

# *rivista di* diritto privato

4 anno XX - ottobre/dicembre 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 4/2015

---

### Saggi e pareri

---

- Il recesso consumeristico di «libera valutazione» dell'affare**  
*di Cristina Dalia* 487
- La restituzione delle prestazioni di fare nella patologia del contratto**  
*di Matteo Dellacasa* 517
- Società in nome collettivo partecipate da persone giuridiche**  
*di Francesca Vessia* 547
- Sugli accordi di postergazione del credito**  
*di Luigi Follieri* 597

### Indice Generale 2015

---

- Indice delle rubriche** 623
- Indice analitico** 626
- Indice degli autori** 629



## *Saggi e pareri*

---





# Il recesso consumeristico di «libera valutazione» dell'affare

di Cristina Dalia

*SOMMARIO: 1. La figura unitaria del recesso di diritto comune – 1.1. E le sue tre differenti funzioni: determinativa, impugnativa e di pentimento – 2. Gli ostacoli all'inserimento del recesso consumeristico nel novero dei recessi di pentimento di diritto comune – 3. L'armonizzazione completa della disciplina dei contratti a distanza e dei contratti fuori dei locali commerciali compiuta dalla direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori – 4. La definizione dei contratti a distanza e dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali – 5. L'obbligo di informazione precontrattuale gravante sul professionista e le modalità del suo esatto adempimento – 6. La formazione dei contratti fuori dei locali commerciali e dei contratti a distanza – 7. Il recesso di cui all'art. 52 cod. cons. – 8. Il recesso del consumatore nei contratti a distanza di servizi finanziari, nella multiproprietà e nel credito al consumo – 9. Caratteri, natura e funzione del recesso consumeristico.*

## 1. La figura unitaria del recesso di diritto comune

L'impianto normativo disciplinante il recesso unilaterale – che si presenta piuttosto frammentato a causa della distribuzione delle relative norme negli svariati ambiti della disciplina generale del contratto, della regolamentazione dei singoli tipi contrattuali<sup>1</sup>, della legislazione speciale di settore posta a tutela del contraente debole consumatore – non ha di certo favorito il compito dell'interprete chiamato alla ricostruzione unitaria dell'istituto.

Infatti, la previsione di un recesso volontario in una norma generale, quale quella dell'art. 1373 c.c., posta di seguito al principio di vincolatività del contratto, ha generato non poche incertezze circa l'individuazione dei caratteri fondanti l'istituto, considerato spesso come eccezionale e destinato ad operare entro margini alquanto limitati.

Se dunque, il criterio da tempo suggerito, per superare quella che viene giudicata come una frammentarietà della figura solo apparente, può essere quello della funzione<sup>2</sup> e non quello della fonte, va da sé che l'art. 1373 c.c., lungi dal rappresentare la

<sup>1</sup> Il legislatore adotta una diversa terminologia parlando indistintamente di licenziamento, dimissioni, revoca, rinuncia, disdetta, pur volendosi riferire allo stesso fenomeno.

<sup>2</sup> Cfr. G. Gabrielli e F. Padovini, *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 27 ss.

norma prioritaria di riferimento per l'inquadramento unitario del recesso, non è in grado di fornirne le caratteristiche univoche, in quanto trattasi di una regola avente carattere dispositivo ad appannaggio del recesso convenzionale, da cui è impossibile ricavare gli elementi funzionali inderogabili del recesso in generale e di quello di fonte legale, in particolare<sup>3</sup>.

Pertanto, qualora le parti ritengano opportuno limitarsi all'assegnazione reciproca o unilaterale di un diritto di recesso, senza definirne le modalità operative, si applicheranno le disposizioni suppletive dei primi tre commi dell'art. 1373 c.c.

La natura dispositiva e suppletiva della norma da ultimo richiamata è esplicitata proprio dal suo quarto comma che prevede la possibilità di derogare alle statuizioni precedenti, in presenza di espresso accordo tra le parti<sup>4</sup>.

Diversamente i contraenti potranno confezionare il recesso convenzionale in base alle specifiche esigenze della stipulazione<sup>5</sup>, prevedendo che esso sia retroattivo o meno, gratuito o oneroso<sup>6</sup>, *ad nutum* o con preavviso, con o senza giusta causa<sup>7</sup>.

Alla predisposizione del recesso legale, invece, provvede il legislatore, che ne definisce i caratteri in ragione della funzione che esso è chiamato ad assolvere.

In ogni caso, il recesso – sia esso di fonte legale o convenzionale – altro non è se non una forma di scioglimento unilaterale del regolamento contrattuale avente certamente un effetto solutorio *ex nunc*, in quanto libera le parti dall'esecuzione delle obbligazioni che sarebbero derivate dal contratto risolto, ma è indubbio che in de-

<sup>3</sup> In più occasioni la giurisprudenza ha specificato che l'art. 1373 c.c., disciplinando il recesso pattizio, non può integrare le modalità operative del recesso legale di volta in volta stabilite dal legislatore. A titolo esemplificativo, basti pensare che il presupposto per il recesso di cui all'art. 1385, comma 2, c.c., è dato dall'inadempimento di una parte e che il suo esercizio non è impedito dal fatto che il contratto abbia avuto un principio di esecuzione, considerato che tale regola è tipica del recesso convenzionale, ed è derogabile dai contraenti. Così Cass. 27 marzo 2013, n. 7762, in *Mass. Giust. civ.*, 2013.

Per non trascurare la circostanza che nei contratti a tempo indeterminato deve essere riconosciuta alle parti la facoltà di scioglimento unilaterale del vincolo contrattuale, anche in difetto di previsione legale, sulla base del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto sancito dall'art. 1375 c.c., non ostando a ciò il disposto dell'art. 1373 c.c. che disciplina il recesso pattizio: Cass. 18 dicembre 2006, n. 27031, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 3, II, 616.

<sup>4</sup> Cfr. sul punto anche V. Roppo, *Il contratto*, in Trattato di diritto privato a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, II ed., 2011, 513 s.; M. Franzoni, *Degli effetti del contratto, I, Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, Artt. 1372-1373, in Commentario al codice civile diretto da Schlesinger, Milano, 1998, 321.

Sulla derogabilità dell'art. 1373, comma 2, c.c. espressamente Cass. 27 febbraio 1990, n. 1513, in *Mass. Giust. civ.*, 1990, fasc. 2.

<sup>5</sup> Con la previsione che il recesso sia esercitato anche dopo il principio di esecuzione (in deroga al disposto del primo comma); ovvero che abbia effetto retroattivo nei contratti a esecuzione continuata o periodica (in deroga al secondo comma).

<sup>6</sup> In questo caso, la multa penitenziale, prevista dal terzo comma dell'art. 1373 c.c., assolve alla sola finalità di indennizzare la controparte. Così Cass. 18 marzo 2010, n. 6558, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 3, 391.

<sup>7</sup> Cfr. App. Bari 24 ottobre 2012, in *Giurisprudenzabavese.it*, 2013, secondo cui il recesso *ex art.* 1373 c.c. ha fonte convenzionale e come tale è ammissibile anche in assenza di giusta causa.

terminati casi possa produrre anche un effetto retroattivo, in grado di legittimare i rimborsi e le restituzioni delle prestazioni già eseguite, a norma delle regole della ripetizione dell'indebitato, qualora tale conseguenza sia prevista dalla stessa legge o dai contraenti<sup>8</sup>.

### 1.1. *E le sue tre differenti funzioni: determinativa, impugnativa e di pentimento*

La distinzione delle funzioni del recesso unilaterale fino ad ora si è esaurita in una più o meno condivisa tripartizione<sup>9</sup>, con la quale è necessario ora confrontarsi, al fine di collocare nella opportuna sede il recesso di diritto speciale riconosciuto al consumatore nella contrattazione con il professionista<sup>10</sup>.

Il recesso determinativo, sia esso legale o convenzionale, rappresenta lo strumento di integrazione nei contratti di durata privi di termine finale e va ad indicare il termine di scadenza che non è stato previsto espressamente dalle parti. È in tal modo soddisfatto il requisito di determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto, in quanto il potere di stabilire il termine contrattuale, tramite l'esercizio del recesso, può essere attribuito ad uno o ad entrambi i contraenti<sup>11</sup>. Appare ovvio che il recesso del consumatore non può trovare ospitalità in siffatto ambito.

<sup>8</sup> Si veda al riguardo anche M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, cit., 363. È proprio in ragione della considerazioni appena svolte che i privati possano disporre del diritto di recesso anche nell'ambito dei contratti ad effetti reali, in quanto la produzione dell'effetto traslativo non impedisce lo scioglimento retroattivo delle prestazioni già eseguite. Sul punto si confrontino anche V. Roppo, *Il contratto*, cit., 514; M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, cit., 313; e in giurisprudenza per tutte Cass. 25 gennaio 1992, n. 812, in *Giur.it.*, 1993, I, 1, 128.

<sup>9</sup> La tripartizione in recesso determinativo, impugnativo e di pentimento è offerta da G. Gabrielli, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985; successivamente riproposta da G. Gabrielli e F. Padovini, *op. loc. cit.*; e da F. Padovini, *Il recesso*, in *I contratti in generale*, Tomo II, a cura di E. Gabrielli, Trattato dei contratti diretto da Rescigno, Torino, 1999, 1233 ss. La soluzione è accolta, tra gli altri, da: G. De Nova, *Recesso e risoluzione nei contratti: appunti da una ricerca*, in Aa.Vv., *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. De Nova, Milano, 1994, 9; M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, cit., 338 ss.; P. Sirena, *I recessi unilaterali*, in *Effetti*, III, Trattato del contratto diretto da Roppo, Milano, 2006, 113 ss.; V. Roppo, *Il contratto*, cit., 509 ss.

<sup>10</sup> Anche in passato non è mancato chi ha segnalato la difficoltà di raccordare il diritto di ripensamento del consumatore, quale «misura di tutela di una categoria», con i sistemi generali, stanti i problemi legati all'identificazione della (nuova) figura con gli schemi noti. Tra gli altri M.C. Cherubini, *Sul c.d. diritto di ripensamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 679 ss. e spec. 710.

<sup>11</sup> G. Gabrielli e F. Padovini, *op. loc. cit.*; F. Padovini, *Il recesso*, cit., 1233 ss., il quale precisa che in tal caso è necessario il preavviso; P. Sirena, *I recessi unilaterali*, cit., 117; M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, cit., 337 ss. Per V. Roppo, *Il contratto*, cit., 518, il recesso in questione, più che determinativo, cioè criterio di determinazione dell'oggetto contrattuale che si risolve nell'apposizione di un termine finale, è strumento "di liberazione", nel senso che consente ai beneficiari di sottrarsi ad un vincolo che potrebbe pesare in maniera intollerabile sulla loro libertà contrattuale.

La giurisprudenza chiarisce che nei contratti di durata a tempo indeterminato il recesso risponde all'esigenza di evitare la perpetuità del vincolo obbligatorio. Sul punto cfr. Cass. 4 agosto 2004, n. 14970, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, fasc. 7-8; Cass. 1 luglio 1998, n. 6427, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1793.

Il recesso di impugnazione, invece, consente lo scioglimento del vincolo in presenza di vizi originari o sopravvenuti, quali l'inadempimento, l'eccessiva onerosità, l'impossibilità sopravvenuta, che valgono ad integrare ipotesi di "giusta causa" o "giusto motivo". Si tratta di un recesso retroattivo che legittima l'esperimento dell'azione di ripetizione dell'indebito nei contratti ad esecuzione istantanea, ma non nei contratti di durata. È un recesso eccezionale, non sempre derogabile<sup>12</sup>. Nemmeno tale funzione può dirsi assolta dal recesso del consumatore che prescinde completamente dai presupposti appena indicati.

Venendo alla terza e ultima funzione, quella di pentimento, si segnala che essa consente al contraente di sciogliersi dal rapporto perché non più interessato. Trattandosi di eccezione al principio di impegnatività del vincolo, la legge lo riconosce in determinate circostanze: nei contratti di durata perpetui o a lungo termine e nei contratti di *locatio operis*. In tale ultimo caso, però non determinerebbe uno scioglimento vero e proprio del rapporto, ma una modifica del suo contenuto in quanto al prestatore è riconosciuto il corrispettivo maturato, unitamente al mancato guadagno. Quindi è un recesso con efficacia *ex nunc* che non intacca il diritto del prestatore a conseguire il corrispettivo maturato per la prestazione eseguita.

Si evidenzia che la ragione per la quale viene concesso il pentimento nell'ambito dei contratti di *locatio operis* vada ricercata nell'esigenza di economia delle risorse, al fine di evitare che vengano compiuti opere o servizi di cui il committente non intende più giovare<sup>13</sup>. In ragione di questa funzione, siffatto recesso ben può essere derogato, nel senso che pur se riconosciuto dalla legge, può essere escluso per accordo tra le parti.

Ed è proprio tra i recessi di pentimento che i fautori della tripartizione annoverano anche il recesso del consumatore che avrebbe la funzione ora di assicurare protezione al soggetto che inconsapevolmente, in quanto vittima di una pressione psicologica ineludibile, può essere stato indotto ad accettare condizioni contrattuali inique<sup>14</sup>; ora di tutelare la parte non professionale, in ragione dell'asimmetria informativa che svantaggia il consumatore rispetto al professionista<sup>15</sup>, esperto di settore.

<sup>12</sup> Così G. Gabrielli e F. Padovini, *op. cit.*, 32 e 35 s; F. Padovini, *Il recesso*, cit., 1233 ss.; M. Franzoni, *op. cit.*, 337 ss.; P. Sirena, *I recessi unilaterali*, cit., 118 ss.; V. Roppo, *Il contratto*, cit., 518 ss, il quale li definisce "recessi di autotutela".

<sup>13</sup> Tra gli altri, si vedano G. Gabrielli e F. Padovini, *op. cit.*, 36 e 37.

La giurisprudenza chiarisce che il recesso dal contratto d'appalto *ex art.* 1671 c.c. può essere determinato anche dalla sfiducia verso l'appaltatore per fatti di inadempimento e pertanto la legittimità del suo esercizio prescinde dall'indagine sull'importanza e gravità dell'inadempimento. Cfr. Cass. 22 aprile 2008, n. 10400, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 4, 610.

<sup>14</sup> Per F. Padovini, *op. cit.*, 1245 s., perciò non è imposto al consumatore di *additare una giustificazione [...] giacché egli è libero di avvalersi della facoltà per una qualsivoglia ragione anche arbitraria.*

<sup>15</sup> Così P. Sirena, *I recessi unilaterali*, cit., 119.

Il tutto non senza segnalare, però, le opportune e consistenti divergenze: il recesso codicistico di pentimento è immotivato e sempre oneroso, mentre quello del consumatore è sì immotivato, ma sostanzialmente gratuito<sup>16</sup>; così come il primo è derogabile, mentre l'altro è eccezionale e quindi irrinunciabile<sup>17</sup>.

## 2. Gli ostacoli all'inserimento del recesso consumeristico nel novero dei recessi di pentimento di diritto comune

L'allocazione del recesso consumeristico nella sede dei recessi di pentimento in passato è stata giustificata dalla frammentarietà della figura di diritto speciale che non poteva ricondursi ad un'autonomia concettuale proprio per la diversa struttura e funzione dei recessi riconosciuti al consumatore nell'ambito dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali, dei contratti a distanza, dei contratti di godimento di un bene immobile a tempo ripartito, di commercializzazione a distanza di servizi finanziari e di credito al consumo.

I primi provvedimenti comunitari<sup>18</sup> favorivano letture divergenti alimentate da una differente disciplina del regime del recesso consumeristico, fondato su finalità caratterizzate dalle tecniche contrattuali adoperate e dal particolare ambito di operatività.

È con l'art. 9 del decreto legislativo 23 ottobre 2007, n. 221 – relativo all'inserimento della Sezione IV-*bis* nel Capo I del Titolo III, Parte III del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 – che il diritto di recesso del consumatore inizia ad assumere una connotazione più chiara e definita, una sua fisionomia strutturale e funzionale, confermata dai successivi interventi in ordine alla regolamentazione dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, di rivendita e di scambio<sup>19</sup>, dei contratti di credito al consumo<sup>20</sup> e da ultimo dai novellati contratti a distanza e fuori dei locali commerciali.

Ne discende che, attualmente, nell'ambito del diritto dei consumi, grazie a questo programma europeo di unificazione, è possibile rinvenire un diritto di recesso dotato di un'autonomia strutturale e funzionale ben diversa rispetto a quella del

<sup>16</sup> Cfr. V. Roppo, *Il contratto*, cit., 522, il quale individua i recessi codicistici di pentimento nelle disposizioni degli artt. 1671, 1685, comma 1, 1723, 1725, 1727, 1734, 1738, 1958, comma 2, 2227 c.c.

<sup>17</sup> Si veda sul punto, per tutti, P. Sirena, *op. loc. cit.*

<sup>18</sup> Ci si riferisce in particolare alla direttiva 85/577/CEE, in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, alla direttiva 94/47/CE concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili, alla direttiva 1997/7/CE in materia di contratti a distanza.

<sup>19</sup> Attraverso l'art. 2, comma 1, del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79 che sostituisce il Capo I, Titolo IV, Parte III del codice del consumo.

<sup>20</sup> D. lgs. 13 agosto 2010, n. 141 come modificato dal d. lgs. 19 settembre 2012, n. 169.

recesso di pentimento di diritto comune. Ed è lo stesso legislatore a decretare la netta frattura tra le due figure nel momento in cui riconosce al consumatore, nell'ambito dei contratti di durata a tempo indeterminato o soggetti a rinnovo automatico, un recesso legale di pentimento di diritto generale, di cui lo stesso deve conoscere l'esistenza, nonché le modalità del suo esercizio.

Basti pensare all'art. 49, comma 1, lett. *q*), del codice del consumo, il quale prevede che, per i contratti a distanza o fuori dei locali commerciali, siano essi per la fornitura di beni o la prestazione di servizi, stipulati a tempo indeterminato o soggetti a rinnovo automatico, il consumatore deve ricevere tutte le informazioni relative alle condizioni per recedere dal contratto durante lo svolgimento del rapporto contrattuale nel tempo. È chiaro che in questo caso il riferimento è al recesso di pentimento previsto dal codice civile nell'ambito dei contratti a tempo indeterminato o di *locatio operis*, esplicitamente riconosciuto dalla disposizione *de qua*, quasi ad evitare confusione tra le due figure e per non rischiare di privare il consumatore di siffatta ulteriore garanzia di diritto generale, che potrebbe essere offuscata dalla previsione del diritto speciale di cui all'art. 52 del codice del consumo.

Del pari l'art. 125 *quater* del d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385, ferma restando la facoltà di recesso prevista dall'art. 125 *ter* da esercitarsi nel termine breve di 14 giorni dalla conclusione del contratto, concede al consumatore nei contratti di credito a tempo indeterminato l'ulteriore diritto di recedere senza penalità in ogni momento, con un preavviso non superiore ad un mese.

Uguualmente, nell'ambito dei contratti a distanza di servizi finanziari è riconosciuto un diritto di recesso, aggiuntivo rispetto a quello da esercitarsi entro il termine ridotto di 14 giorni dalla conclusione del contratto, da poter essere utilizzato nel corso dello svolgimento del rapporto, una volta venuto meno l'interesse iniziale alla stipulazione del contratto. Infatti, tra le informazioni precontrattuali di cui il consumatore deve essere tempestivamente reso edotto, l'art. 67 *septies*, comma 1, lett. *c*) cod. cons., prevede anche la comunicazione di eventuali diritti delle parti di mettere fine al contratto prima della scadenza o unilateralmente, nonché di eventuali penali eventualmente stabilite dal contratto e connesse allo scioglimento anticipato del rapporto.

Negli esempi appena evidenziati è facile intuire la funzione di pentimento del diritto così riconosciuto, che appunto consente al consumatore di rimediare alla sopravvenuta mancanza di interesse alla continuazione del rapporto.

Questo recesso dai contratti del consumatore a tempo indefinito o soggetti a rinnovo automatico avrà appunto la medesima funzione assolta dal recesso di pentimento di diritto comune, perché trattasi di tutelare la sopraggiunta mancanza di attualità dell'interesse originariamente valutato dai contraenti.

Infatti, nei recessi di pentimento di fonte codicistica l'ordinamento considera

non solo l'interesse iniziale, ma la permanenza di esso in capo alle parti, qualora il rapporto sia destinato a durare per un periodo apprezzabile di tempo<sup>21</sup>.

Quindi si tratta di un diritto di pentimento riconosciuto nei contratti di durata, siano essi perpetui o a lungo termine, e di *locatio operis*, in cui il legislatore consente alle parti di sciogliersi dal vincolo in virtù di una scelta arbitraria, che può essere appunto immotivata, in quanto diretta ad evitare, nel primo caso, che il contratto si protragga per un periodo di tempo eccessivo, facendo così venir meno l'interesse attuale delle parti; mentre nel secondo caso per escludere lo spreco di risorse e di ricchezza, essendo venuta meno l'utilità inizialmente desiderata e opportunamente valutata dell'opera o del servizio. È per tale ragione che il legislatore concepisce questo strumento come incapace di rimuovere gli effetti già prodotti e in particolare di far venir meno il diritto della parte che ha eseguito la prestazione a percepire i compensi già maturati per l'opera prestata<sup>22</sup>.

Proprio perché si tratta dell'esercizio arbitrario di un diritto – che consente di revocare una scelta contrattuale consapevole e ponderata perché relativa ad un interesse originariamente ritenuto perseguibile di realizzazione – nell'ambito dei contratti d'opera è previsto un corrispettivo, variamente denominato<sup>23</sup>, che non sempre è comprensivo del solo rimborso delle spese sostenute e dell'opera prestata, ma che in considerazione della natura dell'affare può estendersi fino a prevedere comunque un equo compenso per l'opera prestata (come nel caso dell'art. 1738 c.c.) o il risarcimento del mancato guadagno (artt. 1671, 2227 c.c.) e del danno in generale nelle sue due accezioni (art. 1958, comma 2, c.c.)<sup>24</sup>.

Nel recesso consumeristico la valutazione dell'opportunità e dell'utilità del contratto è a monte e non a valle. Non si tratta di un pentimento su un interesse origi-

<sup>21</sup> Si veda sul punto M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, cit., 353.

<sup>22</sup> A titolo esemplificativo, il committente può recedere dal contratto anche se è iniziata l'esecuzione, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno (art. 1671 c.c.). Così come il mittente può recedere dal contratto di trasporto, salvo l'obbligo di rimborsare le spese e di risarcire i danni derivanti dal contrordine (art. 1685 c.c.); come l'ordine di commissione può essere revocato finché l'affare non è stato concluso, ma è salvo il diritto del commissionario al rimborso delle spese e dell'opera prestata (art. 1734 c.c.). Anche il mandato può essere revocato, per il venir meno dell'interesse originario e, se era stata disposta l'irrevocabilità e non ricorre una giusta causa, il mandante è tenuto a risarcire i danni (art. 1723, comma 1, c.c.).

Dagli esempi evidenziati si evince il riconoscimento del diritto di pentimento sulla base di una sopravvenuta inutilità della prestazione, per mutamento delle circostanze e degli interessi originari.

<sup>23</sup> Come risarcimento, indennizzo o rimborso.

<sup>24</sup> Inoltre, v'è da dire che anche in assenza di espressa previsione legale o pattizia relativa ad un recesso di pentimento di diritto generale dovrebbe sempre riconoscersi al contraente una facoltà di tal genere nei contratti a tempo indeterminato, in virtù del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto di cui all'art. 1375 c.c., principio che in quanto favorevole per il consumatore deve ritenersi senz'altro applicabile alla contrattazione di cui egli è protagonista, in base al disposto dell'art. 1469 *bis* c.c. Cfr. *supra* nota 3.



nariamente sussistente e poi svanito, ma di un ripensamento inteso come errata o incompleta valutazione dell'affare originario. Ripensamento che viene concesso perché la contrattazione è indubbiamente frutto di una scelta non pienamente e liberamente valutata, in quanto non sono state fornite tutte le informazioni contrattuali in grado di offrire una corretta e precisa rappresentazione dell'operazione economica da concludere. Tant'è che il recesso del consumatore, quello speciale, può essere esercitato entro un periodo circoscritto piuttosto breve (di soli quattordici giorni), una volta ricevute le informazioni necessarie alla stipulazione, proprio per consentirgli una consapevole maturazione dell'opportunità dell'affare. Trascorso tale termine, il consumatore decade dall'esercizio del diritto che non è destinato a perdurare nel rapporto sì da poter essere utilizzato nel momento propizio, cioè quando viene meno la preesistente utilità del contratto, perché tale funzione viene assolta da un altro tipo di recesso, quello di pentimento di diritto generale. D'altra parte, come già precisato, la differenza sostanziale tra i due recessi è confermata proprio da una loro concorrente operatività, sicché sarebbe immotivato e inspiegabile il riconoscimento *ex lege* al consumatore di due diritti aventi la medesima natura e funzione. Anzi, è proprio questa che induce a ricercare l'autonoma e comune *ratio* dei recessi consumeristici, non più riconducibili ai recessi di pentimento di diritto generale<sup>25</sup>.

### **3. L'armonizzazione completa della disciplina dei contratti a distanza e dei contratti fuori dei locali commerciali compiuta dalla direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori**

Imprescindibile è, a questo punto dell'indagine, l'analisi della disciplina dei diritti di recesso concessi dalla legge speciale al consumatore nell'ambito della contrattazione con il professionista.

Il primo diritto di recesso da porre ad oggetto dell'analisi, per ragioni di ordine sistematico, è quello riconosciuto dagli artt. 52-59 del codice del consumo, il quale è stato sottoposto dalla direttiva 2011/83/UE<sup>26</sup> ad un completo rinnovamento fina-

<sup>25</sup> Cfr. sul punto anche A. M. Benedetti, *La difesa del consumatore dal contratto: la natura «ambigua» dei recessi di pentimento*, in *Annuario del contratto* 2011, a cura di A. D'Angelo e V. Roppo, Torino, 2012, 6, il quale precisa che si tratta di vero recesso per caratteristica ontologica e strumentale, in quanto il titolare può uscire dal rapporto manifestando la sua volontà, che però non può inserirsi tra i recessi di pentimento.

<sup>26</sup> Oggetto di approfondita analisi di: A. M. Benedetti, *La difesa del consumatore dal contratto*, cit., 3 ss.; G. De Cristofaro, *La direttiva 2011/83/UE sui «diritti dei consumatori»: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, in *Annuario del contratto* 2011, Torino, 2012, 30 ss.; S. Mazzamuto, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, fasc. 4, 861 ss.; I. Riva, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contratto e impresa Europa*, 2011, 754 ss.; F. P. Patti, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, fasc. 4, 1007 ss.; R. Alessi, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Europa e diritto privato*, 2013, fasc. 2, p. 311 ss.; F. Bravo, *I contratti a*



lizzato al perfezionamento della sua struttura e della sua funzione, sì da renderlo assimilabile agli altri recessi consumeristici di cui comprende tutti i caratteri, di tal che è possibile assumerlo come parametro di riferimento.

Il provvedimento sui diritti dei consumatori risponde all'esigenza dell'armonizzazione completa della disciplina dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali e dei contratti a distanza, in passato penalizzati da una divergenza normativa presente nei vari Stati, consolidatasi anche all'interno di ogni singolo ordinamento con riferimento a ciascuna modalità di contrattazione<sup>27</sup>.

Da un'attenta lettura della direttiva si evince la volontà del legislatore europeo di unificare la *ratio* e la disciplina del recesso nell'ambito delle suddette tipologie contrattuali, sminuendo quell'elemento distintivo che ha rappresentato in passato il fondamento di regolamentazioni diversificate.

Il decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50<sup>28</sup> valorizzava appunto l'«effetto

---

*distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE. Verso un codice europeo del consumo*, Milano, 2013; M. Grandi, *Lo jus poenitendi nella direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori*, in *Contratto e impresa Europa*, 2013, 45 ss.; Aa.Vv. *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al D. lgs. n. 21/2013*, a cura di A.M. Gambino e G. Nava, Torino, 2014; F. Bravo, *I contratti a distanza nell'evoluzione del diritto europeo*, in *I contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa, Milano, 2014, 529 ss.; M.A. Livi, *Contratti con i consumatori: contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, *ivi*, 431 ss.; E. Battelli, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, in *Europa e diritto privato*, 3, 2014, 927 ss.

<sup>27</sup> La direttiva 2011/83/UE interviene in maniera diretta e circoscritta, tradendo però l'originario proposito, espresso in sede di lavori preparatori, di riassetto sistematico della tutela consumeristica anche nell'ambito delle clausole abusive e della responsabilità per difetto di conformità nella vendita di beni di consumo, al fine del superamento di alcune incoerenze e lacune presenti nella normativa di settore.

Critica fortemente il provvedimento legislativo R. Alessi, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, cit., 311 ss., la quale manifesta la delusione per il mancato appuntamento con il preannunciato intervento uniformatore. Diversamente G. De Cristofaro, *op. ult. loc. cit.*, evidenzia che il Consiglio ha ridotto l'ambito di intervento per le forti critiche e perplessità provenienti sia dagli organi dell'UE, sia dai vari Stati. Pertanto la soluzione di compromesso adottata rappresenta comunque un provvedimento di straordinaria rilevanza in quanto prevede: una disciplina degli obblighi di informazione precontrattuale nell'ambito dei contratti del consumatore; una disciplina unitaria dello *ius poenitendi* nei contratti a distanza e nei contratti fuori dei locali commerciali; disposizioni fondamentali in tema di consegna e passaggio del rischio.

<sup>28</sup> Per una disamina della disciplina dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali si vedano, tra gli altri: M. Pittalis, *La clausola di ripensamento nell'autodisciplina delle vendite a domicilio*, in *Contratto e impresa*, 1990, 114 ss.; P. L. Carbone, *Contratti conclusi fuori dai locali commerciali e recesso del consumatore*, in *Corr. Giur.*, 1992, 1096; M. Cartella, *La disciplina dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 715; Aa.Vv. *Commento al decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50*, a cura di Lipari, in *Nuove leggi civili commentate*, 1993, 176 ss.; M. Gorgoni, *Sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali alla luce del d. lg. n. 50/1992*, in *Contratto e impresa*, 1993; P. Balzarini, *La disciplina dei contratti conclusi fuori dai locali commerciali ed il diritto di recesso di cui al d. leg. 15 gennaio 1992, n. 50*, in *Resp. civ. e prev.*, 1993, 188 ss.; V. Zeno Zencovich, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione tra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 72 ss.; M.G. Falzone Calvisi, *La vendita con clausola «salvo conferma»*, in *La vendita*, 20, a cura di Bin, Padova, 1994, 221; G. De Nova, *Nuovi contratti*, Torino, 1994; M. Gorgoni, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1994; Aa. Vv., *Le vendite aggressive*.

sorpresa»<sup>29</sup> del consumatore, come elemento da arginare per garantire la sua libera determinazione all'atto di consumo, in ossequio ai principi espressi nei considerando della direttiva 85/577/CE, che enfatizzavano la necessità di tutelare il consumatore colto alla sprovvista da una proposta di negoziazione inaspettata perché proveniente dall'operatore commerciale o da un suo incaricato ed effettuata in luoghi insoliti per una negoziazione, in modo da approfittare della mancata predisposizione del consumatore alla stipula di un affare. Effetto sorpresa attenuato, però, dalla tecnica di contrattazione che tutto sommato consentiva comunque un contatto fisico con l'ausiliario dell'imprenditore che, seppur mero procacciatore d'affari, era in condizione di offrire quelle informazioni minime necessarie in ordine alla stipulazione. Così come era possibile visionare la merce quantomeno su campione, in modo da poterne testare la qualità. E in un certo senso questi aspetti giustificavano un contenuto dell'obbligo di informazione precontrattuale a carico del professionista meno rigoroso e completo rispetto a quello che sarebbe stato successivamente previsto nell'ambito dei contratti a distanza.

La libertà di scelta del consumatore oggetto di tutela era relativa, dunque, al "se contrarre"<sup>30</sup>, ossia alla convenienza dell'affare e alla ponderazione della reale utilità

---

*Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano e europeo*, a cura di Jannarelli, Napoli, 1995; D. Valentino, *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1996; F. Astone, *I contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in *Diritto privato europeo*, a cura di Lipari, II, Roma, 1997, 810 ss.; M. Cartella, voce *Vendita a domicilio*, in *Enc. dir.*, I, agg. Milano, 1997, 983 ss.; C. Dalia, *La violazione dell'obbligo di informazione nella conclusione del contratto di vendita* «salvo approvazione della casa», in *Dir. e giur.*, 1997, 42; G. De Nova, voce *Recesso*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, 314; S. Cicogna, *Ius poenitendi come mezzo di tutela della libertà e della ponderatezza del consenso*, in *Studi in onore di Rescigno*, III, 2, Milano, 1998, 165 ss.; C. Macri, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, Torino, 1998; C.M. Nanna, *Contratti stipulati fuori dei locali commerciali e diritto di ripensamento: in margine ad un caso di «ambiguità» in ordine alla qualità di consumatore*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, 438 ss.; G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1999 e 2002; L.V. Moscarini, *Diritto di recesso e contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in *Aa. V.v., Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999, 224 ss.; V. Buonocore, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000; N.A. Cimmino, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Padova, 2000; V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, 539 ss.; F. Ricci, *Contratti conclusi fuori dei locali commerciali*, in *Enc. dir., Agg.*, VI, Milano, 2002, 318 ss.; G. Capo, *La vendita fuori dai locali commerciali: d.lg. 15 gennaio 1992 n. 50*, in *Codice della vendita*, a cura di Buonocore e Luminoso, Milano, 2004, 1069 ss.; D. Valentino, *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali e i contratti a distanza*, in *I contratti dei consumatori*, Tomo II, a cura di E. Gabrielli e E. Minervini, Trattato dei contratti diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2005; P. Sirena, *I recessi unilaterali*, cit.; G. Alpa, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006.

<sup>29</sup> D. Valentino, *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali e i contratti a distanza*, cit., 660 s., evidenzia che nell'ambito dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali l'acquirente non soltanto non ha più il diritto di negoziare il contenuto del contratto, ma è condizionato nella sua libertà di autodeterminazione con riguardo all'opportunità dello stesso.

<sup>30</sup> Cfr. anche D. Valentino, *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali e i contratti a distanza*, cit., 661, secondo cui l'effetto sorpresa riduce notevolmente la capacità di resistenza del consumatore e investe addirittura il processo di formazione della volontà, posto che questi deve dichiarare di non voler concludere l'affare.

dell'acquisto, potenzialmente alterata dalla peculiare tecnica di persuasione, in grado di condizionare la libera valutazione dell'affare da parte del consumatore. Di qui, la necessità di concedergli un periodo di sette giorni per considerare serenamente, e lontano da ogni pressione psicologica, l'effettiva necessità del bene e del servizio.

