute insolventi, senza alcuna possibilità di deroga<sup>4</sup>. Di conseguenza, la dottrina citata riteneva che la riduzione

<sup>2</sup> Come è stato correttamente rilevato, tra tanti, da B. Quatraro – S. D'Amora – R. Israel – G. Quatraro, *Trattato teorico-pratico delle operazioni sul capitale*, vol. I, Milano, 2001, p. 786; G. Strampelli, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Riv. soc.*, 2012, pp. 614, 647 e 662; A. Munari, *Impresa e capitale sociale nel nuovo diritto della crisi*, Torino, 2013, pp. 85 e 86.

<sup>3</sup> La mancanza di una regolamentazione organica della crisi delle società di capitali è stata denunciata, per tutti, da A. Nigro, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. 9\*\*, Torino, 1993, pp. 213-215; Id., *Diritto societario e procedure concorsuali*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, vol. 1, Torino, 2006, pp. 177 testo e nt. 2 e 202-203; G. B. Portale, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive (con postille sulla disciplina delle società di capitali)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, I, p. 369; M. Rescigno, *Rapporti e interferenze fra riforma societaria e fallimentare*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, Bologna, 2007, tomo 2, pp. 2120-2121.

<sup>4</sup> C. Montagnani, *Deliberazioni assembleari e procedure liquidatorie*, Milano, 1999, pp. 150-152; G. A. M. Trimarchi, *Le riduzioni del capitale*, Milano, 2010, pp. 327-329.

del capitale sociale per perdite (artt. 2446 e 2482-*bis*) e, se del caso, la contestuale ricostituzione del capitale sociale perduto almeno fino al minimo legale (artt. 2447 e 2482-*ter*) dovessero necessariamente precedere la presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o quantomeno costituire parte integrante e sostanziale della proposta concordataria, a pena di inammissibilità della domanda stessa.

Tale tesi si fondava sulla natura asseritamente inderogabile della disciplina riguardante la riduzione del capitale sociale per perdite (artt. 2446, 2447, 2482-*bis* e 2482-*ter*) e l'ammontare del capitale legale minimo (artt. 2327 e 2463, secondo comma, n. 4, c.c.), in assenza del quale risultava e risulta tuttora integrata una causa di scioglimento delle società di capitali (art. 2484, primo comma, n. 4), nonché sulla mancanza di una norma che dispensasse le società di capitali insolventi dalla osservanza della disciplina sulla riduzione del capitale sociale per perdite, in quanto non poteva stimarsi ragione sufficiente, ai fini dell'esonero, la circostanza che l'esercizio dell'impresa in regime di concordato preventivo fosse svolto sotto il controllo del giudice delegato e del commissario giudiziale<sup>5</sup>.

Si affermava, inoltre, che la sussistenza di perdite rilevanti del capitale sociale non ripianate potesse concretare una ipotesi di irregolarità sostanziale delle scritture contabili, tale da rendere inammissibile la domanda di concordato preventivo, ai sensi del previgente art. 160, primo comma, n. 1, l.f., che includeva espressamente, tra le condizioni per l'ammissione alla procedura, la regolare tenuta della contabilità da almeno un biennio o dall'inizio della impresa, se questa avesse avuto una durata inferiore<sup>6</sup>.

Ben consapevole del problema, il legislatore era già intervenuto con due appositi provvedimenti legislativi, in occasione del dissesto dell'Ente Gestione Attività Minerarie (in sigla E.G.A.M.) e della liquidazione dell'Ente Partecipazioni e Finanziamento Industria Manifatturiera (in sigla E.F.I.M.), rispettivamente nel 1976 e nel 1993, allo scopo di sospendere l'applicazione delle norme in tema di riduzione del capitale sociale per perdite nei confronti delle società di capitali appartenenti ai predetti gruppi insolventi di grandi dimensioni<sup>7</sup>, così avallando indirettamente la tesi

<sup>5</sup> C. Montagnani, *Deliberazioni assembleari e procedure liquidatorie*, cit., pp. 150-152.

<sup>6</sup> Cfr. F. P. Petrerà, *Crisi dell'impresa, soluzioni concordatarie ed operazioni societarie*, in Aa.Vv., *L'immobile e l'impresa. Atti del Convegno tenutosi a Taranto 1-2 febbraio 2013*, a cura di V. Vinci e B. Volpe, Milano, 2013, p. 201.

<sup>7</sup> Sui diversi problemi originati prima dal d.l. 31 dicembre 1976, n. 877, convertito nella l. 26 febbraio 1977, n. 48 e in seguito dal d.l. 19 dicembre 1992, n. 487, convertito nella l. 17 febbraio 1993, n. 33, si vedano rispettivamente i contributi di G. Rossi, *La sospensione dell'art. 2447 cod. civ.: le viste del legislatore e gli affari del giurista*, in *Riv. soc.*, 1976, pp. 1178 e ss.; G. Castellano, *I decreti-truffa: ovvero la coerenza del legislatore*, in *Giur. comm.*, 1977, I, pp. 170 e ss.; G. E. Colombo, *Singolarità del legislatore (ovvero ius singulare). Deroga ... per speciali ragioni alle norme sull'integrità del capitale sociale*, in *Riv. soc.*, 1977, pp. 550 e ss.; e

secondo la quale, al di fuori dei casi espressamente contemplati nei citati provvedimenti legislativi, la disciplina in materia di riduzione del capitale sociale per perdite dovesse continuare ad applicarsi regolarmente<sup>8</sup>.

L'orientamento prevalente sosteneva, invece, che la presentazione della domanda di concordato preventivo desse luogo alla temporanea disapplicazione della disciplina codicistica sulla riduzione del capitale sociale per perdite, adducendo a sostegno della prospettata ricostruzione una pluralità di argomentazioni<sup>9</sup>.

In particolare, secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza, l'inesigibilità dei crediti anteriori alla presentazione della domanda di concordato preventivo e il conseguenziale divieto per i creditori sociali anteriori di agire per il soddisfacimento delle proprie ragioni creditorie durante l'intero corso della procedura, facevano sì che le perdite del capitale sociale, benché formalmente non ripianate, fossero improduttive di effetti fino alla omologazione del concordato preventivo<sup>10</sup>; secondo un'altra parte della dottrina e della giurisprudenza, la tutela dei creditori sociali era assicurata, in pendenza della procedura concordataria, non tanto dal capitale sociale e dalle regole che ne garantiscono l'integrità e l'effettività, quanto piuttosto dai controlli che l'autorità giudiziaria e il commissario giudiziale esercitano sulla gestione del patrimonio sociale e sull'attività di impresa, nonché dalle norme della legge fallimentare che regolano il pagamento dei creditori<sup>11</sup>.

Inoltre, la legge fallimentare condizionava l'accoglimento della domanda di concordato preventivo unicamente alla sussistenza dello stato di insolvenza della società ricorrente<sup>12</sup>, per cui non era consentito riguardare l'insussistenza di perdite del capitale sociale alla stregua di un vero e proprio requisito di ammissibilità della domanda. Del resto, il mancato ripianamento di perdite rilevanti poteva ingenerare la re-

---

quelli di F. Corsi, *Soppressione dell'EFIM: la sorte delle società controllate*, in *Giur. comm.*, 1993, I, pp. 657 e ss.; A. Jorio, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, pp. 492 e ss.

<sup>8</sup> Cfr. A. Dimundo, *La sospensione dell'obbligo di ridurre il capitale sociale per perdite rilevanti nelle procedure alternative al fallimento*, in *Il Fallimento*, 2013, p. 1159.

<sup>9</sup> A. Maisano, *Il concordato preventivo delle società*, Milano, 1980, pp. 68-69 testo e nt. 57; R. Nobili – M. S. Spolidoro, *op. cit.*, pp. 328-331; A. Nigro, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, *cit.*, pp. 336-337; Id., *Diritto societario e procedure concorsuali*, *cit.*, pp. 190-191. In giurisprudenza Trib. Lucca, 26 luglio 1979, in *Il Fallimento*, 1980, p. 724; App. Milano, 23 luglio 1990, in *Il Fallimento*, 1991, pp. 172-173; Trib. Ancona, 12 aprile 2012, in *Il Fallimento*, 2013, pp. 110-111.

<sup>10</sup> A. Maisano, *op. cit.*, pp. 68-69 testo e nt. 57; A. Nigro, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, *cit.*, p. 337, nt. 75. In giurisprudenza Trib. Ancona, 12 aprile 2012, *cit.*, p. 111.

<sup>11</sup> R. Nobili – M. S. Spolidoro, *op. cit.*, p. 329; N. Atlante – S. Mariconda, *La riduzione del capitale per perdite*, Studio n. 3658 approvato dalla Commissione Studi Civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato il giorno 11 dicembre 2001, in *Riv. not.*, 2002, pp. 63-64; F. Guerrera, *Commento sub art. 152 l. fall.*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, Bologna, 2007, tomo 2, p. 2224. In giurisprudenza Trib. Ancona, 12 aprile 2012, *cit.*, p. 111.

<sup>12</sup> R. Nobili – M. S. Spolidoro, *op. cit.*, p. 329.

sponsabilità (anche penale *ex art.* 2631 c.c.) dell'organo amministrativo della società, e in subordine dell'organo di controllo ove esistente, per non avere tempestivamente convocato l'assemblea dei soci affinché adottasse gli opportuni provvedimenti, ma non poteva tradursi di per sé in una presunta irregolarità delle scritture contabili, ove la perdita non fosse stata occultata dagli amministratori ed anzi fosse stata regolarmente evidenziata dagli stessi nella contabilità sociale.

Infine, la situazione patrimoniale della società era destinata a mutare sensibilmente per effetto della esdebitazione parziale, di norma conseguente alla omologazione del concordato preventivo, la quale avrebbe potuto dare luogo, a seconda dei casi, all'assorbimento di una parte delle perdite o alla completa rimozione delle stesse, rendendo, in tale modo, meno onerosa o addirittura superflua, l'operazione di ricostituzione del capitale sociale. Da questa constatazione, si faceva discendere talvolta l'opportunità che la ricapitalizzazione fosse rinviata al momento del ritorno *in bonis* della società<sup>13</sup>, talaltra la necessità di tale differimento, sul presupposto che, non essendo possibile determinare con esattezza l'ammontare delle perdite destinate a essere riassorbite per effetto della decurtazione del passivo dipendente dalla omologazione del concordato preventivo<sup>14</sup>, non sarebbe stato possibile redigere con precisione una situazione patrimoniale aggiornata<sup>15</sup> e vi sarebbe stato il fondato rischio di deliberare una riduzione del capitale sociale non proporzionale rispetto alle perdite subite, ed in particolare o una riduzione di importo inferiore rispetto alle perdite (e ciò in spregio alla regola generale, sulla quale peraltro si avrà modo di ritornare in seguito, secondo cui la riduzione del capitale sociale deve avvenire «in proporzione delle perdite accertate», ai sensi degli artt. 2446, secondo comma e 2482-*bis*, quarto comma) o una riduzione di importo superiore rispetto alle perdite (ma senza l'osservanza, per la parte eccedente le perdite, della disciplina sulla riduzione reale del capitale sociale, dettata dagli artt. 2445 e 2482 c.c.<sup>16</sup>).

Ad ogni modo, da questi brevi cenni, si ricava l'impressione che, alla base della opinione prevalente innanzi riferita, fosse sotteso il convincimento secondo cui le forti analogie esistenti tra il concordato preventivo da un lato e la fase di sciogli-

<sup>13</sup> In giurisprudenza Trib. Ancona, 12 aprile 2012, *cit.*, p. 111.

<sup>14</sup> Cfr. F. Platania, *Le operazioni sul capitale nelle società in concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2011, p. 489.

<sup>15</sup> Cfr. L. Guglielmucci, *Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, in *Formulario annotato delle procedure concorsuali. Aggiornamento. Novità in tema di concordato preventivo (d.l. 22-6-2012, n.83, conv. con modif. della L. 7-8-2012, n. 134)*, Padova, 2013, p. 144.

<sup>16</sup> Cfr. F. Fenghi, *La riduzione del capitale. Premesse per una ricerca sulla funzione del capitale nelle società per azioni*, Milano, 1974, p. 69; R. Nobili, *La riduzione del capitale*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, vol. 3, Torino, 2007, p. 323; M. Ventoruzzo – G. Sandrelli, *Riduzione del capitale sociale. Artt. 2445-2447*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2013, p. 48. In giurisprudenza Trib. Napoli, 20 febbraio 1991, in *Riv. not.*, 1991, pp. 769-770.

mento e di liquidazione delle società di capitali dall'altro, ed in ispecie la funzione squisitamente solutoria e liquidativa assolta dal concordato preventivo<sup>17</sup>, imponessero all'interprete di estendere alle società di capitali insolventi un principio caratteristico delle società di capitali in stato di liquidazione, rappresentato dalla inapplicabilità a queste ultime società della disciplina in tema di riduzione del capitale sociale per perdite<sup>18</sup>. In questa prospettiva, non sembra affatto un caso, allora, che la preventiva riduzione del capitale sociale per perdite fosse considerata necessaria, anche ad avviso dei latori della tesi prevalente, allorquando la procedura non avesse una funzione meramente liquidatoria e dissolutiva, bensì fosse finalizzata alla conservazione e al risanamento dell'impresa, come ad esempio nel caso della amministrazione controllata, non potendosi ammettere che una società di capitali continuasse a operare sul mercato nonostante avesse perduto in tutto o in parte il proprio capitale sociale<sup>19</sup>.

In questo quadro, la descritta situazione di incertezza circa la necessità o meno della preventiva ricostituzione del capitale sociale, soprattutto con riguardo al concordato preventivo con continuità aziendale e agli accordi di ristrutturazione dei debiti<sup>20</sup>, finiva per costituire un serio deterrente per il tempestivo ricorso alle procedure alternative al fallimento, giacché i soci, posti dinanzi all'alternativa di ricapitalizzare o di liquidare la società, in una situazione in cui le prospettive di risanamento dell'impresa sono per definizione incerte, avrebbero verosimilmente optato a favore dello scioglimento e della contestuale messa in liquidazione della società.

Per questa ragione, da più parti si invocava la necessità di prevedere una specifica normativa di raccordo tra le norme del codice civile poste a garanzia dell'integrità e dell'effettività del capitale sociale e le norme della legge fallimentare che regolano l'accesso al concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione dei debiti<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Cfr. Trib. Roma, 26 marzo 1998, in *Le Società*, 1998, p. 1192.

<sup>18</sup> Cfr. G. Ferri jr – A. Paolini, *Riduzione del capitale per perdite e trasformazione di società in liquidazione*, Studio n. 221-2010/I approvato dalla Commissione Studi d'Impresa del Consiglio Nazionale del Notariato il 16 marzo 2011, in Consiglio Nazionale del Notariato, *Studi e materiali. Quaderni trimestrali*, n. 2, Milano, 2011, pp. 527-538; M. Maltoni, *La disciplina generale della trasformazione*, in M. Maltoni – F. Tassinari, *La trasformazione delle società*, Milano, 2011, pp. 21-22; M. Nasti – P. Divizia, *La riduzione nominale del capitale sociale contestuale alla trasformazione*, in Aa.Vv., *Il capitale sociale e le operazioni straordinarie*, Milano, 2012, pp. 133-141. In giurisprudenza, Trib. Bologna, 7 dicembre 1995, in *Giur. comm.*, 1997, II, p. 226; Trib. Milano, 17 ottobre 2007, in Consiglio Nazionale del Notariato, *Studi e materiali. Quaderni trimestrali*, n. 2, Milano, 2011, p. 539.

<sup>19</sup> Cfr. R. Nobili – M. S. Spolidoro, *op. cit.*, p. 330; N. Atlante – S. Mariconda, *op. cit.*, p. 64. In giurisprudenza, Trib. Lucca, 26 luglio 1979, *cit.*, p. 724; Trib. Latina, 28 ottobre 1982, in *Dir. fall.*, 1983, II, p. 460.

<sup>20</sup> Cfr. G. D'Attorre, *I limiti alla disciplina societaria sulla perdita di capitale*, in *Il Fallimentarista*, 3 agosto 2012, p. 2.

<sup>21</sup> Cfr. Assonime, *Rapporto sull'attuazione della riforma della legge fallimentare e sulle sue più recenti modifiche*, in *Note e Studi*, n. 4/2012, p. 59.

### 3. L'art. 182-sexies l.f.

Il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni nella l. 7 agosto 2012, n. 134, ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico l'art. 182-sexies l.f., rubricato «Riduzione o perdita del capitale della società in crisi», il quale stabilisce, fra l'altro, che, a far tempo dalla data di deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, anche con riserva o in bianco, della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ovvero della proposta di accordo di ristrutturazione dei debiti in relazione alla quale sono ancora in corso le trattative con i creditori sociali, e fino alla data della rispettiva omologazione, non trovano applicazione, per le società di capitali, le disposizioni in materia di riduzione obbligatoria del capitale sociale per perdite (artt. 2446, secondo e terzo comma, 2447, 2482-bis, quarto, quinto e sesto comma e 2482-ter), né opera la causa di scioglimento delle società di capitali rappresentata dalla riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale (art. 2484, primo comma, n. 4)<sup>22</sup>.

In questo modo, il legislatore ha assunto posizione sul problema innanzi esposto e ha risolto la relativa questione, recependo l'orientamento in precedenza già sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti in materia di concordato preventivo, estendendone per di più la portata agli accordi di ristrutturazione dei debiti<sup>23</sup>.

La norma in parola sancisce la sospensione (ovvero la cristallizzazione, la sterilizzazione, la neutralizzazione, l'inoperatività o la disapplicazione<sup>24</sup>) degli obblighi e degli effetti connessi alla riduzione per perdite del capitale sociale, allo scopo di incentivare e di rendere più agevole per le società di capitali in stato di crisi il ricorso

<sup>22</sup> Sul contenuto precettivo dell'art. 182-sexies e sulle principali problematiche, interpretative e applicative, ad esso connesse, cfr. R. Ranalli, *Commento sub art. 182-sexies l. fall.*, in Aa.Vv., *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2013, pp. 2236 e ss.; Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *Orientamenti in materia societaria e di crisi d'impresa*, elaborati dall'Osservatorio sul diritto societario del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, 2013, in [www.consiglionotarilefirenze.it](http://www.consiglionotarilefirenze.it); G. Guerrieri, *Commento sub art. 182-sexies l. fall.*, in Aa.Vv., *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2013, pp. 1293 e ss.; L. D'Orazio, *Commento sub art. 182-sexies l. fall.*, in Aa.Vv., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, Padova, 2014, pp. 2633 e ss.; M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall.*, in Aa.Vv., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2014, pp. 480 e ss.

<sup>23</sup> Infatti, nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge per la conversione del d.l. n. 83 del 2012, si legge che «la norma recepisce un orientamento interpretativo diffuso in tema di concordato preventivo (per la verità formatosi soprattutto con riguardo al concordato liquidatorio piuttosto che rispetto a quello con continuità aziendale), ma lo estende anche al procedimento di ristrutturazione di cui all'art. 182-bis, commi primo e sesto».

<sup>24</sup> La dottrina mostra di utilizzare indifferentemente i termini riportati nel testo. Si veda, però, A. Dimundo, *op. cit.*, p. 1161.

alle procedure alternative al fallimento, in modo tale da favorire, per questa via, la conservazione e il risanamento delle relative strutture produttive<sup>25</sup>.

Si tratta di un istituto ad applicazione automatica, poiché la sospensione dell'obbligo di riduzione del capitale sociale per perdite e l'inoperatività della causa di scioglimento per riduzione del capitale sociale al disotto del minimo legale operano automaticamente allorquando si siano verificati i relativi presupposti, senza che occorra alcun provvedimento in merito da parte dell'autorità giudiziaria<sup>26</sup>.

Passando all'esame dell'ambito soggettivo di applicazione, va precisato che l'istituto giuridico della sospensione dell'obbligo di riduzione del capitale sociale per perdite e della inoperatività della causa di scioglimento per riduzione del capitale sociale al disotto del minimo legale si applica alle società per azioni, alle società in accomandita per azioni e alle società a responsabilità limitata<sup>27</sup>. A tale proposito è opportuno precisare che, ove si condivide l'opinione, allo stato attuale prevalente, secondo la quale gli artt. 2482-*bis* e 2482-*ter* si applicano anche alla società a responsabilità limitata semplificata e alla società a responsabilità limitata a capitale ridotto<sup>28</sup>, è doveroso concludere che pure i citati sottotipi di società a responsabilità limitata possano giovare della sospensione derivante dal deposito delle istanze di

<sup>25</sup> Che lo scopo della norma sia quello di rendere più agevole l'accesso alle procedure di risanamento da parte delle società di capitali in stato di crisi lo si evince dalla stessa Relazione di accompagnamento al disegno di legge per la conversione del d.l. n. 83 del 2012, secondo la quale, «tra i più gravi disincentivi al tempestivo accesso delle imprese in crisi alle procedure di concordato preventivo e ai procedimenti di omologazione degli accordi di ristrutturazione», vi era «l'operatività della causa di scioglimento per perdita del capitale e degli obblighi di ricapitalizzazione anche nel corso del procedimento per l'omologazione del concordato preventivo non finalizzato alla liquidazione e, soprattutto, del procedimento per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti». Pertanto, l'art. 182-*sexies* costituisce «un importante incentivo alla risoluzione delle situazioni di crisi di impresa, rappresentato dalla non operatività, in costanza dei procedimenti di concordato preventivo e per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione, degli obblighi di capitalizzazione delle società in perdita e, soprattutto, della causa di scioglimento per riduzione o perdita del capitale sociale».

<sup>26</sup> F. Lamanna, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in *Il Fallimentarista*, 26 novembre 2012, p. 4.

<sup>27</sup> Cfr. A. Dimundo, *op. cit.*, p. 1166.

<sup>28</sup> In tal senso, per tutti, C. A. Busi, *Aumento del capitale nelle s.p.a. e s.r.l.*, Milano, 2013, pp. 46-48; M. S. Spolidoro, *Una società a responsabilità limitata da tre soldi (o da un euro?)*, in *Riv. soc.*, 2013, pp. 1102, nt. 25 e 1112; Consiglio Notarile di Milano, *Massima n. 131 del 5 marzo 2013, La disciplina del capitale sociale in caso di perdite nella s.r.l. semplificata e nella s.r.l. a capitale ridotto* (art. 2463-*bis* c.c. e art. 44 d.l. 83/2012), elaborata dalla Commissione per i principi uniformi in tema di società del Consiglio Notarile di Milano, in Consiglio Notarile di Milano, *Massime notarili in materia societaria*, Milano, 2014, pp. 539-545. In senso contrario P. Reviglione, *La società semplificata a responsabilità limitata: un «buco nero» nel sistema delle società di capitali*, in *Il nuovo dir. soc.*, 2012, pp. 23-24; Id., *La società a responsabilità limitata semplificata*, in Aa.Vv., *La nuova società a responsabilità limitata*, a cura di M. Bione, R. Guidotti e E. Pederzini, Padova, 2012, pp. 653-654; A. Baudino, *La nuova società a responsabilità limitata semplificata. Prime riflessioni e spunti operativi*, in *Il nuovo dir. soc.*, 2012, pp. 29-30.



ammissione alle procedure alternative al fallimento<sup>29</sup>. Invece, deve probabilmente negarsi l'applicabilità dell'art. 182-*sexies* alle *start-up* innovative, non tanto per l'asserita incompatibilità dello stesso con l'art. 26 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito nella l. 17 dicembre 2012, n. 221, che differisce gli obblighi di ricapitalizzazione delle *start-up* innovative di un esercizio nelle ipotesi di cui agli artt. 2447 e 2482-*ter* e di un ulteriore esercizio nelle ipotesi di cui gli artt. 2446, secondo comma e 2482-*bis*, quarto comma, quanto piuttosto per la dirimente ragione che l'art. 31, primo comma, del citato d.l. n. 179 del 2012, sottrae le *start-up* innovative dalle procedure concorsuali diverse rispetto alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio<sup>30</sup>.

Uno dei principali problemi interpretativi posti dalla norma in commento consiste nello stabilire se la sospensione dell'obbligo di riduzione del capitale sociale per perdite e della conseguente causa di scioglimento della società per riduzione del capitale sociale al disotto del minimo legale operi soltanto per le perdite verificatesi successivamente al deposito delle domande oppure anche per le perdite che si siano verificate anteriormente.

Secondo una parte della dottrina, l'istituto giuridico della sospensione opererebbe unicamente per le perdite verificatesi durante la procedura, mentre in relazione alle perdite verificatesi prima dell'instaurarsi della procedura permarrrebbe l'obbligo di ridurre il capitale sociale e, se del caso, di ricostituirlo almeno fino al minimo legale, pena lo scioglimento della società<sup>31</sup>. Nella medesima prospettiva, è stato pure sostenuto che l'inoperatività della causa di scioglimento operi soltanto per il futuro, vale a dire per le sole cause di scioglimento che si verificano nel corso della procedura e non anche per le cause di scioglimento che si siano già verificate antecedentemente alla presentazione delle istanze<sup>32</sup>.

Tuttavia, le tesi restrittive testé riferite non appaiono condivisibili, vuoi perché la norma non distingue tra le perdite e le cause di scioglimento verificatesi prima e

<sup>29</sup> M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall., cit.*, p. 507; L. Restaino, *Capitale sociale e crisi dell'impresa*, relazione svolta al convegno, tenutosi a Salerno il 5 ottobre 2013, dal titolo «La crisi dell'impresa: tecniche giuridiche e *ars notaria*», in [www.deltaservizimeeting.it](http://www.deltaservizimeeting.it), p. 8.

<sup>30</sup> C. Montagnani, *Disciplina della riduzione del capitale: impresa o legislatore in crisi?*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 768, nt. 74; O. Cagnasso, *Note in tema di start up innovative, riduzione del capitale e stato di crisi (Dalla «nuova» alla «nuovissima» s.r.l.)*, relazione svolta al V Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Commerciale «Orizzonti del Diritto Commerciale», tenutosi a Roma il 21-22 febbraio 2014, dal titolo «L'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi», in [www.orizzontideldirittocommerciale.it](http://www.orizzontideldirittocommerciale.it), p. 9. Di contrario avviso M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall., cit.*, pp. 508-509; A. Nigro, *Riduzione o perdita del capitale della società in crisi*, in *Il Caso.it*, 2014, p. 9.

<sup>31</sup> L. Guglielmucci, *op. cit.*, pp. 28 e 144.

<sup>32</sup> A. Nigro, *Riduzione o perdita del capitale della società in crisi, cit.*, p. 7. *Contra* M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall., cit.*, pp. 496 e 511.

quelle verificatesi dopo il deposito delle domande, vuoi perché, opinando diversamente, si giungerebbe, per un verso, a circoscrivere eccessivamente la portata applicativa dell'art. 182-*sexies* e, per altro verso, a frustrarne l'intento legislativo, che è per l'appunto quello di favorire l'accesso alle procedure di risanamento da parte delle società di capitali in stato di crisi che abbiano già registrato perdite rilevanti del capitale sociale negli esercizi precedenti e che versino conseguentemente in stato di scioglimento (indipendentemente, deve aggiungersi, dalla circostanza che la causa di scioglimento sia stata o meno iscritta nel competente registro delle imprese).

Un'altra importante questione ermeneutica attiene alla durata della sospensione. A dire il vero, nessuno dubita che il *dies a quo* della sospensione sia rappresentato dalla data di deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo o della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o ancora della mera proposta di accordo di ristrutturazione dei debiti oggetto di trattative in corso, in conformità al chiaro tenore letterale dell'art. 182-*sexies*<sup>33</sup>.

A maggiori dubbi ha dato adito, invece, l'individuazione del *dies ad quem* della sospensione. Una parte della dottrina ha avanzato una interpretazione estensiva, secondo la quale la sospensione dovrebbe perdurare fino al passaggio in giudicato del decreto di omologazione<sup>34</sup> o, addirittura, fino alla completa esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti<sup>35</sup>. A favore della estensione della sospensione fino alla fase esecutiva della procedura, militerebbero diversi argomenti: la considerazione che la causa di scioglimento della società non viene meno con l'omologazione, ma solo con l'esecuzione del concordato<sup>36</sup>; l'impossibilità di redigere una situazione patrimoniale aggiornata fino alla completa esecuzione del concordato<sup>37</sup>; le caratteristiche peculiari del concordato preventivo con continuità aziendale<sup>38</sup>; la presunta natura meramente interpretativa dell'art. 182-*se-*

<sup>33</sup> F. Guerrera – M. Maltoni, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, Studio n. 77-2007/I approvato dalla Commissione Studi d'Impresa del Consiglio Nazionale del Notariato il 26 settembre 2007, in *Riv. soc.*, 2008, p. 51; e, successivamente all'entrata in vigore dell'art.182-*sexies*, tra gli altri, T. Ariani, *Disciplina della riduzione del capitale per perdite in caso di presentazione di domanda di concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2013, p. 117; E. Bertacchini, *Crisi d'impresa tra contraddizioni e giuridica «vaghezza»*. *Riflessioni a margine del c.d. Decreto Sviluppo (d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. dalla l. 7 agosto 2012, n. 134)*, in *Contratto e impresa*, 2013, p. 351.

<sup>34</sup> G. D'Attorre, *op. cit.*, p. 5; A. Nigro, *Riduzione o perdita del capitale della società in crisi*, *cit.*, p. 2.

<sup>35</sup> B. Quatraro – S. D'Amora – R. Israel – G. Quatraro, *op. cit.*, p. 788; e, dopo l'introduzione dell'art.182-*sexies*, L. Guglielmucci, *op. cit.*, p. 144; R. Bogoni – S. Sommovilla, *Il ripianamento delle perdite nel concordato con continuità aziendale: la sospensione vale sino all'omologa o sino all'esecuzione?* *Circolare n. 13*, a cura della Fondazione Centro Studi U.N.G.D.C., 16 settembre 2013, in [www.centrostudiungdcec.it](http://www.centrostudiungdcec.it), pp. 3 e 13-16.

<sup>36</sup> B. Quatraro – S. D'Amora – R. Israel – G. Quatraro, *op. cit.*, p. 788; L. Guglielmucci, *op. cit.*, p. 144; R. Bogoni – S. Sommovilla, *op. cit.*, pp. 13-16.

<sup>37</sup> L. Guglielmucci, *op. cit.*, p. 144.

<sup>38</sup> R. Bogoni – S. Sommovilla, *op. cit.*, pp. 3 e 13-16.

xies<sup>39</sup>; la considerazione che l'inesigibilità dei crediti anteriori e il controllo giudiziario sulla gestione non si esauriscono nella fase anteriore alla omologazione, ma persistono durante l'intera fase della esecuzione<sup>40</sup>.

Sembra preferibile, perché più aderente al dato letterale della disposizione normativa, l'opinione secondo cui la sospensione va dalla data del deposito della domanda fino alla data del decreto di omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti<sup>41</sup>, come si può evincere: dalla natura eccezionale e derogatoria della norma, che dovrebbe quindi interpretarsi in modo restrittivo<sup>42</sup>; dal disposto dell'art. 181 l.f., a termini del quale la procedura di concordato preventivo si chiude con il decreto di omologazione; e, per concludere, dalla circostanza che il decreto di omologazione è immediatamente e provvisoriamente esecutivo, ai sensi dell'art. 180, quinto comma, l.f.

Alla questione concernente la durata della sospensione si ricollega il problema di accertare se, ogniqualvolta la domanda di concordato intervenga quando la società si trovi nelle ipotesi di cui agli artt. 2446, primo comma e 2482-bis, primo, secondo e terzo comma, una volta intervenuta la omologazione e cessata quindi la sospensione ingenerata dall'art. 182-sexies, i termini previsti negli artt. 2446, secondo comma e 2482-bis, quarto comma, per ridurre il capitale sociale nominale, debbano cominciare a decorrere nuovamente da zero essendo ormai stati interrotti o piuttosto debbano riprendere a decorrere dal punto in cui erano rimasti, soluzione quest'ultima che sembra più coerente rispetto alla configurazione dell'istituto in esame in termini di sospensione e non già di interruzione<sup>43</sup>.

L'ambito oggettivo di applicazione della sospensione non si estende all'intera disciplina dettata in materia di riduzione del capitale sociale per perdite<sup>44</sup>, ma con-

<sup>39</sup> R. Bogoni – S. Sommavilla, *op. cit.*, p. 13.

<sup>40</sup> R. Bogoni – S. Sommavilla, *op. cit.*, p. 13.

<sup>41</sup> R. Nobili – M. S. Spolidoro, *op. cit.*, p. 330; A. Nigro, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., p. 432; R. Ranalli, *La scelta dello strumento di risanamento della crisi aziendale*, in *Il Fallimento*, 2012, p. 505; e, a seguito dell'introduzione dell'art. 182-sexies, per tutti, C. Pasquariello, *Alcune rilevanti novità legislative e giurisprudenziali: contributo allo studio sulla funzione del capitale sociale*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 1118; V. Giorgi, «Misure per facilitare la gestione delle crisi aziendali» ed accordi di ristrutturazione del debito (art. 33 d.l. 22 giugno 2012, n. 83, recante Misure urgenti per la crescita del Paese, e legge di conversione 7 agosto 2012, n. 134, in relazione alle modifiche introdotte alla disciplina degli accordi di ristrutturazione del debito), in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 1234.

<sup>42</sup> Cfr. G. D'Attorre, *op. cit.*, p. 5; R. Ranalli, *Commento sub art. 182-sexies l. fall.*, cit., p. 2239; A. Dimundo, *op. cit.*, p. 1161.

<sup>43</sup> R. Ranalli, *Commento sub art. 182-sexies l. fall.*, cit., p. 2246; M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall.*, cit., pp. 489, nt. 33 e 499, nt. 74.

<sup>44</sup> Per esempio, si esclude che la sospensione si estenda al divieto di distribuzione degli utili in favore dei soci, finché le perdite non siano state del tutto eliminate (artt. 2433, terzo comma e 2478-bis, quinto comma, c.c.): cfr. M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall.*, cit., p. 490; V. Calandra Buonauro, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, in Aa.Vv., *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadesse,

cerne soltanto le disposizioni specificamente contemplate dall'art. 182-*sexies*, vale a dire gli artt. 2446, secondo e terzo comma, 2447, 2482-*bis*, quarto, quinto e sesto comma, e 2482-*ter*. Pertanto, continuano a trovare piena e puntuale applicazione gli artt. 2446, primo comma e 2482-*bis*, primo, secondo e terzo comma, e con essi gli obblighi, gravanti sull'organo amministrativo, e in caso di sua inerzia sull'organo di controllo, delle società azionarie e delle società a responsabilità limitata, di rilevare la sussistenza di perdite superiori al terzo del capitale sociale, di convocare senza indugio (*id est* entro e non oltre trenta giorni dal momento in cui lo stesso è venuto a conoscenza del presupposto che rende obbligatoria la convocazione dell'organo assembleare, ai sensi dell'art. 2631) l'assemblea per gli opportuni provvedimenti, di sottoporre ai soci riuniti in assemblea una relazione sulla situazione patrimoniale della società, con le osservazioni del collegio sindacale ove esistente, di depositare copia della relazione e delle osservazioni nella sede della società e di lasciarvele depositate durante gli otto giorni che precedono la riunione assembleare in modo tale che i soci possano prenderne visione e, infine, di dare conto in assemblea degli eventi rilevanti intervenuti successivamente alla data di redazione della relazione<sup>45</sup>.

A tale proposito, occorre osservare che, benché l'art. 182-*sexies* faccia salvi gli obblighi di informazione e di convocazione nelle sole ipotesi di cui agli artt. 2446, primo comma e 2482-*bis*, primo, secondo e terzo comma, si deve ritenere che detti obblighi incombono sull'organo amministrativo, e in caso di sua inerzia sull'organo di controllo, *a fortiori* nelle fattispecie previste dagli artt. 2446, secondo comma, 2482-*bis*, quarto comma, 2447 e 2482-*ter*, per i seguenti ordini di ragioni. In primo luogo, perché gli artt. 2447 e 2482-*ter* costituiscono norme speciali rispetto a quelle generali contenute negli artt. 2446, primo comma e 2482-*bis*, primo, secondo e terzo comma<sup>46</sup>;

---

diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera e A. Sciarrone Alibrandi, vol. 3, Torino, 2014, p. 2600.