Di converso la direttiva 1997/7/CE<sup>31</sup> – e con essa il suo provvedimento di attuazione<sup>32</sup> – enfatizzava la mancanza di qualunque contatto fisico e diretto tra le parti e per di più la mancanza fisica del bene, con conseguente impossibilità di visionarlo. La combinazione di questi due fattori rendeva più severa la disciplina degli obblighi precontrattuali e giustificava un più ampio termine per il ripensamento (10 gg.), in modo che il consumatore potesse verificare la convenienza dell'affare sotto l'aspetto del rapporto qualità/prezzo e del contenuto del regolamento contrattuale. Quindi, il diritto di recesso era motivato dalla necessità di consentire al consumatore, tenuto conto delle circostanze della contrattazione, di valutare complessivamente i termini della contrattazione, prescindendo dal suo reale interesse a contrarre, nel caso di specie presuntivamente acquisito.

La differente disciplina, frutto dei due distinti provvedimenti legislativi appena evidenziati e intervallati da un arco temporale di non poca considerazione, è persistita anche nell'assetto del codice del consumo<sup>33</sup>, dove l'opera di armonizzazione e di coordinamento si è limitata all'unificazione del termine di esercizio del recesso, della forma e delle modalità di trasmissione della relativa dichiarazione e dei suoi

<sup>31</sup> Limitatamente ai contratti a distanza, cfr., tra gli altri: G. De Nova, voce *Recesso*, cit.; S. Cicogna, *Ius poenitendi come mezzo di tutela della libertà e della ponderatezza del consenso*, cit.; S. Bastianon, *Prime osservazioni sulla direttiva 1997/7/CE in materia di contratti a distanza*, in *Resp. civ.*, 1997, 1297 ss.; F.A. Regoli, *La direttiva 1997/7/CE riguardante la protezione dei consumatori nei contratti a distanza*, in *Contratto e impresa Europa*, 1997, 838 ss.; F. Toriello, *La direttiva sulle vendite a distanza*, in *Contratto e impresa Europa*, 1997, 846 ss.; M.A. Livi, *L'adozione della direttiva 1997/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza*, in *Contratto e impresa Europa*, 1998, 1094 ss.; G. De Cristofaro, *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, in *Studium iuris*, 1999, 1201 ss.; G. De Marzo, *I contratti a distanza*, Milano, 1999; G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, cit.; G. Alpa, *Contratti a distanza. Prime considerazioni*, in *Contratti*, 1999, 849; G. Capo, *Le vendite a distanza: d. lg. 22 maggio 1999 n. 185 ed artt. 7-13 d. lg. 9 aprile 2003 n. 70*, in *Codice della vendita*, a cura di Buonocore e Luminoso, cit., 1098 ss.; D. Valentino, *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali e i contratti a distanza*, in *I contratti dei consumatori*, cit.

<sup>32</sup> Il decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185.

<sup>33</sup> A proposito della previgente disciplina del codice del consumo cfr. per tutti: Aa.Vv., *Codice del consumo*, a cura di Alpa e Rossi Carleo, Napoli, 2005; M. Dona, *Il codice del consumo. Regole e significati*, Torino, 2005; Aa. Vv. *Commentario al codice del consumo*, a cura di Stanzone e Sciancalepore, Milano, 2006; Aa. Vv., *I contratti di internet*, a cura di Lisi, Torino, 2006; E. Cesaro, *Commentario al codice del consumo*, Padova, 2007; B. Colosimo, *Commento agli artt. 45-67*, in *Codice del consumo*, Commentario a cura di Vettori, Padova, 2007; M. D'Auria, *Artt. 45-49*, in *Codice del consumo*, a cura di Cuffaro, II ed. Milano, 2008, 246 ss.; P. Suppa, *Artt. 50-61, ivi*, 281 ss.; A. Sarandrea, *Art. 62, ivi*, 311 ss.; G. Gioia, *Art. 63, ivi*, 321 ss.; E. Guerinoni, *Artt. 64-67, ivi*, 329 ss.; F. Bravo, *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE*, cit.; M.A. Livi, *Contratti con i consumatori*, cit.; F. Bravo, *I contratti a distanza nell'evoluzione del diritto privato europeo*, cit.

effetti; rimanendo impregiudicati: i diversi termini di decorrenza per l'esercizio del diritto, i diversi termini in caso di prolungamento dello *spatium deliberandi* per omessa informazione sul recesso (60 giorni in un caso a fronte dei 90 giorni nell'altro), il diverso regime degli obblighi precontrattuali.

Insomma un coordinamento minimo quello operato dal legislazione nazionale in sede di riassetto e riordino della disciplina consumeristica, che è stato vincolato proprio dalla tecnica legislativa adottata a monte dal legislatore europeo, cioè dall'emanazione di due distinti provvedimenti di armonizzazione minima.

La diversità di disciplina presente in ciascun ordinamento tra le due figure, legata appunto a plurime fonti normative e resa ancor più disomogenea dalle singole attuazioni nazionali, non ha sortito l'effetto sperato, offrendo una normativa di fatto frammentata a più livelli: quello nazionale e quello internazionale.

Tale situazione ha costituito uno degli ostacoli maggiormente insuperabili allo sviluppo delle vendite transfrontaliere. E il legislatore europeo non ha avuto timore di ammettere l'insuccesso dei precedenti provvedimenti, posto che i considerando della direttiva 83/11/UE evidenziano tutti i limiti della pregressa legislazione che la nuova intende superare attraverso un'armonizzazione "completa", in grado di garantire un diritto concretamente uniforme.

Da un attento riscontro applicativo delle precedenti direttive il legislatore, preso atto della necessità di rimuovere le lacune e le incongruenze dovute all'armonizzazione minima da esse richiesta, opta per il criterio dell'armonizzazione massima<sup>34</sup> per aumentare la certezza giuridica su taluni aspetti della contrattazione tra imprese e consumatori e rimuovere gli ostacoli che hanno determinato la frantumazione di norme<sup>35</sup>.

Il quarto considerando della direttiva 83/11/UE evidenzia che la piena armonizzazione della disciplina delle due forme di contrattazione consente di promuovere un effettivo mercato interno dei consumatori che raggiunge il giusto equilibrio tra un elevato livello di tutela del consumatore e la competitività delle imprese<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Tra gli altri F. Bravo, *I contratti a distanza nell'evoluzione del diritto privato europeo*, cit., 547 s., il quale conferma appunto che con il criterio dell'armonizzazione massima – che vieta agli Stati membri di adottare o mantenere disposizioni divergenti da quelle contenute nella direttiva e, quindi, sottrae discrezionalità alle singole Istituzioni nazionali in sede di attuazione – l'UE ha compiuto un primo decisivo passo verso la realizzazione di un diritto privato europeo.

G. De Cristofaro, *La direttiva 2011/83/CE sui «Diritti dei consumatori»: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, cit., 30 ss., evidenzia che il criterio dell'armonizzazione massima rappresenta un banco di prova del nuovo approccio normativo.

<sup>35</sup> 7° considerando.

<sup>36</sup> Mentre dal quinto considerando risulta che l'obiettivo è, dunque, quello di sfruttare il potenziale transfrontaliero di tali forme di contrattazione, in particolar modo di quella a distanza, garantendo un regime completamente uniforme dell'informazione e del recesso, si da elevare il livello di tutela del consumatore e il livello del funzionamento del mercato.

Quindi, il legislatore conferma la sua scelta di affidare la tutela del consumatore, in materia di contratti a distanza e di contratti fuori dei locali commerciali, caratterizzati da peculiari tecniche di negoziazione, al regime dell'informazione e del recesso ritenuti gli strumenti più idonei a raggiungere tale scopo e adotta una tecnica che non lascia margini di discrezionalità in sede di attuazione.

Informazione e recesso risultano, dunque, funzionalmente e inscindibilmente collegati.

Tralasciando l'aspetto dell'individuazione della sanzione per la violazione dell'obbligo di informazione da parte del professionista su cui già è in essere un proficuo dibattito<sup>37</sup>, in questa sede giova soffermarsi sulla nuova disciplina del recesso e sul suo legame con l'obbligo di informazione, al fine di verificare se il legislatore europeo sia riuscito a delineare una autonoma *ratio* e una struttura unitaria dell'ipotesi di ripensamento.

L'innovazione legislativa è tesa a trascurare la valenza dell'effetto sorpresa<sup>38</sup>, dell'assenza del bene, della distanza fisica tra le parti, dell'iniziativa della contrattazione che non possono più essere considerati come fattori fondanti diverse *rationes*, ma come elementi fusi in un'unica ragione legata al riconoscimento del diritto di recesso<sup>39</sup>.

Si tratta, appunto, di aspetti che, lungi dal giustificare trattamenti normativi differenti, sono accomunati dalla loro idoneità ad impedire al consumatore di maturare una completa, serena e consapevole valutazione dell'opportunità, dell'utilità e della convenienza dell'atto di consumo posto in essere.

<sup>37</sup> Sia sufficiente rinviare alla considerazioni di S. Mazzamuto, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, cit., 861 ss.; R. Alessi, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, cit.; G. De Cristofaro, *La direttiva 2011/83/CE sui «Diritti dei consumatori»: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, cit., 30 ss., spec. 63.

<sup>38</sup> Infatti, nella direttiva (21° considerando) l'elemento di sorpresa viene preservato al fine di ampliare la definizione dei contratti fuori dei locali commerciali, al punto da ricomprendere le ipotesi in cui il contratto è stato concluso nei locali commerciali, ma a seguito di un contatto avvenuto tra le parti in un luogo diverso. E ciò per evitare il diffondersi di prassi commerciali che potrebbero consentire l'esclusione della tutela per il solo fatto di essere dirette ad incentivare tecniche di conclusione dell'affare nella sede dell'impresa, sebbene il consumatore sia stato in precedenza avvicinato personalmente e singolarmente fuori dei locali commerciali.

<sup>39</sup> In dottrina si registrano ancora posizioni tese a mantenere distinte le due figure. Per F. P. Patti, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, cit., 1007 ss., il recesso avrebbe la funzione di preservare il consumatore dall'effetto sorpresa, nell'ambito delle vendite fuori dei locali commerciali, e dalla mancanza del bene e della presenza fisica e simultanea delle parti, nell'ambito delle vendite a distanza. M.A. Livi, *Contratti con i consumatori: contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, cit. 511 s., precisa che gli obblighi di informazione precontrattuali hanno lo scopo di informare il consumatore sul diritto di recesso e di metterlo in condizione di valutare prima che si vincoli, la convenienza dell'affare, arginando sempre più l'effetto sorpresa collegato a tali modalità di contrattazione. F. Bravo, *I contratti a distanza*, cit., 538 in nota 20, afferma che nei contratti a distanza il recesso tutela l'autonomia contrattuale del consumatore, fornendogli strumenti adeguati per fronteggiare il gap percettivo o conoscitivo a cui è sottoposto nella contrattazione inter absentes.

Nei considerando della direttiva i presupposti delle vendite a distanza e delle vendite fuori dei locali commerciali assumono un mero carattere definitorio delle diverse tecniche adoperate, per lasciar trasparire l'esigenza di equilibrio tra un elevato livello di tutela del consumatore e la competitività delle imprese, strumentali ad un miglior funzionamento del mercato interno. Miglioramento che è raggiungibile attraverso un potenziamento degli obblighi informativi precontrattuali e del recesso che consentono al consumatore di valutare la convenienza dell'affare e, se del caso, di sottrarsi alla stipulazione per mancanza di effettivo interesse o per insoddisfazione dei termini della negoziazione, in modo da poter tornare prontamente sul mercato per reperire alternative soddisfacenti, sì da garantire una proficua concorrenza tra le imprese, indotte in tal modo ad offrire beni o servizi a condizioni vantaggiose e competitive<sup>40</sup>.

#### **4. La definizione dei contratti a distanza e dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali**

Quindi la distinzione tra i contratti a distanza e i contratti negoziati fuori dei locali commerciali è meramente definitoria della tecnica contrattuale adoperata<sup>41</sup> e consente di classificare due diverse modalità di conclusione del contratto che nella sostanza ricevono il medesimo trattamento giuridico.

Quel che viene in rilievo è la particolare tecnica di negoziazione assunta, caratterizzata da un sistema organizzato di cui si avvale il professionista per raggiungere il consumatore in luoghi diversi dalla sede dell'impresa o luoghi distanti da essa. Tali modalità consentono la delimitazione dell'ambito oggettivo di applicazione della disciplina, nel senso che rappresentano il presupposto logico per l'operatività della relativa tutela, unitamente al criterio soggettivo della qualifica contrattuale.

<sup>40</sup> Cfr. anche E. Bettelli, *op. cit.*, il quale evidenzia che la possibilità concessa al consumatore di sottrarsi a vincoli contrattuali caratterizzati da eccessiva fretta – attraverso il godimento di un periodo di ripensamento nel corso del quale valutare se rimanere vincolato o meno all'impegno – è finalizzata a tutelare non solo il consumatore dalle conseguenze di una scelta avventata, ma anche i professionisti concorrenti.

<sup>41</sup> Il contratto a distanza è quello concluso senza la presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore e mediante l'uso esclusivo di uno o più mezzi di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto (art. 45, comma 1, lett. g).

Mentre il contratto negoziato fuori dei locali commerciali è: qualsiasi contratto concluso alla presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, ma in un luogo diverso dai locali del professionista; ogni contratto concluso a seguito di un'offerta da parte del consumatore alla presenza fisica e simultanea delle parti, ma fuori dei locali commerciali del professionista; qualunque contratto concluso nei locali del professionista ma dopo che il consumatore è stato avvicinato in un luogo diverso dai locali commerciali; infine il contratto concluso durante un viaggio organizzato dal professionista avente lo scopo di promuovere e vendere beni o servizi al consumatore (art. 45, comma 1, lett. h), nn. 1, 2, 3, 4).



Pertanto si tratta di due forme di negoziazione di fatto equiparate sul piano della disciplina perché aventi la medesima giustificazione giuridica, non rilevando più se il consumatore ha assunto o meno l'iniziativa della contrattazione<sup>42</sup>. Non a caso il Titolo III della Parte III del codice del consumo è intitolato "Modalità contrattuali"<sup>43</sup>, proprio per intendere le due fattispecie come mere tecniche di conclusione del contratto, accomunate quanto ad effetti e disciplina e non come autonome tipologie diversificate per regolamentazione e *ratio*.

Infatti, l'effetto sorpresa è altresì superato dall'ipotesi descritta dall'art. 45, co. 1, lett. *b*), n. 2, cod. cons., che riconduce nella definizione di contratto fuori dei locali commerciali, anche quello concluso a seguito di offerta effettuata dal consumatore in un luogo diverso dai locali del professionista, alla presenza fisica e simultanea delle parti.

L'ipotesi comprende non solo tutti i casi in cui il consumatore risulta trasformato da oblatore a proponente per l'inserimento di clausole contrattuali a ciò destinate (si pensi alle clausole "salvo approvazione della casa", "salvo accettazione", "salvo conferma" e simili), ma anche i casi in cui il consumatore si sia spontaneamente avvicinato al locale mobile o immobile in cui il professionista esercita la propria attività occasionalmente o temporaneamente (padiglioni o stand<sup>44</sup> allestiti in occasione di fiere o di saloni d'esposizione, ecc.). Infatti, locale commerciale è qualsiasi locale immobile adibito alla vendita in cui il professionista esercita la sua attività su base permanente (art. 45, comma 1, lett. *i*), n. 1), oppure qualunque locale mobile adibito alla vendita al dettaglio in cui il professionista esercita la propria attività a carattere abituale (art. 45, comma 1, lett. *i*), n. 2). Quindi il locale mobile o immobile in cui il professionista esercita occasionalmente o temporaneamente la propria attività

<sup>42</sup> Cfr anche G. De Cristofaro, *op. cit.*, 46 s., il quale sottolinea che ricorre la tecnica della contrattazione fuori dei locali commerciali anche quando sia stato il consumatore a richiedere la visita, con ciò appunto annullando la rilevanza dell'iniziativa della contrattazione.

<sup>43</sup> In passato, la locuzione "Particolari modalità di conclusione del contratto", è servita semplicemente ad accomunare le due fattispecie su di un piano fattuale e non strutturale, nel senso che le modalità di conclusione, lungi dal discostarsi o dall'introdurre nuovi procedimenti di formazione dell'accordo diversi rispetto a quelli degli art. 1326, 1342, 1327, 1333 c.c., ad esse si possono ricondurre. Sul punto cfr. B. Colosimo, *Commento sub art. 46*, in *Codice del consumo*, Commentario a cura di Vettori, cit., p. 439.

<sup>44</sup> Cfr. M. D'Auria, *Sulla definizione di "locali commerciali": profili interpretativi*, nota a Cass. 28 ottobre 2014, n. 22863, in *Giur.it.*, 2015, 3, 565, il quale precisa che alla luce della nuova definizione normativa lo stand è un locale commerciale mobile a carattere non abituale che non potrà essere considerato come locale commerciale dell'imprenditore.

Pertanto l'autore ritiene superata la decisione annotata che ha interpretato l'art. 1, comma 1, lett. *c*, d. lgs. 15 gennaio 1992, n. 50, ormai abrogato, nel senso che non può essere considerato luogo pubblico o aperto al pubblico quello appositamente destinato all'esposizione ed alla vendita di beni o servizi ai quali il consumatore acceda perché interessato al relativo acquisto, come ad esempio uno stand allestito all'interno di una fiera o di un salone d'esposizione.

commerciale di vendita non può assurgere a “locale commerciale”, perché manca il carattere tipico di stabilità e continuità, idoneo a qualificarlo come sede imprenditoriale.

### **5. L'obbligo di informazione precontrattuale gravante sul professionista e le modalità del suo esatto adempimento**

L'art. 49 detta disposizioni comuni alle due tipologie contrattuali in ordine al contenuto dell'obbligazione informativa e al tempo del suo adempimento, stabilendo quali debbano essere le informazioni<sup>45</sup> che il consumatore ha il diritto di ricevere prima di essere vincolato da un contratto a distanza o da un contratto negoziato fuori dei locali commerciali o da una corrispondente offerta.

Diversamente gli artt. 50 e 51 determinano le modalità di adempimento di siffatta obbligazione, che mutano in ragione della tecnica di negoziazione utilizzata.

Pertanto, nell'ambito dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali, caratterizzati dalla presenza fisica e simultanea delle parti, le informazioni devono essere fornite al consumatore su un supporto cartaceo o su altro mezzo durevole, cioè per iscritto, e devono essere leggibili e presentate in un linguaggio semplice e comprensibile, essendo più agevole per il professionista, tramite il suo ausiliario, consegnare tempestivamente il documento informativo.

Il secondo comma dell'art. 50 prevede che il professionista fornisca al consumatore una copia del contratto firmato o la conferma del contratto. Non viene specificato se la copia debba contenere nuovamente tutte le informazioni, ma dal disposto della lettera *b*) del comma 4 dell'art. 50 deve ricavarsi che una tale modalità è prevista solo per i contratti caratterizzati dall'immediato adempimento, in cui il consumatore ha richiesto espressamente al professionista servizi di riparazione o manutenzione.

Quindi, al di là di questa ipotesi in cui la copia del contratto negoziato fuori dei locali commerciali deve contenere tutte le informazioni contrattuali, negli altri casi le notizie rilevanti e necessarie possono essere riprodotte oppure no nel testo contrattuale sottoscritto, per cui l'adempimento dell'obbligo precontrattuale di infor-

<sup>45</sup> Tra cui quelle relative (art. 49, comma 1): alle caratteristiche principali dei beni o dei servizi (lett. *a*); all'identità del professionista e al suo indirizzo geografico (lett. *b*, *c*, *d*); al prezzo totale del bene o del servizio, alle modalità di calcolo, alle spese aggiuntive di spedizione o consegna (lett. *e*), al costo dell'utilizzo del mezzo di comunicazione a distanza (lett. *f*); alle modalità di pagamento, di consegna e di esecuzione (lett. *g*); alle condizioni, ai termini e alle procedure per l'esercizio del diritto del recesso di cui all'art. 52 (lett. *h*); ai costi legati alla restituzione del bene in caso di recesso (lett. *i*); all'obbligo del pagamento dei costi ragionevoli ai sensi dell'art. 57, comma 3 (lett. *l*); all'esclusione del diritto di recesso *ex* art. 59 (lett. *m*); all'esistenza della garanzia di conformità (lett. *n*); alla durata del contratto e alle modalità di esercizio del recesso in caso di contratti a tempo indeterminato o sottoposti a rinnovo automatico (lett. *q*).



mazione è assolto dal professionista mediante la consegna di un modulo di informazione precontrattuale.

Limitatamente ai contratti a distanza, le modalità dell'adempimento dell'obbligazione informativa sono indicate dall'art. 51, il quale prescrive che le informazioni devono essere messe a disposizione del consumatore in modo appropriato al mezzo di comunicazione a distanza e, quando possibile, devono essere rese, in modo leggibile, su un supporto durevole. Mancando il contatto fisico tra le parti ed essendo utilizzate delle tecniche che potrebbero non consentire l'adempimento immediato dell'obbligazione di consegna su supporto cartaceo o altro supporto durevole, in tale ipotesi è consentito al professionista di adempiere all'obbligazione di consegna scritta delle informazioni in un momento successivo<sup>46</sup>.

Ne discende che, in detta ipotesi, tutte le informazioni di cui all'art. 49, comprese quelle già visualizzate, devono necessariamente essere riprodotte nella conferma del contratto da consegnare al consumatore, in quanto l'obbligo di consegna preventiva del modulo di informazione precontrattuale non è stato adempiuto proprio per le particolari circostanze. La possibilità dell'adempimento successivo è però circoscritta entro uno spazio temporale limitato, posto che la conferma deve avvenire entro un tempo ragionevole dalla conclusione del contratto e al più tardi al momento della consegna dei beni o prima che l'esecuzione abbia inizio (art. 51 co. 4 e 7). Se ne deduce che qualora la conferma venga ricevuta dal consumatore oltre 14 giorni dalla conclusione del contratto, di certo tale termine non potrà essere ritenuto ragionevole e l'obbligo di informazione si intenderà adempiuto tardivamente, con conseguente operatività del disposto dell'art. 53, comma 2, cod. cons., che assegna al consumatore un nuovo *dies a quo* decorrente dal momento in cui ha ricevuto le informazioni obbligatorie.

La statuizione avalla viepiù lo stretto legame tra il recesso e l'informazione precontrattuale al punto da immaginare lo strumento posto a garanzia della completa rappresentazione del programma contrattuale che dovrà essere integralmente accettato dal consumatore.

Salvo queste ipotesi caratterizzate dalla particolare tecnica di comunicazione a distanza ci si attende che anche nei contratti a distanza tendenzialmente il professionista adempia all'obbligazione informativa prima che il consumatore si vincoli.

---

<sup>46</sup> Le informazioni sono rese su supporto durevole solo se la tecnica di comunicazione lo consente; diversamente se esse sono visualizzabili in uno spazio e in un tempo limitati devono essere comunque fornite prima dell'ordine almeno le informazioni relative: alle caratteristiche principali del bene o del servizio; all'identità del professionista; al prezzo totale, alle sue modalità di calcolo e a tutte le spese accessorie; alle condizioni, termini e procedure per l'esercizio del diritto di recesso; alla durata del contratto e alle condizioni per recedere dal contratto se a tempo indeterminato o soggetto a rinnovo automatico.

Pertanto, sia nei contratti fuori dei locali commerciali, sia nei contratti a distanza qualora le informazioni precontrattuali siano debitamente e correttamente fornite prima della conclusione del contratto, secondo i tempi e i modi indicati, non è necessaria la loro inclusione nella copia o nella conferma del contratto al consumatore, in quanto l'obbligazione è stata già adempiuta attraverso la consegna del modulo precontrattuale di informazione. In tal caso, le informazioni andranno comunque a formare parte integrante del regolamento contrattuale e non potranno essere modificate se non con l'accordo espresso di entrambe le parti (art. 49, comma 5)<sup>47</sup>.

Seppur criticata<sup>48</sup>, la previsione dell'adempimento dell'obbligo di informazione tramite consegna del modulo si conforma alla scelta operata dal legislatore in altre sedi contrattuali (contratti a distanza di strumenti finanziari, contratti di multiproprietà e di credito al consumo), che è motivata dalla necessità di definire uno stretto legame tra informazione precontrattuale e diritto di recesso, idoneo a confermare la finalità dello strumento di tutela che è quella di salvaguardare la libera determinazione del consumatore all'acquisto, cioè la libertà di assumere una decisione di natura commerciale<sup>49</sup> pienamente consapevole e soddisfacente che potrebbe essere compromessa dai diversi fattori che caratterizzano lo svolgimento della contrattazione. Il recesso si traduce in uno strumento di tutela rapido, efficace e non dispendioso in quanto il consumatore, valutata l'inidoneità delle condizioni e delle modalità contrattuali a soddisfare le sue esigenze, può prontamente ritornare sul mercato per reperire alternative soddisfacenti<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> L'onere della prova dell'adempimento degli obblighi informativi incombe sul professionista (*ex art. 49, comma 10*). M.A. Livi, *op. ult. loc. cit.*, a tal proposito precisa che è probabile che nel contratto venga specificato che il professionista ha adempiuto a tali obblighi mediante consegna del modulo precontrattuale al consumatore.

<sup>48</sup> R. Alessi, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, cit., 311 ss., registra il sostanziale fallimento [...] del tentativo di dare compiuta collocazione agli obblighi di informazione nella disciplina generale del contratto professionista/consumatore, il cui adempimento si traduce nella mera consegna di un formulario, contenete la documentazione relativa alla contrattazione, con la conseguenza che la responsabilità del professionista non è una responsabilità per cattiva o omessa informazione, ma responsabilità per omessa consegna del formulario.

<sup>49</sup> La decisione di natura commerciale ha ad oggetto la valutazione dell'opportunità innanzitutto di contrarre, di farlo a quelle condizioni e con quel professionista, in quanto nel complesso l'operazione economica è in grado di soddisfare una reale ed effettiva esigenza di consumo.

<sup>50</sup> Che l'informazione precontrattuale sia destinata a consentire al consumatore di maturare un libero e pieno convincimento sull'opportunità [...] del contratto, è pacifico. Cfr. al riguardo, per tutti, F. Bravo, *I contratti a distanza nell'evoluzione del diritto privato europeo*, cit., 537.

## 6. La formazione dei contratti fuori dei locali commerciali e dei contratti a distanza

Il recesso consumeristico<sup>51</sup>, come strutturato, è destinato ad essere esercitato nell'ambito di un contratto concluso, pertanto avrà sempre la funzione di scioglimento del rapporto contrattuale e non potrà essere assimilato all'atto estintivo di una dichiarazione unilaterale (ossia alla revoca della proposta), come previsto dalla normativa novellata. Aspetto questo che faceva fortemente dubitare della natura solutoria del rimedio e che induceva a qualificarlo come *recesso atecnico*<sup>52</sup>.

L'art. 50, comma 2, cod. cons., dispone che il consumatore deve ricevere copia del contratto firmato o la conferma del contratto negoziato fuori dei locali commerciali, in quest'ultimo caso qualora sia stato lui ad effettuare la proposta.

Non viene specificato il tempo dell'adempimento di questa obbligazione di consegna che, a rigore di logica, deve ritenersi eseguibile entro il termine indicato dall'art. 51, comma 7, a proposito dei contratti a distanza, cioè entro un tempo ragionevole dalla conclusione del contratto, al più tardi al momento della consegna dei beni oppure prima che abbia inizio l'esecuzione del servizio.

Le due statuizioni vogliono palesamente ricondurre il procedimento di formazione dei contratti fuori dei locali commerciali e dei contratti a distanza nello schema generale risultante dal combinato disposto degli artt. 1326 e 1335 c.c., per cui nell'ambito dei contratti del consumatore l'accordo è perfezionato quando il proponente, sia esso consumatore o professionista, ha conoscenza dell'accettazione, cioè quando questa giunge all'indirizzo del destinatario. Inoltre, esse stabiliscono i requisiti formali del contratto e della accettazione. Infatti, la conferma del contratto altro non è se non l'accettazione del professionista qualora la proposta sia stata formulata

<sup>51</sup> Che il recesso del consumatore sia un recesso vero e proprio, con tratti esclusivi, tali da collocarlo nell'ampio quadro dello scioglimento unilaterale del regolamento contrattuale, non v'è dubbio alcuno, considerato che il termine decorre dal giorno della conclusione del contratto o addirittura da un momento successivo. Basti pensare ai contratti di vendita di beni a distanza o fuori dei locali commerciali in cui il termine decorre non già dalla consegna, bensì dal momento in cui il consumatore entra nel possesso fisico del bene; ovvero in tutti gli ambiti contrattuali (a distanza, fuori dei locali commerciali, a distanza di strumenti finanziari, multiproprietà, credito al consumo) dal giorno in cui il consumatore riceve le informazioni precontrattuali dopo la conclusione del contratto, quando l'obbligo non è stato assolto preventivamente (artt. 52, comma 1, lett. a); 67 *duodecies* comma 2, lett. a) e b); 73, comma 2, lett. a) e b) cod. cons.; 125 *ter* comma 1, d. lgs., n. 385/1993).

<sup>52</sup> Si è parlato di recesso atecnico, di diritto di ripensamento, di condizione sospensiva, di fenomeno riguardante il processo formativo del contratto, assimilabile ora all'opzione, ora all'ipotesi di cui all'art. 1333 c.c., ovvero, di una vendita con riserva di gradimento. Per una ricostruzione delle varie posizioni si rinvia, tra gli altri, a G. Capo, *op. cit.*, 1079 ss.; D. Valentino, *op. cit.*, p. 660 ss.; B. Colosimo, *Commento sub art. 64*, in *Codice del consumo*, Commentario a cura di Vettori, cit., 515 ss.; F. P. Patti, *op. cit.*, 1007 ss. Si vedano, inoltre: M. Pittalis, *op. cit.*; R. Sacco, *Conclusioni del contratto*, *Riv. dir. civ.*, 1995, II, 210; A.M. Benedetti, *Recesso del consumatore*, in *Enc. dir.* Annali, IV, Milano, 2011, cit., 964 s. G. Gabrielli e F. Padovini, *op. cit.*, 71 s.

dal consumatore, vuoi perché ha direttamente assunto egli stesso l'iniziativa, vuoi perché ha sottoscritto un modulo o una nota d'ordine contenenti clausole "salvo approvazione della casa", "salvo conferma", "salvo accettazione" e simili, idonee a trasformarlo da oblatore in proponente<sup>53</sup>.

La conferma non solo deve risultare per iscritto, ma deve essere consegnata al consumatore al più tardi nel momento in cui entra nel possesso fisico dei beni oppure prima che il servizio sia eseguito. La ricezione della conferma da parte del consumatore determina tempo e luogo di conclusione del contratto. In questi casi la spedizione della merce prima che il consumatore abbia ricevuto l'accettazione non è idonea a derogare allo schema generale dell'art. 1326 c.c. in favore di quello semplificato dell'art. 1327 c.c.

Infatti, affinché possa dirsi che il contratto è concluso nel momento e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione è necessario che ricorra una delle tre ipotesi tassativamente previste dall'art. 1327 c.c.: la natura dell'affare, gli usi commerciali o la richiesta del proponente<sup>54</sup>.

La richiesta del proponente deve essere esplicita, per cui se la esecuzione è iniziata prima dell'accettazione questa non vale a ricondurre l'ipotesi nell'art. 1327 c.c., a meno che non vi sia la clausola di pronta consegna<sup>55</sup>.

Quindi, l'art. 1327 c.c. può trovare applicazione, in deroga allo schema generale dello scambio di proposta e accettazione, solo nel caso in cui il consumatore abbia firmato un ordine contenente appunto una richiesta di consegna immediata<sup>56</sup>.

In virtù di tale procedimento di formazione dell'accordo alternativo, il contratto sarà concluso nel momento e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione, vale a dire nel momento e nel luogo in cui è avvenuto il caricamento della merce<sup>57</sup>, ovvero quando vi è stata la consegna del bene al vettore o allo spedizioniere<sup>58</sup>. In tal caso la conferma del professionista equivarrà al pronto avviso di esecuzione di cui all'art. 1327, comma 2, c.c.

Sia se il contratto è perfezionato attraverso lo schema generale dell'art. 1326 c.c., sia che si deroghi ad esso attraverso la conclusione mediante inizio dell'esecuzione, il consumatore andrà a recedere sempre da un contratto concluso.

<sup>53</sup> Il legislatore prevede che il contratto concluso fuori dei locali commerciali sia stipulato per iscritto perché una copia deve essere consegnata al consumatore, ma quando la proposta proviene dallo stesso consumatore la forma scritta dovrà essere rivestita dall'accettazione, considerato che la conferma è appunto l'accettazione da parte del professionista della proposta fatta dal consumatore.

<sup>54</sup> Per tutte: Cass. 1 giugno 2006, n. 13132, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, fasc. 6.

<sup>55</sup> Così Cass. 23 dicembre 1995, n. 13103, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, fasc. 12.

<sup>56</sup> Non anche sulla base della natura dell'affare, essendo l'esigenza di speditezza e tempestività della conclusione del contratto una caratteristica dei rapporti commerciali tra imprese.

<sup>57</sup> Cfr. Cass. 15 luglio 2009, n. 16446, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 1097.

<sup>58</sup> Si veda Cass. 12 gennaio 2007, n. 453, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 1.

La precisazione dell'art. 55, comma 1, lett. *b*), secondo cui l'esercizio del diritto di recesso pone termine agli obblighi delle parti di concludere un contratto nei casi in cui l'offerta sia stata fatta dal consumatore, altro non può significare se non che il consumatore è liberato da un contratto di cui ha assunto l'iniziativa della contrattazione<sup>59</sup>, effettuando la relativa proposta.

## 7. Il recesso di cui all'art. 52 cod. cons.

Il consumatore dispone di un periodo di quattordici giorni per recedere dal contratto a distanza o fuori dei locali commerciali, senza dover fornire alcuna motivazione e senza costi intesi come corrispettivo del diritto o come penalità. Le sole spese sostenibili dal consumatore e non rimborsabili in caso di recesso sono quelle indicate negli artt. 56, comma 2 e 57, commi 1 e 2 cod. cons.<sup>60</sup>, le quali non hanno alcuna funzione risarcitoria, diversamente dalla natura degli oneri a carico del contraente recedente nei contratti di *locatio operis* disciplinati dal codice civile, aventi appunto scopo risarcitorio o indennitario per l'esercizio del recesso<sup>61</sup>.