<sup>45</sup> F. Guerrera – M. Maltoni, *op. cit.*, pp. 46 testo e nt. 69 e 64; L. Boggio, *Amministrazione e controllo delle società di capitali in concordato preventivo (dalla domanda all'omologazione)*, in Aa.Vv., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber Amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, p. 864, nt. 37; e, alla luce dell'art. 182-*sexies*, Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *Crisi d'impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto*, massima elaborata dall'Osservatorio sul diritto societario del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, 2013, in [www.consiglionotarilefirenze.it](http://www.consiglionotarilefirenze.it), pp. 1 e 3; A. Dimundo, *op. cit.*, pp. 1161-1162 e 1164-1165; N. de Luca, *Manutenzione del capitale nelle s.r.l. semplificate e in quelle in crisi*, in *Le Società*, 2013, pp. 1187-1188. *Contra*, ma antecedentemente all'entrata in vigore dell'art. 182-*sexies*, in dottrina, M. Macchia, *Delibera di ricapitalizzazione della società dopo l'omologa del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Il Fallimento*, 1991, p. 176; e, in giurisprudenza, App. Milano, 23 luglio 1990, *cit.*, p. 172.

<sup>46</sup> G. Rossi, *op. cit.*, pp. 1179-1180. Nello stesso senso, con riferimento all'art. 182-*sexies*, A. Munari, *op. cit.*, p. 101; F. Briolini, *La gestione dell'impresa azienda e la conduzione della società nelle procedure di composizione negoziale delle crisi*, relazione svolta al convegno, tenutosi a Lanciano il 25-26 gennaio 2013, dal titolo «Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento», in Università «G. d'Annunzio», Dipartimento di Scienze giuridiche e sociali, *Working Papers*, n. 1/2013, p. 11 testo e nt. 20. Più in genera-

inoltre, perché è raro che la società possa trovarsi nelle condizioni di cui agli artt. 2446, secondo comma, 2482-*bis*, quarto comma, 2447 e 2482-*ter*, senza essere prima incorso nella situazione contemplata dagli artt. 2446, primo comma e 2482-*bis*, primo, secondo e terzo comma<sup>47</sup>; infine e soprattutto, per ragioni di coerenza del sistema legislativo, essendo evidentemente incongruo che fattispecie di maggiore gravità siano assoggettate ad una disciplina (non solo civilistica, ma anche penale) meno rigorosa di quella dettata per la fattispecie meno grave<sup>48</sup>, con il rischio che gli amministratori siano indotti ad aggravare l'entità delle perdite per sottrarsi agli obblighi informativi e alla sanzione penale comminata per la loro inosservanza dall'art. 2631<sup>49</sup>.

Terminata la disamina delle principali questioni ermeneutiche sollevate dall'art. 182-*sexies*, è necessario passare all'analisi delle operazioni sul capitale sociale a servizio del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Sennonché, prima di fare ciò, occorre risolvere, in via preliminare, talune questioni pregiudiziali che attengono alla competenza, ai limiti e alle autorizzazioni eventualmente necessarie.

#### 4. Le operazioni societarie a servizio della procedura: la competenza, i limiti e le autorizzazioni

Le operazioni societarie a servizio del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, ed in particolare le operazioni societarie di ricapitalizzazione, fanno sorgere innanzitutto il problema di stabilire a quale organo spetti la relativa competenza, poiché la legge fallimentare non definisce in modo netto i confini delle competenze degli organi sociali e degli organi della procedura concorsuale, durante la pendenza di quest'ultima<sup>50</sup>.

---

le, sul carattere di *species* delle norme sulla riduzione del capitale sociale al disotto del minimo legale (artt. 2447 e 2482-*ter*) rispetto al *genus* costituito dalle norme sulla riduzione del capitale sociale per perdite superiori al terzo (artt. 2446 e 2482-*bis*), si vedano, tra tanti, in dottrina, U. Belviso, *Le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto*, in Aa.Vv., *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. 17, Torino, 1985, p. 139; F. Di Sabato, *Manuale delle società*, Torino, 1995, p. 688, nt. 67; Id., *Diritto delle società*, Milano, 2003, p. 400; G. Zancarone, *Della società a responsabilità limitata. Artt. 2462-2483*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, tomo 2, Milano, 2010, pp. 1712, 1714-1715 e 1743; nonché, in giurisprudenza, Cass. 13 febbraio 1969 n. 484, in *Giust. civ.*, 1969, I, pp. 587-593; Trib. Cassino, 9 giugno 1993, in *Le Società*, 1993, p. 1375.

<sup>47</sup> G. Rossi, *op. cit.*, p. 1181.

<sup>48</sup> G. Rossi, *op. cit.*, pp. 1179-1181. In senso conforme, con riferimento all'art. 182-*sexies*, G. Strampelli, *op. cit.*, pp. 654-655; F. P. Petrerà, *Crisi dell'impresa, soluzioni concordatarie ed operazioni societarie*, *cit.*, pp. 203-204; U. Tombari, *Principi e problemi di «diritto societario della crisi»*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 1156, nt. 60. *Contra* C. Montagnani, *Disciplina della riduzione del capitale: impresa o legislatore in crisi?*, *cit.*, pp. 756-758; G. Guerrieri, *op. cit.*, p. 1295; L. D'Orazio, *op. cit.*, p. 2638.

<sup>49</sup> G. Rossi, *op. cit.*, pp. 1180-1181.

<sup>50</sup> Cfr. F. Guerrera, *Commento sub art. 152 l. fall.*, *cit.*, pp. 2202-2203; G. Palmieri, *Operazioni straordinarie «corporative» e procedure concorsuali: note sistematiche e applicative*, in *Il Fallimento*, 2009, pp. 1096-1097;

Una parte della dottrina sostiene che la competenza degli organi sociali sia inconciliabile con la pendenza di una procedura concorsuale, sicché le operazioni societarie collegate alla soluzione negoziale della crisi dovrebbero considerarsi sottratte alla competenza degli organi sociali e dovrebbero, al contrario, farsi rientrare nell'ambito dei provvedimenti di competenza degli organi della procedura, perché altrimenti il buon esito della procedura sarebbe rimesso alla discrezionalità dei soci, i quali di norma hanno un interesse contrapposto rispetto a quello dei creditori sociali. Pertanto, circoscrivendo il discorso alle operazioni di ricapitalizzazione che qui più interessano, gli effetti sul capitale sociale scaturirebbero automaticamente per effetto della omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, che prevedano al loro interno le necessarie operazioni di riduzione e di aumento<sup>51</sup>. La tesi troverebbe conferma, almeno per quanto concerne le operazioni sul capitale sociale, nella circostanza che le modificazioni dello statuto per via giudiziale non sono estranee al nostro ordinamento, che le contempla negli artt. 2446, secondo comma e 2482-*bis*, quarto e quinto comma<sup>52</sup>.

L'opinione preferibile ritiene, all'opposto, che la pendenza di una procedura concorsuale non elida la competenza a deliberare le modifiche statutarie in generale, e quelle concernenti il capitale sociale in particolare, da parte dell'assemblea dei soci, la quale anzi conserva inalterate le proprie funzioni, in ogni fase della procedura<sup>53</sup>. Si è così affermato che le modificazioni statutarie non possono essere sottratte alla competenza della assemblea dei soci, mancando una norma che deroghi agli artt. 2365 e 2479 c.c.<sup>54</sup> In tal senso depone, d'altronde, anche il precetto dell'art. 200 l.f., che, disponendo la totale interruzione delle funzioni e delle attività assembleari sol-

---

M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall., cit.*, pp. 481 testo e nt. 5 e 488.

<sup>51</sup> G. Ferri jr, *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, pp. 764-765; Id., *La struttura finanziaria della società in crisi*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, pp. 477 e ss., il quale ravvede «nel concordato omologato, da chiunque sia stata in concreto presentata la relativa proposta, un titolo giuridico di per sé sufficiente ad assicurarne la completa esecuzione, la produzione cioè della totalità degli effetti delle operazioni in essa prefigurate: indipendentemente allora da qualsiasi intervento di altri soggetti e, in particolare, dei soci» (p. 482).

<sup>52</sup> G. Ferri jr, *La struttura finanziaria della società in crisi, cit.*, p. 482.

<sup>53</sup> A. Nigro, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali, cit.*, p. 336; Id., *Diritto societario e procedure concorsuali, cit.*, pp. 192-193; C. Santagata, *Le fusioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. 7\*\*, tomo 1, Torino, 2004, pp. 37-40; G. Giannelli, *Competenze gestorie del comitato dei creditori e competenze «residuali» degli organi sociali*, in Aa.Vv., *La riforma della legge fallimentare. Atti del Convegno di Palermo del 18-19 giugno 2010*, a cura di S. Fortunato, G. Giannelli, F. Guerrera e M. Perrino, Milano, 2011, p. 127; F. Guerrera, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, in *Riv. soc.*, 2013, pp. 1118 e 1128. In giurisprudenza App. Milano, 23 luglio 1990, *cit.*, pp. 172-173; Cass. 4 dicembre 1992, n. 12928, in *Il Fallimento*, 1993, pp. 376-379; Cass., 11 ottobre 1999, n. 11361, in *Il Fallimento*, 2000, pp. 881-884; Trib. Messina, 26 gennaio 2000, in *Le Società*, 2000, p. 1129.

<sup>54</sup> F. Guerrera – M. Maltoni, *op. cit.*, p. 30; G. Palmieri, *op. cit.*, p. 1096.

tanto nell'ambito della liquidazione coatta amministrativa, provverebbe *a contrario* che un'analogia cristallizzazione della struttura organizzativa delle società di capitali non si verifichi nel contesto del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti<sup>55</sup>. Tale soluzione sembra corroborata, d'altro canto, sia dal disposto dell'art. 2499 c.c., il quale, ammettendo che si possa dare corso alla trasformazione in pendenza di una procedura concorsuale, non introduce alcuna deroga in ordine alla competenza assembleare, sia dalla soppressione del divieto per le società sottoposte a procedure concorsuali di partecipare alla fusione e alla scissione, divieto contenuto nei previgenti artt. 2501, secondo comma e 2504-*septies*, secondo comma, c.c. Infine, la tesi in parola è avallata dallo stesso art. 182-*sexies*, il quale permette l'adozione degli opportuni provvedimenti assembleari nelle ipotesi di cui agli artt. 2446, primo comma e 2482-*bis*, primo, secondo e terzo comma, la cui operatività, come si è visto meglio innanzi, non resta sospesa durante il corso della procedura.

Ne consegue che, ogniquale volta una modifica statutaria sia funzionalmente collegata al concordato preventivo o agli accordi di ristrutturazione dei debiti, bisogna mantenere distinte la competenza dell'organo amministrativo a deliberare sulla presentazione della domanda (sempreché l'atto costitutivo o lo statuto non attribuiscono la relativa competenza alla assemblea, in deroga all'art. 152 l.f.) e la competenza della assemblea dei soci a deliberare sulla modifica statutaria da adottare nel caso specifico<sup>56</sup>.

Una volta appurato che le operazioni societarie in generale e le operazioni sul capitale sociale in particolare, deliberate in funzione della procedura, rientrano nella competenza della assemblea dei soci, bisogna chiedersi quale limite l'assemblea incontra nell'assumere dette deliberazioni. È ragionevole affermare che tale limite sia costituito dalla compatibilità dell'operazione deliberata con le finalità e con lo stato della procedura in atto, poiché si riconosce dai più che l'art. 2499, benché dettato in materia di trasformazione, sancisca un principio di carattere generale<sup>57</sup>, come tale

<sup>55</sup> R. Nobili – M. S. Spolidoro, *op. cit.*, p. 328, nt. 121; N. Atlante – S. Mariconda, *op. cit.*, pp. 63-64; F. Guerrero – M. Maltoni, *op. cit.*, p. 31.

<sup>56</sup> F. Guerrero, *Commento sub art. 152 l. fall., cit.*, pp. 2212, 2216-2219 e 2222-2223; Id., *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi, cit.*, pp. 1128-1129; Comitato Triveneto dei Notai, *Massima P.A.8. – Competenza nelle società di capitali ad approvare un piano concordatario che preveda l'effettuazione di operazioni straordinarie – 1° pubbl. 9/09 – motivato 9/11*, in Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di atti societari*, Milano, 2013, pp. 391-394; Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *Concordato preventivo e scissione di società*, massima elaborata dall'Osservatorio sul diritto societario del Consiglio Notarile di Firenze, 2013, in [www.consiglionotarilefirenze.it](http://www.consiglionotarilefirenze.it), p. 3.

<sup>57</sup> Sulla valenza generale della regola contenuta nell'art. 2499 concordano, tra gli altri, G. Scognamiglio, *Le scissioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. 7\*\*, tomo 2, Torino, 2004, pp. 86-87; D. U. Santosuosso, *Commento sub art. 2499 cod. civ.*, in *Aa.Vv., Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, vol. III, Napoli, 2004, p. 1906; M. Di Sarli,

applicabile estensivamente a tutte le operazioni societarie da adottarsi durante la pendenza di una procedura concorsuale<sup>58</sup>.

Di qui il problema della sorte delle delibere incompatibili con le finalità o con lo stato della procedura, in ordine al quale sembra possibile distinguere i seguenti diversi orientamenti interpretativi: secondo un primo orientamento, le operazioni societarie incompatibili con le finalità o con lo stato della procedura, pur valide, potrebbero determinare la revoca dell'ammissione al concordato preventivo o pregiudicare l'omologazione del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o ancora comportarne la risoluzione per inadempimento o l'annullamento, ricorrendone i rispettivi presupposti<sup>59</sup>; ad avviso di un secondo orientamento, le operazioni sociali incompatibili con le finalità o con lo stato della procedura sarebbero valide soltanto se debitamente autorizzate dagli organi della procedura<sup>60</sup>; alla stregua di un terzo orientamento, le operazioni sociali incompatibili con le finalità o con lo stato della procedura sarebbero inefficaci nei confronti della massa dei creditori concorsuali<sup>61</sup>; infine, secondo un ultimo orientamento, invero preferibile, le deliberazioni assembleari incompatibili con le finalità o con lo stato della procedura sarebbero invalide, perché adottate in violazione del principio di portata generale desumibile dall'art. 2499<sup>62</sup>.

---

*Commento sub art. 2501 cod. civ.*, in Aa.Vv., *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi e M. Notari. *Trasformazione – Fusione – Scissione. Artt. 2498–2506-quater c.c.*, a cura di L. A. Bianchi, Milano, 2006, p. 459; Id., *Riflessioni sulla fusione di società soggette a procedura concorsuale*, in *Il nuovo dir. soc.*, 2012, p. 35. *Contra* F. Magliulo, *La fusione delle società*, Milano, 2009, pp. 107-110; Id., *La scissione delle società*, Milano, 2012, pp. 146-150.

<sup>58</sup> Nel senso che le operazioni di riduzione del capitale sociale per perdite e di ricostituzione dello stesso almeno fino al minimo di legge sarebbero sempre compatibili con la procedura, si esprimono R. Nobili – M. S. Spolidoro, *op. cit.*, p. 330. Discorso diverso va fatto, invece, per l'aumento gratuito del capitale sociale, che non è ipotizzabile, perché le società di capitali in stato di crisi sono normalmente caratterizzate dalla presenza di perdite rilevanti del capitale sociale (cfr. R. Nobili – M. S. Spolidoro, *op. cit.*, p. 322, nt. 108). In relazione alle ipotesi di cui agli artt. 2445 e 2482, poi, la dottrina più recente propende a reputare configurabile, in capo all'organo amministrativo, un vero e proprio dovere di non dare esecuzione alla delibera assembleare di riduzione reale del capitale sociale, che possa determinare o aggravare il dissesto della società (cfr. G. Strampelli, *op. cit.*, pp. 646-647). In questo modo, la tutela dei creditori sociali sarebbe assicurata da un obbligo di comportamento gravante sull'organo amministrativo, anziché dall'onere, posto in capo agli stessi creditori sociali, di fare opposizione alla delibera di riduzione reale del capitale sociale (cfr. G. Cabras, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, Milano, 1978, pp. 103-109).

<sup>59</sup> Cfr. A. Nigro, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, cit., p. 336; M. Ventoruzzo – G. Sandrelli, *op. cit.*, pp. 89-90; M. Ferro, *Commento sub art. 160 l. fall.*, in Aa.Vv., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, Padova, 2014, p. 2063; V. Calandra Buonauro, *op. cit.*, pp. 2610-2611.

<sup>60</sup> Cfr. F. Guerrera, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, cit., p. 1121.

<sup>61</sup> Cfr. F. Guerrera, *Commento sub art. 152 l. fall.*, cit., p. 2222; F. Guerrera – M. Maltoni, *op. cit.*, pp. 42, nt. 58 e 48, nt. 74; G. Giannelli, *op. cit.*, p. 129.