L'unico costo avente "natura risarcitoria" cui è tenuto il consumatore è quello corrispondente alla diminuzione del valore del bene risultante da una manipolazione dello stesso diversa da quella necessaria per stabilirne natura, caratteristiche e funzionamento. Ma la sua previsione, in tal caso, non è giammai legata all'esercizio del diritto di recesso in sé, piuttosto al comportamento mantenuto durante lo *spatium deliberandi*, che impone al consumatore il rispetto delle regole di custodia e utilizzo del bene secondo correttezza<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Individuare tempo e luogo della conclusione del contratto vale solo per inquadrare il recesso come strumento di scioglimento unilaterale del regolamento contrattuale e non rileva ai fini della competenza speciale per territorio, in quanto in tema di contratti a distanza e fuori dei locali commerciali vige il principio del foro speciale del consumatore, *ex art. 66 bis cod. cons.*

<sup>60</sup> Per tali intendendosi: i costi supplementari di consegna qualora il consumatore abbia scelto un tipo di consegna più costoso rispetto a quello offerto gratuitamente dal professionista (art. 56, comma 2, cod. cons.); i costi diretti di restituzione del bene, purché il professionista non abbia concordato di sostenerli o abbia omesso di informare il consumatore che tali costi sono a suo carico (art. 57, comma 1, cod. cons.); i costi legati alla diminuzione del valore del bene risultante da una manipolazione dei beni diversa da quella necessaria per stabilirne la natura, le caratteristiche e il funzionamento (art. 57, comma 2, cod. cons.).

Il consumatore non è responsabile per la diminuzione del valore dei beni se il professionista ha omesso di informarlo dell'esistenza del diritto di recesso (art. 57, comma 2, seconda parte, cod. cons.) e non deve sostenere nessuno dei costi indicati nel comma 4 dell'art. 57 cod. cons. E ciò perché in tal caso prevale l'inaidempimento informativo del professionista, in quanto la sua scorrettezza è ben più grave, rispetto alla cattiva custodia da parte del consumatore.

<sup>61</sup> La multa penitenziale ha la funzione di indennizzare la controparte che subisce l'esercizio del diritto di recesso. Per tutte: Cass. 18 marzo 2010, n. 6558, *cit.*

<sup>62</sup> A proposito dell'art. 6, par. 1 della direttiva n. 97/7/CE, la Corte di Giustizia UE, 3 settembre 2009, n. 489, in *Guida al diritto*, 2009, 40, 103, ha ricondotto la natura del compenso dovuto dal consumatore al profes-

Il termine per l'esercizio del recesso decorre, nel caso di contratto di servizi e di contratti per la fornitura di acqua, gas o elettricità quando non sono messi in vendita in un volume limitato, dal giorno della conclusione del contratto (rispettivamente art. 52, comma 2, lett. *a*), cod. cons. e art. 52, comma 2, lett. *c*), cod. cons.);

nel caso di contratti di vendita, dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico dei beni (art. 52, comma 2, lett. *b*), cod. cons.) o il possesso fisico dell'ultimo bene (in caso di beni multipli) o dell'ultimo lotto o pezzo (in caso di consegna di bene costituito da più lotti o pezzi) o del primo bene (in caso di contratti per la consegna periodica) (art. 52, comma 2, lett. *b*), nn. 1,2,3, cod. cons.).

La disposizione non fa, dunque, riferimento alla consegna dei beni, perché nel caso di vendita con spedizione, il momento della consegna coincide con la consegna dei beni al vettore o allo spedizioniere e tra questo momento e quello dell'acquisizione fisica dei beni potrebbe intercorrere uno spazio temporale tale da ridurre il termine di 14 giorni, che il legislatore vuole rendere effettivo, facendolo decorrere proprio dal momento in cui il consumatore entra nella disponibilità materiale della cosa.

Si presume che il consumatore, entro tali termini di decorrenza del recesso, abbia già ricevuto le informazioni obbligatorie di cui all'art. 49 cod. cons.

Il diritto di recesso si intende debitamente e tempestivamente esercitato con l'invio della relativa dichiarazione<sup>63</sup> (art. 54, comma 2), la cui prova è a carico del consumatore (art. 4). Pertanto non è necessaria la ricezione della stessa, se non per la produzione dell'effetto nei confronti del professionista. La norma distingue due momenti temporali<sup>64</sup>:

- quello dell'invio della dichiarazione per il corretto esercizio del diritto, che consente di qualificare come termine di decadenza il periodo di quattordici giorni concesso al consumatore;
- quello della produzione degli effetti nei confronti del professionista che coincide con l'avvenuta ricezione.

La disciplina non muta la natura recettizia dell'atto che, in quanto destinato a produrre effetti nella sfera giuridica altrui, necessita di essere opportunamente conosciuto dal destinatario. Infatti, il professionista deve essere a conoscenza dell'avvenuta

---

sionista per un utilizzo improprio dei beni acquistati, alla contrarietà al principio di buona fede o di arricchimento senza causa.

<sup>63</sup> La dichiarazione di recesso può essere resa sia utilizzando il modulo tipo di recesso che il professionista può fornirgli unitamente al documento informativo, sia in qualunque altro modo, a ciò valendo qualsiasi esplicita decisione di recedere dal contratto (art. 54, comma 1).

<sup>64</sup> Cfr. sul punto anche M.A. Livi, *op. cit.*, 520, spec. in nota 219, che sottolinea lo sfasamento temporale tra il valido esercizio del diritto (per cui deve farsi riferimento all'invio della dichiarazione) e la produzione degli effetti che, essendo legati alla ricezione della dichiarazione da parte del professionista, confermano la natura recettizia dell'atto.

ta dichiarazione di recesso per poter adempiere agli obblighi di cui all'art. 56 cod. cons., derivanti dallo scioglimento del contratto. Egli procederà ai rimborsi dei pagamenti, spese e costi entro quattordici giorni dal giorno in cui è informato della dichiarazione di recesso (ossia dal giorno in cui ne ha avuto notizia e quindi ha ricevuto la dichiarazione).

La disposizione dell'art. 54, comma 2, cod. cons., non vuol fare altro che derogare al principio di cognizione dell'art. 1335 c.c., in favore del principio della spedizione<sup>65</sup>; pertanto la dichiarazione di recesso si intende correttamente manifestata nel momento stesso in cui viene inviata, con la conseguenza che il consumatore dovrà provare di aver tempestivamente esternato la sua dichiarazione, fornendo una ricevuta della spedizione (timbro o ricevuta postale, ricevuta del fax, ricevuta di accettazione del sistema mail, ecc.) che attesterà la data dell'invio e il contenuto della dichiarazione<sup>66</sup>.

In luogo della precedente previsione esplicita che dichiarava la liberazione delle parti dalle rispettive obbligazioni quale effetto del recesso, l'art. 55, cod. cons., in maniera piuttosto criptica e atecnica dichiara che l'esercizio del recesso *pone termine agli obblighi delle parti di eseguire o concludere il contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali*. Ma la disposizione va intesa nell'unico senso possibile e cioè che l'esercizio del recesso scioglie le parti dalle rispettive obbligazioni derivanti da un contratto già concluso.

È persistita la espressa previsione di recedere anche nel caso di proposta vincolante effettuata dal consumatore ogniqualvolta le clausole contrattuali o le tecniche adottate dal professionista siano idonee a trasformarlo da oblato in proponente. Ma se vogliamo la ragione di tale specificazione è solo di eccessiva prudenza o di sottolineatura del fatto che il recesso spetta al consumatore anche se è stato lui ad assumere l'iniziativa della contrattazione, non valendo più tale elemento a escludere la protezione di cui si discute. Come evidenziato in precedenza, il termine per l'esercizio del recesso decorre sempre dal momento della conclusione del contratto nel caso di contratti di servizi e di contratti di vendita di energia, gas o elettricità e dal momento dell'acquisizione fisica dei beni da parte del consumatore, che è momento ulteriore e successivo rispetto alla conclusione del contratto.

<sup>65</sup> Si veda anche D. Valentino, *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali e i contratti a distanza*, cit., 701 s., a proposito della pregressa disciplina che già derogava al principio di conoscenza, rientrando la fattispecie in quelle ipotesi in cui non è consentito al destinatario di superare la presunzione relativa dell'art. 1335 c.c.

<sup>66</sup> Se il legislatore avesse lasciata impregiudicata l'operatività del principio della cognizione, avrebbe consentito al professionista di ostacolare il corretto esercizio del recesso attraverso la prova contraria deputata all'annullamento della presunzione relativa di conoscenza, permettendo al professionista di provare di essere stato senza sua colpa nell'impossibilità di averne notizia. Si sarebbe privato in tal modo l'atto di recesso della sua efficacia.



Viene offerto un *dies a quo* che consente una piena disponibilità del periodo di ripensamento.

Il recesso ha l'unico effetto possibile e tipico del recesso di diritto comune: lo scioglimento del rapporto contrattuale. E ciò è avallato dalla disciplina successiva, in quanto l'art. 52 comma 3, cod. cons., specifica che le parti possono adempiere ai loro obblighi contrattuali anche durante il periodo di recesso, con la conseguenza che se il contratto è già stato eseguito o ha avuto un principio di esecuzione il recesso avrà anche effetto retroattivo, autorizzando i rimborsi e le restituzioni di cui agli artt. 56 e 57 cod. cons.

Proprio perché il consumatore deve pagare l'importo del servizio effettivamente prestato, il legislatore richiede che i servizi possano avere un principio di esecuzione<sup>67</sup>, previa richiesta esplicita del consumatore in tal senso, il quale deve essere informato preventivamente dell'obbligo economico cui è tenuto nel caso in cui intenda esercitare il suo diritto di recesso, e ciò proprio per non gravarlo a sua insaputa di costi relativi ad una negoziazione di cui ancora non è pienamente convinto.

Se il contratto non è stato ancora eseguito, il recesso produrrà un effetto solutorio *ex nunc*, sollevando le parti dall'obbligo di adempiere le future obbligazioni.

## **8. Il recesso del consumatore nei contratti a distanza di servizi finanziari, nella multiproprietà e nel credito al consumo**

Come accennato in premessa, l'indagine ha preso le mosse dall'ultima tessera del mosaico predisposto dal legislatore europeo per la ricostruzione unitaria della figura del recesso consumeristico, in quanto i caratteri del recesso riconosciuto nei contratti a distanza e fuori dei locali commerciali rappresentano una *summa* delle discipline dei recessi riconosciuti ai consumatori nei contratti a distanza di servizi finanziari, nei contratti di multiproprietà e nei contratti di credito al consumo.

Prescindendo da un dettagliata analisi delle relative normative, a questo punto è sufficiente evidenziare gli elementi costitutivi e comuni del recesso consumeristico come evidenziati dal legislatore in ciascun ambito contrattuale.

<sup>67</sup> Per i contratti di fornitura di acqua, gas ed elettricità per i quali il consumatore ha espressamente richiesto l'inizio dell'esecuzione prima che sia decorso il termine per l'esercizio del diritto di recesso (*ex* art. 50, comma 2, cod. cons.), il consumatore stesso è tenuto a versare al professionista un importo proporzionale al servizio prestato e quantificato in base ai criteri stabiliti dall'art. 57, comma 3, cod. cons. Questo viene calcolato sulla base del prezzo totale concordato nel contratto ovvero, se detto prezzo è eccessivo, sulla base del valore di mercato di quanto è stato fornito.

La natura dell'importo non è ovviamente risarcitoria, ma corrispondente all'effettiva utilizzazione del servizio, che tra l'altro è stato espressamente richiesto dal consumatore, e non può comprendere alcuna forma di indennizzo per il professionista. È chiaro che la ragione di un siffatto onere a carico del consumatore è legata alla irripetibilità della prestazione erogata.



Anche nei contratti a distanza di servizi finanziari come definiti dall'art. 67 *ter* cod. cons., il consumatore deve ricevere, prima di essere vincolato da un contratto o da un'offerta, in modo chiaro e comprensibile (quindi in ossequio al principio di trasparenza) l'intera informazione precontrattuale idonea a consentirgli una esatta rappresentazione dell'operazione economica che intende intraprendere.

In particolare, il consumatore deve ricevere tutte le informazioni elencate nell'art. 67 *quinquies* relative al fornitore, nonché quelle di cui all'art. 67 *sexies* concernenti il servizio finanziario, infine le informazioni relative al contratto a distanza (art. 67 *septies*). Le informazioni sono fornite in modo chiaro e comprensibile con qualunque mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza, tenuto conto dei doveri di buona fede e correttezza nella fase precontrattuale (art. 67 *quater*, comma 2, cod. cons.).

Analogamente ai contratti a distanza e fuori dei locali commerciali, anche in questo ambito tutti i termini della contrattazione devono essere trasmessi su supporto cartaceo o altro mezzo durevole, prima della conclusione del contratto o prima che il consumatore abbia effettuato una proposta vincolante (art. 67 *undecies*), ovvero subito dopo la conclusione del contratto avvenuta su richiesta del consumatore utilizzando una tecnica di comunicazione a distanza che non consente di trasmettere le informazioni precontrattuali entro la conclusione del contratto (art. 67 *undecies*, commi 1 e 2).

Del pari il consumatore avrà un periodo di quattordici giorni per esercitare, senza penali e senza motivo, il suo diritto di recesso che decorrerà dal giorno della conclusione del contratto o dal giorno in cui avrà ricevuto tutte le informazioni, se successivo.

Il diritto si esercita mediante l'invio di una raccomandata con avviso di ricevimento o con altra forma indicata dal professionista.

Quanto agli effetti, il legislatore specifica soltanto che l'efficacia dei contratti aventi ad oggetto servizi di investimento, è sospesa (art. 67 *duodecies*, comma 4) durante la decorrenza del termine del recesso. La disposizione letterale potrebbe erroneamente indurre a ritenere che il recesso sia una condizione sospensiva meramente potestativa<sup>68</sup>, ma stante la nullità dichiarata dall'art. 1355 c.c. di una siffatta condizione, deve intendersi che con tale locuzione il legislatore ha voluto semplicemente evidenziare l'irretroattività del recesso, sancendo un divieto per le parti di dar luogo all'esecuzione del contratto prima del decorso del termine di quattordici giorni. Per gli altri servizi finanziari (quelli bancari, creditizi, di assicurazione o di previ-

<sup>68</sup> Sul punto si veda S. Cicogna, Ius poenitendi *come mezzo di tutela della libertà e ponderatezza del consenso*, cit., 170, il quale, a proposito della ormai abrogata disciplina della vendita a domicilio di valori mobiliari (di cui all'art. 18 *ter* l. 7 giugno 1974, n. 216), afferma che il recesso impedisce la produzione degli effetti che vengono fatti slittare temporalmente, con la conseguenza che le parti saranno sciolte con effetto *ex nunc* dall'obbligo traslativo e del pagamento del prezzo.

denza), invece, il contratto può avere un principio di esecuzione previa richiesta esplicita in tal senso del consumatore, perché questi, a seguito dell'esercizio del recesso, è tenuto a pagare l'importo del servizio finanziario effettivamente prestato<sup>69</sup>.

Pertanto, ciò che rappresenta una variante, inidonea comunque a minare la funzione unitaria del recesso consumeristico, è la forma della dichiarazione, unitamente all'effetto retroattivo che viene tendenzialmente escluso in ragione della natura del servizio.

Anche nell'ambito del contratto di multiproprietà<sup>70</sup> la previsione di obblighi di informazione precontrattuale a carico del professionista da adempiersi prima che il consumatore sia vincolato da un contratto o un'offerta valgono a consentirgli una effettiva valutazione dell'opportunità della contrattazione.

Il consumatore, prima di essere vincolato dal contratto o da un'offerta, deve ricevere in tempo utile informazioni precontrattuali accurate e sufficienti, tramite la consegna di un formulario informativo (art. 71, comma 1, cod. cons.).

Il contratto deve essere redatto per iscritto a pena di nullità, deve riprodurre l'intero contenuto dell'obbligazione informativa come descritta dall'art. 71 (relativa appunto ai termini essenziali della negoziazione, compresi i diritti del consumatore) e deve indicare l'identità, il luogo di residenza e la firma delle parti; la data e il luogo di conclusione del contratto (art. 72, comma 5). Prima della conclusione del contratto l'operatore informa il consumatore dell'esistenza del diritto di recesso, della durata del periodo di cui all'art. 73, del divieto di versare acconti durante il suddetto periodo, come stabilito dall'art. 76<sup>71</sup>.

Il recesso è libero, senza corrispettivo e va esercitato mediante dichiarazione scritta che assicuri la spedizione entro il termine. Esso pone fine all'obbligo delle parti di

<sup>69</sup> Il consumatore dovrà pagare al fornitore l'importo del servizio effettivamente prestato e restituire qualunque altro bene o importo ricevuti entro trenta giorni dalla comunicazione di recesso. Il fornitore rimborserà, entro trenta giorni dalla ricezione della comunicazione di recesso, tutti gli importi versati dal consumatore, ad eccezione, appunto di quello relativo al servizio erogato. Tale compenso lungi dal rappresentare una penalità o un corrispettivo per l'esercizio, indennizza il professionista per il servizio reso, stante la sua naturale irripetibilità e la espressa richiesta da parte del consumatore di esecuzione anticipata. Pertanto, sarebbe naturale che il recesso avesse effetto *ex nunc*, in modo da non gravare il consumatore di alcun costo. Costo che però è dovuto se è stato il consumatore a richiedere in anticipo l'esecuzione.

Il fornitore non potrà esigere l'importo relativo al servizio prestato se non ha informato il consumatore dell'esistenza di questo onere a suo carico, e se ha dato inizio all'esecuzione senza che il consumatore lo abbia a ciò autorizzato.

<sup>70</sup> Cfr. per tutti P. Filippo Giuggioli, *La multiproprietà*, in *I contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa, cit., 1287 ss., ivi riferimenti.

<sup>71</sup> Le clausole riprodottrici di tali informazioni devono essere sottoscritte separatamente dal consumatore al momento della firma del contratto (art. 72, comma 6), proprio per richiamare la sua attenzione sul diritto di cui non può essere privato e che ha la funzione di consentirgli una effettiva valutazione dell'opportunità e della convenienza dell'affare.

eseguire il contratto e ha effetto *ex nunc* perché il consumatore non deve in alcun modo versare acconti o somme in garanzia prima del decorso del termine per l'esercizio del recesso.

Anche per il diritto di recesso concesso al consumatore nell'ambito dei contratti di credito al consumo<sup>72</sup>, è confermato ampiamente il suo legame con l'informazione precontrattuale, sebbene in tale sede essa non sia ancorata ad un obbligo specifico che ne elenca in maniera dettagliata il contenuto. L'art. 124, comma 1, d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385, infatti, contiene un generico obbligo di informazione a carico del finanziatore o dell'intermediario di credito non specificato appunto nel suo contenuto, ma comunque individuabile. Il finanziatore deve rendere al consumatore tutte le informazioni necessarie per consentirgli il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, al fine di prendere una decisione consapevole in merito alla conclusione del contratto. Il legislatore ha voluto palesare il forte legame tra informazione, recesso e scelta consapevole, a conferma della funzione dell'informazione precontrattuale e del recesso, destinati a consentire al consumatore di assumere una scelta pienamente maturata e soddisfacente.

Le informazioni devono essere rese su supporto cartaceo o altro mezzo durevole prima che il consumatore sia vincolato da un contratto o da un'offerta. L'obbligo è adempiuto mediante consegna del modulo contenente le "Informazioni europee di base sul credito ai consumatori". Se è adottato un mezzo di comunicazione a distanza che non consente di fornire le informazioni preventivamente, il modulo può essere consegnato immediatamente dopo la conclusione del contratto (art. 124, commi 2 e 3).

Il consumatore può recedere entro quattordici giorni dalla conclusione del contratto o dal giorno in cui riceve tutte le informazioni di cui all'art. 125 *bis*, comma 1, se successivo alla conclusione del contratto. Pertanto il termine per il ripensamento decorre dal momento in cui il consumatore ha opportunamente esaminato i termini della contrattazione e valutato la sua convenienza, cioè da quando ha ricevuto tutte le informazioni idonee a consentirgli una completa rappresentazione dell'operazione economica<sup>73</sup>.

<sup>72</sup> Si veda, da ultimo, A. Costa, *La nuova disciplina del credito ai consumatori*, in *I contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa, cit., 913 ss., ove riferimenti bibliografici. Sul punto cfr. la direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali – da attuare entro il 21 marzo 2016 – la quale collega gli obblighi precontrattuali ad un "periodo di riflessione" cui gli Stati possono assegnare la funzione del recesso o altra funzione.

<sup>73</sup> Il diritto si esercita mediante invio della relativa dichiarazione entro il termine indicato. Entro trenta giorni dall'invio il consumatore deve restituire il capitale e pagare gli interessi. In tal caso la conoscenza da parte del finanziatore ha mera funzione informativa dell'avvenuto esercizio del recesso e conseguente scioglimento del rapporto, non essendoci alcun obbligo restitutorio a suo carico, per aver già provveduto all'esecuzione della sua prestazione mediante il versamento delle somme finanziate che il solo consumatore è tenuto a restituire (art. 125 *ter*).

## 9. Caratteri, natura e funzione del recesso consumeristico

Dall'indagine sin qui condotta emergono chiaramente i caratteri del recesso consumeristico. Si tratta di un diritto: speciale<sup>74</sup>, inderogabile e quindi irrinunciabile, eccezionale, privo di giustificazione causale (cioè libero), gratuito (in quanto non soggetto a corrispettivo), sottoposto ad un termine breve di decadenza, con effetto solutorio del rapporto (tanto *ex nunc*, quanto *ex tunc* a seconda delle circostanze), legato ad un obbligo di informazione strumentale al suo corretto esercizio, collegato agli obblighi precontrattuali di informazione gravanti sul professionista relativi ai termini della contrattazione che contribuiscono a delinearne la *ratio*.

Sono proprio questi caratteri, così come evidenziati, che consentono di individuare la funzione di siffatto strumento di tutela che non è posto a presidio della corretta formazione della volontà<sup>75</sup>.

La previsione di puntuali obblighi d'informazione precontrattuale, il loro adempimento entro la conclusione del contratto, la decorrenza del termine per l'esercizio del recesso dalla conclusione o comunque da quando il consumatore ha ricevuto l'informazione precontrattuale, la previsione di un periodo breve e limitato per l'esercizio del recesso, la gratuità del rimedio sono tutti aspetti derivanti dalla funzione tipica del recesso consumeristico che è quella di accertare la sussistenza dell' "interesse iniziale" effettivo e reale del consumatore alla stipulazione. Infatti, le tecniche e le particolari condizioni della contrattazione potrebbero minare la concreta ponderazione dell'affare e potrebbero ostacolare la complessiva rappresentazione dei termini della contrattazione e della sua convenienza. L'interesse iniziale è considerato tenuto conto della convenienza economica (in termini di rapporto qualità/prezzo), giuridica (intesa come proporzione dei rispettivi diritti ed obblighi contrattuali) e concreta (quale effettiva necessità del bene e del servizio), fattori tutti che concorrono a definire l'idoneità della stipulazione a soddisfare una sussistente esigenza di consumo.

La previsione di obblighi informativi da adempiere prima che il consumatore sia vincolato dalla stipulazione si traduce nella necessità di rappresentargli il panorama complessivo dell'operazione economica, in modo da assegnare al recesso la precipua

<sup>74</sup> Vale a dire riconosciuto ad una sola delle parti in ragione della qualifica contrattuale assunta, legata alla sua condizione di debolezza.

<sup>75</sup> Non c'è processo turbativo della volontà o una sua alterazione perché le particolari tecniche di negoziazione adoperate non possono assurgere a vizi della volontà. Se il legislatore avesse voluto dare tale rilievo avrebbe disposto l'annullamento del contratto ovvero la rescissione, ossia sarebbe intervenuto con strumenti diretti a rimediare ad anomalie dell'atto. Infatti, nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette, stante la tutela di natura amministrativa diretta a sanzionare la scorrettezza della pratica utilizzata, il legislatore fa salva la disciplina generale del contratto in tema di invalidità (art. 19, comma 2, cod. cons.), proprio per evidenziare come alcune pratiche, essendo in grado di incidere sulla volontà a contrarre, necessitano di quella adeguata sanzione civile.

funzione di tutelare la libera e piena determinazione all'atto di consumo. Libera e piena determinazione che riguarda non solo l'effettiva necessità del bene o del servizio, ma anche le condizioni a cui questi vengono offerti.

Pertanto il recesso si presta anche alla funzione di proteggere il consumatore *ex ante* (e non *ex post* come nella disciplina degli artt. 33-38 cod. cons.) dall'utilizzo di clausole vessatorie, dandogli la opportunità di riflettere sull'onerosità dell'impegno che gli viene richiesto, e non ponderato preventivamente, e sulla proporzione dei diritti e obblighi contrattuali, in modo da rifiutare tempestivamente l'offerta per tornare sul mercato alla ricerca di contrattazioni più equilibrate; con ciò inducendo i professionisti ad offrire bene o servizi a condizioni realmente competitive, in quanto più favorevoli per il consumatore.

Dall'indagine appena condotta è possibile rivendicare l'autonomia della figura del recesso consumeristico, che va ad affiancarsi al recesso di diritto comune, inserendosi a pieno titolo nell'ambito dello scioglimento unilaterale del regolamento contrattuale, ma come forma di recesso speciale dotata di una dignità strutturale e funzionale, posta a tutela del contraente debole in ragione di una finalità di consumo<sup>76</sup>. Accanto ai recessi ordinari (determinativi, impugnativi e di pentimento) è possibile inserire il "recesso consumeristico di libera valutazione" che ha l'unica funzione<sup>77</sup>, innanzi specificata, di sciogliere il consumatore da un vincolo contrattuale di cui non ha sufficientemente testato la convenienza<sup>78</sup>.

La previsione di eccezionali ipotesi di esclusione del diritto di recesso, caratterizzate da una mancata esigenza di protezione, incoraggia una lettura unitaria del fenomeno nei termini appena descritti<sup>79</sup>. L'esclusione del diritto di recesso è, infatti,

<sup>76</sup> Siffatto recesso di fonte legale, seppur eccezionale e insuscettibile di applicazione estensiva o analogica, avendo dei tratti e dei caratteri autonomi, ben può essere oggetto di una scelta convenzionale delle parti che possono liberamente prevedere, nell'ambito della contrattazione, l'attribuzione di un recesso di valutazione.

<sup>77</sup> Tra le altre funzioni del recesso del consumatore individuate dalla dottrina vanno annoverate: l'esigenza di protezione da tecniche aggressive di formazione del contratto (M.C. Cherubini, *Tutela del «contraente debole» nella formazione del consenso*, Torino, 2005, 73); la garanzia al consumatore di uno strumento di autotutela per liberarsi da regolamenti non conformi a parametri di razionalità ed efficienza (F. Rende, *Il recesso comunitario dopo l'ultima pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 526), vale a dire di uno strumento per rimediare alla cd. asimmetria di ponderazione che non garantisce un consenso effettivamente libero (R. Alessi, *Consensus ad idem e responsabilità contrattuale*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 120); la possibilità di favorire un rapido ritorno del consumatore insoddisfatto sul mercato (G. Grisi, *Ius poenitendi e tutela del consumatore*, in *Il contratto telematico*, a cura di V. Ricciuto e N. Zorzi, Padova, 2002, 163 ss.).

<sup>78</sup> Pertanto, come già evidenziato, l'unitarietà del recesso consumeristico non è minacciata da alcune note diversificanti, quali la retroattività o meno dell'effetto solutorio, la differente forma e modalità di trasmissione della dichiarazione che sono elementi ininfluenti sull'alterazione della sua struttura e della sua funzione, che rimangono impregiudicate nei loro tratti fondamentali e costitutivi.

<sup>79</sup> Le eccezioni sono quelle di cui agli artt. 59 (nell'ambito dei contratti a distanza e fuori dei locali commerciali) e 67 *duodecies*, comma 5 (nell'ambito dei contratti a distanza di strumenti finanziari).

motivata dalla natura del bene o dalla natura del servizio che non rendono attuale la tutela, ovvero dalle caratteristiche tipiche della contrattazione che lasciano trasparire una piena determinazione del consumatore a contrarre: in tutte le ipotesi previste come eccezionali è comunque rinvenibile un reale interesse iniziale alla stipulazione, non sussistendo elementi che possano turbare la spontanea e matura consapevolezza dell'esigenza di consumo<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> Confermano che si tratta di ipotesi in cui è presente una piena determinazione del consumatore a contrarre le lettere *a)*, *c)*, *b)*, *m)* dell'art. 59, comma 1. Mentre le lettere *b)*, *d)*, *e)*, *ff)*, *g)*, *i)*, *l)*, *o)* della norma richiamata riguardano l'esclusione basata sulla natura del bene o del servizio. Fattori questi che non rendono attuale l'esigenza di protezione del consumatore.

# La restituzione delle prestazioni di fare nella patologia del contratto

di Matteo Dellacasa

*SOMMARIO: 1. La restituzione delle prestazioni di fare quale approdo dei rimedi contrattuali: opportunità di un'indagine differenziata. – 2. Restituzione delle prestazioni di fare e risoluzione per inadempimento: quando lo scioglimento del contratto è imputabile al committente... – 3 ...e quando, invece, è imputabile al debitore della prestazione "di fare". – 4. Segue. Due possibili obiezioni. – 5. Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e restituzioni. Una riflessione conclusiva su indebito e arricchimento senza causa. – 6. Quando il contratto è affetto da un vizio "genetico": le restituzioni conseguenti alla nullità. – 7. Segue. Annullabilità e rescissione.*

## 1. La restituzione delle prestazioni di fare quale approdo dei rimedi contrattuali: opportunità di un'indagine differenziata

Quando il contratto comporta la realizzazione di opere o la fornitura di servizi – e la sua esecuzione è stata intrapresa – il venir meno del rapporto conseguente all'applicazione di un rimedio legale implica la necessità di restituire al *solvens* una prestazione "di fare".

In questa ipotesi l'oggetto dell'obbligazione restitutoria non è un bene – una *res* che a seguito dell'esecuzione della prestazione conserva una sua autonomia dal patrimonio delle parti – ma un'attività finalizzata a soddisfare un interesse del creditore, sicché la restituzione avviene necessariamente per equivalente. Occorre, dunque, identificare criteri che consentano di determinare correttamente l'equivalente pecuniario della prestazione eseguita.

Già ad un primo esame il quadro appare complesso, in quanto la gamma delle soluzioni astrattamente possibili è piuttosto ampia. La realizzazione di un'opera o la prestazione di un servizio si riflettono diversamente sul patrimonio delle parti: l'esecuzione della prestazione apporta un *vantaggio* al creditore, mentre implica un *costo* per il debitore. Se poi si adotta una prospettiva oggettiva, incentrata sul valore della prestazione, quest'ultimo può essere determinato sulla base del *corrispettivo pattuito nel contesto del contratto* o, in alternativa, sulla base del *prezzo di mercato*.

Se per ipotesi un appaltatore si è obbligato a compiere un'opera o a prestare un servizio per un corrispettivo di 100 e a causa di una controversia con il committente che sfocia nell'applicazione di un rimedio legale interrompe l'esecuzione del con-



tratto quando ha eseguito il 40% del lavoro, l'equivalente della prestazione eseguita può essere astrattamente determinato:

- i) nella misura del *costo* sostenuto (per ipotesi, 30);
- ii) in considerazione del *valore della prestazione rapportato al prezzo contrattuale* (40, essendo stati eseguiti i 4/10 dell'opera);
- iii) in relazione al *valore della prestazione rapportato al prezzo di mercato* (per ipotesi 32, essendo il prezzo di mercato dell'intera opera 80: 40% di 80=32)
- iv) nella misura del *vantaggio che il creditore può ricavare dalla prestazione* (per ipotesi 5, essendo la prestazione parzialmente eseguita di utilità minima per il creditore).

La situazione è radicalmente diversa da quella che vede il *solvens* consegnare alla controparte un bene destinato ad essergli restituito "in natura": quando ad essere eseguita è una prestazione "di fare", la realtà empirica non indirizza il funzionamento del meccanismo restitutorio, che invece richiede all'interprete di effettuare una scelta. In questa sede, si vuole offrire un contributo all'individuazione dei criteri che governano la restituzione delle prestazioni di fare: come si vedrà, la selezione di tali criteri richiede necessariamente una valutazione differenziata, in quanto il regime delle restituzioni deve risultare coerente con la disciplina e la funzione dei rimedi contrattuali di volta in volta applicati.

In giurisprudenza e nei contributi dottrinali che si allineano alla tradizione, il problema viene usualmente affrontato in una prospettiva incentrata sulle fonti non contrattuali delle obbligazioni, e segnatamente sul binomio ripetizione dell'indebitto-arricchimento senza causa. Ad una prima opinione, che riconduce la restituzione delle prestazioni di fare alla disciplina dell'indebitto (artt. 2033 ss. c.c.)<sup>1</sup>, si contrappone un indirizzo interpretativo in base al quale il *solvens* sarebbe legittimato ad esercitare un'azione di arricchimento senza causa (artt. 2041 ss. c.c.)<sup>2</sup>. I due orienta-

<sup>1</sup> Cfr. M. Bianca, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, 2ª ed., Giuffrè, 2012, p. 314 s.; C. Menichino, *I rapporti tra ripetizione d'indebitto e arricchimento senza causa*, in G. De Nova (a cura di), *Le restituzioni contrattuali*, Cedam, 2012, p. 94; E. Moscati, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 435 ss.; Id., in L. Aru, E. Moscati, P. D'Onofrio, *Gestione di affari, Pagamento dell'indebitto, Arricchimento senza causa, Artt. 2028-2042*, 2ª ed., in *Comm. Scialoja-Branca, Zanichelli-Ed.* Foro it., 1981, p. 166 ss.; Id., voce *Indebito*, in *Enc. dir.*, XXI, Giuffrè, 1971, p. 86, testo e nt. 16; A. Albanese, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Cedam, 2005, p. 464 ss.; D. Maffei, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Giuffrè, 1999, p. 60 ss., spec. 76; U. Breccia, *Il pagamento dell'indebitto*, in *Tratt. Rescigno*, 9, I, 2ª ed., Utet, 1999, p. 929 ss.; Id., voce *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, 1989, p. 2 s.; Id., *La ripetizione dell'indebitto*, Giuffrè, 1974, p. 42 s.; P. Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, Giuffrè, 1962, p. 28.

<sup>2</sup> Cfr. V. Roppo, *Il contratto*, 2ª ed., in *Tratt. Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2011, p. 887; A.M. Benedetti, *Chi esegue male si tiene il compenso? La retroattività della risoluzione nei contratti professionali*, in *Danno resp.*, 2005, p. 526; R. Sacco, *Le risoluzioni per inadempimento*, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, II, in *Tratt. Sacco*, Utet, 2004, p. 671; D. Carusi, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Tratt. Perlingieri*, Esi, 2004, p. 230; P. Rescigno, voce *Ripetizione dell'indebitto*, in *Noviss. Dig.*, XV, Utet, 1968, p. 1226. A tale opinione ha aderito



menti assegnano una diversa estensione alla nozione di «pagamento» che la disciplina dell'indebito assume a presupposto: mentre il primo identifica il pagamento (non dovuto) con l'esecuzione di una qualsiasi prestazione, il secondo lo ravvisa esclusivamente nella dazione di denaro o nella consegna di beni, con la conseguenza che la restituzione delle prestazioni di fare, sottratta all'indebito, può essere ottenuta solo ai sensi dell'art. 2041 c.c.

Entrambe le soluzioni, tuttavia, comportano notevoli inconvenienti. Per limitarci a ricordare, qui, i due aspetti più eclatanti, la disciplina dell'indebito attribuisce rilevanza decisiva alla buona o mala fede dell'*accipiens*: la rilevanza dello stato soggettivo di quest'ultimo appare, tuttavia, scarsamente compatibile con la funzione delle restituzioni contrattuali, che anziché premiare l'integrità morale delle parti sono finalizzate a neutralizzare gli spostamenti patrimoniali effettuati in esecuzione del contratto<sup>3</sup>. Se invece si riconduce l'obbligazione restitutoria dell'*accipiens* all'arricchimento senza causa, che limita la misura dell'indennizzo dovuto alla minor somma tra il suo arricchimento e l'impovertimento del *solvens* (art. 2041 c.c.), si configura una disparità di trattamento difficilmente giustificabile<sup>4</sup>. Quando ad essere eseguita è una prestazione "di dare", il creditore risponde in base alla disciplina dell'indebito, che impone la restituzione del bene ricevuto o del suo valore. Quan-

---

anche chi scrive, con particolare riferimento alla risoluzione per inadempimento, sia pure osservando che qualora – come avviene di frequente – il rimedio sia attivato dal committente (cliente), la disciplina dell'indebito e quella dell'arricchimento senza causa tendono a convergere verso il medesimo risultato: l'equivalente pecuniario della prestazione male eseguita viene identificato con l'utilità – spesso modesta, o addirittura nulla – che il creditore ne ha ricavato (la conclusione coincide con quella raggiunta *infra*, § 3). V., volendo, M. Dellacasa, *Gli effetti della risoluzione*, in *Tratt. contratto*, diretto da V. Roppo, V, *Rimedi-2*, Giuffrè, 2006, p. 391 s. L'opinione trova riscontro nella trattazione di U. Carnevali, in U. Carnevali, E. Gabrielli, M. Tamponi, *La risoluzione*, nel *Tratt. Bessone*, XIII, Giappichelli, 2011, p. 199.

<sup>3</sup> In questa prospettiva v., sia pure con accenti diversi, L. Guerrini, *Restituzioni e risoluzione del contratto*, in A. D'Angelo (a cura di), *Le obbligazioni restitutorie*, Giappichelli, 2015, p. 76 ss.; Id., *Le restituzioni contrattuali*, Giappichelli, 2012, p. 12 ss.; Id., *Risoluzione per inadempimento e restituzioni*, nel *Tratt. Resp. Contr.*, diretto da G. Visintini, I, *Inadempimento e rimedi*, Cedam, 2009, p. 478 ss.; A. Di Majo, *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, 2009, p. 248; Id., *La tutela civile dei diritti*, 4<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2003, p. 349; Id., *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, p. 309 ss.; B. Cortese, *Indebiti solutio e arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, Cedam, 2009, p. 174; A. D'Adda, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 537 ss.; A. Nicolussi, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento: un'indagine sul danno non aquiliano*, Giuffrè, 1998, p. 144; A. Luminoso, in A. Luminoso, U. Carnevali, M. Costanza, *Della risoluzione per inadempimento*, *Artt. 1453-1454*, Zanichelli-Ed. Foro it., 1990, p. 405 ss.

<sup>4</sup> Cfr. L. Guerrini, *Restituzioni e risoluzione del contratto*, cit. nt. prec., p. 93; C. Menichino, *I rapporti tra ripetizione d'indebito e arricchimento senza causa*, cit. nt. 1, p. 94; E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, Giuffrè, 2010, p. 220. Nello stesso senso v. U. Breccia, *Il pagamento dell'indebito*, cit. nt. 1, p. 930, il quale sottolinea «l'esigenza di risalire, per quanto possibile, a comuni criteri direttivi, tali da assicurare al *solvens* una tutela tendenzialmente uniforme per tutte le ipotesi di prestazione non dovuta».

do, invece, la prestazione consiste in un “fare”, il debito restitutorio assume la forma di un indennizzo che compensa il minore tra l’impoverimento del *solvens* e l’arricchimento dell’*accipiens*: il favore accordato a quest’ultimo non appare tuttavia giustificato dalla semplice circostanza che la prestazione abbia ad oggetto un’opera o un servizio piuttosto che la consegna di un bene o di una somma di denaro.

L’analisi della giurisprudenza conferma che i due istituti non sono idonei a governare efficacemente la restituzione delle prestazioni di fare: i giudici li utilizzano per giustificare il ricorso a criteri che ritengono ragionevoli alla luce della fattispecie concreta, ma che a ben vedere risultano autonomi dal dato normativo. Nella giurisprudenza più recente prevale l’orientamento favorevole a ricondurre la restituzione delle prestazioni di fare nell’ambito dell’arricchimento senza causa<sup>5</sup>: la misura della restituzione, tuttavia, non viene identificata con la minor somma tra l’arricchimento dell’*accipiens* e l’impoverimento del *solvens* – come, invece, dovrebbe avvenire se la disciplina dell’istituto venisse effettivamente applicata – ma, piuttosto, determinata sulla base di criteri autonomi dal dato normativo, il più rilevante dei quali fa riferimento al valore di mercato della prestazione<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> È quanto si osserva, in particolare, in relazione alla restituzione delle prestazioni di fare conseguente alla declaratoria di nullità del contratto; come si è osservato in dottrina (E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, cit. nt. prec., p. 199), invece, quando le restituzioni conseguono alla risoluzione per inadempimento i giudici non sembrano avvertire la necessità di fondare le soluzioni adottate sul pagamento dell’indebito o sull’arricchimento senza causa, ed applicano senz’altro criteri autonomi dalla disciplina dei due istituti. Tra le sentenze che fanno espresso riferimento all’art. 2041 c.c., cfr. Cass., 21 marzo 2014, n. 6747, per esteso in *Pluris*; Cass., 27 gennaio 2009, n. 1875, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Arricchimento senza causa*, 20; Cass., sez. un., 11 settembre 2008, n. 23385, in *Foro it.*, 2009, I, c. 3413, in *Giur. it.*, 2009, p. 1798, in *Corr. giur.*, 2009, p. 59, con nota di A. Di Majo, *Danno e mancato profitto nell’arricchimento senza causa* ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 313, con nota di F. Del Grosso, *La fine di una decennale questione: il ruolo del lucro cessante nell’azione di arricchimento*; Cass., 28 ottobre 2005, n. 21079, in *Contratti*, 2006, p. 387; Cass., 16 giugno 2005, n. 12850, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Arricchimento senza causa*, 15; Cass., 29 marzo 2005, n. 6570, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 936; Cass., 24 novembre 2003, n. 17860, in *Arch. civ.*, 2004, p. 1070; Cass., 23 luglio 2003, n. 11454, in *Guida dir.*, 2003, f. 42, p. 43; Cass., 18 luglio 2002, n. 10427, in *Arch. civ.*, 2003, p. 519; Cass., 11 febbraio 2002, n. 18884, in *Danno resp.*, 2004, p. 276, con nota di M. Chiarolla, *Fattispecie complesse e arricchimento senza causa della pubblica amministrazione*; Cass., 2 settembre 1998, n. 8722, in *Contratti*, 1999, p. 29, con nota di C. Mucio, *Appalto pubblico e azione di indebito arricchimento* (dove, peraltro, il *solvens* non aveva eseguito un’opera o prestato un servizio, ma aveva fornito delle merci ad un ente pubblico, il quale avendole utilizzate non era in grado di restituirle); Cass., 5 agosto 1996, n. 7136, in *Giur. it.*, 1997, I, c. 439; Cass., 12 aprile 1995, n. 4192, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1716; Cass., sez. un., 19 ottobre 1990, n. 10183, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 281; Cass., 18 agosto 1990, n. 8410, in *Rep. Foro it.*, 1990, *Comune*, 266; Cass., 29 maggio 1986, n. 3627, in *Rep. Foro it.*, 1986, *Arricchimento senza causa*, 6 (vale la stessa precisazione fatta in relazione a Cass., 2 settembre 1998, n. 8722, cit.). In senso contrario v. Cass., 23 maggio 1987, n. 4681, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2366, con nota redazionale di R. Pardolesi; Trib. Torino, 14 aprile 1984, in *Giur. piem.*, 1985, p. 155 ed in *Pluris* (s.m.).

<sup>6</sup> Cfr. Cass., 28 ottobre 2005, n. 21079; Cass., 11 febbraio 2002, n. 18884; Cass., 2 settembre 1998, n. 8722; Cass., 12 aprile 1995, n. 4192; Cass., 29 maggio 1986, n. 3627, tutte cit. nt. prec.; Cass., 17 novembre 1984, n. 5833, in *Rep. Foro it.*, 1984, *Contratti della p.a.*, 104; T.A.R. Sicilia, 8 luglio 1996, n. 1014, in *Foro*

L'impostazione tradizionale, incentrata sulle fonti non contrattuali delle obbligazioni, ha un'implicazione ulteriore: le soluzioni proposte sono tendenzialmente uniformi, non differenziate in considerazione del rimedio applicato. Siccome indebito e arricchimento senza causa presuppongono, rispettivamente, un pagamento non dovuto e un arricchimento ingiustificato, il funzionamento dei due istituti risulta insensibile al regime e alla funzione dei rimedi contrattuali. Nell'ottica del diritto delle obbligazioni – necessariamente “astratta” dalle vicende che interessano il contratto – le restituzioni conseguenti alla nullità rispondono ai medesimi criteri delle restituzioni rese necessarie dalla risoluzione per inadempimento. In questa prospettiva, perde significato un dato che assume invece rilevanza decisiva se si guarda al contratto: mentre nel primo caso (nullità) la legge non riconosce alcun effetto all'accordo, disattendendo la pretesa della parte interessata alla sua attuazione, nel secondo (risoluzione) lo scioglimento del rapporto è previsto in alternativa all'esercizio dell'azione di adempimento e risulta compatibile con il risarcimento del danno, a sua volta quantificato in modo tale da collocare la parte fedele nella situazione in cui si sarebbe trovata se il contratto fosse stato eseguito (art. 1453 c.c.).

Nella dottrina più recente, l'impostazione qui sintetizzata è stata assoggettata a revisione critica. Da un lato, le analisi svolte evidenziano che – se posti a confronto con la disciplina dei rimedi contrattuali applicati “a monte” – ripetizione dell'indebito e arricchimento senza causa presentano problemi di compatibilità così rilevanti da non poter orientare efficacemente il regime delle restituzioni<sup>7</sup>. Lo conferma proprio la ricognizione del diritto applicato, dove i due istituti – spesso richiamati nel contesto delle motivazioni per fornire alla pronuncia di condanna un fondamento normativo – vengono disapplicati a favore di criteri extralegali quando si tratta di determinare l'oggetto dell'obbligazione restitutoria. Dall'altro, si sostiene la necessità di raccordare il regime delle restituzioni con quello dei rimedi contrattuali che ne costituiscono il presupposto<sup>8</sup>. In quest'ottica, i criteri applicabili per determinare l'equivalente pecuniario delle prestazioni non restituibili in natura non sono indif-

---

*amm.*, 1997, p. 914. *Contra*, Cass., sez. un., 11 settembre 2008, n. 23385, cit. nt. prec., in relazione alla quale v., *infra*, § 6; Cass., 14 marzo 1983, n. 1890, in *Rep. Foro it.*, 1983, *Arricchimento senza causa*, 9. Per una soluzione intermedia, cfr. Cass., 29 marzo 2005, n. 6570, cit. nt. prec. (confermata la sentenza di merito che, in considerazione dell'attività ordinariamente svolta dal professionista, aveva determinato l'oggetto dell'obbligazione restitutoria nella misura dei due terzi delle parcelle da lui fatturate all'ente pubblico committente). Il rilievo espresso nel testo sintetizza le analisi di E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, cit. nt. 4, p. 205 ss., e di D. Maffei, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Giuffrè, 1999, p. 60 ss.

<sup>7</sup> V., *supra*, ntt. 3, 4.

<sup>8</sup> L'indicazione è espressa da E. Bargelli, *Rimedi contrattuali e restituzioni*, in AA. VV., *Le azioni di restituzione da contratto*, Giuffrè, 2012, p. 13 ss.; Id., *Il sinallagma rovesciato*, cit. nt. 4, *passim*, spec. pp. 419 ss., 449 ss. In una prospettiva analoga si collocano i contributi di L. Guerrini, *Restituzioni e risoluzione del contratto*, cit. nt. 3, p. 96 ss. e *Le restituzioni contrattuali*, cit. nt. 3, *passim*, spec. pp. 74 ss., 161 ss.

ferenziati e astratti – vale a dire, insensibili alle vicende che interessano il rapporto contrattuale – ma meritano di essere adattati alle caratteristiche strutturali e funzionali dei rimedi rispettivamente applicati. Su questa base, si mette in discussione l'attitudine "eguagliante" del binomio ripetizione dell'indebito-arricchimento senza causa, ed affiora chiaramente la consapevolezza del fatto che il regime delle restituzioni conseguenti alla nullità del contratto e quello delle restituzioni derivanti dalla risoluzione per inadempimento risultano necessariamente differenziati<sup>9</sup>.

La prospettiva che qui adotteremo si pone in sintonia con questo secondo indirizzo dottrinale. Da un lato, la disciplina del contratto offre spunti assai più rilevanti di quella delle obbligazioni per ricostruire il regime delle restituzioni conseguenti all'applicazione di un rimedio legale: alludiamo, qui, non solo al contratto in generale, ma anche ai contratti tipici riconducibili all'archetipo della *locatio operis*<sup>10</sup>. Dall'altro, quando l'esecuzione del contratto è stata intrapresa le restituzioni costituiscono parte integrante della tutela offerta da un dato rimedio: è ragionevole, allora, che a rimedi eterogenei corrispondano regimi restitutori nettamente differenziati. I rimedi contrattuali non designano entità realmente esistenti, non essendo riscontrabile nella realtà empirica un *quid* che corrisponda a nullità, annullabilità, rescissione, risoluzione. Essi operano istituendo un collegamento tra una pluralità disgiuntiva di fattispecie condizionanti<sup>11</sup> e una pluralità cumulativa di conseguenze giuridiche, tra le quali vanno annoverate le restituzioni delle prestazioni eseguite in attuazione del contratto<sup>12</sup>. Se dunque le restituzioni costituiscono l'approdo (o meglio, uno degli approdi possibili) del rimedio, il loro regime deve essere necessaria-

<sup>9</sup> Nitidamente, sul punto, L. Guerrini, *Le restituzioni contrattuali*, cit. nt. 3, pp. 74, 161.

<sup>10</sup> Cfr. G. De Nova, *Il contratto e le restituzioni*, in Id. (a cura di), *Le restituzioni contrattuali*, cit. nt. 1, p. 3 ss., il quale osserva che la disciplina dei contratti tipici integra il regime delle restituzioni in modo più significativo di quella delle obbligazioni e del contratto in generale.

<sup>11</sup> Esemplicando: per la risoluzione, l'inadempimento di non scarsa importanza, l'inadempimento oggettivamente lieve ma previsto da una clausola risolutiva espressa, la scadenza del termine essenziale ecc.; per la nullità, la mancanza di causa, l'illiceità dell'oggetto ecc.; per l'annullabilità, l'errore essenziale e riconoscibile, il dolo determinante ecc.

<sup>12</sup> Come molti altri vocaboli che compongono il lessico del diritto civile, i termini che designano i rimedi contrattuali non indicano entità effettivamente esistenti, ma svolgono una funzione che è stata incisivamente definita sistematica: per mezzo di essi, infatti, «una pluralità cumulativa di conseguenze giuridiche è connessa con una pluralità disgiuntiva di fatti condizionanti»: così A. Ross, *Tù-Tù*, ora in U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Ed. Comunità, 1976, p. 175. Dello stesso A., cfr. *La definizione nel linguaggio giuridico*, *ivi*, p. 199 ss. Sul punto v. anche K. Olivecrona, *Linguaggio giuridico e realtà*, ora in U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, cit., p. 239 ss., ed in particolare p. 282. Altri Autori adottano il termine «ipostasi»: operando quali «connettori sistematici», le ipostasi istituiscono un collegamento tra «più fattispecie, tra loro alternative» e «più conseguenze, tra loro cumulative». Così, L. Lantella, R. Caterina, *Se X, allora Y. I. L'universo della regola*, Giappichelli, 2009, pp. 64-66. Con particolare riferimento alla funzione sistematica (ovvero, ipostatica) del vocabolo «risoluzione» v., volendo, M. Dellacasa, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, p. 44 ss.

mente compatibile con i presupposti e le funzioni della tutela offerta dalla legge; e siccome tali presupposti e funzioni risultano nettamente differenziati, anche il regime delle restituzioni non potrà risultare uniforme, ma assumerà una fisionomia differente in considerazione del rimedio applicato.

A tale punto di vista si potrebbe obiettare che, per quanto il compito sia difficile, ricondurre le restituzioni contrattuali alla ripetizione dell'indebitto o all'arricchimento senza causa è necessario per fornire un fondamento normativo all'azione del *solvens* e alla conseguente sentenza di condanna destinata ad essere pronunciata nei confronti dell'*accipiens*. L'operazione tuttavia, non appare imprescindibile neppure in un'ottica rigorosamente giuspositivistica. La legittimazione del *solvens* ad ottenere la restituzione della prestazione si ricava, infatti, dal principio in base al quale ogni spostamento patrimoniale deve essere sorretto da un'ideale ragione giustificativa<sup>13</sup>. Quest'ultima manca quando gli effetti del contratto vengono meno o risultano nulli a seguito dell'applicazione di un rimedio legale, sicché le prestazioni effettuate in attuazione dell'accordo, divenute prive di causa, devono essere restituite a chi le ha eseguite. In questa prospettiva, libera dall'ingombrante mediazione del binomio indebitto-arricchimento senza causa, è ragionevole che il regime delle restituzioni, anziché fisso e uniforme, sia duttile e adattabile alla disciplina del rimedio applicato.

## **2. Restituzione delle prestazioni di fare e risoluzione per inadempimento: quando lo scioglimento del contratto è imputabile al committente...**

Consideriamo, in primo luogo, la restituzione delle prestazioni di fare conseguente alla risoluzione per inadempimento. Quando il contratto è valido, ed una delle parti non lo esegue esattamente, l'altra può chiedere la sua condanna ad adempiere ed ottenere, così, l'attuazione coattiva del rapporto (art. 1453 c.c.). Coerentemente, se – stante la gravità dell'inadempimento (art. 1455 c.c.) – la parte fedele si orienta verso la risoluzione, può contestualmente ottenere il risarcimento del danno, commisurato all'interesse positivo (artt. 1453, comma 1°; 1223 c.c.). Risoluzione e risarcimento tutelano il creditore "per equivalente", realizzando un risultato corrispondente a quello che sarebbe derivato dall'attuazione dello scambio; quando il funzionamento dei due rimedi è ottimale, per la parte fedele è indifferente ricevere la prestazione attesa o, al contrario, sciogliere il rapporto malfunzionante e conseguire il risarcimento del danno derivante dalla sua mancata attuazione<sup>14</sup>. È appena

<sup>13</sup> Principio desumibile per *analogia iuris* anche, ma certamente non solo, dalla disciplina dell'indebitto e dell'arricchimento senza causa: v. infatti, artt. 1325, n. 2, 1418, 1988 c.c. Per un'analisi approfondita delle implicazioni del «principio causalistico» si rinvia ad A. D'Angelo, *Giustificazione causale della prestazione e restituzioni*, in Id. (a cura di), *Le obbligazioni restitutorie*, Giappichelli, 2015, p. 1 ss.

<sup>14</sup> Per ricordare le parole di un noto autore statunitense, «*the remedial regime for breach of bargain contracts*

il caso di aggiungere che per ottenere la condanna ad adempiere o la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno il creditore non deve risultare a sua volta inadempiente: la controparte, altrimenti, potrebbe contrastare efficacemente le azioni esercitate nei suoi confronti opponendo eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.). Il vincolo contrattuale, dunque, si impone non solo al debitore convenuto in giudizio, ma anche al creditore che invoca la tutela legale.

In base alla visione tradizionale del rapporto tra i due rimedi, la tutela dell'interesse positivo è affidata al risarcimento del danno, determinato in modo tale da collocare il contraente deluso nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato attuato; la risoluzione, invece, si limita a cancellare gli effetti del contratto, liberando le parti dalle obbligazioni assunte e giustificando la restituzione delle prestazioni eseguite. In quest'ottica, mentre il rimedio risarcitorio riproduce i termini dello scambio inattuato, quello risolutorio demolisce il rapporto interessato dall'inadempimento, riportando le parti alla situazione in cui si trovavano quando hanno concluso il contratto<sup>15</sup>.

Recentemente, tuttavia, affiora la consapevolezza del fatto che *entrambi* i rimedi concorrono a proteggere l'interesse positivo della parte fedele al contratto<sup>16</sup>. Se in

---

*should make promisees indifferent between performance and legal relief*: così M.A. Eisenberg, *Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law*, 93 *Calif. L. Rev.*, 977 (2005). Nel contesto italiano, l'opinione che identifica il risarcimento del danno da risoluzione con quello dell'interesse positivo trova riscontro in primo luogo nei contributi di P. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Giuffrè, 2010, p. 83 ss.; Id., *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 637 ss. Nello stesso senso appare orientata la dottrina maggioritaria, non solo italiana: per ulteriori riferimenti sia consentito rinviare a M. Dellacasa, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Giappichelli, 2013, p. 73 ss. Va segnalato, peraltro, che secondo un orientamento minoritario il creditore sarebbe legittimato a domandare congiuntamente alla risoluzione del contratto il risarcimento dell'interesse negativo: cfr. A. Montanari, *Il danno da risoluzione*, Jovene, 2013, *passim*, spec. p. 117 ss.; Id., *Risoluzione del contratto e risarcimento dell'interesse negativo*, in *Eur. Dir. priv.*, 2010, p. 785 ss.; A. Luminoso, in A. Luminoso, U. Carnevali, M. Costanza, *Della risoluzione per inadempimento*, cit. nt. 3, p. 359 ss.; M.R. Marella, *La tutela risarcitoria nella risoluzione*, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 369 ss.; G. Gorla, *L'atto di disposizione dei diritti*, Perugia, Tip. Guerriero Guerra, 1937, p. 106 ss; F. Carnelutti, *Sul risarcimento del danno in caso di risoluzione del contratto bilaterale per inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, II, p. 330. Per una valutazione critica di questa opinione si rinvia a G. Villa, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Tratt. contratto*, diretto da Roppo, V, *Rimedi-2*, a cura di V. Roppo, Giuffrè, 2006, p. 934 ss.

<sup>15</sup> Tale punto di vista, peraltro, viene riproposto anche nel contesto di contributi dottrinali recenti. M. Ambrosoli, *Le restituzioni nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in G. De Nova (a cura di), *Le restituzioni contrattuali*, cit. nt. 1, p. 182 ss., ravvisa il «significato pregnante» della risoluzione «nella ricostituzione naturalistica dello *status quo ante*» (p. 183), sicché quando tale risultato non può essere materialmente ottenuto sarebbe preclusa l'operatività del rimedio e delle restituzioni che ne conseguono; G. Sicchiero, *La risoluzione per inadempimento, Artt. 1453-1459*, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, 2007, p. 685 ss., assume che la risoluzione annienti il contratto quale accordo produttivo di effetti, e alla luce di tale premessa critica la diffusa ricostruzione in base alla quale il rimedio scioglie il rapporto senza interferire con l'atto che lo genera.

<sup>16</sup> Cfr. A. Nicolussi, *Le restituzioni de iure condendo*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 797; L. Guerrini, *Le restituzio-*



conseguenza della risoluzione quest'ultima viene collocata in una situazione deteriore rispetto a quella nella quale si sarebbe trovata qualora il contratto fosse stato esattamente eseguito – e, come può accadere, il risarcimento del danno non riesce a compensare questa carenza – il funzionamento di entrambi i rimedi non risulta ottimale. Per il contraente deluso, infatti, non può dirsi indifferente ricevere la prestazione attesa (ed eseguire la controprestazione) o, al contrario, recuperare la prestazione eseguita mediante la risoluzione ed ottenere il risarcimento del danno.

In definitiva, se si condivide l'assunto in base al quale i rimedi contro l'inadempimento tutelano l'interesse positivo, le restituzioni conseguenti alla risoluzione devono essere determinate in modo tale da collocare la parte protetta nella medesima situazione in cui si sarebbe trovata qualora il contratto fosse stato esattamente eseguito. Quando questo non avviene, la tutela per equivalente offerta al contraente deluso non è ottimale: se infatti il risarcimento del danno non supplisce alle carenze del rimedio risolutorio, la protezione offerta dalla legge risulta incompleta.

Occorre, dunque, individuare criteri che consentano di determinare l'equivalente pecuniario delle prestazioni di fare salvaguardando l'interesse positivo della parte fedele al contratto. È tuttavia necessario differenziare l'analisi in considerazione della parte alla quale è imputabile l'inadempimento risolutorio: nell'ambito del presente paragrafo assumeremo che ad essere inadempiente sia il committente, mentre esamineremo nelle pagine immediatamente successive la situazione simmetrica, nella quale lo scioglimento del contratto sia ascrivibile al prestatore d'opera o al fornitore del servizio.

Ebbene, quando la risoluzione consegue all'inadempimento del committente – che per ipotesi non paga il prezzo, od impedisce il completamento del lavoro – al prestatore d'opera deve essere restituito il valore della prestazione eseguita commisurato al corrispettivo contrattuale, fermo restando che egli potrà ottenere a titolo di risarcimento del danno il mancato guadagno. Va dunque condiviso l'indirizzo giurisprudenziale in base al quale l'equivalente pecuniario della prestazione eseguita dall'appaltatore, che ottiene la risoluzione per l'inadempimento del committente, merita di essere rapportato al prezzo contrattuale, e non al suo astratto valore di mercato<sup>17</sup>.

---

*ni contrattuali*, cit. nt. 3, *passim*, spec. pp. 73 ss., 83, 88 ss., 157 ss. e più di recente *Restituzioni e risoluzione del contratto*, cit. nt. 3, pp. 96 ss.; E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, cit. nt. 4, p. 443 ss.

<sup>17</sup> Cfr. Cass., 15 gennaio 2007, n. 738, in *Contratti*, 2007, p. 738, con note di C. Pianese e N. Nezi, *Appalto privato: inadempimento del committente e rimedi dell'appaltatore*; Trib. Roma, 1° giugno 2010, per esteso in *Pluris*; Trib. Mantova, 7 luglio 2008, *ivi*. Fanno invece riferimento al valore di mercato dell'opera eseguita Cass., 24 maggio 2007, n. 12162, per esteso in *Pluris* (la massima ufficiale, che fa riferimento all'«ammontare del corrispettivo originariamente pattuito», è evidentemente mendace: come risulta dalla lettura della motivazione, la S.C. conferma la sentenza di secondo grado che aveva determinato il contenuto dell'obbligazione restitutoria tramite il «computo del valore venale dell'opera...ai prezzi di libero mercato»); Cass., 10

Come si è ricordato la risoluzione, insieme al risarcimento del danno, salvaguarda l'equilibrio economico del contratto, proteggendo l'interesse positivo della parte fedele. Tale equilibrio risulterebbe alterato se il valore della prestazione fosse determinato sulla base di un criterio esterno al contratto qual è il prezzo di mercato. Il regolamento contrattuale è valido ed efficace, e nel contesto di esso il valore dell'opera o del servizio viene determinato mediante la previsione di un dato corrispettivo. Per rispettare l'assetto di interessi validamente concordato dalle parti, l'equivalente pecuniario della prestazione di fare deve essere rapportato al prezzo pattuito nel contesto del contratto risolto<sup>18</sup>.

Qualora, invece, l'interprete facesse riferimento al prezzo di mercato, l'operazione economica concretamente programmata dalle parti e convalidata dalla legge verrebbe sostituita con un diverso affare, parametrato sui valori astrattamente attribuiti alla prestazione dagli operatori economici di un dato settore. La risoluzione non concorrerebbe – insieme al risarcimento – a tutelare l'interesse positivo del prestatore d'opera, collocandolo nella medesima situazione in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato eseguito; proteggerebbe, invece, il suo interesse negativo, riportandolo alla situazione in cui si sarebbe trovato se non avesse concluso il contratto inadempito e avesse conservato la possibilità di scambiare la prestazione sul mercato. L'approdo sarebbe tuttavia incoerente con la disciplina del rimedio. Quando il contratto è valido ed efficace, la legge ne garantisce gli effetti legittimando la parte fedele ad esigerne l'adempimento mediante l'esercizio di un'azione di condanna (art. 1453, comma 1° c.c.); coerentemente, se – al verificarsi di un'alterazione grave del sinallagma – la parte fedele si orienta invece verso la risoluzione e il risarcimento del danno, i due rimedi tendono a collocarla nella stessa situazione in cui si sarebbe trovata qualora il contratto fosse stato esattamente eseguito.

Se si adotta il criterio indicato il committente, quale parte inadempiente, è tenuto a restituire al prestatore d'opera il valore dei lavori eseguiti, rapportato al prezzo contrattuale, a prescindere dalle utilità che ne ha ricavato<sup>19</sup>: esito sintetizzato da un noto autore statunitense con la fortunata formula della “restituzione senza arricchimento” (*restitution without enrichment*)<sup>20</sup>. Effettivamente, l'eventuale differenza tra

---

marzo 1992, n. 2871, in *Rep. Foro it.*, 1992, *Appalto*, 60; App. Palermo, 11 aprile 2012, per esteso in *Pluris*; Trib. Milano, 12 giugno 2012, *ivi*.

<sup>18</sup> Condividiamo, sul punto, l'opinione di L. Guerrini, *Le restituzioni contrattuali*, cit. nt. 3, p. 157 ss.

<sup>19</sup> Per uno spunto in questo senso v. già A. Nicolussi, *Le restituzioni de iure condendo*, cit. nt. 16, p. 804 s.

<sup>20</sup> Cfr. J.P. Dawson, *Restitution Without Enrichment*, 61 *B.U. L. Rev.* 563, 582 ss. (1981). Per avvalorare la sua tesi, in base alla quale il diritto statunitense ammette che un'obbligazione restitutoria possa sorgere anche in assenza di arricchimento dell'*accipiens*, l'A. prende in considerazione fattispecie in cui il contratto prevede l'esecuzione di prestazioni di fare, e la sua mancata attuazione è ascrivibile all'inadempimento della parte committente. Si osserva, allora, che in base a un orientamento univoco quest'ultima deve restituire il valore della prestazione ricevuta anche se non ne ha ricavato alcun concreto vantaggio: «the promisor whose sub-



il valore della prestazione rapportato al prezzo contrattuale e la sua concreta utilità è a carico del committente, obbligato a restituire una somma superiore a quella che esprime il suo arricchimento. La conclusione, tuttavia, è imposta dall'esigenza di proteggere l'interesse positivo del prestatore d'opera: qualora conseguisse la restituzione della prestazione nei soli limiti in cui la stessa è utile per il committente, verrebbe collocato in una situazione peggiore di quella in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato eseguito. In definitiva, se la restituzione fosse commisurata all'arricchimento del committente, a cui è imputabile lo scioglimento del rapporto, la risoluzione non proteggerebbe adeguatamente l'interesse positivo del prestatore d'opera: essendo egli la vittima dell'inadempimento, l'eventuale differenza tra il valore della prestazione rapportato al prezzo contrattuale e l'utilità che ne ha ricavato il committente grava sul patrimonio di quest'ultimo.

L'opinione qui sostenuta, del resto, trova riscontro nella disciplina dei contratti aventi ad oggetto la realizzazione di opere o la prestazione di servizi. Il committente è legittimato a recedere discrezionalmente dall'appalto e dal contratto d'opera, sebbene l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio siano iniziate, con l'obbligo di indennizzare l'appaltatore o il prestatore d'opera «delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno» (artt. 1671, 2227 c.c.). Come si è sostenuto in altra sede, legittimando il committente a recedere discrezionalmente e ponendo a suo carico l'obbligo di risarcire la controparte il legislatore «riveste» di un diritto l'inadempimento risolutorio<sup>21</sup>. Il committente può interrompere senza giusta causa l'attuazione del rapporto contrattuale – ed evitare, così, di sostenere le spese necessarie per il completamento dell'opera o del servizio – ma le conseguenze previste dalla legge a suo carico coincidono con quelle che dovrebbe affrontare se l'appaltatore o il prestatore d'opera ottenessero la risoluzione e il risarcimento del danno;

---

stantial breach derailed the exchange must restore whatever was given or done in response to and in conformity with its terms and it will not matter in the slightest degree whether this had brought profit or advantage to him» (p. 583). Il regime delle restituzioni, infatti, è congegnato in modo tale da garantire alla parte fedele il valore della prestazione eseguita, rapportato ai termini contrattuali: «where performance of a contract has been brought to a halt by one party's breach and restitution is sought by the other, the content of what is to be restored is determined in American decisions not by the law of restitution but by the terms of the contract that is being dismantled. The function of restitution in such a case, as I have said, is to set the gears into reverse – to compel the defaulter to restore, either in kind or in the form of money value, whatever had in the meantime been given or done in response to and in compliance with the agreed exchange. This means that the entire transaction must be viewed from a different perspective, *but that its responsibilities and risks continue to be those assigned by or inherent in the contract itself and, seen in effect through a rearview mirror, they control the content of what is to be restored*» (p. 584, corsivo aggiunto). L'opinione non viene condivisa da chi, altrettanto autorevolmente, ritiene che la *law of restitution* assuma quale imprescindibile presupposto il verificarsi di un arricchimento, riconducendo l'orientamento appena ricordato al diverso ambito dei rimedi contro l'inadempimento: cfr. A. Kull, *Rationalizing Restitution*, 83 *Calif. L. Rev.* 1191 (1995).

<sup>21</sup> V., volendo, M. Dellacasa, *Inadempimento e risarcimento*, cit. nt. 14, p. 58 ss.

avendo sciolto il contratto discrezionalmente – vale a dire, in assenza di un'ideale ragione giustificativa – egli è tenuto a restituire all'appaltatore o al prestatore d'opera le spese sostenute e i lavori eseguiti e a compensarlo del mancato guadagno. Dalle disposizioni citate, dunque, si possono ricavare indicazioni utili per ricostruire la restituzione delle prestazioni di fare conseguenti alla risoluzione, quando l'inadempimento è imputabile al committente<sup>22</sup>.

Ebbene, secondo una diffusa opinione il valore delle «spese sostenute e dei lavori eseguiti» deve essere determinato in relazione al prezzo pattuito dalle parti nel contesto del contratto. La somma dovuta all'appaltatore o al prestatore d'opera a titolo di restituzione delle prestazioni eseguite anteriormente al recesso non è commisurata ai costi effettivamente sostenuti (che possono risultare superiori o inferiori rispetto a quelli originariamente preventivati), né all'arricchimento del committente (che può aver ricavato dalla prestazione un'utilità inferiore o superiore a quella attesa)<sup>23</sup>. L'appaltatore (prestatore d'opera) consegue una somma che rappresenta il valore della prestazione eseguita rapportato al prezzo contrattuale; il risarcimento del danno lucrecessante – che entrambe le disposizioni prevedono espressamente (artt. 1761, 2227 c.c.) – concorre con la restituzione di tale valore a tutelare l'interesse positivo dell'appaltatore (prestatore d'opera), collocandolo nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato eseguito.