<sup>62</sup> Resta aperto il problema se il giudizio di compatibilità delle operazioni sociali con le procedure concorsuali debba essere condotto in via generale ed astratta sulla base della natura liquidatoria o conservativa della procedura (C. Santagata, *op. cit.*, pp. 37-38; G. Scognamiglio, *op. cit.*, pp. 81-87; A. Nigro, *Diritto societario*



Ove si accolga l'impostazione che attribuisce alla assemblea dei soci la competenza a decidere in ordine alle operazioni sul capitale sociale a servizio del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, bisogna domandarsi se la delibera assembleare debba essere o meno autorizzata dagli organi della procedura. Sembra corretto ritenere che, a differenza delle operazioni straordinarie<sup>63</sup>, le operazioni di riduzione del capitale sociale per perdite e di contestuale aumento oneroso dello stesso non siano soggette ad alcuna autorizzazione da parte della autorità giudiziaria, indipendentemente dalla fase della procedura nella quale vengano deliberate. Si tratta, infatti, di operazioni non sussumibili nell'ambito di operatività dell'art. 167 l.f., vuoi perché non producono alcun effetto dispositivo del patrimonio sociale<sup>64</sup>, vuoi perché non arrecano alcun pregiudizio alle ragioni dei creditori sociali ed anzi ne incrementano la garanzia patrimoniale<sup>65</sup>. Tuttavia, è bene dare atto che, in

---

*e procedure concorsuali, cit.*, pp. 192-193) oppure caso per caso, raffrontando in concreto la specifica operazione societaria programmata con il singolo procedimento concorsuale in atto, giacché l'astratta compatibilità di siffatte operazioni con le procedure concorsuali è già valutata positivamente dal legislatore societario (art. 2499) e da quello concorsuale (artt. 124 e 160 l.f.), che indicano tali operazioni come possibili strumenti di soluzione della crisi (D. U. Santosuosso, *op. cit.*, p. 1906; O. Cagnasso, *Commento sub art. 2499 cod. civ.*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto societario. Commento al d.lgs. 17 gennaio 2003*, n. 6, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 (art. 1), diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, vol. III, Bologna, 2004, p. 2232; C. Mosca, *Commento sub art. 2499 cod. civ.*, in Aa.Vv., *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi e M. Notari. *Trasformazione – Fusione – Scissione. Artt. 2498–2506-quater c.c.*, a cura di L. A. Bianchi, Milano, 2006, pp. 39 e 48-52). Del pari, è discusso se detto giudizio di compatibilità sia rimesso al notaio rogante/verbalizzante nell'ambito del controllo di legittimità affidato al medesimo (D. U. Santosuosso, *op. cit.*, p. 1907; A. Nigro, *Diritto societario e procedure concorsuali, cit.*, pp. 192-193; F. Guerrero – M. Maltoni, *op. cit.*, pp. 41 testo e nt. 55 e 47) oppure sia riservato agli organi della procedura (C. Montagnani, *Commento sub art. 2499 cod. civ.*, in Aa.Vv., *La riforma delle società. Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003*, n. 6, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, vol. III, Torino, 2003, p. 359; A. Jorio, *La riforma fallimentare: pregi e carenze delle nuove regole*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 705; E. Civerra, *Commento sub art. 2499 cod. civ.*, in Aa.Vv., *Atti societari. Formulario commentato*, a cura di G. Bonfante, L. De Angelis e V. Salafia, Milano, 2014, pp. 1751-1752).

<sup>63</sup> Cfr. Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *Concordato preventivo e trasformazione di società*, massima elaborata dall'Osservatorio sul diritto societario del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, 2013, in [www.consiglionotarilefirenze.it](http://www.consiglionotarilefirenze.it), pp. 1 e 4-5; Id., *Trasformazione di società fallita*, massima elaborata dall'Osservatorio sul diritto societario del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, 2013, in [www.consiglionotarilefirenze.it](http://www.consiglionotarilefirenze.it), p. 1; Id., *Fusione e concordato preventivo*, massima elaborata dall'Osservatorio sul diritto societario del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, 2013, in [www.consiglionotarilefirenze.it](http://www.consiglionotarilefirenze.it), pp. 1 e 7; Id., *Concordato preventivo e scissione di società, cit.*, pp. 1 e 6.

<sup>64</sup> Cfr. Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *Crisi d'impresa, concordato preventivo ed incrementi del patrimonio netto*, massima elaborata dall'Osservatorio sul diritto societario del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, 2013, in [www.consiglionotarilefirenze.it](http://www.consiglionotarilefirenze.it), pp. 1 e 4; F. Guerrero, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi, cit.*, p. 1121; V. Calandra Buonauro, *op. cit.*, p. 2608. *Contra* M. Ferro, *Commento sub art. 160 l. fall., cit.*, p. 2063.

<sup>65</sup> Cfr. Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *Crisi d'impresa, concordato preventivo ed incrementi del patrimonio netto, cit.*, p. 4; V. Calandra Buonauro, *op. cit.*, p. 2608.

senso contrario, è stato rilevato come dette operazioni, benché vantaggiose per i creditori sociali, determinino di regola talune spese a carico della società, sicché si renderebbe comunque necessaria l'autorizzazione della autorità giudiziaria, di volta in volta competente sulla base dello stato di avanzamento della procedura, affinché le spese della operazione societaria possano essere in concreto addebitate al patrimonio sociale<sup>66</sup>.

Chiarite le predette questioni pregiudiziali, è senz'altro possibile passare alla disamina del contenuto delle operazioni sul capitale sociale funzionali alla procedura, distinguendo a seconda che esse siano deliberate anteriormente al deposito delle domande, durante la sospensione oppure successivamente alla omologazione o alla mancata omologazione.

### 5. Le operazioni sul capitale sociale anteriori al deposito delle domande

La disciplina in materia di riduzione obbligatoria del capitale sociale per perdite e la causa di scioglimento della società per riduzione del capitale sociale al disotto del minimo legale, si applicano in modo regolare fino al momento del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo o della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o della proposta di accordo oggetto delle trattative in corso<sup>67</sup>. A tale conclusione si giunge sia ragionando *a contrario* dal primo comma dell'art. 182-*sexies*, sia argomentando direttamente dal secondo comma dello stesso art. 182-*sexies*, che, tenendo ferma la responsabilità dell'organo amministrativo per il periodo anteriore al deposito del ricorso, dimostra che prima di questo momento nulla cambia<sup>68</sup>. In simili circostanze, l'assemblea dei soci, debitamente convocata senza indugio dall'organo amministrativo ovvero in caso di sua inerzia dall'organo di controllo, sarà tenuta ad adottare gli opportuni provvedimenti.

Anzitutto, sembra legittimo domandarsi se tra gli opportuni provvedimenti che l'assemblea è obbligata ad adottare in presenza di perdite rilevanti del capitale sociale, possa essere adesso ricompresa, alla luce dell'art. 182-*sexies*, la decisione di presentare apposita domanda di ammissione ad una procedura alternativa al fallimento, di guisa che, in caso di perdite superiori al terzo, la società possa optare per il deposito della domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione

<sup>66</sup> Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *Procedure concorsuali e spese delle operazioni straordinarie*, massima elaborata dall'Osservatorio sul diritto societario del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, 2013, in [www.consiglionotarilefirenze.it](http://www.consiglionotarilefirenze.it), pp. 1-2.

<sup>67</sup> F. Guerrera – M. Maltoni, *op. cit.*, p. 65, nt. 120; e adesso G. D'Attorre, *op. cit.*, p. 4; R. Rordorf, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Le Società*, 2013, pp. 672-673; U. Tomba-ri, *Principi e problemi di «diritto societario della crisi»*, *cit.*, p. 1159.

<sup>68</sup> G. D'Attorre, *op. cit.*, p. 4; R. Rordorf, *op. cit.*, pp. 672-673.

dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, in luogo della tradizionale alternativa tra la ricapitalizzazione, la trasformazione regressiva o lo scioglimento<sup>69</sup>. In altri termini, ci si chiede se, dal combinato disposto degli artt. 2446, 2447, 2482-*bis* e 2482-*ter* (da un lato) e dell'art. 182-*sexies* (dall'altro), possa enuclearsi una regola alternativa rispetto a quella tradizionalmente compendiata nella formula «ricapitalizza, trasforma o liquida», che suonerebbe pressappoco così: «ricapitalizza, trasforma, liquida oppure deposita la domanda per l'ammissione al concordato preventivo o per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti»<sup>70</sup>.

A tale riguardo, sembra ragionevole distinguere gli opportuni provvedimenti di cui agli artt. 2446, primo comma e 2482-*bis*, primo comma, dai provvedimenti di cui agli artt. 2446, secondo comma, 2447, 2482-*bis*, quarto comma e 2482-*ter*.

Nel primo caso, ossia nel corso dell'esercizio sociale in cui la perdita è stata rilevata per la prima volta (artt. 2446, primo comma e 2482-*bis*, primo comma), non si può dubitare che il deposito della domanda integri gli estremi degli opportuni provvedimenti rimessi all'organo assembleare, perché gli argomenti adottati in senso contrario appaiono deboli e formalistici.

In primo luogo, non vale obiettare che la competenza a deliberare in merito alla proposta di concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione dei debiti spetti

<sup>69</sup> In senso affermativo P. Abbadessa, *L'assemblea: competenze*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. 3\*, Torino, 1994, p. 9, nt. 15; F. Guerrera – M. Maltoni, *op. cit.*, pp. 64 testo e nt. 116 e 65, nt. 120; e, successivamente all'entrata in vigore dell'art. 182-*sexies*, N. de Luca, *Le riduzioni del capitale sociale*, in Aa.Vv., *La nuova società a responsabilità limitata*, a cura di M. Bione, R. Guidotti e E. Pederzini, Padova, 2012, pp. 508-509 e 528; Id., *Manutenzione del capitale nelle s.r.l. semplificate e in quelle in crisi*, *cit.*, p. 1188; T. Ariani, *op. cit.*, p. 116 testo e nt. 22; A. Dimundo, *op. cit.*, pp. 1167-1168; M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall., cit.*, pp. 489, nt. 33, 490, 491, 494 e 516-517. *Contra* C. Montagnani, *Note in tema di riduzione del capitale*, in *Riv. not.*, 1991, pp. 775-776; Id., *Profili attuali della riduzione del capitale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, pp. 36-37; e adesso Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *Crisi d'impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto*, *cit.*, p. 5.

<sup>70</sup> In tal senso sembra deporre, altresì, l'orientamento della dottrina che tende a tracciare precisi obblighi gestori e responsabilità a carico degli amministratori di società di capitali prossime all'insolvenza. Cfr., soprattutto, M. Miola, *Capitale sociale e tecniche di tutela dei creditori*, in Aa.Vv., *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive. Atti del Convegno tenutosi a Venezia il 10-11 novembre 2007*, a cura di P. Balzarini, G. Carcano e M. Ventruruzzo, vol. I, Milano, 2007, pp. 430-433; Id., *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Umberto Belviso*, vol. I, Bari, 2011, pp. 629-632; Id., *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive*, in *Riv. soc.*, 2012, pp. 311-316; A. Mazzoni, *Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo*, in Aa.Vv., *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive. Atti del Convegno tenutosi a Venezia il 10-11 novembre 2007*, a cura di P. Balzarini, G. Carcano e M. Ventruruzzo, vol. I, Milano, 2007, pp. 518 e ss.; U. Tombari, *Crisi di impresa e doveri di «corretta gestione societaria e imprenditoriale» della società capogruppo. Prime considerazioni*, in Aa.Vv., *La riforma della legge fallimentare. Atti del Convegno di Palermo del 18-19 giugno 2010*, a cura di S. Fortunato, G. Giannelli, F. Guerrera e M. Perrino, Milano, 2011, pp. 78-80; A. Nigro, «Principio di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a.», in *Giur. comm.*, 2013, I, pp. 472-478.

all'organo amministrativo e non all'assemblea dei soci, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto, ai sensi dell'art. 152<sup>71</sup>: è infatti evidente che, in mancanza di deroga all'art. 152, l'assemblea dovrà limitarsi a prendere atto del proposito degli amministratori di presentare la domanda e ad avallarne l'iniziativa, mentre potrà deliberare sulla presentazione della domanda solo se lo statuto deroghi all'art. 152<sup>72</sup>.

In secondo luogo, non sembra decisiva la considerazione secondo cui la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti costituisce una soluzione tendenzialmente provvisoria, che si limita a rinviare l'adempimento dell'obbligo di adottare le delibere necessarie a evitare lo scioglimento della società a data successiva rispetto a quella dell'omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti<sup>73</sup>. Si può, infatti, replicare che, se l'assemblea può decidere semplicemente di riportare la perdita a nuovo, non si vede perché non possa prendere atto ed avallare l'intenzione degli amministratori di presentare la domanda di concordato preventivo o di altra procedura alternativa al fallimento oppure, in caso di deroga all'art. 152, decidere senz'altro di presentare la domanda e di attenderne l'esito<sup>74</sup>. Vi è di più, con un singolare ribaltamento di posizioni, si è osservato che la mera copertura delle perdite e la contestuale ricostituzione del capitale legale minimo potrebbero rivelarsi misure non sufficienti per fronteggiare e per superare la crisi, se non in modo soltanto temporaneo ed apparente<sup>75</sup>.

In terzo luogo, se è vero che la decisione di presentare la domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti conserva una propria autonomia rispetto alla presenza di perdite del capitale sociale di cui non costituisce una mera conseguenza<sup>76</sup>, è anche vero che, nella maggior parte dei casi, i fenomeni delle perdite del capitale sociale e dello stato di crisi vengono a coincidere e la procedura concordataria può servire a porre rimedio ad entrambi.

Nel secondo caso, ossia in presenza di una perdita che non sia diminuita entro l'esercizio sociale successivo a quello nel corso del quale è stata rilevata per la prima volta (artt. 2446, secondo comma e 2482-*bis*, quarto comma) o che abbia addirittura

<sup>71</sup> Cfr. F. Briolini, *op. cit.*, p. 8, nt. 11.

<sup>72</sup> Cfr. M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall., cit.*, pp. 490-491.

<sup>73</sup> Cfr. G. Strampelli, *op. cit.*, p. 659; R. Rordorf, *op. cit.*, p. 672; A. Dimundo, *op. cit.*, pp. 1167-1168.

<sup>74</sup> M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall., cit.*, pp. 489, nt. 33 e 490.

<sup>75</sup> M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall., cit.*, p. 484, nt. 13.

<sup>76</sup> Cfr. Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *Crisi d'impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto, cit.*, p. 5; M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall., cit.*, p. 491, nt. 40.

tura intaccato il minimo legale (artt. 2447 e 2482-ter), può invece discutersi se sia sufficiente che l'assemblea decida di rinviare la decisione di ricapitalizzare o di liquidare la società ad un momento successivo rispetto alla deliberazione dell'istanza di concordato. Tuttavia, anche in questa evenienza, riterrei che la decisione di presentare la domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti possa essere annoverata tra i provvedimenti a disposizione dell'assemblea, perché altrimenti la ricostituzione del capitale sociale dovrebbe sempre precedere la domanda e si finirebbe per privare di ogni utilità la sospensione disposta dall'art. 182-sexies (limitandone la portata alle sole perdite che abbiano intaccato il capitale sociale successivamente alla presentazione della domanda) e per frustrarne la finalità, che è quella di agevolare il ricorso alle procedure alternative al fallimento da parte delle società con ingenti perdite di capitale. Ben s'intende che, se le perdite hanno condotto il capitale sociale al disotto del minimo legale, la deliberazione non è di per sé sufficiente ad impedire lo scioglimento della società qualora non sia concretamente seguita dalla presentazione del ricorso, per cui in caso di mancata presentazione della domanda sorgerebbe l'obbligo dell'organo amministrativo di accertare il verificarsi della causa di scioglimento per riduzione del capitale sociale al disotto del minimo legale.

Alla luce di quanto esposto, potranno verificarsi due diverse ipotesi: se l'atto costitutivo o lo statuto non derogano alle previsioni dell'art. 152<sup>77</sup>, l'assemblea dei soci, debitamente convocata senza indugio dall'organo amministrativo o in mancanza dall'organo di controllo della società, per l'adozione degli opportuni provvedimenti, non potrà decidere di presentare l'istanza di ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, trattandosi di materia riservata alla competenza dell'organo amministrativo, ma dovrà limitarsi a prendere atto del proposito degli amministratori di presentare la proposta di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione dei debiti<sup>78</sup>; se, invece, l'atto costitutivo o lo statuto attribuiscono alla assemblea dei soci la competenza a deliberare sulla proposta

<sup>77</sup> Benchè l'art. 152 sia dettato in tema di concordato preventivo, ne riconoscono l'applicabilità in via analogica agli accordi di ristrutturazione dei debiti F. Guerrera, *Commento sub art. 152 l. fall., cit.*, pp. 2205-2206; M. Ferro, *Commento sub art. 182-bis l. fall.*, in Aa.Vv., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, Padova, 2014, p. 2513; P. Valensise, *Commento sub art. 182-bis l. fall.*, in Aa.Vv., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2014, pp. 400 e 402.

<sup>78</sup> F. Guerrera – M. Maltoni, *op. cit.*, p. 64, nt. 116; Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *Crisi d'impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto, cit.*, pp. 1 e 4-5; M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall., cit.*, pp. 490-491. *Contra* P. Abbadessa, *op. cit.*, p. 9, nt. 15; A. Rossi, *La governance dell'impresa in fase di ristrutturazione*, relazione svolta al V Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Commerciale «Orizzonti del Diritto Commerciale», tenutosi a Roma il 21-22 febbraio 2014, dal titolo «L'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi», in [www.orizzontideldirittocommerciale.it](http://www.orizzontideldirittocommerciale.it), pp. 6-7.

e sulle condizioni del concordato preventivo anche in bianco<sup>79</sup> o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti in deroga all'art. 152, l'assemblea potrà deliberare in merito alla presentazione delle predette domande, ancorché sia stata genericamente convocata per l'adozione dei provvedimenti di cui agli artt. 2446, 2447, 2482-*bis* e 2482-*ter* e quindi anche se la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti non sia espressamente inclusa tra gli argomenti posti all'ordine del giorno<sup>80</sup>.

Invero, l'opposta soluzione, secondo la quale l'assemblea dei soci potrebbe decidere di presentare la domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti soltanto se ciò sia previsto nell'ordine del giorno sottoposto alla sua approvazione<sup>81</sup>, sembra improntata a un eccessivo formalismo, perché l'ordine del giorno, ancorché genericamente formulato, deve comprendere necessariamente tutte le possibili soluzioni per fare fronte alla perdita del capitale sociale, ivi inclusa la decisione di presentare la domanda per l'ammissione al concordato preventivo o per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti<sup>82</sup>.