Un ulteriore riscontro si desume dalla disciplina del contratto di trasporto di cose. Quando il trasferimento è già iniziato, e non può essere portato a termine per causa non imputabile al vettore, «egli ha diritto...al pagamento del prezzo in proporzione al percorso compiuto, salvo che l'interruzione del trasporto sia dovuta alla perdita totale delle cose derivante da caso fortuito» (art. 1686, comma 3° c.c.). Se dunque la perdita totale delle merci deriva da caso fortuito, il vettore non ha diritto al pagamento del prezzo; se invece è imputabile al creditore della prestazione di trasporto – in quanto è dovuta alla natura delle merci, al loro cattivo imballaggio, al fatto del mittente o al fatto del destinatario (art. 1693 c.c.) – il vettore ha diritto al

<sup>22</sup> Per un riscontro giurisprudenziale, cfr. Cass., 24 gennaio 1979, n. 548, per esteso in *Pluris* (confermata la sentenza di secondo grado che aveva riconosciuto al prestatore d'opera il rimborso delle spese sostenute e il risarcimento del mancato guadagno ai sensi dell'art. 2227 c.c. benché il committente non avesse esercitato il diritto di recesso; lo scioglimento del contratto era tuttavia imputabile allo stesso committente, in quanto il sindaco aveva interrotto i lavori, per ragioni di sicurezza, a causa dell'inadeguatezza del progetto da lui predisposto).

<sup>23</sup> Cfr. V. Di Gregorio, *Recesso e altre sopravvenienze*, in *Tratt. contratti*, diretto da V. Roppo, III, *Opere e servizi-1*, Giuffrè, 2014, p. 553; E. Battelli, *La disciplina del recesso*, in *Tratt. contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, *I contratti di appalto privato*, a cura di V. Cuffaro, Utet, 2011, p. 289 s.; D. Rubino e G. Iudica, *Dell'appalto*, Artt. 1655-1677, 4ª ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli-Ed. Foro it., 2007, p. 501; G. Gabrielli, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Giuffrè, 1985, p. 76 s., nt. 147; D. Rubino, *L'appalto*, 4ª ed., VII, 3, in *Tratt. Vassalli*, Utet, 1980, p. 833.

pagamento della prestazione eseguita in rapporto al prezzo pattuito per l'intero servizio. Assumendo che anche in questa ipotesi la risoluzione operi retroattivamente (art. 1458 c.c.), il pagamento del prezzo in proporzione al percorso compiuto integra la restituzione per equivalente della prestazione di trasporto; ebbene, dal dettato normativo si evince che quando la risoluzione è imputabile al mittente o al destinatario – creditori del servizio – il vettore consegue una somma che rappresenta il valore della prestazione eseguita rapportato al prezzo contrattuale.

### 3. ...e quando, invece, è imputabile al debitore della prestazione “di fare”

Nell'ipotesi, simmetrica rispetto a quella appena considerata, in cui la parte inadempiente è il debitore della prestazione “di fare” (appaltatore, prestatore d'opera), merita di essere tutelato l'interesse positivo del committente. È da ritenere, allora, che egli sia obbligato a restituire la prestazione solo nella misura in cui la stessa contribuisce a soddisfare l'interesse in funzione del quale ha concluso il contratto. A differenza di quanto accade quando l'inadempimento è a lui imputabile, il committente non deve restituire senz'altro il valore dell'opera o del servizio rapportato al corrispettivo contrattuale, ma l'equivalente della prestazione ricevuta *nei limiti in cui essa concorre concretamente a soddisfare l'interesse che lo ha indotto a contrarre*. Se il committente dovesse restituire anche il valore della prestazione che eccede la sua concreta utilità, verrebbe collocato in una situazione peggiore rispetto a quella in cui si sarebbe trovato qualora il contratto fosse stato eseguito: il debito restitutorio, infatti, comprenderebbe un valore che non contribuisce in alcun modo a soddisfare l'interesse in funzione del quale ha concluso il contratto<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Il criterio indicato trova riscontro nella giurisprudenza statunitense: cfr. J.P. Dawson, *Restitution Without Enrichment*, cit. nt. 20, p. 603 s. L'A. osserva che quando la restituzione viene domandata dalla parte inadempiente la sua misura non può eccedere l'utilità della prestazione per l'*accipiens*, che il *solvens* ha l'onere di provare. Come risulta dal passo qui riportato, i casi delineati per illustrare la regola riguardano nuovamente la realizzazione di opere o la prestazione di servizi: «For the present purpose the critical question is what the effect will be of evidence that the defaulter's defective performance produced no gain at all or a gain that was measurably less than either market value or contract price. Some of the themes already considered reappear here but with one crucial difference – responsibility for the deviation or stoppage rests with the one who rendered the partial performance, not with the one who requested it. The effect can be stated shortly: the results described earlier are simply reversed. The architect draws plans that are unusable because of his deviation from firm instructions; an excavator without legal excuse abandons his effort to dig a well, so that it produces none of the fluid desired (oil or water); a builder abandons performance before the job is finished or deviates from specifications far enough to impair the usefulness of the product. In all such cases the enrichment of the innocent party becomes the test. If there is none the defaulter recovers nothing, if its extent is in doubt the burden of proving that enrichment has occurred will so far as feasible be cast on him». Nel contesto italiano, l'adozione del criterio dell'utilità della prestazione è stata prospettata da A.M. Benedetti, *Chi esegue male si tiene il compenso? La retroattività della risoluzione nei contratti professionali*, cit. nt. 1, p. 527, in relazione a fattispecie analoghe a quelle considerate nell'ambito del presente paragrafo: l'A.

L'utilità della prestazione che limita il debito restitutorio del committente non coincide con il suo arricchimento, come viene tradizionalmente inteso in sede di applicazione dell'art. 2041 c.c. La prestazione è utile nella misura in cui *può contribuire* a soddisfare l'interesse dell'*accipiens* in base a un metro di normalità: se poi il suo rendimento risulta inferiore a quello atteso a causa di circostanze interne alla sfera patrimoniale del committente – il cui arricchimento risulta corrispondentemente diminuito – il debito restitutorio non si riduce. In sintesi, il committente non può pretendere una limitazione del debito restitutorio sulla base di fattori idiosincratici, interni alla propria sfera patrimoniale ed organizzativa, che comportano una riduzione del proprio arricchimento. Il limite dell'utilità assume a riferimento da un lato la prestazione effettivamente eseguita, dall'altro l'interesse perseguito dell'*accipiens*: non è rilevante, invece, l'interazione della prestazione con la sfera patrimoniale e organizzativa di quest'ultimo. Così, se un contratto avente ad oggetto la manutenzione di alcuni macchinari industriali viene risolto a causa del ritardo imputabile all'appaltatore – il quale, peraltro, ha parzialmente eseguito il servizio – il committente non può dedurre a fondamento della limitazione la circostanza che gli unici macchinari su cui è stato effettuato l'intervento di manutenzione non sono stati utilizzati a causa di un guasto dell'impianto elettrico dello stabilimento.

Ci si può chiedere, d'altra parte, per quali ragioni l'utilità della prestazione possa risultare inferiore al suo valore, rapportato al prezzo contrattuale. Quest'ultimo viene determinato, al momento della conclusione dell'accordo, assumendo che l'intera prestazione venga esattamente eseguita (prospettiva *ex ante*), mentre l'utilità della prestazione per il committente viene valutata a seguito dell'inadempimento e della conseguente risoluzione del contratto (prospettiva *ex post*). L'inadempimento e la risoluzione possono incidere sull'utilità della prestazione ricevuta dal committente, che risulta ridotta rispetto al valore determinato *ex ante* assumendo che l'intera prestazione sarebbe stata esattamente eseguita<sup>25</sup>. Ipotizziamo che un appaltatore si obblighi a realizzare un sistema informatico per un corrispettivo di 100: se il contratto si risolve quando l'appaltatore ha eseguito il 60% del lavoro, ma non ha fornito al committente una componente essenziale per poter utilizzare il sistema, il valore della prestazione rapportato al prezzo contrattuale è 60 (e tale valore dovrebbe essere restituito all'appaltatore qualora la risoluzione dipendesse dall'inadempimento del committente), mentre l'utilità della prestazione per il committente è 0 (tale sa-

---

analisi, infatti, le restituzioni conseguenti alla risoluzione dei contratti di prestazione d'opera professionale, dove la parte inadempiente sia il professionista intellettuale.

<sup>25</sup> Un chiaro riscontro si desume dai principi internazionali: cfr. *Principles of European Contract Law* (di seguito, PECL), art. 9:306, *Comment*; *Draft Common Frame of Reference* (di seguito, DCFR), art. III – 3:511, *Comment*, B.

rebbe la misura del debito restitutorio del committente se la risoluzione fosse dovuta all'inadempimento dell'appaltatore).

A seguito della risoluzione, d'altra parte, l'utilità della prestazione può risultare ridotta in quanto il committente si vede costretto a sostenere costi per salvaguardare l'opera o assicurarne l'uniformità<sup>26</sup>. Si pensi alle spese necessarie per preservare un'opera edile parzialmente eseguita dagli agenti atmosferici, o ai costi sostenuti dal committente per sostituire gli infissi usati dall'appaltatore, ormai non più reperibili sul mercato, ed assicurare così all'edificio un aspetto uniforme.

È da ritenere che il valore della prestazione rapportato al prezzo contrattuale limiti parimenti la misura della restituzione. Qualora l'utilità della prestazione per il committente sia superiore al suo valore commisurato al prezzo contrattuale, l'appaltatore non può conseguire più di quest'ultimo: altrimenti, pur essendo inadempiente, egli verrebbe paradossalmente premiato dal regime delle restituzioni, che lo collocherebbe in una situazione migliore di quella in cui si sarebbe trovato se avesse eseguito esattamente il contratto. Non solo. Se potesse ottenere in sede restitutoria una somma superiore a quella che rappresenta il valore contrattuale della prestazione eseguita, l'appaltatore si approprierebbe dei profitti che scaturiscono da un'iniziativa del committente: anziché favorire le iniziative economicamente opportune, il regime delle restituzioni tenderebbe a scoraggiarle. Per ricordare, qui, un caso ipotizzato dai redattori dei Principi di diritto europeo dei contratti, se una società incaricata di svolgere indagini nel sottosuolo di proprietà del committente per una durata prefissata individua un giacimento di petrolio o gas naturale per poi interrompere ingiustificatamente il servizio, a seguito della risoluzione del contratto ha diritto di ottenere la restituzione della prestazione eseguita in rapporto al prezzo pattuito per la sua esecuzione, mentre non può pretendere di partecipare ai più elevati ricavi conseguibili dal committente sfruttando il giacimento<sup>27</sup>.

Il criterio proposto trova nuovamente riscontro nella disciplina dei contratti generati dalla matrice della *locatio operis*. Ai termini dell'art. 1672 c.c., se il contratto

<sup>26</sup> Si potrebbe obiettare che i costi a cui si fa riferimento nel testo sono più correttamente riconducibili al risarcimento del danno derivante dall'inadempimento dell'appaltatore. La questione, tuttavia, non sembra essere rilevante sul piano applicativo: riconducendo i costi sostenuti al risarcimento del danno, il committente obbligato a restituire l'equivalente pecuniario della prestazione "di fare" può dedurre in compensazione il credito risarcitorio, così come potrebbe dedurre le spese affrontate a fondamento della riduzione del debito restitutorio. L'incertezza in ordine alla corretta collocazione delle spese funzionali a preservare l'utilità dell'opera emerge dall'analisi dei principi internazionali: mentre il DCFR le configura quale limite al debito restitutorio (art. III – 3:512, comma 3°, lett b), i *Principi Unidroit 2010* (PICC) le prevedono quale oggetto del debito risarcitorio (art. 7.3.6, comma 4°). A parere di chi scrive, è più convincente la soluzione adottata dai redattori del DCFR, che rappresentano le spese quale limite del debito restitutorio: essa riflette in modo più fedele e diretto i lineamenti della fattispecie, in quanto i costi che il committente si vede costretto a sostenere limitano "in prima battuta" l'utilità della prestazione.

<sup>27</sup> Cfr. PECL, art. 9:309, *Comment*, Ill. 4.

di appalto si risolve a causa dell'impossibilità sopravvenuta dell'esecuzione dell'opera non imputabile ad alcuna delle parti, «il committente deve pagare la parte dell'opera già compiuta, *nei limiti in cui è per lui utile, in proporzione al prezzo pattuito per l'opera intera*»; una regola analoga si riscontra nella disciplina del contratto d'opera (art. 2228 c.c.).

Entrambe le disposizioni prevedono quale limite al debito restitutorio del committente l'utilità dell'opera parzialmente eseguita, ma – si potrebbe obiettare – presuppongono che la prestazione sia divenuta impossibile per causa non imputabile a nessuna delle due parti: sembrerebbe, dunque, che il limite dell'utilità della prestazione non possa trovare applicazione quando la risoluzione consegue all'inadempimento dell'appaltatore.

L'impressione, tuttavia, si dissolve se anziché limitare l'attenzione alla lettera della *disposizione* si ricercano le *norme* che essa esprime. Quando l'inadempimento risolutorio è imputabile al committente, egli è tenuto a restituire il valore della prestazione, rapportato al prezzo contrattuale, a prescindere dalla sua utilità<sup>28</sup>. Opportunamente, il legislatore esclude che il limite dell'utilità della prestazione possa operare quando lo scioglimento del contratto è ascrivibile al committente. Se invece l'inadempimento è imputabile all'appaltatore, il committente può ottenere oltre alla risoluzione del contratto il risarcimento del danno commisurato all'interesse positivo: si comprende, allora, perché la non imputabilità dell'impossibilità della prestazione costituisca il presupposto degli artt. 1672 e 2228 c.c., che prevedono esclusivamente la risoluzione del contratto regolamentandone gli effetti. Se ci si concentra su questi ultimi, allora, risulta evidente che a maggior ragione il limite dell'utilità della prestazione risulta giustificato quando lo scioglimento del contratto è imputabile al debitore della prestazione di fare: sarebbe del tutto irrazionale ritenere applicabile il limite quando la risoluzione dipende da caso fortuito – vale a dire, a causa non ascrivibile a nessuna delle due parti – e non quando consegue all'inadempimento dell'appaltatore<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> V., *supra*, § 2.

<sup>29</sup> Per un primo riscontro giurisprudenziale, v. Cass., 16 marzo 2011, n. 6181, in *Foro it.*, 2011, I, c. 3376 ed in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 492. Come si legge in motivazione, l'appaltatore al quale è imputabile l'inadempimento risolutorio ha «diritto al riconoscimento di compenso per le opere già effettuate, e delle quali comunque il committente stesso si sia giovato» (corsivo aggiunto): l'utilità della prestazione per il committente sembra essere considerata un criterio idoneo a determinare l'oggetto dell'obbligazione restitutoria. Il ricorso a un criterio analogo – sempre nell'ipotesi in cui la risoluzione sia imputabile all'appaltatore – si riscontra in Trib. Venezia, 30 giugno 2010, inedita, ma reperibile per esteso sul sito [www.unilex.info](http://www.unilex.info). Riscontrati i gravi difetti dell'opera, il giudice pronuncia la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1668 c.c., e determina il debito restitutorio del committente nella misura del vantaggio da lui effettivamente conseguito: ovvero, nella misura della differenza tra i costi che il committente avrebbe dovuto affrontare per ottenere una nuova esecuzione dell'opera e i costi necessari per sanare i vizi del manufatto realizzato dall'appaltatore.

Ulteriori argomenti confermano che il limite dell'utilità della prestazione trova applicazione anche quando la risoluzione reagisce all'inadempimento del debitore della prestazione di fare.

Ai termini dell'art. 2231 c.c. la cancellazione dagli albi o dagli elenchi nei quali il professionista intellettuale è tenuto a iscriversi per esercitare la sua professione «risolve il contratto in corso, salvo il diritto del prestatore d'opera al rimborso delle spese incontrate e a *un compenso adeguato all'utilità del lavoro compiuto*». Ebbene, la cancellazione dall'albo, e la conseguente risoluzione del contratto, sono imputabili al professionista (o almeno possono esserlo): anche in questa ipotesi, la restituzione della prestazione eseguita incontra il limite dell'utilità che ne ha ricavato il cliente.

Sulla stessa linea si collocano le pronunce giurisprudenziali che ritengono applicabile l'art. 1672 c.c. anche quando la risoluzione consegue al fallimento dell'appaltatore<sup>30</sup>: il limite dell'utilità della prestazione viene ritenuto compatibile con l'ipotesi in cui lo scioglimento del contratto sia dovuto ad una situazione interna alla sfera dell'appaltatore qual è lo stato di insolvenza.

Ancora, la disciplina della garanzia per vizi e difformità rinvenibile nel contratto di appalto limita la risoluzione all'ipotesi in cui l'opera sia «del tutto inadatta alla sua destinazione» (art. 1668, 2° comma c.c.)<sup>31</sup>. In dottrina si è opportunamente sostenuto che quando tale presupposto si verifica, e il contratto si risolve, il committente non è tenuto ad effettuare alcuna restituzione, in quanto l'opera è priva di qualsiasi utilità<sup>32</sup>. La tesi conferma, sia pure «in negativo», la nostra opinione. Se la risoluzione del contratto è imputabile al debitore della prestazione di fare, la stessa deve essere restituita solo nella misura in cui contribuisce a soddisfare l'interesse in funzione del quale il creditore ha concluso il contratto. Qualora la prestazione sia del tutto inidonea a soddisfare tale interesse, non avviene alcuna restituzione.

Un ulteriore riscontro si ricava dai principi internazionali, ed in particolare dai *Principi di diritto europeo dei contratti* e dal *Draft Common Frame of Reference*. In questo ambito la restituzione che, non potendo avvenire in natura, si verifica necessariamente «per equivalente» è limitata alle utilità che la prestazione apporta al creditore (*net benefit*). Negli esempi finalizzati ad illustrare l'applicazione di tale criterio, tuttavia, la risoluzione consegue all'inadempimento del debitore della prestazione di fare o all'impossibilità della prestazione dovuta a caso fortuito<sup>33</sup>. Se ne desume implicitamente che quando, invece, la risoluzione è dovuta all'inadempimento del com-

<sup>30</sup> Cfr. Cass., ord. 18 settembre 2013, n. 21411, in *Fallimento*, 2014, p. 947; T. Sulmona, 18 gennaio 2004, in *Fallimento*, 2005, p. 212, con nota di A. Ceccherini, *La cessione del credito al corrispettivo dell'appalto nel fallimento*. *Contra*, Cass., 21 ottobre 2010, n. 21599, in *Obb. Contr.*, 2011, p. 136.

<sup>31</sup> Anche tale disposizione risulta applicabile al contratto d'opera: cfr. art. 2226, comma 3° c.c.

<sup>32</sup> Cfr. L. Guerrini, *Le restituzioni contrattuali*, cit. nt. 3, p. 116 ss.

<sup>33</sup> Cfr. art. 9:309 PECL, *Comment*, A, B, *Ill.* 1-3; DCFR, art. III. – 3:512, *Comment*, A, *Ill.* 1, 2.



mittente il limite dell'utilità non opera, e l'oggetto dell'obbligazione restitutoria si identifica senz'altro con il valore della prestazione rapportato al prezzo contrattuale.

#### 4. *Segue. Due possibili obiezioni*

A conclusione di questa prima parte dell'indagine, relativa alla restituzione delle prestazioni di fare conseguente alla risoluzione per inadempimento, occorre considerare due possibili obiezioni.

La prima risulta focalizzata sulla compatibilità del limite dell'utilità della prestazione – che riteniamo applicabile quando l'inadempimento è imputabile al prestatore d'opera – con la retroattività della risoluzione (art. 1458 c.c.): qualcuno, infatti, potrebbe osservare che limitando l'oggetto dell'obbligazione restitutoria all'utilità della prestazione per il creditore si riduce parimenti l'efficacia retroattiva della risoluzione.

In realtà, la ricostruzione proposta è pienamente compatibile con la formula della retroattività. Quest'ultima giustifica la restituzione delle prestazioni eseguite anche se l'attuazione del rapporto contrattuale impegna un considerevole periodo di tempo: essendo contratti ad esecuzione prolungata – e non di durata – l'appalto e il contratto d'opera non si sottraggono alla regola della retroattività, sicché le prestazioni eseguite devono essere restituite. La medesima regola non offre, invece, indicazioni attendibili in ordine alla misura delle restituzioni per equivalente<sup>34</sup>: di qui l'opportunità di ricavare tali indicazioni da altri aspetti della disciplina del rimedio risolutorio e dalla regolamentazione dei contratti tipici riconducibili all'archetipo della *locatio operis*.

La seconda, possibile obiezione sembra trovare riscontro in un'opinione dottrinale autorevole, in base alla quale il regime delle restituzioni conseguenti alla risoluzione deve essere tendenzialmente uniforme, non potendosi distinguere la posizione della parte fedele da quella della parte inadempiente<sup>35</sup>. In apparenza, l'opinione così formulata configge con la nostra ricostruzione, che risulta differenziata in considerazione della parte a cui è imputabile l'inadempimento risolutorio. Il contrasto, tuttavia, si dissolve quando si considerano gli argomenti dedotti a sostegno della

<sup>34</sup> Nella medesima prospettiva v. L. Guerrini, *Le restituzioni contrattuali*, cit. nt. 3, p. 91 ss., il quale, stante l'indeterminatezza della formula usata dal legislatore, rinviene nella disciplina dei contratti tipici spunti idonei a «riempire di contenuti la regola di retroattività» (p. 95); E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, cit. nt. 4, p. 361 s., la quale osserva che mentre la retroattività consente di identificare le prestazioni suscettibili di essere restituite, non offre invece indicazioni attendibili in ordine alla quantificazione del loro equivalente pecuniario, «lasciando aperte tutte le opzioni astrattamente prospettabili».

<sup>35</sup> Cfr. A. Luminoso, in A. Luminoso, U. Carnevali, M. Costanza, *Della risoluzione per inadempimento*, cit. nt. 3, p. 421 ss. L'opinione è condivisa da A. Di Majo, *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, cit. nt. 3, p. 310 s.



tesi. Si osserva, infatti, che se si attribuiscono alle restituzioni valenze risarcitorie e sanzionatorie la parte fedele viene ad essere collocata in una posizione migliore di quella in cui si sarebbe trovata se il contratto fosse stato esattamente eseguito: la risoluzione non si limita a tutelare l'interesse positivo del contraente deluso, ma lo arricchisce ingiustificatamente. Su questa base, si critica opportunamente l'orientamento giurisprudenziale in base al quale a seguito della risoluzione del contratto imputabile al venditore, il compratore ottiene gli interessi sul prezzo dal giorno in cui lo ha pagato mentre è tenuto a corrispondere i frutti della cosa solo dal giorno della domanda di restituzione<sup>36</sup>.

Anche a nostro parere il regime delle restituzioni non deve essere congegnato in modo tale da sanzionare la parte inadempiente e arricchire correlativamente quella fedele. Osserviamo semplicemente che a seguito dell'inadempimento, ed alla risoluzione che ne consegue (prospettiva *ex post*), l'utilità della prestazione per il creditore può risultare inferiore al suo valore, commisurato al corrispettivo contrattuale e stimato assumendo che il contratto sarebbe stato regolarmente eseguito (prospettiva *ex ante*). Questo scarto rende impossibile neutralizzare completamente gli spostamenti di ricchezza realizzati dal contratto, e allora il regime delle restituzioni – che a causa di tale perdita di valore non può essere completamente neutro – deve essere congegnato in modo tale da tutelare l'interesse positivo della parte fedele. Il risultato può essere ottenuto ponendo la differenza di valore a carico della parte inadempiente. Se tale è il committente, egli deve restituire il valore della prestazione commisurato al corrispettivo contrattuale (restando a suo carico la minore utilità della prestazione). Se invece l'inadempimento è imputabile all'appaltatore o al prestatore d'opera, egli potrà ottenere solo l'equivalente pecuniario delle utilità che la prestazione apporta al committente (restando a suo carico il maggior valore della prestazione eseguita, commisurato al corrispettivo contrattuale).

## **5. Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e restituzioni. Una riflessione conclusiva su indebito e arricchimento senza causa**

Quando il contratto si scioglie per impossibilità sopravvenuta della prestazione non si configura l'esigenza di proteggere l'interesse positivo della parte fedele, ma, piuttosto, quella di adottare un criterio razionale di imputazione del rischio. Se la risoluzione non è imputabile a nessuna delle parti, ma è dovuta a caso fortuito, occorre valutare su quale dei due contraenti gravi il rischio di una restituzione incompleta del valore della prestazione (nella prospettiva dell'appaltatore) o di una restituzione eccedente l'utilità della stessa (nell'ottica del committente).

<sup>36</sup> Cfr. A. Di Majo, *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, cit. nt. 3, p. 310.

La fattispecie è disciplinata dagli artt. 1672 e 2228 c.c., già considerati nelle pagine precedenti. Il committente è tenuto a restituire il valore della prestazione, commisurato al prezzo contrattuale, nei limiti dell'utilità che può ricavarne: dunque, l'eventuale differenza tra il valore della prestazione rapportato al prezzo contrattuale e la sua minore utilità va a detrimento dell'appaltatore.

Operando questa scelta, il legislatore imputa il rischio alla parte che, svolgendo professionalmente una data attività, è meglio in grado di gestirlo assicurandosi o distribuendolo sui suoi clienti mediante una variazione del prezzo. L'appaltatore o il prestatore d'opera possono ammortizzare il rischio di ricevere in sede di restituzione una somma inferiore al valore contrattuale della prestazione assicurandosi contro il fortuito o aumentando il corrispettivo preteso dalla generalità dei loro clienti. Il committente, invece, non assume tale posizione esercitando professionalmente la sua attività, sicché dal suo punto di vista l'appalto o il contratto d'opera interessati dal verificarsi del fortuito possono costituire un'operazione isolata: di qui la difficoltà di gestire il rischio inerente al fortuito con modalità ugualmente efficienti rispetto a quelle che può adottare la controparte.

Alla luce dell'analisi appena svolta, si può concludere che se la risoluzione consegue all'inadempimento del committente egli deve restituire il valore della prestazione rapportato al prezzo contrattuale (art. 1671 c.c.). Se, invece, la risoluzione consegue all'inadempimento dell'appaltatore (prestatore d'opera) o discende da caso fortuito, il committente deve restituire la minor somma tra quella che rappresenta tale valore e quella che esprime l'utilità della prestazione valutata *ex post*, alla luce dell'avvenuto scioglimento del contratto (art. 1672 c.c.).

Nella seconda ipotesi, l'analogia con la disciplina dell'arricchimento senza causa è solo apparente. Da un lato, l'utilità della prestazione che limita il debito restitutorio del committente non si identifica con il suo arricchimento: come si è anticipato, infatti, l'interprete è chiamato a valutare l'idoneità della prestazione a soddisfare l'interesse in funzione del quale è stato concluso il contratto, senza che assumano rilevanza fattori idiosincratici, tali da ridurre l'arricchimento dell'*accipiens*<sup>37</sup>. Dall'altro, il termine di confronto non è costituito dall'impovertimento dell'appaltatore [vale a dire dai costi sostenuti, che assumerebbero rilevanza, invece, nell'ottica del 2041 c.c.], ma dal valore della prestazione rapportato al corrispettivo contrattuale.

La disciplina dell'indebito (artt. 2033 ss. c.c.), d'altra parte, non offre alcuna indicazione realmente utile a governare la restituzione delle prestazioni di fare conseguente alla risoluzione: oltre a porre l'interprete di fronte alla difficoltà di attribuire un significato plausibile all'antitesi buona-mala fede dell'*accipiens*, essa

---

<sup>37</sup> V., *supra*, § 3.

non gli fornisce alcun criterio idoneo a determinare l'oggetto dell'obbligazione restitutoria<sup>38</sup>.

In definitiva, il regime delle restituzioni qui ricostruito valorizzando la disciplina del contratto non è riconducibile alla ripetizione dell'indebitto né all'arricchimento senza causa. Le regole individuate in questa sede non seguono la logica astratta propria dei due istituti, ma perseguono l'esigenza concreta di proteggere l'interesse positivo della parte fedele e di allocare razionalmente il rischio del caso fortuito.

## 6. Quando il contratto è affetto da un vizio "genetico": le restituzioni conseguenti alla nullità

Venendo, ora, ai rimedi che reagiscono a vizi "genetici", consideriamo in primo luogo la restituzione delle prestazioni di fare in presenza di un contratto nullo. In questa sede concentreremo l'attenzione sulla nullità assoluta disciplinata dal codice civile: nelle nullità relative previste dalla legislazione speciale un problema di "restituzioni" si configura difficilmente, perché, essendo finalizzate a proteggere una delle parti del rapporto (sovente, il consumatore), colpiscono solo le clausole ad essa sfavorevoli, senza estendersi all'intero contratto.

Il contratto nullo è radicalmente improduttivo di effetti. A differenza di quanto accade quando il contratto è valido, ma non viene eseguito, la parte interessata non è legittimata ad esercitare un'azione di adempimento e ad ottenere, così, l'attuazione del rapporto; allo scopo di salvaguardare gli interessi di carattere generale che verrebbero pregiudicati dal contratto, la legge asseconda la posizione della parte controinteressata, legittimandola ad opporre un'eccezione di nullità e riconoscendo al giudice il potere di rilevarla d'ufficio (art. 1421 c.c.).

Essendo il contratto radicalmente inefficace, in quanto privo dei requisiti "minimi" a cui la legge subordina l'attitudine a produrre effetti giuridici, certamente l'equivalente pecuniario di una prestazione di fare non può essere determinato sulla base del prezzo concordato dalle parti. Se l'oggetto dell'obbligazione restitutoria fosse commisurato al prezzo contrattuale si riprodurrebbe proprio quello scambio che la legge ha disapprovato: a fronte della prestazione eseguita, il *solvens* otterrebbe a titolo di restituzione una somma di denaro corrispondente al corrispettivo pattuito<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Lo riconosce anche chi, autorevolmente, valorizza il ruolo dell'indebitto nel contesto delle restituzioni conseguenti all'applicazione dei rimedi contrattuali: cfr. U. Breccia, *La ripetizione dell'indebitto*, Giuffrè, 1974, p. 437 s., testo e nt. 67. Più di recente v., sul punto, L. Guerrini, *Le restituzioni contrattuali*, cit. nt. 3, p. 35 s.

<sup>39</sup> L'argomentazione trova riscontro tanto in dottrina (cfr. U. Breccia, *La ripetizione dell'indebitto*, cit. nt. prec., p. 459 s., testo e nt. 108), quanto in giurisprudenza (cfr. Cass., sez. un., 11 settembre 2008, n. 23385, cit. nt. 5). Per una diversa opinione v., nella dottrina più recente, G. Baraggioli, *Restituzioni e declaratoria di nullità del contratto*, in A. D'Angelo (a cura di), *Le obbligazioni restitutorie*, cit. nt. 3, p. 130, secondo il quale l'equivalente pecuniario della prestazione deve essere preferibilmente commisurato al prezzo contrattuale.

Proprio perché non sussistono le condizioni minime perché il contratto possa vincolare le parti, la legge tende a riportarle nella situazione in cui si sarebbero trovate se non avessero concluso l'accordo. Anche su questo terreno la tutela risarcitoria e quella restitutoria appaiono funzionalmente omogenee.

Se il contratto è valido ed efficace, ma non viene eseguito, le restituzioni (conseguenti alla risoluzione) e il risarcimento (dell'interesse positivo) tendono a collocare la parte fedele nella situazione in cui si sarebbe trovata se lo scambio fosse stato attuato<sup>40</sup>.

Quando invece il contratto è nullo, la parte che per ipotesi sia stata vittima di un comportamento scorretto può ottenere il risarcimento del danno commisurato all'interesse negativo, che tende a collocarla nella stessa situazione in cui si sarebbe trovata se non avesse concluso il contratto (artt. 1337, 1338 c.c.): sono ricomprese in tale voce di danno le spese sostenute e le occasioni di guadagno perse a causa dell'affidamento riposto nell'efficacia del contratto<sup>41</sup>. La restituzione della prestazione eseguita, coerentemente, risulta commisurata al suo valore di mercato, determinato in relazione al momento in cui il contratto è stato concluso. Stante l'assoluta incapacità del contratto di produrre effetti giuridici, il regime delle restituzioni riconduce le parti alla situazione in cui si sarebbero trovate se non avessero concluso l'accordo. Il debitore della prestazione di fare (*solvens*) avrebbe potuto contrarre con terzi ottenendo quale corrispettivo, nella migliore approssimazione possibile, il prezzo medio di mercato; il creditore (*accipiens*), parimenti, avrebbe potuto procurarsi la medesima prestazione corrispondendo approssimativamente il suo prezzo medio di mercato. Merita allora di essere condiviso – se si limita l'attenzione al criterio effettivamente applicato – l'orientamento giurisprudenziale che, nonostante il formale riferimento all'art. 2041 c.c., identifica l'oggetto dell'obbligazione restitutoria con il valore di mercato della prestazione<sup>42</sup>.

Si è sostenuto che – stante l'incapacità del contratto nullo di vincolare le parti – tanto le restituzioni, quanto il risarcimento tendono a ricondurle alla situazione in cui si sarebbero trovate se non avessero concluso l'accordo. Se dunque le due forme di tutela sono funzionalmente omogenee, tra di esse intercorrono differenze significative.

Il risarcimento dell'interesse negativo compensa un danno prodotto dal comportamento scorretto di una delle parti, che per ipotesi abbia alimentato l'affidamento

---

<sup>40</sup> V., *supra*, § 2.

<sup>41</sup> Per una chiara ricostruzione della responsabilità inerente alla conclusione di un contratto nullo, si rinvia a M. Mantovani, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. contratto*, diretto da V. Roppo, IV, *Rimedi-1*, a cura di A. Gentili, Giuffrè, 2006, p. 103 ss.

<sup>42</sup> V., *supra*, nt. 6.

dell'altro contraente nell'efficacia del contratto – affidamento destinato ad essere necessariamente deluso – omettendo di segnalargli la nullità della quale è a conoscenza (artt. 1337, 1338 c.c.). Il rimedio risarcitorio non presuppone l'esecuzione della prestazione, ma compensa gli investimenti compiuti dal contraente deluso confidando nell'efficacia del contratto: vi rientrano, dunque, le spese “propedeutiche” che egli ha sostenuto per mettersi in condizione di adempiere senza tuttavia eseguire la prestazione. Sono parimenti risarcibili le occasioni di guadagno perse a causa dell'affidamento riposto nella validità del contratto: il risarcimento del danno può comprendere anche la perdita di *chances* più vantaggiose rispetto a quelle mediamente offerte dal mercato, sempre che venga fornita la prova di un'eventualità più favorevole.

La restituzione delle prestazioni eseguite in adempimento di un contratto nullo non presuppone, invece, la prova del comportamento scorretto della controparte: il semplice fatto che la prestazione sia stata ricevuta è sufficiente a giustificare la condanna dell'*accipiens*. Il *solvens* non può ottenere tramite l'esercizio della pretesa restitutoria il rimborso delle spese propedeutiche all'adempimento che non si siano tradotte nell'esecuzione della prestazione; d'altra parte, egli non può conseguire la restituzione di un valore superiore a quello medio di mercato.

In definitiva, il risarcimento del danno comporta la prova del comportamento scorretto tenuto dalla controparte, ma protegge interessi diversi e ulteriori rispetto a quelli tutelati dal regime delle restituzioni (spese propedeutiche all'esecuzione della prestazione; occasioni di guadagno più vantaggiose di quelle corrispondenti al suo prezzo di mercato).

Abbiamo poi condiviso – limitatamente al criterio adottato – l'orientamento giurisprudenziale che pur ritenendo applicabile l'art. 2041 c.c. identifica l'equivalente pecuniario dell'opera o del servizio facendo riferimento al loro valore di mercato. La soluzione, tuttavia, è stata disattesa dalla S.C. con una pronuncia resa a sezioni unite: si è infatti ritenuto che le occasioni di guadagno perse dal prestatore d'opera – in quanto riconducibili al risarcimento del danno – non costituiscano parte del suo impoverimento, suscettibile di essere indennizzato ai sensi dell'art. 2041 c.c.<sup>43</sup> L'approdo può essere condiviso solo a condizione di concordare con il suo presupposto. Se si assume che le prestazioni di fare eseguite in attuazione di un contratto nullo siano restituibili ai sensi dell'art. 2041 c.c., la somma dovuta al *solvens* non può certamente essere commisurata al loro valore di mercato. Le occasioni di guadagno trascurate dal debitore – che tale valore integrano, essendo rico-

<sup>43</sup> Cfr. Cass., sez. un., 11 settembre 2008, n. 23385, cit. nt. 5. In senso conforme v., nella giurisprudenza posteriore, Cass., 27 gennaio 2009, n. 1875, cit. nt. 5; Trib. Milano, 20 novembre 2013, per esteso in *Pluris*.

struibile il prezzo di mercato come la somma delle spese e delle occasioni di guadagno perse – non costituiscono un elemento del suo impoverimento, che si risolve nei costi sostenuti: e siccome l'indennizzo dovuto in base alla disciplina dell'arricchimento senza causa coincide con la minor somma tra l'arricchimento e l'impoverimento, la sua misura non dovrebbe eccedere quella delle spese affrontate per eseguire la prestazione.

Se dunque l'argomentazione ha una sua coerenza interna, non ne è invece da condividere il fondamento, che consiste nel ricondurre all'arricchimento senza causa la restituzione delle prestazioni di fare conseguente alla nullità del contratto con la conseguente identificazione della misura della restituzione nella minor somma tra l'arricchimento dell'*accipiens* e l'impoverimento del *solvens* (art. 2041, 1° comma c.c.). Si è già accennato all'inammissibile disparità di trattamento rispetto alla restituzione delle prestazioni di dare<sup>44</sup>. Qui aggiungiamo che manca un qualsiasi collegamento con la fisionomia della nullità: il regime delle restituzioni è totalmente "astratto" dal rimedio che ne costituisce il presupposto.

Il criterio proposto in questa sede valorizza, invece, tale collegamento. Essendo il contratto nullo totalmente improduttivo di effetti, le parti vengono ricondotte alla situazione in cui si sarebbero trovate se non lo avessero concluso. L'equivalente pecuniario della prestazione, dunque, è commisurato al suo prezzo di mercato, in quanto sulla base di esso il *solvens* e l'*accipiens* avrebbero potuto negoziare la prestazione rispettivamente offerta e richiesta.

Talvolta, tuttavia, la nullità consegue all'illiceità della prestazione, alla sua incommerciabilità o al fatto che la parte debitrice non è legittimata a eseguirla. Nel primo caso, la nullità consegue all'illiceità dell'oggetto (si pensi a un contratto di appalto avente ad oggetto la costruzione di un'opera abusiva, in quanto realizzata in assenza delle autorizzazioni previste dalla legge); nel secondo, deriva dall'illiceità della causa (come nel caso in cui un pubblico funzionario si obblighi nei confronti di un privato a favorire la rapida progressione dell'*iter* burocratico di una data istanza, che il privato ha interesse venga rapidamente esaminata dagli organi competenti); nella terza ipotesi, il contratto ha causa e oggetto leciti ma è nullo in quanto illegale, perché il *solvens* non è legittimato a svolgere l'attività nel contesto della quale l'accordo si inserisce (si pensi, ancora, al contratto concluso da un operatore economico abusivo o da un soggetto che esercita un'attività professionale senza essere iscritto all'albo).

Come si osserva in dottrina, in queste ipotesi il semplice fatto che al compimento dell'opera o alla prestazione del servizio consegua la restituzione del loro equivalente pecuniario è incompatibile con la fisionomia e la funzione del rimedio. La re-

---

<sup>44</sup> V., *supra*, § 1.

stituzione per equivalente del valore della prestazione, infatti, tende a riprodurre lo scambio che la legge disapprova sanzionandolo con la nullità<sup>45</sup>. Se poi si considera nello specifico il criterio proposto in questa sede, la restituzione commisurata al valore di mercato della prestazione risulta affatto incompatibile con la *ratio* del rimedio: in nessuna delle ipotesi considerate, infatti, il *solvens* può collocare la prestazione sul mercato scambiandola con un corrispettivo in denaro. Quando la prestazione è illecita o incommerciabile la preclusione è assoluta (nullità per illiceità dell'oggetto o della causa), mentre quando il debitore è un professionista o un operatore economico abusivo essa consegue alla sua carenza di legittimazione rispetto all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale (contratto con oggetto e causa leciti, ma nullo in quanto illegale).

Se dunque nelle situazioni indicate la restituzione per equivalente delle prestazioni di fare deve ritenersi esclusa – tanto più se commisurata al suo valore di mercato, come noi riteniamo corretto nelle altre fattispecie in cui il contratto è nullo – è da valutare se il *solvens* possa essere almeno indennizzato dell'arricchimento conseguito dall'*accipiens*.

Siamo orientati a rispondere positivamente alla questione. Se si applica rigorosamente la disciplina dell'arricchimento senza causa, infatti, non si configura il rischio di riprodurre lo scambio disapprovato dalla legge, né quello di riproporre un criterio incompatibile con l'applicazione del rimedio quale sarebbe il valore di mercato della prestazione: si tratta solo di indennizzare il *solvens*, ai termini dell'art. 2041 c.c. correttamente applicato, nella misura della minor somma tra il suo impoverimento e l'arricchimento dell'*accipiens*. La legittimazione ad esercitare un'azione di arricchimento senza causa, ci sembra, non confligge con la *ratio* del rimedio applicato "a monte" e consente di limitare, per quanto possibile, la portata della deroga al principio generale in base al quale ogni spostamento patrimoniale deve essere sorretto da una valida giustificazione. È allora da condividere, sia pure entro questi limiti, l'orientamento giurisprudenziale che riconosce al *solvens* il diritto di essere indennizzato benché la prestazione sia illecita per la mancanza delle necessarie autorizzazioni

<sup>45</sup> Cfr. E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, cit. nt. 4, p. 247 ss.; D. Carusi, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, cit. nt. 2, p. 93 s.; P. Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, Giuffrè, 1962, p. 32. Nell'economia del presente saggio, focalizzato sui criteri che governano la restituzione delle prestazioni di fare, non è invece possibile svolgere un'analisi dettagliata dell'irripetibilità delle prestazioni contrarie al buon costume (art. 2035 c.c.): si rinvia, sul punto, ai contributi di E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, cit. nt. 4, pp. 236 ss.; D. Carusi, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, cit. nt. 2, pp. 291 ss.; Id., *La rilevanza del negozio nullo e l'interpretazione sistematica dell'art. 2035 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 345; Id., *Contratto illecito e soluti retentio. L'art. 2035 cod. civ. fra vecchie e nuove immoralità*, Jovene, 1995; S. Delle Monache, *Della irripetibilità delle prestazioni ob turpem causam nel sistema del diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 697; G. Villa, *Contratto illecito e irripetibilità della prestazione. Una analisi economica*, in *Quadrimestre*, 1992, p. 19 ss.



amministrative<sup>46</sup> o il servizio si inserisca nel contesto di un'attività abusivamente esercitata<sup>47</sup>.

## 7. *Segue. Annullabilità e rescissione*

Quando il contratto è annullabile, la legittimazione ad avvalersi del rimedio spetta solo alla parte nell'interesse della quale lo stesso è stato previsto dalla legge (l'incapace, il contraente la volontà del quale risulta viziata, il rappresentato quando il rappresentante agisce in conflitto di interessi o contrae con se stesso)<sup>48</sup>. Occorre, allora, operare un'analisi differenziata in base alla circostanza che la parte legittimata a far valere l'annullabilità del contratto abbia eseguito la prestazione di fare (*solvens*) o l'abbia invece ricevuta (*accipiens*).

Se la parte legittimata *ha eseguito la prestazione*, può ottenere la restituzione del suo valore commisurato al prezzo di mercato: si ripropone qui la soluzione indicata in relazione alla nullità del contratto. A differenza di quanto si è osservato in merito alla risoluzione per inadempimento – che il contraente deluso può ottenere solo a condizione di non essere a sua volta inadempiente – su questo terreno la parte protetta non è vincolata dal contratto, di cui può ottenere l'annullamento anche se non ne ha rispettato i termini: in sintonia con tale presupposto, i rimedi legali non le assicurano la posizione in cui si sarebbe trovata se il contratto fosse stato attuato

<sup>46</sup> Cfr. Cass., 2 aprile 2009, n. 8040, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Arricchimento senza causa*, 21; Cass., 27 giugno 2006, n. 14807, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Arricchimento senza causa*, 4; Cass., 27 febbraio 2002, n. 2884, in *Vita not.*, 2002, p. 306, in *Riv. giur. edil.*, 2002, I, p. 889 ed in *Contratti*, 2002, p. 982, con nota di E. Vaglio, *Costruzione di immobile abusivo: nullità dell'appalto e azione di ingiustificato arricchimento*; Cass., 13 aprile 1995, n. 4269, in *Riv. giur. edil.*, 1996, I, p. 50. In senso conforme v. anche Cass., sez. un., 19 ottobre 1990, n. 10183 (*obiter*), cit. nt. 5: l'appaltatore che conclude un contratto nullo per la violazione delle norme sull'intermediazione della mano d'opera deve restituire il corrispettivo ricevuto, ma è legittimato ad esercitare nei confronti del committente l'azione di arricchimento senza causa, «nei limiti del vantaggio da esso conseguito». In relazione ad una fattispecie in cui la condotta dell'appaltatore integrava un illecito penale, risulta diversamente orientata Cass., 14 dicembre 2011, n. 26853, in *Rep. Foro it.*, 2011, *Possesso*, 13: «nessun indennizzo può essere preteso da un terzo costruttore che abbia realizzato l'opera, su un fondo altrui, in violazione della normativa edilizia...essenzialmente perché quell'indennizzo sarebbe in contrasto con i principi generali dell'ordinamento ed in particolare con la funzione dell'amministrazione della giustizia considerato che l'agente finirebbe con il conseguire indirettamente, ma pur sempre per via giudiziaria, quel vantaggio che si era ripromesso di ottenere nel porre in essere l'attività penalmente illecita e che in via diretta gli è precluso dagli artt. 1346 e 1418 c.c.». Sul punto v. anche Cass., 23 maggio 2012, n. 8156, in *Rep. Foro it.*, 2012, *Possesso*, 23: la sentenza esclude che l'appaltatore abbia diritto ad ottenere la restituzione del valore dell'opera, in quanto quest'ultima era da un lato abusiva; dall'altro, costruita con materiali che avrebbero dovuto essere rimossi perché non utilizzabili in base alla legislazione di settore. Siccome, dunque, il committente non aveva conseguito alcun effettivo arricchimento, l'azione esercitata dall'appaltatore ai sensi dell'art. 2041 c.c. viene rigettata.

<sup>47</sup> Cfr. Cass., 18 luglio 2002, n. 10427, cit. nt. 5; Cass., 23 maggio 1987, n. 4681, cit. nt. 5.

<sup>48</sup> Cfr. art. 1441, comma 1° c.c.



(interesse positivo), ma la riconducono nella situazione in cui si sarebbe trovata se non avesse concluso l'accordo annullabile (interesse negativo).

Il risarcimento del danno eventualmente dovuto dalla controparte compensa le spese sostenute e le occasioni di guadagno perse a causa dell'affidamento riposto nell'efficacia del contratto. Coerentemente, l'equivalente pecuniario delle opere compiute o dei servizi resi, la restituzione dei quali viene domandata, merita di essere commisurato al loro valore di mercato determinato con riferimento al momento della conclusione del contratto: se, infatti, non avesse concluso l'accordo annullabile, la parte protetta avrebbe potuto negoziare l'esecuzione della prestazione per un corrispettivo oscillante intorno al suo valore medio di mercato.

In sintesi, siccome il contratto non vincola la parte legittimata a far valere l'annullabilità [come, invece, vincola la parte che domanda la risoluzione] la legge protegge il suo interesse negativo, collocandola nella situazione in cui si sarebbe trovata se non avesse concluso l'accordo; in sintonia con questo presupposto, l'oggetto dell'obbligazione restitutoria si identifica con la somma che il *solvens* avrebbe potuto ricavare se, non avendo concluso il contratto viziato, avesse collocato la prestazione sul mercato.

Se invece la parte legittimata a far valere l'annullabilità del contratto *ha ricevuto la prestazione*, la restituzione incontra diversi limiti. Quando l'annullamento dipende da incapacità di agire, la prestazione ricevuta dal contraente incapace è suscettibile di essere restituita solo nella misura in cui sia «stata rivolta a suo vantaggio» (art. 1443 c.c.). La misura della restituzione è limitata al vantaggio che ne ha ricavato l'*accipiens*, sicché l'oggetto della corrispondente obbligazione viene determinato anche alla luce della destinazione che la prestazione ha ricevuto<sup>49</sup>. Nel contesto di tale valutazione assumono rilevanza non solo fattori idiosincratici relativi alla sfera patrimoniale ed organizzativa dell'*accipiens*, ma anche vicende successive al momento in cui la prestazione è stata ricevuta: il presupposto della regola, infatti, si ravvisa nella presumibile inidoneità del contraente incapace ad utilizzare la prestazione in modo economicamente produttivo.

Quando l'annullabilità dipende da un vizio del consenso dell'*accipiens*, la restituzione “per equivalente” del valore dell'opera o del servizio risulta incompatibile con la funzione del rimedio: quella di salvaguardare le parti dalle conseguenze che potrebbero derivare dalla scorretta formazione delle rispettive volontà<sup>50</sup>. Il meccanismo delle restituzioni, infatti, tende a riproporre lo scambio prefigurato dal contratto

<sup>49</sup> Cfr. E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, cit. nt. 4, p. 232 ss.; G. Marini, *Il contratto annullabile*, in *Tratt. contratto*, diretto da V. Roppo, VI, *Rimedi-1*, Giuffrè, 2006, p. 387 s.; C. Manzini, *Il vantaggio dell'incapace*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, p. 649 ss.; U. Breccia, *La ripetizione dell'indebito*, cit. nt. 38, p. 477 ss.; E. Moscati, *Indebito (pagamento e ripetizione dell')*, in *Enc. dir.*, XXI, Giuffrè, 1971, p. 95 ss.

<sup>50</sup> Sul punto v. ancora E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, cit. nt. 4, p. 251 ss.

annullabile: se la parte tutelata fosse obbligata a restituire l'equivalente pecuniario della prestazione ricevuta, verrebbe di fatto a compensare il compimento di un'opera o la prestazione di un servizio in relazione ai quali non ha espresso un valido consenso.

Anche con riferimento a questa ipotesi, tuttavia, è da ritenere che il *solvens* sia legittimato a esercitare un'azione di arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.). Si ripropongono, qui, considerazioni analoghe a quelle già espresse in relazione alla restituzione delle prestazioni di fare conseguente alla nullità del contratto illecito o illegale. Se si applica rigorosamente la disciplina dell'arricchimento senza causa, non si ripropone lo scambio sanzionato dalla legge con l'annullamento del contratto; si circoscrive, invece, l'estensione della deroga al principio in base al quale ogni spostamento patrimoniale deve essere giustificato. *L'accipiens* non è obbligato a restituire la prestazione ricevuta sulla base di un accordo al quale non ha validamente acconsentito; egli si limita a corrispondere un'indennità commisurata alla minor somma tra il proprio arricchimento e l'impovertimento della controparte. In precedenza, si è sostenuto che l'arricchimento senza causa non è idoneo a governare la restituzione delle prestazioni di fare conseguente all'applicazione dei rimedi contrattuali<sup>51</sup>. Proprio per questa ragione, tuttavia, l'istituto può essere applicato quando la parte che ha ricevuto la prestazione non ha espresso validamente il proprio consenso: il *solvens*, infatti, non ottiene la restituzione della prestazione eseguita, ma viene indennizzato del proprio impoverimento, o, se minore, dell'arricchimento conseguito dalla controparte.

Ipotizziamo che il gestore di uno stabilimento industriale concluda un contratto di manutenzione con un imprenditore specializzato, il quale, ingannandolo, gli promette un incremento di efficienza dei macchinari superiore al 20%. Il contratto è annullabile per dolo dell'appaltatore, ma il committente del servizio – che pur non riscontrando alcun incremento di efficienza fruisce, a seguito dell'esecuzione della prestazione, di macchinari correttamente lubrificati – è tenuto a indennizzare l'appaltatore ai sensi dell'art. 2041 c.c. Per evitare che l'applicazione della disposizione possa comportare a carico del committente il rischio di un'imposizione dello scambio<sup>52</sup>, è sufficiente intendere il suo arricchimento in una prospettiva rigorosamente patrimoniale: la prestazione arricchisce il committente non in considerazione del suo valore, ma nella sola misura in cui contribuisce ad evitare spese che egli avrebbe altrimenti sostenuto.

Quando il contratto è rescindibile, il criterio incentrato sul valore di mercato della prestazione si presta, invece, ad essere applicato indifferentemente tanto se la

<sup>51</sup> V., *supra*, § 1.

<sup>52</sup> In relazione al quale cfr. P. Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, cit. nt. 1, p. 11 ss.

parte legittimata ha eseguito l'opera o il servizio (*solvens*), quanto se li ha ricevuti (*accipiens*)<sup>53</sup>. Tale criterio, infatti, appare quello maggiormente idoneo a sanare la situazione di squilibrio che in concorso con altri elementi giustifica l'applicazione del rimedio.

Ipotizziamo che un appaltatore abbia eseguito un servizio per un corrispettivo inferiore alla metà del prezzo di mercato a causa del suo stato di bisogno, del quale il committente ha approfittato. A seguito della rescissione, egli otterrà la restituzione della prestazione eseguita, commisurata al suo valore di mercato: su tale valore, del resto, dovrà essere parametrata l'offerta di riduzione ad equità grazie alla quale il committente può evitare la pronuncia di rescissione (art. 1450 c.c.). In entrambe le evenienze (sentenza di rescissione od offerta di riduzione ad equità) lo squilibrio tra le prestazioni contrattuali viene sanato e il rapporto viene ricondotto a valori in linea con quelli di mercato.

Si può ancora ipotizzare che – avendo assolutamente bisogno di un servizio per poter adempiere un'obbligazione contratta nei confronti di un *partner* commerciale, ed evitare, così, il deterioramento di un rapporto di importanza "vitale" – il committente pattuisca con l'appaltatore un prezzo superiore al doppio del valore di mercato della prestazione. Anche in questo caso, la restituzione (del prezzo esorbitante, e) del valore di mercato della prestazione consente di sanare integralmente lo squilibrio del rapporto contrattuale al quale la rescissione reagisce. Non diversamente, l'offerta di riduzione ad equità formulata dall'appaltatore per evitare la rescissione assumerà quale essenziale punto di riferimento il valore di mercato della prestazione.

---

<sup>53</sup> Consideriamo, in questa sede, la sola rescissione del contratto concluso in stato di bisogno. In relazione all'altra variante del rimedio, la restituzione per equivalente dell'opera o del servizio resi a favore del contraente in stato di pericolo assume la forma dell'«equo compenso», la determinazione del quale è rimessa alla prudente valutazione del giudice: cfr. art. 1447, 2° comma c.c.



# Società in nome collettivo partecipate da persone giuridiche

di Francesca Vessia

*SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'ammissibilità della partecipazione in s.n.c. da parte di società di capitali: le soluzioni anteriori alla riforma societaria. – 3. La soluzione introdotta con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (artt. 2361 c.c. e 111-duodecies disp. att. c.c.) e il quadro delle legislazioni europee. – 4. Le condizioni di validità della partecipazione per la s.p.a., s.r.l. e s.a.p.a. – 5. Le conseguenze della mancanza di autorizzazione assembleare: la società di fatto con soci-società di capitali e la sua fallibilità – 6. Gli obblighi contabili della società di capitali partecipante e della s.n.c. partecipata. – 7. La partecipazione in s.n.c. da parte di società di persone. – 8. La disciplina applicabile alla s.n.c. con soci persone giuridiche.*

## 1. Premessa

Già alla fine dell'800 e successivamente agli inizi del '900, ben prima dell'introduzione del codice civile del 1942, la dottrina aveva cominciato ad interrogarsi sull'ammissibilità della partecipazione alle società di persone da parte di soggetti diversi dalle persone fisiche, sia in qualità di soci illimitatamente responsabili sia come soci limitatamente responsabili (in particolare come accomandanti), giungendo a soluzioni diversificate a seconda che si trattasse di società di capitali, di altre società di persone o di enti associativi diversi (associazioni, fondazioni, comitati), soluzioni per altro mai unanimi che per decenni hanno alimentato il dibattito in dottrina e in giurisprudenza<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Il primo in Italia a sollevare il problema della partecipazione di società di capitali in società di persone fu C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, Milano, 1893, p. 330, poi cambiando opinione nella 5ª ed. del 1923, II, p. 20.

Ma la belligeranza ebbe inizio nel 1921 con la pubblicazione del saggio di A. Sraffa-P. Bonfante, *Società in nome collettivo fra società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, I, p. 609 ss.

Sul fronte permissivo si sono schierati oltre a Vivante (a partire dal 1923) anche U. Manara, *Delle società e delle associazioni commerciali*, vol. II, 1, Torino, 1902, pp. 448-449; T. Ascarelli, *Confusione del patrimonio della società, e del socio; società con una società anonima, e società anonima simulata*, in *Foro it.*, 1931, I, c. 927; Id., *Imprenditore occulto e sovrano della società. – Responsabilità limitata e frode alla legge*, in *Foro it.*, 1952, I, c. 1315; Id., *Società di persone tra società, imprenditore occulto, amministratore indiretto, azionista sovrano*, in *Foro it.*, 1956, I, c. 405; P. Guerra, *Appunti in tema di holding*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 122-124 e Id., *Può la carica di amministratore di società essere ricoperta da un'altra società?*, in *Riv. soc.*, 1956, I, p. 698;

Il momento di svolta si è avuto con il d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6 (Riforma organica della disciplina delle società di capitali e cooperative), che ha introdotto l'art. 2361, comma 2° c.c., il quale prevede l'acquisto da parte di società per azioni di partecipazioni in altre imprese comportanti una responsabilità illimitata, risolvendo così in senso positivo il quesito sull'ammissibilità della partecipazione di società di capitali in società di persone, ma soprattutto approntando una (sia pur scarna) disciplina di questo fenomeno in combinato disposto con l'art. 111-*duodecies* disp. att. c.c.

Con questa novella sono state legittimate non solo le partecipazioni di società di capitali in società personali, in precedenza "fulminate" da nullità insanabile<sup>2</sup>, ma

---

A. Candian, *Una persona giuridica in funzione di amministratore di associazione non riconosciuta*, in *Temi*, 1959, p. 324; P. Greco, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, p. 281; A. Buffa, *Ammissibilità della partecipazione di società di capitali a società di persone*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, II, p. 108 ss.; B. Libonati,  *Holding e investment trust*, 1959, pp. 173-174; G. Ferri, *Le società*, in *Tratt. Vassalli*, vol. X, tomo III, Torino, 1971, pp. 91-94; Id., *Delle società*<sup>3</sup>, in *Comm. C.C. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, pp. 359-362; F. Ferrara jr., *Gli imprenditori e le società*<sup>4</sup>, Milano, 1962, p. 206; A. Graziani, *Diritto delle società*<sup>5</sup>, Napoli, 1963, pp. 84-85; F. Denozza, *Responsabilità dei soci e rischio di impresa nelle società personali*, Milano, 1973, p. 257 nt. 70; F. Di Sabato, *Manuale delle società*<sup>2</sup>, Torino, 1987, pp. 57-60; P. Montalenti, *La partecipazione di una società di capitali ad una società in accomandita semplice in qualità di accomandante*, in *Giur. comm.*, 1989, I, p. 640 ss.; A. Borgioli, *Partecipazioni di società di capitali in società di persone*, in *Riv. Dir. comm.*, 1989, I, p. 301; L. Barbiera, *Partecipazione di s.p.a. a società commerciali di persone: una nuova motivazione dell'ammissibilità nel confronto con le ridimensionate obiezioni della giurisprudenza di legittimità*, in *Giur. comm.*, 1989, II, p. 708; S. Fortunato, *Partecipazione di società di persone ad altra società di persone e nomina dell'amministratore*, in *Riv. not.*, 1990, p. 77 ss.; G.E. Colombo, *La partecipazione di società di capitali ad una società di persone*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 1513 ss.

Sul versante proibitivo invece, dopo Sraffa e Bonfante, cfr. G. Frè, *Commento art. 2331*, in *Comm. C.C. Scialoja-Branca. Società per azioni*, Bologna-Roma, 1951, pp. 78-79; R. Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*<sup>4</sup>, vol. I, Milano, 1962, pp. 157-158; G. Minervini, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, pp. 90-93; Ferrara F. jr., *Gli imprenditori e le società*<sup>4</sup>, cit., p. 206; C. Giannattasio, *Ancora sull'ammissibilità della partecipazione di una società di capitali ad una società personale*, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 490; M. Ghidini, *Società personali*, Padova, 1972, p. 93 ss.; F. Galgano, *Le società di persone*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1972, p. 368 ss.; Id., *Diritto commerciale. Le società*<sup>3</sup>, Bologna, 1986, pp. 320-321; G. Oppo, *Sulla partecipazione di società a società personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 1 ss.; G. Cottino, *Diritto commerciale*, vol. I, Padova, 1976, p. 374; R. Rordorf, *I rapporti tra le società di capitali e le società di persone e la figura del socio unico azionista*, in *Società*, 1984, pp. 280-282; F. Guerrero, (voce) *Società in nome collettivo*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 945; G. Caselli, *Vicende del rapporto di amministrazione*, in *Tratt. Colombo-Portale*, vol. 4, Torino, 1991, pp. 27-29; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*<sup>4</sup>, Torino, 1999, pp.66-67.

È quest'ultima la tesi maggiormente seguita in giurisprudenza di merito e da sempre accolta dalla giurisprudenza di legittimità. Tra le tante si vedano Cass. 14 gennaio 1937, in *Rep. Foro it.*, 1937, voce *Società*, n. 238; Cass. 26 ottobre 1956, n. 3963, in *Giur. it.*, 1957, I, 1, 1149, con nota di G. Ragusa Maggiore, *Un caso patologico a proposito di società di capitali con società di persone*; Cass. 11 gennaio 1962, n. 21 in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 239; Cass. 24 febbraio 1968, n. 632, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 1475; Cass. 9 dicembre 1976, n. 4577, in *Foro it.*, 1977, I, p. 369; Cass. 21 giugno 1984, n. 3667, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Società (imposta)*, n. 13; Cass. 28 gennaio 1985, n. 464, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Società*, nn. 270 e 644.

<sup>2</sup> Si veda per tutte la pronuncia della Cass. Sez. Un. 17 ottobre 1988, n. 5636, pubblicata *ex multis* in *Foro it.*, 1988, I, 3248, con commento di G. Marziale; in *Giur. comm.*, 1989, II, p. 708, con nota di L. Barbiera,

anche quelle tra società di persone e tra queste ultime e gli enti del Libro I del codice civile, pur continuando a mancare una previsione legislativa specifica nella disciplina delle società di persone che conferisca una generale legittimazione alle partecipazioni in società di persone da parte di soggetti diversi dalle persone fisiche. Da ciò l'urgenza di porre mano ad una riforma organica delle società di persone che adatti la disciplina, attualmente lacunosa e inadeguata, alla presenza (eventuale) di soci c.d. persone giuridiche, intendendosi con questa espressione la partecipazione di tutti i soggetti giuridici diversi dalle persone fisiche e l'esercizio «metaindividuale» dei diritti sociali<sup>3</sup>, come per altro proposto da due diverse Commissioni di riforma delle società di persone: la prima presieduta dal professor Di Sabato<sup>4</sup> (oltre vent'anni fa) e la seconda presieduta da Rovelli (istituita tre lustri fa)<sup>5</sup>.

Il dibattito anteriore alla novella societaria, soprattutto quello riguardante le partecipazioni di società di capitali in società di persone, ha avuto il pregio di segnalare tutte le criticità in punto di compatibilità tra le discipline dei diversi tipi societari, criticità che risultano ancora attuali al fine di evidenziare i necessari adattamenti legati alla presenza di un socio persona giuridica. Si è voluto intendere il riferimento alla persona giuridica, nel titolo del presente scritto e nel corso dello stesso, con ri-

---

*Partecipazione di s.p.a. a società commerciali di persone: una nuova motivazione dell'ammissibilità nel confronto con le ridimensionate obiezioni della giurisprudenza di legittimità; in Giur. it., 1989, I, 1, c. 59 e c. 1368, con nota di D. Preite, Mezzi di tutela per i soci di società di capitali accomandante, alternativi alla dichiarazione di nullità della s.a.s.; in Riv. dir. comm., 1989, II, p. 195, con nota di A. Borgioli, Partecipazioni di società di capitali in società di persone, ivi, I, p. 301; in Soc., 1989, p. 19, con nota di L.F. Paolucci, Nullità della partecipazione di s.p.a. in s.a.s.; in Dir. fall., 1989, II, p. 315 con nota di G. Ragusa Maggiore, È nulla la partecipazione di una società per azioni ad una accomandita semplice?*

<sup>3</sup> Per tutti cfr. A. Cetra, *La persona giuridica amministratore*, Torino, 2013, 1.

<sup>4</sup> Il primo Progetto di Riforma delle società di persone redatto dalla Commissione (nominata nel 1988 dal Ministro di Grazia e Giustizia) presieduta da Franco Di Sabato, prevedeva la possibilità di costituzione di società di persone anche tra *parti* diverse dalle persone fisiche (novella all'art. 2247), si consentiva la nomina di amministratore in capo ad una persona giuridica socia «a condizione che nominasse un rappresentante stabile con atto comunicato agli altri soci» (novella all'art. 2257) e si prevedeva che «l'atto di nomina e la firma autografa del rappresentante stabile della persona giuridica amministratore devono essere depositati nello stesso termine [previsto per il deposito delle firme presso il R.I. degli amministratori persone fisiche che hanno la rappresentanza della società]. In mancanza la persona giuridica amministratore non ha la rappresentanza della società» (novella all'art. 2298). Per l'articolato del Progetto Di Sabato si rinvia a Di Sabato F. (a cura di), *Il ruolo attuale delle società di persone e le prospettive di riforma della disciplina codicistica*, in *Quaderni di Riv. dir. impr.*, Napoli, 1993.

<sup>5</sup> Il c.d. Progetto Rovelli è stato proposto dal Governo come Disegno di Legge sulla «Revisione delle disposizioni generali sulle società e riforma delle società di persone» (pubblicato in *Società*, 2001, 347 ss.). Esso prevedeva nell'art. 2273 che: «Può essere nominato amministratore anche una persona giuridica la quale esercita le relative funzioni mediante un rappresentante da essa designato. La denominazione e la sede della persona giuridica amministratore nonché il cognome, il prenome, il luogo e la data di nascita, il domicilio e la cittadinanza del rappresentante designato devono essere depositati per l'iscrizione nel registro delle imprese. Il rappresentante ha gli stessi obblighi degli amministratori persone fisiche, ferma restando la responsabilità solidale della persona giuridica amministratore».

guardo ad ogni forma collettiva d'impresa (personificata e non) e non soltanto agli enti dotati di personalità giuridica, come già in uso nella più recente letteratura dedicata al tema della partecipazione e dell'amministrazione di società da parte di soggetti diversi dalle persone fisiche<sup>6</sup>.

Per questa ragione sembra fondamentale ripercorrere le tappe che hanno preceduto il d.Lgs. n. 6/2003, mantenendo distinte le trattazioni relative alla partecipazione di società di capitali in s.n.c., dall'ipotesi della partecipazione di altre società di persone (o di altri enti associativi) in società in nome collettivo.

## 2. L'ammissibilità della partecipazione in s.n.c. da parte di società di capitali: le soluzioni anteriori alla riforma societaria

Il problema dell'ammissibilità di una società in nome collettivo costituita tra soci persone fisiche e società di capitali è stato affrontato in due distinte fasi. Una prima ha visto svilupparsi il dibattito in termini di compatibilità astratta delle società di capitali ad acquistare la partecipazione in una s.n.c. seguendo gli argomenti della capacità delle persone giuridiche, della conciliabilità tra la responsabilità illimitata della società partecipata e della responsabilità limitata della società partecipante, e infine dell'*intuitus personae* che governa la disciplina delle società personali. Una seconda fase ha visto impostato il problema in termini di specifica compatibilità (*rectius* incompatibilità) delle norme tipologiche dettate per le società di persone rispetto alla partecipazione di una persona giuridica, ossia sulla compatibilità delle norme inderogabili dettate per le società di capitali rispetto all'acquisto della quota in società di persone. Tale quesito è sempre stato legato a quello, diverso ma strettamente connesso, dell'assunzione della funzione gestoria da parte di un soggetto diverso dalle persone fisiche, quindi alla possibilità di nominare un socio persona giuridica come amministratore di s.n.c.

Dalla fine dell'800 e fino al 1968 la discussione fu condotta dalla dottrina sul terreno della capacità delle persone giuridiche, discutendo se queste ultime potessero diventare titolari di tutti i rapporti giuridici come le persone fisiche o viceversa la loro capacità fosse limitata allo scopo, lucrativo o non lucrativo. Partendo dal presupposto che l'ordinamento provvede a disciplinare espressamente i rapporti incompatibili con la natura degli enti e pone specifiche limitazioni solo in casi particolari (come per i diritti di famiglia, i diritti reali di uso e di abitazione o la potestà di disporre per testamento che sono preclusi alle persone giuridiche)<sup>7</sup>, il problema veniva risolto age-

<sup>6</sup> Il riferimento, in particolare, è fatto alle opere monografiche di G. Pescatore, *L'amministratore persona giuridica*, Milano, 2012, *passim* e A. Cetra, *La persona giuridica amministratore*, cit., *passim*.