Proseguendo nell'analisi delle operazioni sul capitale sociale anteriori alla presentazione delle istanze, l'assemblea dei soci potrebbe deliberare la riduzione del capitale sociale e, se del caso, la sua contestuale ricostituzione fino al minimo legale, facendo così divenire superflua la presentazione del ricorso per l'ammissione al

<sup>79</sup> Per quanto concerne il concordato con riserva o in bianco, ogniqualvolta l'atto costitutivo o lo statuto attribuiscono la competenza alla assemblea dei soci, in deroga all'art. 152, viene da domandarsi se l'assemblea debba deliberare in occasione della presentazione della domanda con riserva (così Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *Delibera che approva la domanda di concordato «con riserva» ex art. 161 VI comma l. fall. ed intervento notarile*, massima elaborata dall'Osservatorio sul diritto societario del Consiglio Notarile di Firenze, 2013, in [www.consiglionotarilefirenze.it](http://www.consiglionotarilefirenze.it), pp. 1-5; Id., *Crisi d'impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto*, cit., p. 3, nt. 1) o in occasione della presentazione della proposta oppure in entrambi i casi (così A. Ruotolo – D. Boggiali, *La c.d. domanda di concordato in bianco*, Studio n. 100-2013/I approvato dalla Commissione Studi d'Impresa del Consiglio Nazionale del Notariato il 19 febbraio 2013, in Aa.Vv., *L'immobile e l'impresa. Atti del Convegno tenutosi a Taranto 1-2 febbraio 2013*, a cura di V. Vinci e B. Volpe, Milano, 2013, pp. 233-234; F. Guerrera, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, cit., p. 1125, nt. 24).

<sup>80</sup> T. Ariani, *op. cit.*, p. 116, nt. 22.

<sup>81</sup> Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *Crisi d'impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto*, cit., pp. 1 e 4-5; M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall.*, cit., p. 491, nt. 40. In giurisprudenza, ma nel quadro normativo previgente, Trib. Reggio Emilia, 23 giugno 1983, in *Le Società*, 1984, pp. 658-661.

<sup>82</sup> A ben vedere, la questione si rannoda a quella più generale se l'ordine del giorno debba essere analitico (U. Belviso, *op. cit.*, pp. 136-137; C. Montagnani, *Note in tema di riduzione del capitale*, cit., p. 780; Id., *Profili attuali della riduzione del capitale sociale*, cit., pp. 30-31 e 50) ovvero possa anche essere sintetico, limitandosi a richiamare genericamente i provvedimenti di cui agli artt. 2446, 2447, 2482-*bis* e 2482-*ter* (R. Nobili – M. S. Spolidoro, *op. cit.*, pp. 340 e 387; F. Magliulo – F. Tassinari, *La convocazione dell'assemblea*, in F. Magliulo – F. Tassinari, *Il funzionamento dell'assemblea di s.p.a. nel sistema tradizionale*, Milano, 2008, p. 93; G. Zanarone, *op. cit.*, pp. 1672-1673 e 1717, nt. 12).

concordato preventivo o per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, ove naturalmente l'operazione deliberata sia idonea a ripristinare la solvibilità della società, anche se non può escludersi che l'organo amministrativo decida di presentare ugualmente la relativa istanza, quando abbia ragione di ritenere che la deliberata operazione di ricostituzione del capitale sociale possieda scarse possibilità di andare a buon fine oppure quando siano previsti tempi di esecuzione del deliberato non compatibili con la gravità della situazione o ancora quando sia trascorso vanamente il termine di sottoscrizione dell'aumento del capitale deliberato dall'assemblea<sup>83</sup>. D'altra parte, se l'atto costitutivo o lo statuto attribuiscono all'assemblea dei soci la competenza a deliberare circa la presentazione delle domande, la stessa assemblea potrebbe deliberare di ridurre il capitale sociale e di ricostituirlo fino al minimo legale e, in subordine, di presentare la domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, per l'eventualità che l'aumento deliberato non venga sottoscritto nei termini di legge<sup>84</sup>.

Sono state poi prospettate in dottrina operazioni di ricostituzione del capitale sociale sospensivamente condizionate alla omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti<sup>85</sup> (il che implica di avere risolto, a monte ed in senso positivo, la questione concernente la discussa ammissibilità delle deliberazioni sociali condizionate<sup>86</sup>) e operazioni di ricostituzione del capitale sociale ordinarie ma con sottoscrizioni differite e condizionate allo stesso evento<sup>87</sup>, eventualmente accompagnate dalla effettuazione di versamenti in conto futuro aumento

<sup>83</sup> Cfr. Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *Crisi d'impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto*, cit., pp. 1, 4 e 6; F. Guerrera, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, cit., p. 1127; M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall.*, cit., pp. 492 e 493, nt. 47.

<sup>84</sup> Cfr. Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *Crisi d'impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto*, cit., p. 5; L. Restaino, *op. cit.*, p. 13.

<sup>85</sup> F. Guerrera – M. Maltoni, *op. cit.*, pp. 50-51, 53, 59-60, 64-65 testo e nt. 120, 66-69, 82-85 e 94; Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *Crisi d'impresa, concordato preventivo ed incrementi del patrimonio netto*, cit., pp. 3 e 4-5; Id., *Concordato preventivo e trasformazione di società*, cit., pp. 4-5; Id., *Fusione e concordato preventivo*, cit., pp. 1, 4-5, 6 e 9; Id., *Concordato preventivo e scissione di società*, cit., pp. 3-4, 5-6 e 8.

<sup>86</sup> Cfr. F. Tassinari, *L'iscrizione nel registro delle imprese degli atti ad efficacia sospesa o differita*, in *Riv. not.*, 1996, pp. 83 e ss.; V. Salafia, *Deliberazioni condizionate e contestuali dell'assemblea straordinaria*, in *Le Società*, 2000, pp. 1290 e ss.; M. Stella Richter jr, *La condizione e il termine nell'atto costitutivo delle società di capitali e nelle deliberazioni che lo modificano*, Studio n. 50-2009/I approvato dalla Commissione Studi d'Impresa del Consiglio Nazionale del Notariato il 19 marzo 2009, in *Notariato*, 2010, pp. 424 e ss.; Id., *Costituzione di società a responsabilità limitata condizionata: un parere*, in *Riv. not.*, 2010, pp. 507 e ss.; G. M. Plasmati, *La pubblicità delle delibere condizionate*, Milano, 2011, pp. 51-101.

<sup>87</sup> F. Guerrera – M. Maltoni, *op. cit.*, pp. 66 e 69-70; F. P. Petrerà, *Crisi dell'impresa, soluzioni concordatarie ed operazioni societarie*, cit., pp. 209-210; Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *Crisi d'impresa, concordato preventivo ed incrementi del patrimonio netto*, cit., p. 5.

di capitale<sup>88</sup>, nonché operazioni di ricostituzione del capitale sociale meramente programmate o promesse nella proposta di concordato o nell'accordo di ristrutturazione dei debiti, che dovranno essere decise e attuate in sede di esecuzione del concordato o dell'accordo<sup>89</sup>. Più precisamente, l'assemblea dei soci potrebbe deliberare un aumento del capitale sociale sospensivamente condizionato alla omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti di importo tale da ricondurre il capitale sociale al minimo legale<sup>90</sup> oppure in alternativa un aumento oneroso del capitale sociale, caratterizzato dalla previsione di un termine finale di sottoscrizione talmente ampio da scadere presumibilmente in data successiva rispetto a quella della omologazione, con contestuale effettuazione da parte degli oblati di sottoscrizioni differite e subordinate alla condizione sospensiva della intervenuta omologazione<sup>91</sup>. È appena il caso di precisare che, nonostante il decreto di

<sup>88</sup> F. Guerrera – M. Maltoni, *op. cit.*, pp. 70-71; F. P. Petrerà, *Crisi dell'impresa, soluzioni concordatarie ed operazioni societarie, cit.*, p. 210.

<sup>89</sup> F. Guerrera, *Commento sub art. 152 l. fall., cit.*, pp. 2220-2221 e 2223; Id., *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi, cit.*, pp. 1121 e 1137; F. Guerrera – M. Maltoni, *op. cit.*, pp. 51-53 e 66; Comitato Triveneto dei Notai, *Massima P.A.8. – Competenza nelle società di capitali ad approvare un piano concordatario che preveda l'effettuazione di operazioni straordinarie – 1° pubbl. 9/09 – motivato 9/11, cit.*, pp. 391-394.

<sup>90</sup> È discusso se, in questa fase, sia possibile tenere conto della decurtazione del passivo conseguente alla omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. La tesi positiva è sostenuta da Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *Crisi d'impresa, concordato preventivo ed incrementi del patrimonio netto, cit.*, p. 3. Invero, sembra doversi seriamente dubitare della possibilità di tenere conto, in questa fase, delle sopravvenienze attive conseguenti all'omologazione, perché, sebbene la deliberazione sia destinata a produrre effetto soltanto a seguito della omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, tuttavia la retroattività della condizione sospensiva farebbe sì che gli effetti della operazione retroagiscano ad un momento in cui le sopravvenienze attive non si erano ancora contabilmente verificate. È pur vero che l'effetto retroattivo è un elemento soltanto naturale e non essenziale della condizione, potendo essere escluso dalla volontà delle parti o dalla natura del rapporto, ai sensi dell'art. 1360, primo comma, c.c. Ed è anche vero che la retroattività della condizione mal si concilia con le modifiche statutarie (cfr. F. Guerrera – M. Maltoni, *op. cit.*, pp. 50 testo e nt. 78, 66-67 e 68-69; M. Stella Richter jr, *La condizione e il termine nell'atto costitutivo delle società di capitali e nelle deliberazioni che lo modificano, cit.*, pp. 424-430). Pur tuttavia, permane il dubbio che, così operando, si finisca per dedurre indirettamente nella condizione sospensiva un elemento essenziale della delibera di riduzione e di ricostituzione del capitale sociale al minimo legale, qual è l'importo delle perdite e di conseguenza l'importo della riduzione e del contestuale aumento a pagamento. Nello stesso senso, se bene se ne interpreta il rispettivo pensiero, sembrano orientati F. Guerrera – M. Maltoni, *op. cit.*, pp. 65 e 66; L. Boggio, *op. cit.*, p. 864 testo e nt. 37; F. Platania, *op. cit.*, p. 489; R. Ranalli, *La scelta dello strumento di risanamento della crisi aziendale, cit.*, p. 505; Id., *Commento sub art. 182-sexies l. fall., cit.*, p. 2242; F. P. Petrerà, *Crisi dell'impresa, soluzioni concordatarie ed operazioni societarie, cit.*, pp. 210-211, il quale, però, rileva che «la pratica conosce l'utilizzo di situazioni pro-forma, prese a base delle operazioni di ricapitalizzazione, in cui si anticipa la contabilizzazione degli effetti, post omologa del concordato, quindi sulla base di una sorta di "simulazione"» (p. 211); M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall., cit.*, pp. 487 e 500, nt. 77.

<sup>91</sup> F. Guerrera – M. Maltoni, *op. cit.*, pp. 66 e 69-70; F. P. Petrerà, *Crisi dell'impresa, soluzioni concordatarie ed operazioni societarie, cit.*, pp. 209-210; M. Ventoruzzo – G. Sandrelli, *op. cit.*, p. 89.



omologazione del tribunale sia provvisoriamente esecutivo *ex art.* 180, quinto comma, sembra opportuno che gli effetti delle deliberazioni ovvero delle sottoscrizioni vengano subordinati al passaggio in giudicato del decreto di omologazione, al fine di evitare le gravi ripercussioni interne ed esterne che deriverebbero dalla irreversibilità della deliberazione societaria oramai divenuta efficace<sup>92</sup>. Va infine osservato che, se la società versa nelle ipotesi di cui agli artt. 2447 e 2482-*ter*, un aumento del capitale sociale condizionato non sarebbe idoneo a impedire lo scioglimento della società, per cui, ove non sia seguito dalla effettiva presentazione della domanda di ammissione al concordato o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei beni, sorgerebbe l'obbligo per gli amministratori di rilevare la causa di scioglimento e di iscriverla nel registro delle imprese.

Del pari, devono ritenersi legittimi gli apporti dei soci da imputare a patrimonio (versamenti in conto capitale, versamenti a fondo perduto o versamenti a copertura perdite), che potranno essere sospensivamente condizionati alla omologazione. Ove, invece, detti apporti non fossero condizionati o fossero condizionati risolutivamente alla mancata omologazione (si pensi ai versamenti in conto futuro aumento di capitale), la prededuzione sarà regolata dagli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* l.f., secondo il nuovo regime derogatorio dei finanziamenti dei soci *ex artt.* 2467 e 2497-*quinquies* c.c.<sup>93</sup>

Infine, deve essere esaminata l'ipotesi che l'assemblea dei soci, debitamente convocata senza indugio per l'adozione degli opportuni provvedimenti, non adotti alcun provvedimento<sup>94</sup>, determinando così l'insorgere in capo all'organo amministrativo dell'obbligo di iscrivere nel competente registro delle imprese la dichiarazione con cui viene accertata l'intervenuta causa di scioglimento della società per riduzione del capitale sociale al disotto del minimo legale, ai sensi dell'art. 2484<sup>95</sup>, oppure deliberi senz'altro lo scioglimento della società e la sua messa in stato di liquidazione. In relazione alle divise fattispecie, bisogna domandarsi quale effetto produca il deposito delle istanze di ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti in data successiva rispetto alla iscrizione nel registro delle imprese della causa di scioglimento per riduzione del capitale sociale al disotto del minimo legale.

<sup>92</sup> F. Guerrera – M. Maltoni, *op. cit.*, pp. 50-51 e 84-85; G. A. M. Trimarchi, *Le riduzioni del capitale, cit.*, p. 328; M. Ferro, *Commento sub art. 160 l. fall., cit.*, p. 2066.

<sup>93</sup> Cfr. F. Guerrera – M. Maltoni, *op. cit.*, p. 71 testo e nt. 131; Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *Crisi d'impresa, concordato preventivo ed incrementi del patrimonio netto, cit.*, pp. 1 e 6.

<sup>94</sup> Cfr. Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *Crisi d'impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto, cit.*, pp. 1 e 4; M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall., cit.*, p. 494.

<sup>95</sup> Cfr. T. Ariani, *op. cit.*, p. 117 testo e nt. 24; M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall., cit.*, p. 494.

Secondo una parte della dottrina, se la causa di scioglimento della società è stata già iscritta nel registro delle imprese, la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti dovrebbe essere preceduta dalla revoca dello stato di liquidazione accompagnata dalla eliminazione della causa di scioglimento<sup>96</sup>. Come già anticipato, questa tesi non può essere condivisa perché ritenere che la società debba essere riportata *in integro statu* prima di avere accesso alla procedura vorrebbe dire privare di ogni significato il disposto dell'art. 182-sexies, la cui funzione è per l'appunto quella di eliminare la necessità di rimuovere la causa di scioglimento attraverso la ricostituzione del capitale sociale fino alla omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. Senza contare che subordinare la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti alla previa revoca dello stato di liquidazione significherebbe consentire al singolo creditore sociale dissenziente di fare opposizione alla revoca dello stato di liquidazione ai sensi dell'art. 2487-ter, secondo comma, c.c., così impedendo, di fatto, il ricorso della società alle procedure alternative al fallimento<sup>97</sup>.

Un'altra parte della dottrina sostiene, invece, che la soluzione debba essere diversa a seconda che si sia già provveduto o meno alla nomina dei liquidatori: se il deposito delle domande avvenga prima della nomina dei liquidatori, l'inoperatività della causa di scioglimento della società determinerà il venir meno dell'obbligo di nominare i liquidatori, rendendo superflua l'adozione della delibera di revoca dello stato di liquidazione<sup>98</sup>; se invece il deposito delle domande avvenga in data successiva rispetto alla nomina dei liquidatori, l'inoperatività della causa di scioglimento andrebbe apprezzata alla stregua di una eliminazione *ex lege* della causa di scioglimento che legittimerebbe la società a revocare lo stato di liquidazione, ai sensi dell'art. 2487-ter, primo comma<sup>99</sup>.

A parere di chi scrive, sembra preferibile ritenere che il discrimine sia rappresentato, non tanto dalla circostanza che abbia già avuto luogo o meno la nomina dei

<sup>96</sup> A. Jorio, *La riforma fallimentare: pregi e carenze delle nuove regole*, cit., p. 704; A. Nigro, *Riduzione o perdita del capitale della società in crisi*, cit., p. 7. *Contra* F. Guerrera – M. Maltoni, *op. cit.*, pp. 43, nt. 60 e 44-45; e, dopo l'entrata in vigore dell'art. 182-sexies, F. Briolini, *op. cit.*, pp. 8-9; M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall.*, cit., p. 496 testo e nt. 57; L. Restaino, *op. cit.*, pp. 14-15.

<sup>97</sup> In questo caso, infatti, il rimedio individuale dell'opposizione alla revoca dello stato di liquidazione non potrebbe dirsi assorbito dal rimedio dell'opposizione all'omologa del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, appunto perché la revoca dello stato di liquidazione verrebbe deliberata ancora prima di accedere alla procedura. Per analoghe considerazioni, relative però alla fusione, cfr. F. Guerrera – M. Maltoni, *op. cit.*, p. 89; G. Palmieri, *op. cit.*, p. 1098, nt. 34; M. Ferro, *Commento sub art. 160 l. fall.*, cit., p. 2070.

<sup>98</sup> G. D'Attorre, *op. cit.*, p. 4.

<sup>99</sup> G. D'Attorre, *op. cit.*, p. 4. *Contra* A. Munari, *op. cit.*, pp. 104 e 126-127 testo e nt. 44; C. Montagnani, *Disciplina della riduzione del capitale: impresa o legislatore in crisi?*, cit., p. 770, nt. 90; M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall.*, cit., p. 497 testo e nt. 66.

liquidatori<sup>100</sup>, quanto piuttosto dalla circostanza che gli amministratori abbiano effettuato l'iscrizione nel competente registro delle imprese della causa di scioglimento della società, nel qual caso non pare possibile prescindere, una volta ottenuta l'omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, dalla deliberazione assembleare di revoca dello stato di liquidazione preceduta dalla rimozione della causa di scioglimento<sup>101</sup>.