<sup>7</sup> Cfr. F. Ferrara sr, *Le persone giuridiche*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1958, p. 302; M. Rescigno, voce *Capacità giuridica (diritto civile)*, in *Nss. D.I.*, vol. II, Torino, 1958, p. 876; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del*



volmente in senso positivo sulla base dell'argomento della piena capacità di agire delle persone giuridiche, le quali mutuavano dalle persone fisiche, loro rappresentanti necessari, la piena capacità senza alcuna limitazione rinvenibile dallo scopo, lucrativo o non lucrativo, determinato dalla legge<sup>8</sup>.

Ancora, un'altra obiezione tradizionalmente posta era quella relativa all'*intuitus personae*, tratto essenziale dei rapporti associativi tra le persone fisiche socie di società in nome collettivo di cui si contestava l'applicabilità alle persone giuridiche<sup>9</sup>; anch'essa veniva superata rilevando che le persone giuridiche presentano coefficienti di personalità non diversi né minori rispetto a quelli della persona fisica, essendo sufficiente traslare l'*intuitus* dalla persona giuridica alle persone fisiche designate a rappresentare la stessa (come la dottrina ha fatto anche per risolvere il problema della carica di amministratore rivestita da una persona giuridica)<sup>10</sup>, oppure riferirsi a caratteri soggettivi e variabili della persona giuridica (come la solidità finanziaria, la reputazione commerciale ecc.)<sup>11</sup>, in ogni caso dovendosi considerare derogabili e non imperative le norme che attribuiscono un rilievo particolare alle qualità personali dei soci di s.n.c.<sup>12</sup>.

In un momento successivo questo stesso argomento è stato riproposto sostenendo, come causa ostativa della partecipazione di società di capitali, l'inapplicabilità ad esse delle norme espressamente riferite alle persone fisiche, quali la morte del socio (art. 2284 c.c.), l'esclusione per interdizione o inabilitazione o condanna penale che

---

*diritto civile*, Napoli, 1959, pp. 43-44; A. Falzea, voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enc dir.*, vol. VI, Milano, 1960, p. 13.

<sup>8</sup> Cfr. U. Manara, *Delle società e delle associazioni commerciali*, cit., p. 448; A. Candian, *Una persona giuridica in funzione di amministratore di associazione non riconosciuta*, in *Temì*, 1959, p. 324; P. Greco, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, p. 281; F. Ferrara jr., *Gli imprenditori e le società*<sup>4</sup>, cit., p. 206.

<sup>9</sup> I primi Autori a fare leva sull'impronta personale che caratterizza il contratto di società in nome collettiva ed i rapporti sociali da esso scaturenti sono A. Sraffa – P. Bonfante, *Società in nome collettivo fra società anonime*, 612; la cui posizione fu seguita da G. Frè, *Commento art. 2331*, cit., p. 78; R. Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., vol. I, p. 158 e le cui argomentazioni furono accolte presso la giurisprudenza di legittimità (per la quale si rinvia alla precedente nt. 1).

Dopo di loro, ma a distanza di alcuni decenni, anche G. Oppo, *Sulla partecipazione di società a società personali*, cit., p. 4 e 10; G. Cottino, *Diritto commerciale*, cit., pp. 374-375; M. Ghidini, *Società personali*, cit., p. 93 ss.; C. Giannattasio, *Ancora sull'ammissibilità della partecipazione di una società di capitali ad una società personale*, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 290.

<sup>10</sup> Cfr. G. Minervini, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 89; B. Libonati,  *Holding e investment trust*, 1959, pp. 173-174.

<sup>11</sup> Cfr. A. Buffa, *Ammissibilità della partecipazione*, cit., p. 110; A. Candian, *Una persona giuridica*, cit., pp. 326-327; P. Guerra, *Appunti in tema di holding*, cit., p. 123 e Id., *Può la carica di amministratore di società essere ricoperta da un'altra società?*, cit., p. 697; A. Graziani, *Diritto delle società 5 ed.*, cit., p. 85; F. Di Sabato, *Manuale delle società*<sup>2</sup>, cit., p. 57; S. Fortunato, *Partecipazione di società di persone ad altra società di persone*, cit., p. 79.

<sup>12</sup> Cfr. A. Buffa, *Ammissibilità della partecipazione*, cit., p. 110; P. Guerra, *Appunti in tema di holding*, cit., p. 123; F. Ferrara jr., *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 207; P. Spada, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, p. 239; F. Di Sabato, *Manuale delle società*, cit., p. 58; S. Fortunato, *Partecipazione di società di persone ad altra società di persone*, cit., p. 79.

comporta l'interdizione dai pubblici uffici (art. 2286), la partecipazione di soggetti incapaci (art. 2294 c.c.), nonché quelle in tema di amministrazione delle società di persone, desumendo da esse l'inammissibilità della suddetta partecipazione<sup>13</sup>. Tuttavia anche questo argomento è stato agevolmente superato in base alla considerazione che la inapplicabilità di alcune norme ai soci-società di capitali comporti la semplice disapplicazione delle stesse, ma certo non equivale, né può essere interpretata, come una proibizione di legge all'acquisto di partecipazioni da parte di società di capitali<sup>14</sup>.

Più serie, invece, apparivano le obiezioni relative alla responsabilità illimitata asunta da un ente come una società di capitali, con soci limitatamente responsabili<sup>15</sup>. Anch'esse però venivano sminuite rilevando che l'ente-socio risponde per i debiti sociali con tutto il proprio patrimonio, proprio come i soci-persone fisiche, e la maggiore o minore capienza di quel patrimonio di garanzia finiva per essere un problema di mero fatto (e non di diritto) comune alle persone fisiche, i cui patrimoni quand'anche pingui, hanno pur sempre dei limiti<sup>16</sup>.

Vi era stato chi aveva sollevato anche un'altra obiezione, desunta dall'art. 2535 c.c. sulle cooperative, la quale prevedeva che "gli amministratori devono essere soci o mandatari di persone giuridiche socie", ma interpretata in maniera letterale *a contrario*, consente di estrarre l'idea che si tratti di norma eccezionale e non di generale applicazione, ostativa per ogni altro tipo societario del riconoscimento di persone giuridiche socie e amministratori<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Tali obiezioni furono mosse nella giurisprudenza di merito a partire dal Trib. Milano, 31 gennaio 1969, in *Mon. Trib.*, 1969, p. 340 ed in *Riv. dir. comm.*, 1969, II, p. 295 con nota di C. Stolfi, *Trasformazione di società e partecipazione di una persona giuridica quale socio accomandante*; e App. Milano, 18 giugno 1969, in *Mon. Trib.*, 1969, 925 con nota di V. Salafia, *Sulla legittimità della partecipazione della società di capitali alle società di persone*; successivamente accolto dalla Suprema Corte con la sentenza Cass. 9 dicembre 1976, n. 4577, in *Foro it.*, 1977, I, p. 369.

<sup>14</sup> Cfr. A. Buffa, *Ammissibilità della partecipazione*, cit., p. 111; P. Guerra, *Appunti in tema di holding*, cit., pp. 123-124; F. Ferrara jr., *Gli imprenditori e le società*<sup>4</sup>, cit., p. 207; A. Graziani, *Diritto delle società* 5 ed., cit. pp. 84-85.

<sup>15</sup> Il primo Autore a sollevare questa obiezione fu C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, cit., vol. I, p. 330, nella I edizione della sua opera (1893); ma a partire dalla 5ª edizione del 1923 (v. *supra* nt. 1) Vivante si lasciò convincere dalle critiche di Vighi e Manara (v. nota successiva) e mutò opinione ammettendo che una società anonima potesse partecipare ad una società in nome collettivo "perché anche il patrimonio dell'anonima può crescere illimitatamente con tutti i modi di acquisto con cui si accresce il patrimonio di un commerciante" C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*<sup>5</sup>, vol. II, Milano, 1923, p. 20.

<sup>16</sup> Il primo Autore che replicò all'obiezione di Vivante fu A. Vighi, *La personalità giuridica delle società commerciali*, Verona-Padova, 1900, p. 155 nt. 3, e dopo di lui U. Manara, *Delle società e delle associazioni commerciali*, pp. 448-449. Sulla stessa scia A. Buffa, *Ammissibilità della partecipazione*, cit., p. 110; P. Guerra, *Appunti in tema di holding*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 124; A. Graziani, *Diritto delle società*<sup>5</sup>, cit., p. 84; F. Di Sabato, *Manuale delle società*, cit., p. 58; F. Galgano, *Le società di persone*, cit., p. 368; F. Denozza, *Responsabilità dei soci e rischio di impresa*, cit., p. 257 nt. 70; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*<sup>4</sup>, cit., p. 66-67.

<sup>17</sup> Cfr. G. Minervini, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., p. 90; C. Giannattasio, *Ancora sull'ammissibilità della partecipazione*, cit., p. 293; Caselli G., *Vicende del rapporto di amministrazione*, cit., pp. 28-29.

Nel 1968 un importante studio avente ad oggetto la questione parallela a quella qui trattata, ossia la possibilità di nominare persone giuridiche come amministratori di società di capitali<sup>18</sup>, ebbe il merito di impostare l'indagine in una chiave diversa dal passato abbandonando il terreno della valutazione di compatibilità astratta, ossia di capacità giuridica e personalità degli enti: in assenza di norme permissive ci si chiese se potevano essere desunte dalle proibizioni dalle regole di diritto positivo inderogabili, c.d. tipologiche, relative sia alle società di persone partecipate sia alle società di capitali partecipanti<sup>19</sup>. L'interrogativo relativo all'ammissibilità, in altre parole, venne subordinato all'accertamento in concreto della possibilità di combinazione delle diverse strutture organizzative impostate su regole diverse e sulla verifica di compatibilità rispetto a norme imperative e inderogabili.

In particolare, con riguardo alla nomina di una persona giuridica-società di capitali alla carica di amministratore di società di persone, veniva osservato che si sarebbe tradotta nella lesione della prerogativa dei soci (della società partecipata) di nominare e revocare gli amministratori, poiché tali scelte sarebbero state (in sostanza) rimesse al socio-persona giuridica<sup>20</sup>. Come se la società avesse affidato ad un socio il potere di nominare uno o più amministratori estranei, affidandogli la scelta anche del relativo regime di amministrazione (amministratore unico o consiglio di amministrazione o consiglio di gestione o altro regime facoltativo)<sup>21</sup>; o come se si inserisca "nell'ordinamento di una società un ordinamento diverso (...) che viene ad assumere un rilievo determinante nell'attività della società amministrata"<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Cfr. E. Gliozzi, *Società di capitali amministratore di società per azioni?*, in *Riv. soc.*, 1968, p. 93 ss. il quale concludeva lo studio affermando l'impossibilità di nomina degli amministratori persone giuridiche nelle società di capitali, tesi che ha avuto il consenso della migliore dottrina, per tutti cfr. F. Bonelli, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, p. 72.

<sup>19</sup> Così E. Gliozzi, *Società di capitali amministratore di società per azioni?*, cit., p. 118; G. Ferri, *Le società*, cit., p. 496; M. Ghidini, *Società personali*, cit., p. 97 ss.; G. Oppo, *Sulla partecipazione di società a società personali*, cit., p. 1 ss.; G. Cottino, *Diritto commerciale*, cit., p. 374; F. Di Sabato, *Manuale delle società*<sup>2</sup>, cit., p. 59; C. Amatucci, *La partecipazione di società di capitali a società di persone*, cit., p. 36.

<sup>20</sup> Cfr. E. Gliozzi, *Società di capitali amministratore di società per azioni?*, cit., p. 142 ss. il quale applicava, invero, tale argomento alle società di capitali per negare ad esse la validità della nomina di amministratori persone giuridiche. Nello stesso senso anche F. Galgano, *Diritto commerciale. Le società*<sup>3</sup>, cit., pp. 320-321; M. Ghidini, *Società personali*, cit., p. 97; G. Caselli, *Vicende del rapporto di amministrazione*, cit., p. 27.

<sup>21</sup> Si è posto in termini dubitativi il problema della nomina di una pluralità di rappresentanti da parte della società di capitali a fronte di una partecipazione unitaria alla società di persone, che ha visto prevalere la soluzione della unicità per evitare l'alterazione del regime di amministrazione nella società partecipata ed i rapporti di potere tra i soci che inevitabilmente ne deriverebbe in caso di pluralità di rappresentanti. Cfr. A. Bartalena, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 1, Torino, 2006, p. 128.

<sup>22</sup> Cfr. G. Ferri, *Le società*, cit., p. 497, con la precisazione che questa osservazione era stata fatta dall'A. in relazione al problema dell'ammissibilità di una persona giuridica come amministratore di una società per azioni. Ma è evidente l'applicabilità di questa critica a tutti i tipi societari in cui gestore sia un'altra e diversa società.

Inoltre gli amministratori nominati dalla società di capitali partecipante si sarebbero sottratti alle responsabilità, sia civili che penali, nei confronti della società partecipata e amministrata, con elusione delle norme sul controllo del collegio sindacale (art. 2408 c.c.), sul controllo dell'autorità giudiziaria per gravi irregolarità nella gestione (art. 2409 c.c.), sugli obblighi d'integrità del patrimonio sociale e sulla responsabilità gestoria, posta la non equivalenza tra la disciplina delle società di capitali e quelle di persone in relazione agli aspetti dell'amministrazione, del controllo e dell'integrità patrimoniale<sup>23</sup>.

Tuttavia a questa obiezione si rispondeva che la nomina di una persona giuridica come amministratore comporta un giudizio di indifferenza, da parte dei soci della società amministrata, nei confronti del singolo rappresentante legale, il quale potrà mutare senza perciò intaccare la possibilità di nomina e di revoca della persona giuridica da parte della società amministrata<sup>24</sup>. Inoltre sarebbe stato sufficiente estendere la responsabilità civile e penale ai rappresentanti legali delle persone giuridiche amministratori per evitare la temuta elusione delle norme di responsabilità e l'efficacia deterrente dai comportamenti di *mala gestio* che le stesse assolvono<sup>25</sup>.

Ancora, in senso critico si osservava che l'argomento invocato, come ogni argomento che prova troppo, avrebbe finito per travolgere anche le partecipazioni di società per azioni in altre società azionarie – perché in ogni caso sarebbero stati sottratti alla società partecipata la nomina, la revoca e l'azione di responsabilità sul rappresentante del socio persona giuridica – conclusione inaccettabile e smentita dalla stessa normativa sul controllo azionario (art. 2359 c.c.)<sup>26</sup>; allo stesso tempo avrebbero dovuto essere impedito le partecipazioni di s.p.a. nelle associazioni in partecipazione, nelle A.T.I., nei consorzi, nelle *joint-ventures* e nelle società estere, in cui le normative sui controlli e sull'amministrazione sono diverse e non omogenee a quelle delle s.p.a., cosa che invece non avviene<sup>27</sup>.

Da taluni, allora, si proponeva di scindere il problema dell'ammissibilità di partecipazioni di società di capitali in società di persone da quello dell'assunzione della

<sup>23</sup> Cfr. R. Rordorf, *I rapporti tra le società di capitali e le società di persone*, cit., p. 281; M. Ghidini, *Società personali*, cit., p. 98; F. Guerrero, (voce) *Società in nome collettivo*, cit., p. 945; C. Amatucci, *La partecipazione di società di capitali a società di persone*, cit., p. 55 ss.; G. Marasà, *Le società*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2000, p. 140.

<sup>24</sup> Cfr. P. Guerra, *Appunti in tema di holding*, cit., p. 124; G. Caselli, *Vicende del rapporto di amministrazione*, cit., p. 28.

<sup>25</sup> Cfr. T. Ascarelli, *Società di persone tra società*, cit., p. 407.

<sup>26</sup> Cfr. G. Ferri, *Le società*, cit., p. 93; Id., *Delle società*<sup>3</sup>, cit., p. 361; P. Montalenti, *La partecipazione di una società di capitali ad una società in accomandita semplice in qualità di accomandante*, cit., p. 640 ss.; G.E. Colombo, *La partecipazione di società di capitali ad una società di persone*, cit., p. 1518 ss.

<sup>27</sup> Così G.E. Colombo, *La partecipazione di società di capitali ad una società di persone*, cit., p. 1518-1519; A. Borgioli, *Partecipazioni di società di capitali in società di persone*, cit., p. 307; P. Montalenti, *La partecipazione di una società di capitali ad una società in accomandita semplice in qualità di accomandante*, cit., pp. 648-649.

carica gestoria da parte di una società, dando soluzione affermativa al primo e negativa al secondo quesito, pertanto ammettendo la partecipazione di una società almeno come socio accomandante<sup>28</sup>.

Ulteriore argomento impeditivo della partecipazione di società di capitali in società di persone, veniva considerato quello relativo alla sottrazione del capitale investito nella società di persone alle regole di contabilità delle società di capitali, partendo dall'idea che le norme sul bilancio di esercizio di s.p.a. (degli artt. 2423 ss. c.c.) non avrebbero trovato un riscontro equivalente nel rendiconto delle società di persone, peraltro non soggetto a pubblicazione nel registro delle imprese, cosa che avrebbe impedito sia ai soci sia ai creditori sociali di avere un'informativa di bilancio omogenea sul patrimonio investito in società di persone e sul patrimonio restante in capo alla società di capitali<sup>29</sup>.

Tuttavia anche questa obiezione veniva fortemente ridimensionata, osservando che, per quanto attiene ai criteri di valutazione, non vi è differenza tra bilancio delle società di persone e quello delle società di capitali, in forza del richiamo alle norme degli artt. 2423 ss. c.c. fatto dall'art. 2217 c.c.<sup>30</sup>; inoltre la partecipazione in società di persone viene contabilizzata nel bilancio della società partecipante nell'attivo dello stato patrimoniale tra le immobilizzazioni finanziarie (art. 2424, B.III.1, c.c.), ed è soggetta ai chiarimenti ed alle spiegazioni contenuti nella nota integrativa (art. 2427, n. 5, c.c.) e nella relazione sulla gestione (a norma dell'art. 2428, comma 1°, c.c.)<sup>31</sup>. Infine, secondo un Autore, sarebbe rintracciabile nella disciplina del bilancio delle società per azioni l'obbligo di allegare anche i bilanci delle società partecipate e controllate, nonché per prassi anche di depositarli presso il registro delle imprese<sup>32</sup>. In questo modo sarebbero perfettamente tutelati i creditori in relazione al loro diritto di informazione contabile sulle società di capitali e sulle società da queste partecipate.

Punto di arrivo di questo lungo dibattito era stata la pronuncia della Suprema Corte di Cassazione del 1988<sup>33</sup> che, facendo proprie le ultime due argomentazioni

<sup>28</sup> Cfr. T. Ascarelli, *Società di persone tra società*, cit., c. 406-407; G. Ferri, *Le società*, cit., p. 94; Id., *Delle società*<sup>3</sup>, cit., p. 362; F. Di Sabato, *Manuale delle società*<sup>2</sup>, cit., p. 60; G. Marasà, *Le società*, cit., p. 141.

<sup>29</sup> Cfr. C. Amatucci, *La partecipazione di società di capitali a società di persone*, cit., p. 125 ss.

<sup>30</sup> Cfr. A. Borgioli, *Partecipazioni di società di capitali in società di persone*, cit., p. 313; P. Montalenti, *La partecipazione di una società di capitali ad una società in accomandita semplice*, cit., pp. 652-653; G.E. Colombo, *La partecipazione di società di capitali ad una società di persone*, cit., pp. 1528-1529.

<sup>31</sup> L'art. 2428, comma 1°, c.c. prevede che si debba esporre nella relazione sulla gestione l'andamento e il risultato della gestione nel suo complesso e nei vari settori in cui la società ha operato anche attraverso imprese controllate, con particolare riguardo ai costi, ai ricavi e agli investimenti, nonché una descrizione dei principali rischi e incertezze cui la società è esposta. Cfr. P. Montalenti, *La partecipazione di una società di capitali ad una società in accomandita semplice*, cit., p. 650; A. Borgioli, *Partecipazioni di società di capitali in società di persone*, cit., p. 315; G.E. Colombo, *La partecipazione di società di capitali ad una società di persone*, cit., pp. 1528-1531.

<sup>32</sup> Così A. Borgioli, *Partecipazioni di società di capitali in società di persone*, cit., pp. 314-315.

<sup>33</sup> Vedi la precedente nt. 2.

ed ampliandole ulteriormente, arrivò a sostenere la nullità della partecipazione di una società di capitali in una società in accomandita semplice, finanche in veste di socio accomandante. Tale posizione, sia pur aspramente ed unanimemente criticata in dottrina<sup>34</sup>, è stata tenuta ferma anche dalla giurisprudenza di merito fino all'ultima pronuncia negativa del 2004<sup>35</sup>, realizzando un sostanziale pareggio nella partita in gioco e creando un graduale irrigidimento della giurisprudenza (sulla posizione risolutamente negativa) e della dottrina (sul fronte favorevole opposto).

Ciò che ha sempre destato sospetto nel fenomeno in questione è stato il pericolo di abuso dello schermo societario, da taluni formulato come inopportunità del cumulo dei benefici della responsabilità limitata con i benefici della gestione diretta tipica delle società personali, cumulo che frequentemente nasconde un intento elusivo della responsabilità illimitata<sup>36</sup>.

Si sosteneva, non a torto, che se due o più persone avessero voluto creare una società di persone per la sua agilità (gestione diretta e fiscalmente anche meno onerosa), assicurandosi al contempo il beneficio della responsabilità limitata, avrebbero potuto creare prima due o più società di capitali (pluripersonali o anche unipersonali) con capitale irrisorio e poi costituendo, fra queste società di capitali, una società di persone in nome collettivo o in accomandita semplice. Di fronte a simili abusi dello schermo societario la giurisprudenza, anziché ricorrere a meccanismi di repressione *ex post* della frode, avrebbe predisposto *ex ante* «una presunzione di frode alla legge, fondata sul solo fatto, in sé considerato, della costituzione di una società di persone avente quali socie delle società di capitali»<sup>37</sup>.

Nulla esclude, però, che si possa ricorrere ad una repressione *ex post* mirata a sanzionare soltanto quei casi concreti *in fraudem legis* in cui venga accertata la frode o l'abuso dello schermo societario, attraverso la tradizionale sanzione della perdita del beneficio della responsabilità limitata<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Cfr. A. Borgioli, *Partecipazioni di società di capitali in società di persone*, cit., p. 301; P. Montalenti, *La partecipazione di una società di capitali ad una società in accomandita semplice in qualità di accomandante*, in *Giur. comm.*, 1989, I, p. 640; G.E. Colombo, *La partecipazione di società di capitali ad una società di persone*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 1513 e ss.

<sup>35</sup> Cfr. App. Milano, 25 maggio 2004, in *Banca borsa*, 2006, II, p. 22, con nota di M. Garcea, *È inammissibile la partecipazione di una società di capitali ad una società di persone: l'ultimo respiro del veto della Cassazione?*.

<sup>36</sup> Il primo a sostenere questa tesi fu F. Galgano, *Le società di persone*, cit., p. 368-369; seguito da G. Oppo, *Sulla partecipazione di società a società personali*, cit., p. 8; G. Cottino, *Diritto commerciale*, cit., pp. 375-376; e G.F. Campobasso, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*<sup>4</sup>, cit., 67.

<sup>37</sup> Cfr. F. Galgano, *Le società di persone*, cit., p. 369; G. Cottino, *Diritto commerciale*, cit., p. 375.

<sup>38</sup> In questi termini si esprimeva già C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*<sup>5</sup>, vol. II, cit., p. 20 e successivamente T. Ascarelli, *Imprenditore occulto e sovrano della società. – Responsabilità limitata e frode alla legge*, cit., c. 1315; F. Ferrara jr., *Gli imprenditori e le società*<sup>4</sup>, cit., p. 206 ed anche C. Giannattasio, *Ancora sull'ammissibilità della partecipazione*, cit., p. 293 (pur sostenendo la tesi negatrice dell'ammissibilità di partecipazioni di società di capitali); P. Montalenti, *La partecipazione di una società di capitali ad una società in accomandi-*



Il quadro, però, era destinato a mutare rapidamente in ragione del diverso orientamento, che si era andato affermando nei maggiori Paesi europei, favorevole a queste forme di ibridazione<sup>39</sup> o *Typenvermischung*, da taluni in Italia considerate come “abnormi”<sup>40</sup>, ma sempre più frequenti nella costruzione dei gruppi, in specie dei gruppi misti o *mehrstöckige Personengesellschaft*<sup>41</sup>. Come si vedrà meglio nel prossimo paragrafo, in conseguenza delle spinte esercitate da alcuni Stati Membri dell’UE, è stata perorata l’emanazione di una direttiva di armonizzazione su questo aspetto specifico, poi approvata dal Consiglio delle Comunità europee l’8 novembre 1990.

### 3. La soluzione introdotta con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (artt. 2361 c.c. e 111-*duodecies* disp. att. c.c.) e il quadro delle legislazioni europee

Il D. lgs. 6/2003 ha posto fine ad una secolare *querelle* sovvertendo la soluzione delle Sezioni Unite della Cassazione e introducendo la possibilità di acquisto di partecipazioni che comportino l’assunzione della responsabilità illimitata da parte delle società di capitali, attraverso le previsioni degli artt. 2361, 2° comma, c.c. e 111-*duodecies*, disp. att. e trans. c.c.

Come anticipato, questa modifica è stata propiziata dall’Unione Europea, in cui già molti Paesi conoscevano il fenomeno delle società di persone senza soci persone fisiche, spingendo così per l’emanazione nel ’90 di una direttiva di armonizzazione del fenomeno – Dir. 90/605/CEE dell’8 novembre 1990 di modificazione della IV e VII direttiva societaria sui conti annuali e consolidati – mediante l’introduzione di una disciplina comune dei conti annuali e consolidati delle società di persone quando tutti i soci illimitatamente responsabili siano organizzati in forma di società di capitali. L’art. 1, 3° comma della Dir. 90/605/CEE costituisce, pertanto, la fonte materiale del nostro art. 111-*duodecies*, disp. att., presentando un contenuto omologo con la sola aggiunta della previsione sulla pubblicazione dei bilanci che, invece, manca nell’art. 111-*duodecies*<sup>42</sup>.

---

*ta semplice*, cit., pp. 655-656; G.E. Colombo, *La partecipazione di società di capitali ad una società di persone*, cit., p. 1533; C. Bolognesi, *Società di capitali amministratrici di società di persone*, Padova, 2012, p. 11.

<sup>39</sup> In questi termini si esprime la Cass. Sez. Un., 17 ottobre 1988, n. 5636, cit.; ed in dottrina anche G. Cottino, *Diritto commerciale*, cit., p. 376; R. Weigmann, *Luci ed ombre del nuovo diritto azionario*, in *Società*, n. 2-*bis*, 2003, p. 271; Id., *I gruppi di società*, in Aa.Vv., *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, p. 212; M. Garcea, *È inammissibile la partecipazione di una società di capitali ad una società di persone*, cit., p. 30; A. Cetra, *La partecipazione di società di capitali in società di persone nel passaggio generazionale dell’impresa*, in *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali. Studi in Onore di Giovanni E. Colombo*, Torino, 2011, p. 194.

<sup>40</sup> L’espressione è di C. Amatucci, *La partecipazione di società di capitali a società di persone*, cit., pp. 42-43 e 121.

<sup>41</sup> Cfr. K. Schmidt, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Verlag C.H. Beck, München, 2007, Band 3, sub § 177a, p. 300.

<sup>42</sup> È stato segnalato in dottrina che, pur non essendo previsto dall’art. 111-*duodecies* l’obbligo di pubblicazione bensì solo di redazione del bilancio di esercizio o del consolidato nei casi previsti dalla Dir. 90/605/CEE



Questo nuovo fenomeno delle società personali costituite e anche gestite da persone giuridiche, o comunque da soggetti diversi dalle persone fisiche, impone agli interpreti nuovi scenari di riflessione<sup>43</sup> tra i quali, d'interesse in questa sede, quello dell'impatto sulla disciplina delle società in nome collettivo.

Dalla lettura, inoltre, degli articoli 2361, comma 2°, e 111-*duodecies* disp. att. appare chiaro che il legislatore ha dettato una disciplina molto parziale del fenomeno dell'assunzione di partecipazioni in società di persone da parte di società di capi-

---

dell'8 novembre 1990, art. 1, tuttavia è possibile desumere l'obbligo di pubblicazione dei bilanci medesimi dal 3° comma, dell'art. 1, della stessa direttiva. Cfr. R. Weigmann, *Luci ed ombre del nuovo diritto azionario*, in *Società*, n. 2-bis, 2003, p. 272 e G. Cottino – R. Weigmann, *Società di persone*, in *Trattato Cottino*, III, Padova, 2004, p. 94 nt. 23.

<sup>43</sup> Si pensi alla possibilità di configurare una società di persone come società che esercita attività di direzione e coordinamento nei confronti di società di capitali ed il suo reciproco, una società di persone che sia destinataria dell'altrui attività di direzione e coordinamento (con conseguente diretta applicazione della disciplina dettata in tema di "direzione e coordinamento" nei nuovi artt. 2497 e ss. c.c.). Così era orientato già prima della riforma del 2003, nell'esame dei gruppi composti da società di persone e di capitali, U. Tomba-ri, *Sulla società in accomandita semplice di gruppo*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, p. 253; e dopo la riforma nello stesso senso Id., *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 67; S. Patriarca, *Le società di persone come oggetto di controllo societario*, cit., p. 940; M. Cavanna, *Commento all'art. 2361, 2° comma*, in *Il nuovo diritto societario* diretto da Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, I, Bologna, 2004, p. 459.

Per contro si sostiene la difficoltà di applicare la disciplina dei gruppi perché non sarebbe possibile qualificare come "controllo" ai sensi dell'art. 2359 c.c. la partecipazione in una società di persone, visto che tutto l'impianto del 2359 è stato costruito pensando alle società azionarie. Così R. Weigmann, *Luci ed ombre del nuovo diritto azionario*, cit., p. 271; e più diffusamente lo stesso pensiero viene riprodotto da G. Cottino – R. Weigmann, *Le società di persone*, cit., p. 93.

Si pensi, ulteriormente, alla possibilità che ad amministrare una società di persone sia un soggetto solo formalmente socio ma nella sostanza estraneo, ciò che si verifica ogni volta in cui una società di capitali-socia di una società di persone eserciti il potere di amministrazione usando la stessa formula organizzativa interna alla propria società (amministratore unico o delegato o consiglio di amministrazione) e così riproducendo nella società partecipata, proprio per effetto del meccanismo delle "scatole cinesi", quella attenuazione tra titolarità del potere di gestione ed esercizio dello stesso, in altri termini il superamento del binomio potere-responsabilità, tipico dei modelli capitalistici. Di diverso avviso è A. Bartalena, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 127, il quale sostiene che "una volta riferito alla persona giuridica-socia lo *status* di (socio illimitatamente responsabile e di) amministratore, sarà comunque fatto salvo quel binomio potere-responsabilità, che, come sopra detto, è considerato uno dei connotati della disciplina delle società personali".

Questa affermazione, condivisibile nella parte in cui riserva alla persona giuridica, e non anche al suo legale rappresentante, la veste di socio e la conseguente responsabilità illimitata (contrariamente a quanto sostenuto erroneamente da F. Dagnino, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 294), tuttavia ci sembra che non sia condivisibile in quanto concentra l'attenzione sull'aspetto formale del fenomeno, perché solo formalmente il binomio potere-responsabilità risulta rispettato, mentre si trascura così il precipitato sostanziale della vicenda, ossia che nelle società di persone partecipate da società di capitali vi è la ricezione del modello organizzativo-gestorio delle società capitalistiche dove gli amministratori non sono quasi mai soci e la perdita del sintagma potere-responsabilità risulta da tempo consumata. Per un maggiore approfondimento di questo problema si rinvia al successivo par. 6, in questo capitolo.

tali, con ciò sottovalutando l'impatto della "rivoluzione copernicana" introdotta<sup>44</sup>. Infatti si è limitato a prevedere l'obbligo di autorizzazione con delibera assembleare, nonché per la società partecipante una specifica informazione contabile nella nota integrativa e, per la società partecipata, l'obbligo di redazione del bilancio di esercizio e del consolidato secondo le regole delle società di capitali nella sola ipotesi di totale assenza di soci persone fisiche.

Così tra le questioni aperte vi sono l'ammissibilità della nomina di un amministratore persona giuridica-socia in una società di persone e l'esame della relativa disciplina; l'ammissibilità di una società di fatto tra soci persone fisiche e società di capitali ovvero soltanto tra società di capitali, nell'ipotesi in cui manchi una delibera assembleare di autorizzazione all'acquisto della partecipazione<sup>45</sup>; il problema dell'estensibilità della disciplina contabile prevista dall'art. 111-*duodecies* anche ai casi di partecipazioni totalitarie di società di persone e di altri enti associativi ovvero di partecipazioni non totalitarie; infine la ricostruzione della disciplina applicabile ad una società in nome collettivo partecipata da una o più società di capitali. Invece, per quanto concerne la disciplina applicabile a tutela dei creditori della società di capitali partecipante – stante il pregiudizio che questi possono soffrire dall'assunzione della responsabilità illimitata e dalla sottrazione dei beni oggetto di conferimento alla propria garanzia patrimoniale – si rinvia ad altra sede la relativa trattazione, essendo una questione concernente la società di capitali partecipante che esula, dunque, dal tema del presente studio<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> La stessa critica di scarsa valutazione delle conseguenze di questo improvviso sconvolgimento è fatta da G. Cottino – R. Weigmann, *Le società di persone*, cit., p. 141.

<sup>45</sup> La questione più studiata fino ad oggi è stata quella della possibilità di costituire una società di fatto tra società di capitali mediante l'assunzione della partecipazione in società di persone senza la delibera dell'assemblea e quali conseguenze possano derivare in sede fallimentare.

Si è passati, così, dall'affermazione prevalente *ante* riforma di nullità dell'acquisto di partecipazioni in società di persone da parte di società di capitali e conseguente affermazione di estraneità di detta partecipazione alla previsione dell'art. 147 l.fall. (Cass. 2 gennaio 1995, n. 7, in *Fall.*, 1995, p. 758 con nota critica A. Patti, *Riflessi fallimentari della partecipazione di società di capitali in società di persone*; ma già prima della riforma un orientamento minoritario sosteneva la estensibilità dell'art. 147 alle società di fatto tra società di capitali come Trib. Bologna, 16 gennaio 1990, in *Società*, 1990, p. 492) al ribaltamento di questa concezione *post* riforma, che vede oggi prevalere la tesi della fallibilità in estensione di un socio-società di capitali che abbia assunto la partecipazione senza la necessaria deliberazione assembleare (si veda la successiva nt. 92 per la dottrina e la giurisprudenza favorevole al fallimento della c.d. super-società di fatto e la nt. 93 per quelli contrari).