Una precisazione appare però necessaria in relazione al diritto dei creditori sociali di fare opposizione alla revoca dello stato di liquidazione ai sensi dell'art. 2487-ter, secondo comma, dovendosi tra l'altro distinguere la posizione dei creditori sociali a seconda che il loro titolo sia anteriore o posteriore rispetto alla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

A tale riguardo, può fondatamente sostenersi che, ogniqualvolta la revoca dello stato di liquidazione costituisca parte integrante della proposta di concordato o dell'accordo, i creditori sociali anteriori potranno opporsi alla omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, ma, se non si avvalgono di detto diritto oppure se l'opposizione alla omologazione viene respinta, non potranno successivamente esercitare il diritto individuale di opposizione alla revoca dello stato di liquidazione di cui all'art. 2487-ter, secondo comma. E questo perché il concordato preventivo, una volta che sia stato approvato ed omologato,

<sup>100</sup> La nomina dei liquidatori incide soltanto sulla competenza alla presentazione della domanda di concordato preventivo, poiché prima della nomina dei liquidatori saranno competenti gli amministratori e la presentazione della domanda renderà superflua la successiva nomina dei liquidatori (*contra*, nel senso che l'assemblea debba comunque nominare i liquidatori, M. Ventrizzo – G. Sandrelli, *op. cit.*, p. 136), mentre dopo la nomina dei liquidatori saranno competenti i liquidatori stessi. In tal senso Comitato Triveneto dei Notai, *Massima P.A.9. – Competenza a deliberare il concordato nelle società di capitali in liquidazione – 1° pubbl. 9/09 – motivato 9/11*, in Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di atti societari*, Milano, 2013, p. 394; Id., *Massima P.A.10. – Sorte della delibera di approvazione della domanda di concordato adottata dagli amministratori nell'ipotesi di successiva messa in liquidazione della società – 1° pubbl. 9/09 – motivato 9/11*, in Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di atti societari*, Milano, 2013, pp. 394-395; M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall., cit.*, pp. 496-497.

<sup>101</sup> M. Macchia, *op. cit.*, p. 176; e, in giurisprudenza, App. Milano, 23 luglio 1990, *cit.*, pp. 172-173. Nello stesso senso adesso M. Miola, *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive, cit.*, pp. 311 e 314; Id., *Commento sub art. 182-sexies l. fall., cit.*, pp. 496-497 testo e nt. 66; T. Ariani, *op. cit.*, pp. 117-118 testo e nt. 25; A. Munari, *op. cit.*, pp. 104 e 126, nt. 44; R. Rordorf, *op. cit.*, pp. 672-673 testo e nt. 5. In una prospettiva più generale, si vedano F. Magliulo, *Scioglimento e liquidazione. Clausole arbitrali e di conciliazione. Normativa transitoria*, in Aa.Vv., *La riforma delle società a responsabilità limitata*, Milano, 2004, pp. 521-522; F. P. Petrerà, *Rimozione della causa di scioglimento della società e l'efficacia della deliberazione di revoca*, Studio n. 15-2008/I approvato dalla Commissione Studi d'Impresa del Consiglio Nazionale del Notariato il 22 aprile 2008, pp. 3-5; A. Rossi – C. Pasquariello, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione*, in Aa.Vv., *La nuova società a responsabilità limitata*, a cura di M. Bione, R. Guidotti e E. Pederzini, Padova, 2012, pp. 574-575; e, in giurisprudenza, Trib. Avezzano, 2 dicembre 2004, in *Le Società*, 2005, pp. 617-618.

diventa obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda *ex art.* 184 l.f.<sup>102</sup> Senza contare che l'approvazione a maggioranza del concordato preventivo potrebbe integrare gli estremi del consenso dei creditori che, ai sensi dell'*art.* 2487-*ter*, secondo comma, preclude agli stessi la facoltà di esercitare il diritto di opposizione. In altri termini, per i creditori sociali anteriori alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, il rimedio dell'opposizione alla revoca dello stato di liquidazione rimane assorbito dallo specifico rimedio dell'opposizione al decreto di omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti<sup>103</sup>.

Se si condivide la tesi dell'assorbimento, si dovrebbe però coerentemente sostenere che il diritto di fare opposizione alla revoca dello stato di liquidazione *ex art.* 2487-*ter*, secondo comma, debba rimanere necessariamente impregiudicato per gli eventuali creditori sociali successivi alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, non potendo questi ultimi esercitare l'opposizione al decreto di omologazione<sup>104</sup>.

Senonché, mi sentirei di ritenere precluso l'esercizio del diritto di opposizione alla revoca dello stato di liquidazione anche da parte dei creditori sociali successivi alla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di concordato, perché, nel momento in cui questi creditori hanno concesso credito alla società, essi sapevano o quantomeno dovevano sapere che la società aveva presentato una domanda di concordato preventivo implicante la revoca dello stato di liquidazione, per cui non possono lamentarsi se, in seguito, quella domanda viene omologata e se, in esecuzione della stessa, viene poi revocato lo stato di liquidazione, non essendoci alcun affidamento da salvaguardare<sup>105</sup>, analogamente a quanto accade, nella fusione e nella scissione, per i creditori sociali successivi alla iscrizione nel registro delle imprese del progetto di fusione o di scissione<sup>106</sup>. A conforto di tale conclusione si può soggiun-

<sup>102</sup> È favorevole all'applicazione analogica dell'*art.* 184 agli accordi di ristrutturazione dei debiti P. Valensise, *op. cit.*, p. 427.

<sup>103</sup> In senso conforme F. Guerrera, *Commento sub art. 152 l. fall., cit.*, pp. 2219-2220; F. Guerrera – M. Maltoni, *op. cit.*, pp. 44-45 e 48; e ora V. Calandra Buonauro, *op. cit.*, pp. 2607-2608 e 2612-2613. Di contrario avviso T. Ariani, *op. cit.*, p. 118; A. Munari, *op. cit.*, p. 126, nt. 44; M. Ventrizzo – G. Sandrelli, *op. cit.*, p. 136; A. Jorio, *La riforma fallimentare: pregi e carenze delle nuove regole, cit.*, p. 705. Con riferimento alle operazioni straordinarie deliberate nell'ambito di una procedura concordataria, la possibilità di esercizio del diritto di opposizione da parte dei creditori sociali viene negata da F. Magliulo, *La fusione delle società, cit.*, pp. 114-115; Id., *La scissione delle società, cit.*, pp. 154-156; Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *Fusione e concordato preventivo, cit.*, pp. 7-10; Id., *Concordato preventivo e scissione di società, cit.*, pp. 7-9; V. Calandra Buonauro, *op. cit.*, pp. 2612-2613 e 2616. *Contra* M. Ferro, *Commento sub art. 160 l. fall., cit.*, p. 2070.

<sup>104</sup> Uno spunto in tal senso si può cogliere in G. D'Attorre, *op. cit.*, p. 5; L. D'Orazio, *op. cit.*, p. 2639; M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall., cit.*, p. 499; V. Calandra Buonauro, *op. cit.*, pp. 2612 e 2614.

<sup>105</sup> Cfr. U. Belviso, *op. cit.*, p. 130.

<sup>106</sup> Cfr. E. Civerra, *Le operazioni di fusione e scissione*, Milano, 2004, pp. 113-114; C. Santagata, *op. cit.*, pp. 491-492; S. Cacchi Pessani, *Commento sub art. 2503 cod. civ.*, in Aa.Vv., *Commentario alla riforma delle*

gere che la pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese possiede efficacia dichiarativa e non di mera pubblicità notizia, come è dimostrato sul piano letterale dall'impiego del termine «pubblicazione»<sup>107</sup> e sul piano della disciplina dal fatto che, ai sensi dell'art. 184, il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla suddetta pubblicazione.

La prospettata soluzione, secondo cui la revoca dello stato di liquidazione sarebbe sempre necessaria ove risulti iscritta la causa di scioglimento nel registro delle imprese, potrebbe apparire, invero, improntata a un eccessivo formalismo, tanto più se si condivide la soluzione secondo cui né i creditori sociali anteriori né i creditori sociali successivi possano fare opposizione alla revoca dello stato di liquidazione. Ci si potrebbe, allora, domandare se l'iscrizione del decreto di omologazione nel registro delle imprese non possa determinare, di per sé, la revoca implicita dello stato di liquidazione, senza necessità di una formale deliberazione assembleare sul punto. Questa soluzione avrebbe l'indubbio vantaggio di evitare che, nel lasso di tempo che va dalla data di pubblicazione del decreto di omologazione fino alla data di iscrizione della delibera di revoca dello stato di liquidazione, la società venga a trovarsi di nuovo nello stato di liquidazione in cui era stata precedentemente posta.

Tuttavia, la soluzione divisata, oltre a porsi in contrasto con la competenza assembleare prevista dall'art. 2487-ter, primo comma, priverebbe i soci, che non abbiano concorso all'approvazione della deliberazione, del diritto di recesso, loro riconosciuto inderogabilmente dall'art. 2437, primo comma, lettera d) e dall'art. 2473, primo comma<sup>108</sup>. Né varrebbe ad escludere il diritto di *exit* del socio la considerazione che esso esprimerà normalmente un valore negativo<sup>109</sup>.

A queste obiezioni (violazione della competenza assembleare e del diritto di recesso dei soci) si potrebbe ovviare in due diverse maniere.

La prima ha una portata limitata alla sola ipotesi in cui la competenza a deliberare sulla presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti spetti alla assemblea straordinaria, in deroga all'art. 152, secondo comma<sup>110</sup> (*rectius* ci si riferisce all'ipotesi in

---

società, diretto da P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi e M. Notari, *Trasformazione – Fusione – Scissione*, a cura di L. A. Bianchi, Milano, 2006, p. 723; V. Sangiovanni, *Fusione di società e opposizione dei creditori*, in *Contratto e impresa*, 2010, p. 1356.

<sup>107</sup> Cfr. F. Dimundo, *Commento sub art. 161 l. fall.*, in Aa.Vv., *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2013, p. 1901.

<sup>108</sup> Cfr. F. Guerrera – M. Maltoni, *op. cit.*, p. 53 testo e nt. 88; V. Calandra Buonauro, *op. cit.*, p. 2607.

<sup>109</sup> Cfr. F. Guerrera – M. Maltoni, *op. cit.*, p. 53, nt. 88; Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *Concordato preventivo e trasformazione di società*, cit., pp. 1 e 7; Id., *Trasformazione di società fallita*, cit., pp. 1 e 5; V. Calandra Buonauro, *op. cit.*, p. 2607.

<sup>110</sup> Tuttavia, secondo F. Guerrera – M. Maltoni, *op. cit.*, p. 37 testo e nt. 49, nelle società azionarie, la deroga statutaria alla competenza legale dell'organo amministrativo potrebbe esplicarsi esclusivamente in favore

cui la predetta deliberazione assembleare venga in concreto approvata con le maggioranze richieste per le modificazioni dell'atto costitutivo o dello statuto): si potrebbe assegnare alla decisione di presentare la domanda di concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione dei debiti il significato e il valore di una revoca implicita dello stato di liquidazione<sup>111</sup>, facendo salvi così, allo stesso tempo, sia la competenza assembleare sia il diritto di recesso per i soci che non abbiano concorso all'assunzione della deliberazione.

La seconda ha, invece, una portata più radicale: si potrebbe sostenere che, allorché la proposta di concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione dei debiti prevedano la revoca dello stato di liquidazione, non vi sarebbe bisogno di alcuna ulteriore decisione sul punto e non vi sarebbe spazio, quindi, né per la relativa competenza assembleare né per il conseguente diritto di recesso dei soci dissenzienti<sup>112</sup>.

In entrambi i casi, gli effetti della revoca decorrerebbero dalla pubblicazione del decreto di omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti nel registro delle imprese se la causa di scioglimento sia stata frattanto eliminata ovvero, in caso contrario, dal momento successivo in cui sia stata rimossa la causa di scioglimento. L'intervento assembleare sarebbe allora circoscritto alla mera sostituzione dei liquidatori con gli amministratori, se i primi erano già stati nominati.

## 6. Le operazioni sul capitale sociale durante la sospensione

Come si è innanzi accennato, durante l'intero periodo di inoperatività della disciplina sulla riduzione obbligatoria del capitale sociale per perdite e della causa di scioglimento per riduzione del capitale sociale al disotto del minimo legale, restano fermi gli obblighi di informazione e di convocazione posti a carico dell'organo amministrativo e in subordine dell'organo di controllo di società di capitali<sup>113</sup>, vale a

---

dell'assemblea ordinaria, in ragione del carattere tassativo da attribuire alla elencazione delle deliberazioni di competenza della assemblea straordinaria, contenuta nell'art. 2365.

<sup>111</sup> Sul problema della configurabilità di una revoca implicita dello stato di liquidazione cfr. F. P. Petrerà, *Revoca implicita della liquidazione*, Studio n. 202-2009/I approvato dalla Commissione Studi d'Impresa del Consiglio Nazionale del Notariato il 19 novembre 2009, in Consiglio Nazionale del Notariato, *Studi e Materiali. Quaderni trimestrali*, n. 1, 2010, pp. 57-74.

<sup>112</sup> Aderendo a questa seconda soluzione, però, ci si allontanerebbe dalla prospettiva, finora seguita nel testo, volta a salvaguardare la competenza assembleare ad adottare le modifiche statutarie funzionali al concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione dei debiti, per avvicinarsi alla ricostruzione proposta da G. Ferri jr, *Ristrutturazione dei debiti e partecipazioni sociali*, cit., pp. 764-765; Id., *La struttura finanziaria della società in crisi*, cit., pp. 477 e ss., secondo il quale le modifiche statutarie previste nella proposta «troveranno il proprio titolo non già nella deliberazione dei soci, ma, appunto, nel decreto di omologazione del concordato» (p. 482).

<sup>113</sup> *Supra* nt. 45.

dire l'obbligo di rilevare le perdite che abbiano ridotto il capitale sociale di oltre un terzo, di convocare senza indugio l'assemblea per l'adozione degli opportuni provvedimenti, di sottoporre all'assemblea una relazione sulla situazione patrimoniale aggiornata della società<sup>114</sup>, corredata dalle osservazioni del collegio sindacale ove esistente, di depositare la relazione e le osservazioni presso la sede sociale negli otto giorni che precedono la riunione assembleare e di dare conto in assemblea dei fatti di rilievo frattanto intervenuti.

In questa fase, essendo sospese tanto l'applicazione della disciplina sulla riduzione obbligatoria del capitale sociale per perdite quanto l'operatività della causa di scioglimento rappresentata dalla riduzione del capitale sociale al disotto del minimo legale, la società ricorrente, per un verso non è obbligata al rispetto degli artt. 2446, secondo e terzo comma, 2447, 2482-*bis*, quarto, quinto e sesto comma, e 2482-*ter*, e per altro verso conserva inalterate le sue competenze, non entrando in stato di liquidazione. È in questa fase, quindi, che l'art. 182-*sexies* dischiude alle società di capitali in stato di crisi la possibilità di adottare talune soluzioni operative che sarebbero altrimenti precluse.

L'assemblea dei soci, debitamente convocata senza indugio dall'organo amministrativo o in subordine dall'organo di controllo per fare fronte alle perdite rilevanti del capitale sociale subite, potrebbe anzitutto limitarsi a prendere atto della avvenuta presentazione della domanda per l'ammissione al concordato preventivo o per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, senza adottare alcun provvedimento<sup>115</sup>.

Inoltre, nonostante sia sospesa *ex lege* l'applicazione della disciplina in materia di riduzione obbligatoria del capitale sociale per perdite, l'assemblea può ugualmente decidere di porre in essere un'operazione di riduzione del capitale sociale e, se del caso, di contestuale ricostituzione dello stesso fino al minimo legale, specie se tale operazione costituisce parte integrante del piano di concordato proposto o dell'accordo di ristrutturazione di cui si chiede l'omologazione<sup>116</sup>. La norma è infatti derogabile *in*

<sup>114</sup> Nel senso che la situazione patrimoniale debba essere assunta ai valori del *going concern value* o del *liquidation value*, a seconda che la procedura sia finalizzata alla ristrutturazione o alla liquidazione dell'impresa, cfr. F. Guerrero – M. Maltoni, *op. cit.*, pp. 63, 64 e 85-86; G. A. M. Trimarchi, *Le riduzioni del capitale*, *cit.*, p. 328; M. Di Sarli, *Riflessioni sulla fusione di società soggette a procedura concorsuale*, *cit.*, pp. 45-46. In senso difforme M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall.*, *cit.*, p. 517, nt. 141.

<sup>115</sup> G. Strampelli, *op. cit.*, pp. 654-655; R. Ranalli, *Commento sub art. 182-sexies l. fall.*, *cit.*, p. 2248; A. Munari, *op. cit.*, p. 102.

<sup>116</sup> F. P. Petrerà, *Crisi dell'impresa, soluzioni concordatarie ed operazioni societarie*, *cit.*, pp. 200, 201 e 202; F. Guerrero, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, *cit.*, pp. 1118, 1126, nt. 27 e 1136; U. Tombari, *Principi e problemi di «diritto societario della crisi»*, *cit.*, p. 1156 testo e nt. 61; M. Miola, *Commento sub art. 182 sexies l. fall.*, *cit.*, pp. 492, nt. 45, 497, nt. 66 e 500 testo e nt. 76. Nello stesso senso, prima dell'entrata in vigore dell'art. 182-*sexies*, A. Maisano, *op. cit.*, p. 69; R. Nobili – M.

*parte qua*, perché la sospensione è prevista nell'interesse della società che resta libera di avvalersene o meno. Benché tale operazione si atteggi quale riduzione del capitale sociale volontaria o facoltativa, poiché avviene in un momento in cui l'obbligatorietà è sospesa per legge<sup>117</sup>, essa costituisce comunque una riduzione del capitale sociale nominale e soggiace pertanto alla relativa disciplina. In altri termini, la circostanza che la riduzione del capitale sociale non sia obbligatoria ma facoltativa, non comporta l'applicazione della normativa in tema di riduzione volontaria del capitale sociale *ex artt.* 2445 e 2482<sup>118</sup>. Ove la deliberazione di riduzione del capitale sociale e di contestuale ricostituzione dello stesso fino al minimo legale, adottata in costanza di procedura, sia tale da ripristinare la solvibilità della società, la procedura stessa potrebbe rivelarsi superflua, sicché la società potrebbe revocare la relativa domanda<sup>119</sup>.

A parere di chi scrive, inoltre, l'inoperatività della disciplina sulla riduzione obbligatoria del capitale sociale per perdite non produce soltanto l'effetto di rendere facoltative la riduzione del capitale sociale e la contestuale ricostituzione dello stesso fino al minimo legale, che sarebbero altrimenti necessitate, ma anche quello, direttamente consequenziale rispetto al primo, di permettere che le operazioni sul capitale sociale siano effettuate dalla società, secondo modalità la cui ammissibilità, al di fuori delle situazioni di crisi di impresa, è normalmente revocata in dubbio da una parte della dottrina e da una parte della giurisprudenza. Ci si riferisce, in particolare, alla riduzione del capitale sociale in misura inferiore rispetto alle perdite accertate e all'aumento del capitale sociale a pagamento in presenza di perdite non ripianate<sup>120</sup>.

---

S. Spolidoro, *op. cit.*, pp. 329-330; N. Atlante – S. Mariconda, *op. cit.*, pp. 63-64. In senso contrario F. Corsi, *op. cit.*, p. 662.

<sup>117</sup> R. Nobili – M. S. Spolidoro, *op. cit.*, pp. 329-330; N. Atlante – S. Mariconda, *op. cit.*, pp. 63-64; M. Ventoruzzo – G. Sandrelli, *op. cit.*, pp. 89 e 90; M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall., cit.*, pp. 492, nt. 45, 497 nt. 66 e 500 testo e nt. 76.

<sup>118</sup> Così M. Ventoruzzo – G. Sandrelli, *op. cit.*, pp. 83, 86, 94 e 142. Si vedano, tuttavia, le perplessità che, ancora oggi, una parte della dottrina (R. Nobili, *La riduzione del capitale, cit.*, pp. 328-329) manifesta circa l'applicabilità dell'art. 2445 alla riduzione facoltativa per perdite non eccedenti il terzo del capitale sociale, sulla scorta delle riflessioni compiute in passato da F. Fenghi, *op. cit.*, pp. 61-69; e condivise, in tempi più recenti, da F. Di Sabato, *Manuale delle società, cit.*, p. 686, nt. 64; M. Castellano, *Problematiche in materia di operazioni sul capitale*, in Aa.Vv., *Professione e ricerca. Attualità e problematiche in materia di società famiglia e relativi profili fiscali. Convegno di Trani 22-23 giugno 2007*, a cura del Comitato Notarile Regionale della Puglia, Bari, 2008, pp. 71 e 76. *Contra*, nel senso dell'inapplicabilità dell'opposizione dei creditori alla riduzione facoltativa per perdite inferiori al terzo, si vedano, per tutti, in dottrina, G. Cabras, *op. cit.*, p. 69; U. Belviso, *op. cit.*, pp. 133-134; R. Nobili – M. S. Spolidoro, *op. cit.*, pp. 332-333; M. Pinardi, *Le opposizioni dei creditori nel nuovo diritto societario*, Milano, 2006, pp. 1, nt. 2 e 37; e, in giurisprudenza, Cass., 13 gennaio 2006 n. 543, in *Giur. comm.*, 2008, II, pp. 963-974.

<sup>119</sup> Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *Crisi d'impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto, cit.*, p. 3; F. Guerrera, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi, cit.*, p. 1118.

<sup>120</sup> Come è noto, è assai controverso, in dottrina e in giurisprudenza, se sia consentito ridurre il capitale sociale per perdite in misura inferiore rispetto alle perdite accertate ovvero aumentare il capitale sociale a pagamento



Come è noto, queste fattispecie sono considerate vietate dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti, per il timore che, per il loro tramite, venga violata la disciplina in tema di riduzione obbligatoria del capitale sociale per perdite. Poiché il fondamento del divieto di compiere le predette operazioni viene ravvisato nella inderogabilità

---

in presenza di perdite non ripianate. Secondo la tesi più rigorosa, la riduzione del capitale sociale di importo inferiore rispetto alle perdite accertate e l'aumento del capitale sociale a pagamento in presenza di perdite non ripianate non sarebbero mai ammissibili (cfr., per la riduzione del capitale sociale, R. Nobili, *La riduzione del capitale*, cit., pp. 322-323 e 327; Comitato Triveneto dei Notai, *Massima H.G.7 – Riduzione parziale delle perdite – 1° pubbl. 9/04*, in Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di atti societari*, Milano, 2013, p. 85; Id., *Massima I.G.14 – Riduzione parziale delle perdite – 1° pubbl. 9/04*, in Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di atti societari*, Milano, 2013, p. 202. In giurisprudenza Trib. Verona, 4 luglio 1986, in *Le Società*, 1986, pp. 1245-1246; Trib. Verona, 22 novembre 1988, in *Le Società*, 1989, pp. 288-289 e in *Riv. not.*, 1990, II, pp. 1106-1108; e, per l'aumento del capitale sociale, C. A. Busi, *S.p.A. – s.r.l., operazioni sul capitale*, Napoli, 2004, pp. 155-157; Id., *Aumento del capitale nelle s.p.a. e s.r.l.*, cit., pp. 215-222. In giurisprudenza Trib. Verona, 4 luglio 1986, cit., p. 1246; Trib. Verona, 22 novembre 1988, cit., pp. 288-289 e 1106-1108). Secondo una diversa opinione, invece, la riduzione del capitale sociale di importo inferiore rispetto alle perdite accertate e l'aumento del capitale sociale in costanza di perdite non ripianate sarebbero consentiti nei casi in cui la riduzione del capitale sociale per perdite è facoltativa, vale a dire quando le perdite accertate siano inferiori al terzo del capitale sociale (cfr., per la riduzione del capitale sociale, F. Fenghi, *op. cit.*, pp. 62-63; R. Nobili – M. S. Spolidoro, *op. cit.*, p. 307; e, per l'aumento del capitale sociale, G. A. M. Trimarchi, *L'aumento del capitale sociale*, Milano, 2007, pp. 216-218; N. Atlante, *Società di capitali: aumento a pagamento del capitale in presenza di perdite inferiori al terzo*, Studio n. 14-2008/I approvato dalla Commissione Studi d'Impresa del Consiglio Nazionale del Notariato il 23 gennaio 2008, in Consiglio Nazionale del Notariato, *Studi e Materiali. Quaderni trimestrali*, n. 2, 2008, pp. 630-633; Comitato Triveneto dei Notai, *Massima H.G.19 – Aumento di capitale in presenza di perdite rilevanti ai sensi di legge – 1° pubbl. 9/07*, in Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di atti societari*, Milano, 2013, p. 97; Id., *Massima I.G.30 – Aumento di capitale in presenza di perdite rilevanti ai sensi di legge – 1° pubbl. 9/07*, in Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di atti societari*, Milano, 2013, p. 215. In giurisprudenza Trib. Milano, 22 settembre 1986, in *Le Società*, 1987, pp. 162-164) oppure quando, pur essendo le perdite superiori al terzo del capitale sociale, la riduzione possa essere procrastinata di un esercizio, ai sensi degli artt. 2446, primo comma e 2482-bis, primo, secondo e terzo comma (cfr., per la riduzione del capitale sociale F. Fenghi, *op. cit.*, pp. 62-63 e 76-77; R. Nobili – M. S. Spolidoro, *op. cit.*, pp. 307, 323 e 353; G. A. M. Trimarchi, *Le riduzioni del capitale*, cit., pp. 249-250; G. Zanarone, *op. cit.*, pp. 1673-1674; e, per l'aumento del capitale sociale, F. Fenghi, *op. cit.*, pp. 62-63, 74 e 76-77; R. Nobili – M. S. Spolidoro, *op. cit.*, pp. 322-323 e 353; G. A. M. Trimarchi, *Le riduzioni del capitale*, cit., pp. 250-251). Infine, secondo la tesi più liberale la riduzione del capitale sociale di importo inferiore rispetto alle perdite sofferte e l'aumento del capitale sociale in presenza di perdite non riassorbite sarebbero legittimi finanche nei casi in cui la riduzione del capitale sociale per perdite superiori al terzo non possa essere ulteriormente differita, perché sia vanamente decorso il periodo di grazia senza che le perdite siano state riassorbite o perché sia stato intaccato il minimo legale (cfr., per la riduzione del capitale sociale, M. Ventoruzzo – G. Sandrelli, *op. cit.*, pp. 77-78 e 116; e, per l'aumento del capitale sociale, Consiglio Notarile di Milano, *Massima n. 122 del 18 ottobre 2011, Aumento di capitale in presenza di perdite* (artt. 2446, 2447, 2482-bis e 2482-ter c.c.), elaborata dalla Commissione per i principi uniformi in tema di società del Consiglio Notarile di Milano, in Consiglio Notarile di Milano, *Massime notarili in materia societaria*, Milano, 2014, pp. 435-460; M. Ventoruzzo – G. Sandrelli, *op. cit.*, pp. 76-77 e 114-116. In giurisprudenza Trib. Roma, 10 settembre 1984, in *Le Società*, 1985, pp. 606-612).

della normativa in materia di riduzione obbligatoria del capitale sociale per perdite, si deve coerentemente giungere alla conclusione che dette operazioni siano legittime se deliberate durante la fase che va dalla data del deposito del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo o per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti fino alla data della rispettiva omologazione, perché, durante tale periodo, viene sospesa *ex lege* l'applicazione della disciplina sulla quale si fonda il divieto stesso<sup>121</sup>. In altri termini, non trovando applicazione la normativa sulla riduzione obbligatoria del capitale sociale per perdite, viene meno la stessa ragione giustificativa del divieto di ridurre il capitale in misura meno che proporzionale rispetto alle perdite o di aumentarlo senza che le perdite siano state prima riassorbite (*cessante ratione legis, cessat et ipsa lex*). Se così è, in simili frangenti, l'assemblea dei soci potrebbe decidere di deliberare una riduzione del capitale sociale tale da assorbire soltanto in parte le perdite riconducendo al disotto della soglia di rilevanza oppure un aumento del capitale sociale a pagamento senza necessità che lo stesso sia preceduto dal preventivo ripianamento delle perdite<sup>122</sup>, operazioni che potrebbero presentare una certa utilità pratica, a tacer d'altro, ogniqualvolta sussista la prospettiva che la residua parte di perdite sia poi assorbita in forza delle sopravvenienze concordatarie attive.

Alla soluzione qui proposta si potrebbero muovere una serie di obiezioni.

In primo luogo si potrebbe obiettare che la società non è obbligata a ridurre il capitale sociale né a reintegrarlo, poiché opera la cristallizzazione della situazione patrimoniale indotta dall'art. 182-*sexies*, ma se intende ugualmente procedervi, su base volontaria, deve obbligatoriamente farlo nella misura prevista dalla legge e precisamente in proporzione di tutte le perdite risultanti dal bilancio, non ravvisandosi alcuna ragione per la quale alla società ricorrente, che non intenda avvalersi della sospensione offerta dall'art. 182-*sexies*, dovrebbe essere concesso di effettuare una riduzione quantitativamente diversa rispetto a quella che sarebbe obbligata ad adottare successivamente all'omologazione<sup>123</sup>.

<sup>121</sup> Per analoghe considerazioni circa l'ammissibilità di una riduzione del capitale sociale di importo inferiore rispetto alle perdite accertate, deliberata durante la fase di liquidazione della società, si vedano G. Ferri jr – A. Paolini, *op. cit.*, pp. 527-532; M. Nastri – P. Divizia, *op. cit.*, pp. 135-139; M. Ventoruzzo – G. Sandrelli, *op. cit.*, p. 83. In giurisprudenza Trib. Milano, 17 ottobre 2007, *cit.*, p. 539.

<sup>122</sup> Nella stessa direzione paiono orientati Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *Crisi d'impresa, concordato preventivo ed incrementi del patrimonio netto*, *cit.*, pp. 1-2 e 3; Id., *Concordato preventivo e trasformazione di società*, *cit.*, p. 6; Id., *Trasformazione di società fallita*, *cit.*, p. 1; C. Pasquariello, *op. cit.*, p. 1122; M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall.*, *cit.*, p. 500 testo e nt. 77. *Contra*, prima dell'entrata in vigore dell'art. 182-*sexies*, F. Guerrera – M. Maltoni, *op. cit.*, pp. 64-65 testo e nt. 121; Trib. Milano, 16 luglio 2010, in *Il Fallimento*, 2011, p. 486; e, adesso, A. Nigro, *Riduzione o perdita del capitale della società in crisi*, *cit.*, p. 2; V. Calandra Buonauro, *op. cit.*, p. 2601.

<sup>123</sup> Si tratta della medesima obiezione mossa da A. Maurizi, *Capitale e riduzione per perdite*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, p. 484, per confutare la tesi secondo cui la riduzione del capitale sociale, in misura inferiore all'am-

In secondo luogo si potrebbe considerare che, se è pur vero che, nella fase di scioglimento e di liquidazione della società, la dottrina e la giurisprudenza tendono ad ammettere le operazioni di riduzione del capitale sociale in misura insufficiente a ripianare integralmente le perdite<sup>124</sup>, ciò è probabilmente dovuto al fatto che, per la società in stato di liquidazione, l'obbligo di ridurre e reintegrare il capitale sociale è definitivamente cessato e non tornerà più a operare, mentre, nel caso della società che ha presentato la domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, l'obbligo di ridurre il capitale sociale in misura corrispondente alle perdite e di ricostituirlo fino al minimo legale è soltanto differito e riprenderà vigore a seguito dell'omologazione.

Infine si potrebbe notare che, stando alla lettera dell'art. 182-*sexies*, la riduzione del capitale sociale di ammontare inferiore rispetto a quello delle perdite accertate e l'aumento del capitale sociale in costanza di perdite dovrebbero comunque reputarsi illegittimi nelle ipotesi non coperte dalla sospensione, vale a dire nei casi contemplati dagli artt. 2446, primo comma e 2482-*bis*, primo, secondo e terzo comma. Non si vedrebbe allora come tali operazioni possano reputarsi legittime nei casi, ben più gravi, previsti dagli artt. 2446, secondo, terzo e quarto comma, 2447, 2482-*bis*, quarto, quinto e sesto comma, e 2482-*ter*, anche in ragione del carattere di specialità che connota queste ultime disposizioni rispetto alle prime.

Tuttavia, nessuna delle paventate obiezioni sembra decisiva.

E così, alla prima obiezione, si può replicare che, dal sistema delineato dall'art. 182-*sexies*, sembra emergere una ragione per la quale alle società di capitali in stato di crisi, che abbiano dovuto registrare perdite rilevanti del capitale sociale, viene eccezionalmente concesso di operare sul capitale sociale, con modalità diverse rispetto a quanto sarebbe loro consentito successivamente alla omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, ed in particolare tale ragione risiede nella stessa funzione dell'art. 182-*sexies*, che non è soltanto quella di agevolare il tempestivo ricorso delle società di capitali alle procedure alternative al fallimento, ma anche quella di favorire il buon esito delle stesse procedure, mettendo a disposizione della società ulteriori strumenti tecnico-giuridici per ristabilire il proprio equilibrio economico, patrimoniale e finanziario, in relazione alle specifiche e variegate finalità di volta in volta perseguite dalla procedura<sup>125</sup>.

---

montare delle perdite, dovrebbe reputarsi ammissibile nella fattispecie regolata dall'art. 2446, primo comma e dall'art. 2482-*bis*, primo, secondo e terzo comma.

<sup>124</sup> *Supra* nt. 121.

<sup>125</sup> Cfr. L. Panzani, *I nuovi poteri autorizzatori del Tribunale e il sindacato di fattibilità nel concordato*, in *Le Società*, 2013, p. 568; M. Ventrone – G. Sandrelli, *op. cit.*, p. 92; M. Miola, *Commento sub art. 182-*sexies* l. fall., cit.*, p. 482.

Inoltre, il confronto con le società di capitali in stato di liquidazione prova troppo: per un verso, perché, anche durante la fase di scioglimento e di liquidazione della società, la riduzione del capitale sociale potrebbe rendersi nuovamente necessaria ove la società decidesse di revocare lo stato di liquidazione, eliminando previamente la causa di scioglimento di cui all'art. 2484, primo comma, n. 4; per altro verso, perché, anche a seguito della omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, la riduzione del capitale sociale per perdite potrebbe rendersi non più necessaria, in virtù dell'effetto benefico indotto dalle sopravvenienze concordatarie attive sulla situazione patrimoniale della società.

Infine, dalla circostanza che l'art. 182-*sexies* non faccia venire meno l'applicabilità degli artt. 2446, primo comma e 2482-*bis*, primo, secondo e terzo comma, non sembra possibile dedurre che, in questi casi, non siano consentite le operazioni di riduzione del capitale sociale di ammontare inferiore rispetto alle perdite e di aumento del capitale sociale in presenza di perdite non ripianate. E ciò per varie ragioni: vuoi perché, proprio in relazione alle fattispecie di riduzione facoltativa del capitale sociale per perdite, previste dagli artt. 2446, primo comma e 2482-*bis*, primo, secondo e terzo comma, la dottrina e la giurisprudenza hanno manifestato maggiori aperture nell'ammettere le suddette operazioni<sup>126</sup>; vuoi perché, ragionando diversamente, il divieto di assumere le ridette deliberazioni continuerebbe a operare nei casi meno gravi, in cui la riduzione del capitale sociale può essere procrastinata riportando le perdite a nuovo, mentre non opererebbe nei casi più gravi, in cui la riduzione del capitale sociale per perdite non è più differibile, e questa conclusione non è condivisibile per l'illogicità e l'irrazionalità degli effetti cui condurrebbe<sup>127</sup>; vuoi perché tale soluzione risulterebbe in contrasto con la recente ricostruzione (sempreché la si condivida), secondo la quale gli artt. 2446 e 2482-*bis* svolgerebbero una funzione anticipatoria o preventiva rispetto a quella svolta dagli artt. 2447 e 2482-*ter*, per cui non applicandosi alle società ricorrenti queste ultime disposizioni parrebbe irragionevole applicare le prime<sup>128</sup>.

Anche in questa fase, come già visto per il periodo che precede la presentazione del ricorso, possono prospettarsi operazioni di ricostituzione del capitale sociale sospensivamente condizionate alla omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, operazioni di ricostituzione del capitale sociale ordinarie ma con sottoscrizioni differite e condizionate, operazioni di ricostituzione

<sup>126</sup> *Supra* nt. 120.

<sup>127</sup> Giungono alla medesima conclusione, con riferimento però alla fase di liquidazione della società, G. Ferri jr – A. Paolini, *op. cit.*, pp. 527-532. In giurisprudenza Trib. Milano, 17 ottobre 2007, *cit.*, p. 539.

<sup>128</sup> G. Ferri Jr, *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale*, in *Riv. not.*, 2008, pp. 776-780; G. Ferri jr – A. Paolini, *op. cit.*, pp. 530-532. *Contra* C. Montagnani, *Disciplina della riduzione del capitale: impresa o legislatore in crisi?*, *cit.*, p. 761 testo e nt. 35.

del capitale sociale meramente promesse nella proposta di concordato, nonché versamenti da imputare a patrimonio senza operare sul capitale sociale.

L'assemblea dei soci potrebbe deliberare lo scioglimento della società e la sua messa in stato di liquidazione. A tale proposito, ci si deve domandare se lo scioglimento possa essere deliberato dalla società soltanto per le cause diverse rispetto a quella di cui all'art. 2484, primo comma, numero 4, resa provvisoriamente inoperante dall'art. 182-*sexies*<sup>129</sup> oppure anche per quest'ultima causa<sup>130</sup>. Il che equivale a chiedersi se l'art. 182-*sexies* sia derogabile, oltre che nella parte in cui sospende l'obbligo di ridurre il capitale sociale per perdite, anche nella parte in cui stabilisce l'inoperatività della causa di scioglimento per la riduzione del capitale sociale al disotto del minimo legale. Se il concordato preventivo è liquidatorio, non sembra revocabile in dubbio che l'assemblea possa deliberare lo scioglimento anche per la riduzione del capitale sociale al disotto del minimo legale, oltre che per le altre cause previste dalla legge. Se, invece, il concordato prevede la continuità aziendale ed è rivolto al risanamento dell'impresa, la delibera di scioglimento per riduzione del capitale sociale al disotto del minimo legale si porrebbe in stridente contrasto con le finalità proprie della procedura concorsuale<sup>131</sup>.

## 7. Le operazioni sul capitale sociale successive all'omologazione

A seguito della omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, la disciplina in tema di riduzione del capitale sociale per perdite e la causa di scioglimento della società per riduzione del capitale sociale al disotto del minimo legale tornano ad operare regolarmente<sup>132</sup>, *ipso iure*<sup>133</sup>, sia pure con riferimento alla situazione patrimoniale, economica e finanziaria della società venutasi a creare in esito alla chiusura della procedura<sup>134</sup>.

<sup>129</sup> F. Corsi, *op. cit.*, p. 662; e adesso A. Nigro, *Diritto societario e procedure concorsuali*, *cit.*, pp. 190-191; V. Calandra Buonauro, *op. cit.*, p. 2601.

<sup>130</sup> A. Nigro, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, *cit.*, pp. 336-337.

<sup>131</sup> Cfr. R. Nobili – M. S. Spolidoro, *op. cit.*, pp. 330-331; A. Rossi, *op. cit.*, p. 8; e, in giurisprudenza, Trib. Lucca, 26 luglio 1979, *cit.*, p. 724. Tuttavia, un'assoluta incompatibilità tra lo scioglimento e il concordato preventivo con continuità aziendale e gli accordi di ristrutturazione dei debiti viene negata da A. Nigro, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, *cit.*, p. 337; Id., «Principio» di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a., *cit.*, p. 477, nt. 79; C. Montagnani, *Disciplina della riduzione del capitale: impresa o legislatore in crisi?*, *cit.*, p. 771; M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall.*, *cit.*, pp. 495 e 497.

<sup>132</sup> R. Nobili – M. S. Spolidoro, *op. cit.*, p. 330; A. Nigro, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, *cit.*, p. 431; F. Platania, *op. cit.*, pp. 489-490; e, in giurisprudenza, App. Milano, 23 luglio 1990, *cit.*, p. 172; Trib. Ancona, 12 aprile 2012, *cit.*, pp. 110 e 111; nonché, alla luce delle regole contenute nell'art. 182-*sexies*, G. Strampelli, *op. cit.*, pp. 653 e 658-659; T. Ariani, *op. cit.*, pp. 118 testo e nt. 27 e 119; A. Dimundo, *op. cit.*, pp. 1161, 1167-1168, 1169 e 1170-1171.

<sup>133</sup> F. Briolini, *op. cit.*, p. 10, nt. 16; A. Nigro, *Riduzione o perdita del capitale della società in crisi*, *cit.*, p. 2.

<sup>134</sup> G. Strampelli, *op. cit.*, pp. 653 e 658-659; F. P. Petrerà, *Crisi dell'impresa, soluzioni concordatarie ed operazio-*

Pertanto, l'organo amministrativo sarà tenuto ad accertare l'eventuale persistenza di perdite rilevanti e, in caso positivo, dovrà convocare senza indugio l'assemblea dei soci, alla quale dovrà sottoporre una relazione sulla situazione patrimoniale della società aggiornata a data successiva rispetto alla data della omologazione, dalla quale emergeranno le sopravvenienze patrimoniali attive originate dalla omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti<sup>135</sup>, le quali deriveranno per lo più dalla modifica dell'importo, della scadenza o del tasso di interesse dei crediti sociali o dalla conversione dei crediti in partecipazioni sociali, con relativa compensazione tra credito e conferimento<sup>136</sup>. Non sembra invece sufficiente che delle sopravvenienze attive si limitino a dare conto in assemblea gli amministratori, dovendo le stesse essere registrate in un documento contabile<sup>137</sup>.

In definitiva, se nonostante la decurtazione del passivo dovessero persistere perdite superiori al terzo del capitale sociale, la società dovrà ridurre il capitale sociale e, ricorrendone le condizioni, ricostituirlo in misura non inferiore al minimo legale; se, invece, dalla situazione patrimoniale aggiornata dovesse risultare l'insussistenza di perdite, verrebbe meno la necessità di operare sul capitale sociale<sup>138</sup>.

Si deve ritenere che la disciplina sulla riduzione del capitale sociale per perdite e la causa di scioglimento per riduzione del capitale sociale tornino ad applicarsi anche in tutti i casi di esito negativo delle istanze, ossia nel caso in cui la proposta di concordato sia dichiarata inammissibile (art. 162 l.f.), nel caso in cui il decreto di ammissione alla procedura sia successivamente revocato (art. 173 l.f.), nel caso in

---

*ni societarie, cit.*, pp. 203 e 210-211; Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *Crisi d'impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto, cit.*, pp. 1-2. In giurisprudenza Trib. Ancona, 12 aprile 2012, *cit.*, p. 111.

<sup>135</sup> R. Ranalli, *Commento sub art. 182-sexies l. fall., cit.*, p. 2246; F. P. Petrerà, *Crisi dell'impresa, soluzioni concordatarie ed operazioni societarie, cit.*, pp. 203 e 210-211; U. Tombari, *Principi e problemi di «diritto societario della crisi», cit.*, p. 1156, nt. 59; M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall., cit.*, p. 500.

<sup>136</sup> Cfr. G. Strampelli, *op. cit.*, pp. 658-659; F. P. Petrerà, *Crisi dell'impresa, soluzioni concordatarie ed operazioni societarie, cit.*, pp. 203 e 205; M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall., cit.*, p. 500.

<sup>137</sup> F. Platania, *op. cit.*, p. 489; T. Ariani, *op. cit.*, p. 119. Cfr., altresì, Comitato Triveneto dei Notai, *Massima H.G.3 – Fatti di rilievo avvenuti dopo la redazione della situazione patrimoniale ex art. 2446, comma 1, c.c. – 1° pubbl. 9/04*, in Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di atti societari*, Milano, 2013, pp. 82-83; Id., *Massima I.G.8 – Fatti di rilievo ex art. 2482 bis, comma 3, c.c. – 1° pubbl. 9/04*, in Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di atti societari*, Milano, 2013, p. 199; G. Zanarone, *op. cit.*, pp. 1688-1689. *Contra* R. Ranalli, *Commento sub art. 182-sexies l. fall., cit.*, pp. 2246-2247.

<sup>138</sup> R. Nobili – M. S. Spolidoro, *op. cit.*, p. 330 testo e nt. 124; A. Nigro, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali, cit.*, p. 432; F. Platania, *op. cit.*, pp. 489-490; e, dopo l'introduzione dell'art. 182-sexies, T. Ariani, *op. cit.*, pp. 119-120; A. Munari, *op. cit.*, pp. 87-88 e 100; A. Dimundo, *op. cit.*, pp. 1168, 1169 e 1170-1171; M. Ventoruzzo – G. Sandrelli, *op. cit.*, pp. 90-91, 135 e 137. In giurisprudenza Trib. Ancona, 12 aprile 2012, *cit.*, p. 111.

cui non siano raggiunte le maggioranze previste (art. 179 l.f.), nel caso sia rigettata l'omologazione (art. 180, comma 7, l.f.) e nel caso di successiva risoluzione del concordato o dell'accordo<sup>139</sup>, potendosi semmai discutere se in questi casi le norme in questione tornino ad applicarsi *ex nunc*<sup>140</sup> ovvero *ex tunc*<sup>141</sup>.

## 8. Conclusioni

In conclusione, sebbene l'emersione di perdite del capitale sociale non costituisca di per sé un elemento decisivo ai fini della insorgenza dello stato di crisi, la prassi dimostra come i due fenomeni (le perdite del capitale sociale e lo stato di crisi) vengano normalmente a coesistere e a sovrapporsi, con il conseguente rischio che la sussistenza di perdite del capitale sociale non ripianate possa ostacolare l'accesso delle società di capitali in stato di crisi al concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Per scongiurare tale rischio e quindi per incentivare e rendere più agevole e tempestivo il ricorso alle procedure di risanamento da parte delle società di capitali in stato di crisi che abbiano subito perdite rilevanti del capitale sociale durante gli ultimi esercizi sociali, è stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico l'art. 182-*sexies*, il quale offre oggi alle predette società la possibilità di fruire del beneficio della sospensione dell'obbligo di riduzione del capitale sociale per perdite e di ricostituzione dello stesso fino al minimo legale, nonché della inoperatività della causa di scioglimento della società per riduzione del capitale sociale al disotto del minimo legale, a partire dalla data di deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e fino alla data della rispettiva omologazione, fermi restando gli obblighi informativi e di convocazione gravanti sull'organo amministrativo e, in caso di sua inerzia, sull'organo di controllo ove esistente.

Pertanto, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 182-*sexies*, la presentazione della domanda per l'ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti va annoverata tra gli opportuni provvedimenti che la società di capitali può adottare per fare fronte, al contempo, allo stato di crisi e alle perdite del capitale sociale rilevanti *ex artt.* 2446, 2447, 2482-*bis* e 2482-*ter*. Tale decisione rientra nella competenza dell'organo amministrativo, salvo che l'atto

<sup>139</sup> T. Ariani, *op. cit.*, p. 118 testo e nt. 27; A. Munari, *op. cit.*, pp. 97 e 99-100; A. Dimundo, *op. cit.*, pp. 1168 e 1169; M. Ventrone – G. Sandrelli, *op. cit.*, pp. 91, 135 e 141; M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall., cit.*, pp. 501-502.

<sup>140</sup> Così R. Rordorf, *op. cit.*, p. 673; A. Munari, *op. cit.*, p. 97; A. Dimundo, *op. cit.*, pp. 1168-1169; M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall., cit.*, pp. 501-502.

<sup>141</sup> Così A. Ruotolo – D. Boggiali, *op. cit.*, p. 224.

costitutivo o lo statuto non la attribuiscono alla competenza della assemblea dei soci. In quest'ultimo caso, l'assemblea potrà deliberare circa la presentazione delle istanze, ancorché sia stata genericamente convocata per l'adozione degli «opportuni provvedimenti», locuzione quest'ultima atta a ricomprendere tutte le possibili soluzioni per fare fronte alla contingenza sfavorevole. Se la società versa in stato di liquidazione, la decisione di presentare le istanze non dovrà essere preceduta dalla revoca dello stato di liquidazione *ex art. 2487-ter*, che si renderà necessaria soltanto a seguito della omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e che non sarà assoggettabile al rimedio del diritto di opposizione né da parte dei creditori sociali anteriori alla pubblicazione della domanda nel registro delle imprese (per i quali detto rimedio deve ritenersi assorbito dallo specifico rimedio costituito dall'opposizione alla omologazione del concordato o dell'accordo), né da parte dei creditori sociali posteriori alla ridetta pubblicazione (difettando un legittimo affidamento che debba essere tutelato).

Durante la procedura, l'assemblea dei soci conserva inalterata la propria competenza ad approvare le operazioni sul capitale sociale a servizio del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, nei limiti di compatibilità delle stesse con le finalità e con lo stato della procedura in atto, senza necessità di alcuna autorizzazione da parte della autorità giudiziaria di volta in volta competente.

La funzione dell'art. 182-*sexies* non è soltanto quella di agevolare il ricorso tempestivo delle società di capitali alle procedure di risanamento, ma anche quella di favorirne il buon esito. Conseguentemente, la sospensione dell'obbligo di riduzione del capitale sociale per perdite e della causa di scioglimento per riduzione del capitale sociale al disotto del minimo legale determina l'instaurarsi di una sorta di «semestre bianco»<sup>142</sup>, nel corso del quale la società di capitali che versa in stato di crisi, non solo non è obbligata a ridurre il capitale sociale per perdite e non entra in stato di liquidazione, ma dispone altresì di un più esteso ventaglio di soluzioni operative, per quanto concerne in particolare le operazioni sul capitale sociale, che possano consentirle di conseguire gli obiettivi della procedura, dovendosi ritenere ammissibili, in questa fase, sia la riduzione del capitale sociale in misura inferiore rispetto alle perdite accertate sia l'aumento oneroso del capitale sociale in presenza di perdite non ripianate.

Viene, allora, da domandarsi se la legittimità di tali operazioni sia suscettibile di venire meno *ex tunc* nelle ipotesi di esito patologico delle domande di ammissione alle procedure alternative al fallimento<sup>143</sup>. A detto quesito sembra doversi dare rispo-

<sup>142</sup> Cfr. art. 181 l.f.

<sup>143</sup> Cfr. F. Fenghi, *op. cit.*, p. 78; R. Nobili – M. S. Spolidoro, *op. cit.*, p. 362; G. Zanarone, *op. cit.*, pp. 1707-1708 e 1743-1745. In giurisprudenza App. Milano, 31 gennaio 2003, in *Giur. comm.*, 2003, II, pp. 614 e 630.



sta negativa, giacché la legittimità delle deliberazioni sociali va valutata sulla base della normativa applicabile al momento in cui la decisione viene adottata, in ossequio al principio *tempus regit actum*<sup>144</sup>. Certo, si è consapevoli che questa interpretazione possa dare adito a domande di concordato preventivo pretestuose, presentate al fine strumentale e dilatorio di beneficiare della sterilizzazione temporanea degli obblighi di ricapitalizzazione altrimenti applicabili, ottenendo per di più un indebito vantaggio competitivo sul mercato, a discapito delle società concorrenti che non abbiano presentato analoga domanda<sup>145</sup>. Cionondimeno, sembra ugualmente doveroso ritenere che la disciplina in materia di riduzione del capitale sociale per perdite torni ad operare *ex nunc* all'esito patologico delle istanze, potendosi al più profilare la responsabilità dell'organo amministrativo che abbia presentato una domanda di concordato preventivo o un accordo di ristrutturazione dei debiti *ab origine* manifestamente inammissibili, al solo fine di beneficiare illegittimamente del regime di sospensione<sup>146</sup>. Tale conclusione appare suffragata dalle considerazioni sviluppate dalla dottrina in relazione agli obblighi e alle responsabilità degli amministratori di società di capitali in prossimità dell'insolvenza<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup> Cfr. T. Ariani, *op. cit.*, p. 119; R. Rordorf, *op. cit.*, p. 673; A. Dimundo, *op. cit.*, pp. 1168-1169; M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall., cit.*, pp. 501-502; M. Ventoruzzo – G. Sandrelli, *op. cit.*, pp. 91, 135 e 141.

<sup>145</sup> Cfr. A. Munari, *op. cit.*, pp. 89 testo e nt. 20, 98 testo e nt. 48 e 133-143; C. Montagnani, *Disciplina della riduzione del capitale: impresa o legislatore in crisi?*, *cit.*, pp. 771-772; M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies cod. civ., cit.*, pp. 502 e 503-505.

<sup>146</sup> Cfr. T. Ariani, *op. cit.*, pp. 119 e 121 testo e nt. 39; A. Munari, *op. cit.*, p. 138; R. Rordorf, *op. cit.*, pp. 673 e 674-675; M. Ventoruzzo – G. Sandrelli, *op. cit.*, pp. 138 e 141; M. Miola, *Commento sub art. 182-sexies l. fall., cit.*, pp. 502-503.

<sup>147</sup> *Supra* nt. 70.









# CACUCCI EDITORE BARI

Fondata nel 1929

Amministrazione e redazione

Via D. Nicolai 39

70122 Bari

Tel. 080 5214220

Fax 080 5234777

[info@cacucci.it](mailto:info@cacucci.it)

[www.cacuccieditore.it](http://www.cacuccieditore.it)

Librerie

Via B. Cairoli 140 - 70122 Bari

Tel. 080 5212550

Via S. Matarrese 2/d - 70124 Bari

Tel. 080 5617175









# *rivista di diritto privato*

**CACUCCI EDITORE**

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	RIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.		FAX	
	INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)		
INDIRIZZO		N. CIVICO		
CAP		LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2015	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2015	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF
	€ 135,00	€ 67,50	€ 270,00	€ 67,50

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

## *Magistrati e Uditori giudiziari*

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39 - 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/62030890, o via e-mail [riviste@cacuccieditore.it](mailto:riviste@cacuccieditore.it). Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

## *Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.*

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari  
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777, e-mail: [riviste@cacuccieditore.it](mailto:riviste@cacuccieditore.it)

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA

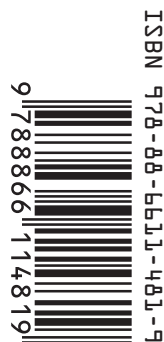




# UN LEGAME INDISSOLUBILE.



Cosa ci lega alla terra in cui nasciamo? La solidità delle nostre radici, per esempio, che ci fanno crescere e guardare sempre a nuovi orizzonti. Così facciamo noi di Banca Carime, instaurando un rapporto fondamentale con il territorio in cui operiamo e sostenendone le iniziative culturali e sociali.



€ 38,00

**UBI**  **Banca Carime**