<sup>46</sup> La questione è stata da me trattata in uno studio interamente dedicato al tema indicato F. Vessia, *Acquisto di partecipazioni da parte di società di capitali in società di persone: la tutela dei creditori della società partecipante tra revocatoria e patrimonio destinato*, in *Studi in Onore di Umberto Belviso*, Bari, 2011, vol. I, 879 ed in *Riv. not.*, 2011, I, p. 107 ss. La mia idea è che l'acquisto della partecipazione in una società di persone non sia qualificabile come un mero investimento finanziario ma come un'operazione volta a sottrarre beni sociali alla garanzia patrimoniale dei creditori della società partecipata perché, essendo riqualificati dalla legge i creditori sociali della partecipante come creditori particolari della partecipata, sono soggetti al regime

Per poter avere una chiave di lettura, per risolvere tutte queste problematiche scaturenti dalla disciplina lacunosa delle partecipazioni di società di capitali in società di persone, occorre prioritariamente volgere lo sguardo sui Paesi europei che per primi hanno regolamentato la fattispecie in oggetto.

In Francia sin dal 1966 (con la L. n. 66-537) è stata modificata la disciplina che il *Code de Commerce* dedica alle società di persone e di capitali, mediante l'introduzione di un'apposita disciplina per l'ipotesi in cui venga nominato amministratore una persona giuridica, dando per scontata l'ammissibilità di partecipazioni di società (di persone e di capitali) in altre società (di persone e di capitali). Per la società in nome collettivo l'art. L. 221-3, al secondo comma, prevede che "*Si une personne morale est gérant, ses dirigeants sont soumis aux mêmes conditions et obligations et encourrent les mêmes responsabilités civile et pénale que s'ils étaient gérants en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent*".

La stessa regola trova applicazione alla società in accomandita semplice alla quale si applicano, in mancanza di un'espressa previsione derogatoria, le regole generali dettate per la società in nome collettivo, in virtù del richiamo dell'art. L. 222-2 Co.<sup>47</sup>.

Nella disciplina delle società anonime, a differenza di quella in tema di società a responsabilità limitata che riserva alle *personnes physiques* l'eleggibilità alla carica di amministratore (art. L. 223-18 Co.)<sup>48</sup>, viene ulteriormente e meglio precisato quale

---

di inespropriabilità della partecipazione finché dura la società (se regolare) ex artt. 2270, 2305, 2315 e 2318. Inoltre l'assunzione della responsabilità illimitata può pregiudicare i creditori sociali della società partecipante anche in ragione del concorso che verrà a crearsi con i creditori della società partecipata. La situazione si presenta simile a quella derivante dalla costituzione di patrimoni destinati: la quota del socio è intangibile e in espropriabile da parte dei creditori particolari del socio finché dura la società, esattamente come lo sono (intangibili e inespropriabili) i beni destinati per tutta la durata del patrimonio destinato. Tuttavia il legislatore non ha predisposto un rimedio analogo a quello previsto per la costituzione di un patrimonio destinato (sulla pubblicità dell'atto costituzione del patrimonio destinato e sull'opposizione dei creditori anteriori alla delibera entro 60 giorni dall'iscrizione ex art. 2447-*quater* c.c.). Pertanto, dovendosi escludere l'applicazione analogica di quest'ultima disposizione, si conclude per l'applicabilità del rimedio revocatorio generale (art. 2901 c.c.) al caso dell'acquisto di partecipazione di società di capitali in società di persone, quando nel patrimonio della società partecipante dopo l'acquisto non residuino beni sufficienti per il soddisfacimento dei creditori sociali anteriori; ovvero potrà applicarsi la tutela della nullità quando per l'ammontare del capitale investito possa risultare una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale.

<sup>47</sup> Cfr. G. Ripert-R. Roblot, *Traité de Droit Commercial*, a cura di M. Germain, Tome 1, vol. 2, Paris, 2002, p. 150.

<sup>48</sup> La previsione sembra avere il tenore di norma inderogabile sia perché non fa salva la diversa disposizione statutaria, sia perché non viene riproposta in tema di s.r.l. la stessa disciplina del "rappresentante permanente" dettata in tema di anonime. Cfr. G. Ripert-R. Roblot, *Traité de Droit Commercial*, cit., p. 198.

Va detto, per altro, che questa stessa regola che riserva alle persone fisiche la carica gestoria si ritrova anche nel contesto delle anonime con riguardo però soltanto al presidente del consiglio di amministrazione (art. L. 225-47), al direttore generale (art. L. 225-51-1) e ai componenti del *directoire* (art. L. 225-59), in ragione della necessità che i soggetti investiti di funzioni di rappresentanza esterna della società siano riconoscibili ed individuabili facilmente dai terzi (cosa possibile solo se si tratta di persone fisiche). Cfr. G. Ripert-R. Roblot, *Traité de Droit Commercial*, cit., pp. 444 ss. e 459.

deve essere il meccanismo di nomina del legale rappresentante della persona giuridica che amministra la società, denominato (non a caso) rappresentante permanente, dall'art. L. 225-20 Co.: “*Une personne morale peut être nommée administrateur. Lors de sa nomination, elle est tenue de désigner un représentant permanent qui est soumis aux mêmes conditions et obligations et qui encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente. Lorsque la personne morale révoque son représentant, elle est tenue de pourvoir en mêmes temps à son remplacement*”.

In punto di nomina dei propri *dirigeants* o *représentant permanent* la persona giuridica nominata amministratore ha un'assoluta autonomia decisionale, sia sotto il profilo contenutistico che procedimentale, rispetto alla società amministrata. La nomina, infatti, nelle società anonime è di competenza del consiglio di amministrazione (o secondo alcuni del solo Presidente del Consiglio di amministrazione), mentre nelle società in accomandita e collettiva è rimessa ai soci della persona giuridica-amministratore<sup>49</sup>.

Ma questa circostanza non crea difficoltà nelle società di persone in quanto è presente un'espressa previsione che estende le condizioni per la nomina (ivi comprese le norme in tema di pubblicità), i diritti, gli obblighi e le responsabilità degli amministratori persone fisiche, ai rappresentanti di amministratori-persone giuridiche.

Appare evidente che nella legislazione francese si ritenga indispensabile l'individuazione della persona fisica e l'accettazione della sua nomina come condizione per l'iscrizione dell'amministratore persona giuridica, confermando l'esistenza di una esigenza (sottostante ed immanente) di certezza delle relazioni giuridiche.

In Germania l'ampia discussione sull'ammissibilità di assunzione della partecipazione in società di persone da parte di società di capitali, in veste di soci illimitatamente e personalmente responsabili e la loro nomina come amministratori, è stata portata avanti dai primi anni del '900<sup>50</sup> e, a fronte di un *imprimatur* giurisprudenziale arrivato già dai primi anni '70<sup>51</sup>, l'approdo al riconoscimento normativo è avvenuto con la legge anticriminalità economica del 29 luglio del 1976, che ha introdotto nell'*Handelsgesetzbuch* alcuni articoli per regolamentare il fenomeno delle società senza soci persone fisiche illimitatamente responsabili. A questa ha fatto seguito la legge di riforma della società a responsabilità limitata (*GmbH-Novelle* del 4 luglio 1980) che ha

<sup>49</sup> Cfr. G. Ripert-R. Roblot, *Traité de Droit Commercial*, cit., p. 136, 199 e 408; J. Richard, *La personne morale gérante des sociétés de personnes*, J.C.P., 1987, ed. N., p. 563.

<sup>50</sup> Si rinvia alla ricostruzione fatta da E. Gliozzi, *Società di capitali amministratore di società per azioni?*, p. 99 e ss.

<sup>51</sup> Risalgono al 1974 e 1975 le prime sentenze del *Bundesgerichtshof Zivilsachen* in cui si affronta un problema di disciplina delle società di persone senza soci persone fisiche illimitatamente responsabili, quale quello della trasparenza nella formazione della ditta. Cfr. BGHZ, 18.3.1974, in 62[BAND], pp.216-227 ed anche in *NJW*, 1974, p. 1191; BGHZ, 18.9.1975, in 65[BAND], p. 103 ss. ed anche in *NJW*, 1976, pp. 48-49.

introdotto nuovi articoli al *Gesellschaft mit beschränkter Haftung Gesetz* e apportato ulteriori modifiche al *HGB* (successivamente rivisitato dal *Handelsrechtsreform-gesetz* del 22 giugno 1998) ma con l'obiettivo di disciplinare precipuamente il diffusissimo fenomeno delle "*GmbH & Co KG*" o "*GmbH & Co OHG*".

La definitiva e più ampia risistemazione della materia delle società di persone senza soci illimitatamente responsabili persone fisiche è avvenuta con la legge quadro sul *Kapitalgesellschaften und Co. Richtlinie Gesetz (KapCoRiLiG)* del 9 marzo 2000 che ha introdotto il § 264a *HGB* e novellato in più punti il codice di commercio relativamente alla disciplina del bilancio di esercizio e consolidato e delle norme penali.

Questa legge ha realizzato due diversi obiettivi: quello di consentire l'assunzione della partecipazione come socio illimitatamente responsabile in società commerciali di persone sia da parte di società di capitali sia da parte di enti diversi ma esercenti pur sempre un'attività economica (quali ad esempio le cooperative e le fondazioni); e inoltre quello di aver completato l'equiparazione della disciplina delle società di persone senza soci illimitatamente responsabili alle società di capitali, sotto il profilo contabile e penale<sup>52</sup>.

L'attuale assetto della complessa normativa delle società di persone senza soci persone fisiche illimitatamente responsabili si compone di tre disposizioni fondamentali: i §§ 177a, 264a e 335b *HGB*. Si tratta di norme di rinvio che fungono da "cartina di tornasole" della disciplina delle società senza soci persone fisiche illimitatamente responsabili<sup>53</sup>.

Il paragrafo 177a richiama le norme che disciplinano la formazione della ditta (§§ 19 *HGB* e 4 *GmbH-G*), la corrispondenza commerciale (§§ 37a e 125a *HGB*, §§ 35a *GmbH-G* e 80 *AktG*), gli obblighi da osservare in caso d'insolvenza o eccessivo indebitamento della società (§130a *HGB*) con le relative sanzioni penali (§ 130b *HGB*). Il paragrafo 264a estende l'obbligo di redazione del bilancio di eserci-

<sup>52</sup> Per un approfondimento sulla *KapCoRiLiG* (legge quadro in tema di "Società di capitali & Co") cfr. C. Lutterman, *Das Kapitalgesellschaften-und-Co.-Richtlinie-Gesetz*, in *ZIP*, 2000, p. 517 ss.

<sup>53</sup> L'ordinamento tedesco delle società commerciali personali, *Offene Handelsgesellschaft* o *OHG* e *Kommanditgesellschaft* o *KG* ammette sia il caso limite di società in cui l'intera compagine sociale sia composta da società di capitali o altre collettività organizzate (fondazioni, cooperative e altri enti) sia *a fortiori* il caso di società in cui vi sia la compresenza di soci persone giuridiche e soci persone fisiche, ma queste ultime non in qualità di soci illimitatamente responsabili. Così risultano equiparate le società *OHG* e *KG* in cui i soci illimitatamente responsabili siano persone fisiche ovvero in tale veste figurino una o più *GmbH* o una *AG* o altra società di persone senza soci persone fisiche illimitatamente responsabili o altra collettività organizzata esercente un'attività economica (fondazione, cooperativa o altra) fino ad ipotizzare una serie continua di società collegate le c.d. *mehrstöckige Personengesellschaft*. Per i riferimenti a questo tipo di concatenazione societaria, che darebbe luogo a veri e propri gruppi di società di persone o a gruppi misti di società personalistiche e capitalistiche, cfr. K. Schmidt, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Verlag C.H. Beck, München, 2007, Band 3, sub § 177 a, p. 300; W. Morck, in I. Koller-W.H. Roth-W. Morck, *Handelsgesetzbuch Kommentar*, Verlag C.H. Beck, München, 2015, sub § 264 a, p. 691.

zio e del bilancio consolidato previsto per le società di capitali alle società di persone senza soci illimitatamente responsabili, richiamando tutte le previsioni in materia di bilancio (§§ dal 264b al 330 *HGB*). Da ultimo il paragrafo 335b estende le disposizioni sulla responsabilità penale vevoli per le società di capitali (§§ da 331 a 335 *HGB*) alle società di persone senza soci persone fisiche illimitatamente responsabili.

Questo *corpus* di regole garantisce, in primo luogo, la trasparenza degli assetti proprietari attraverso una dettagliata pubblicità, nel Registro delle Imprese e nella corrispondenza commerciale, così da rendere facilmente rintracciabili per i terzi le società-amministratori della *OHG* o della *KG* ed i loro soci<sup>54</sup>, evitando inganno in ordine al regime di responsabilità<sup>55</sup> e assicurando la massima trasparenza e certezza delle relazioni societarie.

In secondo luogo, realizza la trasparenza contabile attraverso l'estensione delle regole di redazione, controlli e pubblicità dei bilanci di esercizio e consolidato per le società di capitali alle società di persone che non abbiano come soci illimitatamente responsabili una persona fisica bensì una *GmbH*, o *AG*, o altre società di persone senza soci persone fisiche o altri enti economici diversi<sup>56</sup>.

Infine preserva in modo efficace l'interesse dei terzi creditori attraverso un duplice sistema: un meccanismo preventivo e sanzionatorio verso i comportamenti illeciti, realizzato mediante l'estensione delle sanzioni penali previste per gli amministratori di società di capitali anche agli organi di rappresentanza degli enti che amministrano le società di persone senza soci persone fisiche<sup>57</sup>; inoltre mediante il soddisfacimento delle loro ragioni di credito, tramite l'obbligo di richiedere tempestivamente l'apertura della procedura d'insolvenza se il socio-amministratore è una società composta esclusivamente da soci limitatamente responsabili (per esempio una *GmbH* o una *AG*)<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> Cfr. K. Schmidt, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Verlag C.H. Beck/Verlag Franz Vahlen, München, 2007, Band 3, sub § 177a, p. 299; W.H. Roth, in I. Koller-W.H. Roth-W. Morck, *Handelsgesetzbuch Kommentar*, Verlag C.H. Beck, München, 2007, sub § 37a, pp. 166-167; C. Lutterman, *Das Kapitalgesellschaften-und-Co.-Richtlinie-Gesetz*, cit., p. 517 ss.

<sup>55</sup> Proprio a tale scopo il § 19 Abs 2 *HGB* ha stabilito che, se in una società *OHG* o *KG* non ci sono soci persone fisiche personalmente responsabili, la denominazione sociale deve contenere una indicazione adeguata ad esternare la limitazione della responsabilità. La giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* (BGHZ, 24.03.1980, in *NJW*, 1980, p. 2084) ha chiarito che ciò comporta non soltanto l'obbligo di differenziare la ditta rispetto a quella delle società aventi soci persone fisiche personalmente e illimitatamente responsabili, ma anche l'obbligo di unire l'indicazione dei due tipi di società partecipante e partecipata con l'espressione "& Co." e non invece altre formule (come "& partner" oppure la semplice unione "*GmbH & KG*"). Cfr. W.H. Roth, in I. Koller-W.H. Roth-W. Morck, *Handelsgesetzbuch Kommentar*, cit., sub § 19, p. 121.

<sup>56</sup> Cfr. C. Lutterman, *Das Kapitalgesellschaften-und-Co.-Richtlinie-Gesetz*, in *ZIP*, 2000, p. 517 ss.; W. Morck, in I. Koller-W.H. Roth-W. Morck, *Handelsgesetzbuch Kommentar*, cit., sub § 264, p. 684.

<sup>57</sup> Cfr. W. Morck, in I. Koller-W.H. Roth-W. Morck, *Handelsgesetzbuch Kommentar*, cit., sub § 335b, p. 920.

<sup>58</sup> Così prescrive il § 130a Abs. 1 e 4 *HGB*. Si veda per tutti I. Koller, in I. Koller-W.H. Roth-W. Morck, *Handelsgesetzbuch Kommentar*, cit., sub §§ 130a e 130b, pp. 415-416.



Questo impianto normativo ha costituito la ragione del grande successo riscontrato nella prassi germanica (a partire dalla seconda metà degli anni '70) del modello societario della *GmbH & Co. KG*, una società in accomandita semplice con unico socio accomandatario che è una società a responsabilità limitata, i cui soci, il più delle volte, sono gli stessi soci accomandanti<sup>59</sup>.

Ma prima ancora che tale modello trovasse esplicita menzione nella *GmbH-Novelle* del 1980 era stato già chiarito in una pronuncia del 1974 del *Bundesgerichtshof*<sup>60</sup> che si trattasse di una società di persone solo nella forma, destinata ad operare nella realtà come una società di capitali, laddove solo in linea teorica si sarebbe potuta applicare la disciplina della società in accomandita semplice. In altri termini una società di persone, che gode del beneficio della responsabilità limitata al pari delle società di capitali, deve essere trattata come queste ultime nel mondo giuridico.

Da questo modello si è emancipata anche la prassi, posto che l'ultima novella al codice di commercio denominata *Kapitalgesellschaften und Co. Richtlinie Gesetz* (*KapCoRiLiG* del 24.2.2000) assorbe in sé, ampliandola, la Direttiva sulle *GmbH & Co.* dell'8 novembre 1990 (Dir. CEE 90/605).

Invece nelle società di capitali *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* e *Aktiengesellschaft* il legislatore tedesco ha adottato una soluzione opposta a questa, essendo prevista espressamente la riserva di nomina per le sole persone fisiche rispettivamente sia per l'assunzione della carica di *Geschäftsführer* (§ 6 Abs. 2 *GmbH-G*) sia per la nomina come componente del *Vorstand* (§ 76 Abs. 3 *AktG*), escludendo così l'investitura di una società o di una persona giuridica o altro ente associativo come amministratore<sup>61</sup>.

Tale disciplina trova giustificazione, secondo alcuni, nella necessità che gli amministratori abbiano la piena e illimitata capacità di agire di cui sarebbero privi gli enti associativi<sup>62</sup>; secondo altri nella necessità di attivazione della responsabilità persona-

<sup>59</sup> Per un approfondimento dell'istituto si rinvia alla monografia di M.K. Binz – M.H. Sorg, *Die GmbH & Co. KG*, München, 2005; ed ai più brevi contributi di K. Schmidt, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, cit., sub § 177a, p. 298 ss.; K.J. Hopt, *Handelsgesetzbuch. Kommentare*, München, 2000, p. 693 ss.; e anche di R. Genghini, *Spunti per uno studio comparato della partecipazione di società di capitali a società di persone: la "GmbH & Co. KG"*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, p. 409 e ss.

<sup>60</sup> Cfr. BGHZ, 18.3.1974, cit., p. 227 in cui si afferma "Die GmbH & Co. ist zwar der Form nach eine Personengesellschaft. Sachlich handelt es sich aber um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die insoweit der GmbH oder Aktiengesellschaft näher steht als einer normalen offenen Handels- oder Kommanditgesellschaft"

<sup>61</sup> Cfr. T. Liebscher, in W. Müller–T. Rödter, *Beck'sche Handbuch der AG*, Verlag C.H. Beck, München, 2004, p. 480; M. Kort, *Aktiengesetz Großkommentar*, diretto da K.J. Hopt–H. Wiedemann, De Gruyter Recht, Berlin, 2003, sub § 76, p. 160; A. Hueck – L. Fastrich, in A. Baumbach–A. Hueck, *Beck'sche Kurz-Kommentare GmbH-Gesetz*, Verlag C.H. Beck, München, 2006, sub § 6, p. 144.

<sup>62</sup> In questo senso A. Hueck, in A. Baumbach–A. Hueck, *Beck'sche Kurz-Kommentare GmbH-Gesetz*, Verlag C.H. Beck, München, 1996, sub § 6, p. 111; M. Kort, *Aktiengesetz Großkommentar*, cit., sub § 76, p. 160.



le di ciascun amministratore per le conseguenze illecite (civili e penali) connesse all'esercizio della propria funzione<sup>63</sup>.

Questo impianto normativo apparentemente dicotomico tra le *Personengesellschaft* e le *Kapitalgesellschaft* presenta una breccia: in uno dei tipi capitalistici le *Kommanditgesellschaft auf Aktien* è ammesso che possa una persona giuridica essere socio accomandatario ed assumere la funzione di gestione attraverso il proprio organo amministrativo<sup>64</sup>, essendo presupposta la piena capacità di agire nella qualità di socio illimitatamente responsabile che invece manca al semplice amministratore di *GmbH* o al *Vorstandsmitglied* di *AG*.

Ecco spiegata la presenza in Germania di società di capitali che, pur nella veste formale di società in accomandita per azioni, hanno soci accomandatari che godono del beneficio della responsabilità limitata *GmbH & Co. KGaA*: esse rappresentano il simmetrico delle già menzionate *GmbH & Co. KG* o *OHG*.

Da questa complessa architettura, emerge netta la presa d'atto del legislatore tedesco che il regime di responsabilità dei soci nelle società di persone può essere derogato dai soci attraverso la tecnica della creazione di società miste. Ma a fronte di tale opzione il legislatore ha dato una risposta estremamente pragmatica, equiparandone la disciplina alle società di capitali negli aspetti che riguardano la tutela dei terzi creditori (pubblicità legale, trasparenza contabile e responsabilità degli amministratori)<sup>65</sup>.

Passando ora alla Spagna, fino alla metà degli anni '80, veniva quivi negata dagli interpreti la possibilità di nominare amministratori di società un ente (personificato o meno) in forza di argomentazioni dogmatiche simili a quelle usate dalla dottrina italiana, quali la limitata capacità delle persone giuridiche e l'inammissibile deroga di competenze assembleari (di nomina e revoca degli amministratori) deroga dovuta all'inserimento di un'organizzazione societaria all'interno di un'altra società<sup>66</sup>.

Con la sentenza del Tribunale Supremo spagnolo del 31 ottobre 1984<sup>67</sup> cadde ogni proibizione, e venne affermato che non esiste alcun impedimento normativo tanto all'acquisto di partecipazioni quanto alla nomina di persone giuridiche come

<sup>63</sup> È quanto si evince dall'affermazione della responsabilità personale e solidale degli amministratori con la società nei confronti dei terzi danneggiati dagli amministratori nell'esercizio delle loro funzioni, in base al § 43 GmbHG e § 93 AktG. Cfr. W. Zöllner – U. Noack, in A. Baumbach – A. Hueck, *Beck'sche Kurz-Kommentare GmbH-Gesetz*, Verlag C.H. Beck, München, 2006, sub § 43, p. 1238 e ss.; F. Rittner, in H. Rowedder, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Kommentar*, Verlag F.V., München, 1990, sub § 6, p. 153; H. Günter, *Handbuch des Aktienrechts*, Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1991, pp. 240-241.

<sup>64</sup> Cfr. M. Kort, *Aktiengesetz Großkommentar*, cit., sub § 76, p. 161; T. Liebscher, in W. Müller – T. Rödter, *Beck'sche Handbuch der AG*, cit., p. 550. Questa conclusione affermata dal § 279 Abs. 2 AktG, è stata ribadita dal *Bundesgerichtshof* nella sentenza BGHZ, 24.2. 1997, in *NJW* 1997, p. 1923.

<sup>65</sup> Cfr. W. Morck, in I. Koller – W.H.Roth – W. Morck, *Handelsgesetzbuch Kommentar*, cit., sub §§ 264 e 335b, p. 684 e 920.

<sup>66</sup> Cfr. F.S. Calero, *Los administradores en las sociedades de capital*, Civitas, 2005, p. 58.

<sup>67</sup> In RJ, 1984, p. 5152.

amministratori di società anonime<sup>68</sup> e conseguentemente tali limiti sono stati considerati superati anche per le società di persone.

Così nel testo della *Ley de Sociedades Anónimas* (LSA) riformato nel 1989 (*Real decreto Legislativo* n. 1564 del 22 dicembre 1989) sono state introdotte alcune disposizioni idonee a regolamentare il fenomeno degli amministratori persone giuridiche nelle società anonime.

L'art. 8 LSA, sul contenuto dell'atto costitutivo, prevede alla lett. f) l'indicazione delle generalità (nome, cognome e data di nascita) degli amministratori che hanno la rappresentanza della società, se si tratta di persone fisiche, e della loro denominazione sociale, invece, se si tratta di persone giuridiche. In entrambi i casi dovrà risultare dall'atto costitutivo anche la nazionalità e il domicilio o la sede sociale.

L'art. 125 LSA, sulla iscrizione degli amministratori nel Registro Mercantile, prevede che le stesse indicazioni risultanti dall'atto costitutivo devono essere iscritte nel Registro: quindi trattandosi di persone giuridiche dovranno risultare dall'iscrizione nel Registro la loro nazionalità, la sede sociale e la denominazione.

L'art. 127-*quater* LSA stabilisce, in merito al dovere di segreto, che se l'amministratore è una persona giuridica il dovere di riservatezza grava in capo al suo rappresentante legale.

Infine, a completamento della disciplina, vi sono altre due disposizioni fuori dalla LSA. Una è contenuta nell'art. 143 del *Reglamento del Registro Mercantil* (RRM) – *Real Decreto* n. 1784 del 19 luglio 1996 – da ultimo modificato il 9 febbraio 2008 – il quale, in relazione alla nomina di amministratori persone giuridiche, stabilisce che non si possa procedere all'iscrizione della nomina “*en tanto no conste la identidad de la persona física que aquella haya designado como representante suyo para el ejercicio de las funciones propias del cargo*”. Tale disposizione evidenzia la necessità della designazione *ab initio* della persona fisica deputata alla rappresentanza dell'ente nominato amministratore di altra società, al fine di rendere efficace la nomina di un amministratore persona giuridica, rispondendo ad un'esigenza fondamentale di certezza dei rapporti giuridici sia con i terzi sia con la società amministrata.

L'ultima indicazione, rilevante nella ricostruzione della disciplina spagnola, si rinviene in una risoluzione della *Dirección General de los Registros y del Notariado* (Res. DGR, dell'11 marzo 1991<sup>69</sup>) la quale ha precisato, nei casi di amministratore persona giuridica, la necessità che la nomina della persona fisica, chiamata a fare da mandatario, sia di competenza esclusiva della persona giuridica designata come amministratore, che venga nominato un solo rappresentante persona fisica, non essen-

<sup>68</sup> Cfr. F.S. Calero, *Los administradores*, cit., p. 58.

<sup>69</sup> In RJ, 1991, p. 2534.

do valida la nomina di più persone, e che il rappresentante nominato dia garanzia di permanenza e di stabilità nell'esercizio delle sue funzioni<sup>70</sup>.

Queste previsioni sono state da ultimo confermate dal *Real Decreto Legislativo* 1/2010 del 2 luglio 2010 di riforma delle società di capitali (*sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anonima y la sociedad comanditaria por acciones*), il quale prevede all'art. 212 che “*Los administradores de la sociedad de capital podran ser personas fisicas o juridicas*”. Vengono successivamente specificati alcuni obblighi dell'amministratore persona giuridica, ed in particolare vengono estesi al rappresentante della persona giuridica amministratore le norme sul conflitto d'interessi (art. 231), gli obblighi di riservatezza (art. 232) come già previsto dal previgente art. 127-*quarter* LSA, mentre non è più riprodotta (art. 215) la norma sull'iscrizione nel registro mercantile delle generalità della persona giuridica e del suo legale rappresentante (come previsto dal previgente art. 125 LSA), ma evidentemente l'abrogazione si giustifica in ragione dell'assorbente disciplina del *Registro Mercantil* e della vigente previsione dell'art. 143 succitata.

Invece, per quanto concerne la responsabilità del rappresentante legale della persona giuridica amministratrice, se essa sia esclusivamente interna all'ente amministratore o anche esterna nei confronti della società amministrata, la questione non è stata affrontata in sede legislativa, ma rimessa al dibattito dottrinale e giurisprudenziale<sup>71</sup>. Risulta tuttavia significativo, nell'economia del dibattito, l'art. 212 che equipara le responsabilità dell'amministratore di diritto a quello di fatto<sup>72</sup>, ben potendo essere parificato il rappresentante legale di un amministratore persona giuridica all'amministratore di fatto, come è stato fatto già nell'ordinamento britannico.

Nel Regno Unito è previsto che le *Incorporated Company* (società di capitali) possano sia partecipare che essere partecipate ed anche essere amministrate da persone giuridiche. Normalmente, come condizione generale, esse sono amministrate da una *natural person* o *individual* ma possono essere gestite anche da soggetti diversi dalle persone fisiche, purché vi sia almeno un amministratore persona fisica: «*A company must have at least one director who is a natural person*» (Sec. 155 *Companies Act* 2006), escludendosi la possibilità di un amministratore unico persona giuridica (eccetto il caso della *private company*) che sia una *corporation sole* (società di capitali

<sup>70</sup> Tale orientamento corrisponde all'opinione prevalente presso la dottrina spagnola cfr. J.M. Prada Gonzáles, *La persona jurídica administradora de una sociedad anónima*, in AA.VV., *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo II (*Sociedades Mercantiles*), Madrid, 1996, pp. 2320-2323; F.S. Calero, *Los administradores*, cit., p. 59.

<sup>71</sup> Cfr. A. Cetra, *La persona giuridica amministratore*, Torino, 2013, p. 41.

<sup>72</sup> Testualmente l'Artículo 212 recita: “*Los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo*”. Sul punto cfr. G. Pescatore, *L'amministratore persona giuridica*, cit., p. 20.

unipersonale), fattispecie assistita da sanzione “enforced by the Secretary of State” (Sec. 156 *Companies Act* 2006)<sup>73</sup>.

Nel caso in cui venga nominato come amministratore una *judicial person* dovranno essere indicate nel libro sociale degli amministratori “in the case of a body corporate, or a firm that is a legal person under the law by which it is governed” (Sec. 164 *Companies Act* 2006) una serie di informazioni relative alla persona giuridica, quali la denominazione e la sede sociale, il registro e il numero di registrazione di una società straniera se appartenente ad uno dei Paesi dell’area UE (testualmente EEC-European Economic Area), oppure se si tratta di società straniera di area extra-europea dovranno essere indicate, in aggiunta, la forma giuridica della società amministratrice e la legge da cui è regolata e, se previsto dall’ordinamento straniero, anche il registro e il numero di registrazione<sup>74</sup>.

Da queste previsioni si può evincere che nella legislazione britannica, a differenza degli ordinamenti francese, tedesco e spagnolo, non è stata considerata la necessità di dare evidenza alla persona fisica che rappresenta un socio o un amministratore persona giuridica, per esempio per quanto attiene alla nomina, alla revoca o alla registrazione nel registro delle imprese, essendo reputato il rapporto tra persona giuridica e suo rappresentante legale un vincolo interno all’ente personificato che non richiede una evidenza esterna, se non per quanto attiene ai dati registrati della società, consultando i quali i terzi potranno conoscere anche chi ne sia il rappresentante legale.

Tuttavia questo non comporta, come invece sostenuto da una certa dottrina italiana, che il rappresentante legale risponda per *mala gestio* solo verso la società amministratrice (che potrà agire con l’azione di rivalsa nei confronti del proprio rappresentante dopo aver risarcito il danno da lui provocato al patrimonio della società amministrata)<sup>75</sup> e non anche direttamente verso la società amministrata. Tanto si deduce coordinando le previsioni del *Companies Act* 2006 con la legge britannica sul fallimento, *Insolvency Act* del 1986, la quale prevede alla Sec. 214 la responsabilità per *wrongful trading*<sup>76</sup> – ossia per aver proseguito la gestione dell’impresa in man-

<sup>73</sup> Cfr. Aa.Vv., *Blackstone’s guide to the Companies Act 2006*, Oxford, 2007, p. 63; G. Morse – P. Davies, *Palmer’s Company Law: annotated guide to the Companies Act 2006*, London, 2007, p. 155.

<sup>74</sup> Cfr. Aa.Vv., *Blackstone’s guide to the Companies Act 2006*, cit., p. 64; G. Morse – P. Davies, *Palmer’s Company Law: annotated guide to the Companies Act 2006*, cit., p. 160. Per gli studi italiani condotti sul tema degli amministratori persone giuridiche nell’ordinamento inglese cfr. Pescatore G., *L’amministratore persona giuridica*, cit., p. 24 ss.; C. Bolognesi, *Società di capitali amministratrici di società di persone*, Padova, 2012, p. 85 ss.; A. Cetra, *La persona giuridica amministratore*, cit., p. 42.

<sup>75</sup> Così afferma C. Bolognesi, *Società di capitali amministratrici di società di persone*, cit., p. 92.

<sup>76</sup> Sull’istituto del *wrongful trading* cfr. H.C. Hirt, *The Wrongful Trading Remedies in Uk Law: Classification, Application and Practical Significance*, in *European Company and Financial Law Review*, 2004, p. 71 ss; P. Davies, *Directors’ Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency*, in *European Business Organization Law Review*, 2006, p. 301 ss.; T. Bachner, *Creditor Protection in Private Companies: Anglo-German perspectives for a European legal discourse*, Cambridge, 2009, p. 208 ss. E per gli

canza di prospettive ragionevoli di continuità aziendale – degli amministratori di diritto (*de iure directors*), a cui sono equiparati gli amministratori occulti (*shadow directors*) per espressa volontà di legge (s. 214.7) e gli amministratori di fatto (*de facto directors*) per scelta giurisprudenziale, laddove anche le persone giuridiche possono essere considerate amministratori di fatto nell'ordinamento britannico.

Risulta evidente, allora, che nel diritto inglese attraverso questo meccanismo, come già ipotizzato nel diritto spagnolo, si realizza l'equiparazione della responsabilità degli amministratori di fatto a quelli di diritto; di eguale evidenza è la circostanza che, attraverso l'espressa equiparazione della responsabilità del rappresentante necessario persona fisica a quella dell'amministratore persona giuridica (prescelta invece dal diritto francese e tedesco), si possa arrivare alle medesime conclusioni: il superamento del principio di relatività del contratto di gestione e l'affermazione diretta della responsabilità del gestore di fatto, *rectius* rappresentante necessario (persona fisica), insieme al (*rectius* in solido con il) gestore di diritto (persona giuridica), al fine di evitare l'elusione del sistema di responsabilità che diversamente si verificherebbe.

Per le *Limited Liability Partnership* (LLP), omologhe alle nostre società a responsabilità limitata, si rinviene la disposizione della *Section 18* del *Limited Liability Partnerships Act* del 2000, nella quale è contenuta l'interpretazione autentica della parola “*address*” *in relation to a member of a limited liability partnership*, con la quale il legislatore chiarisce che deve intendersi per “indirizzo” “*if an individual, his usual residential address, and if a corporation or Scottish firm, its registred or principal office*”. Da questa disposizione appare evidente, dunque, la piena equiparazione dei soci persone fisiche e dei soci persone giuridiche (o altri enti con e senza personalità giuridica) ai fini della partecipazione ad una LLP.

Per quanto concerne, invece, le *partnership* distinte in *General Partnership* e *Limited Partnership* (equivalenti, rispettivamente, alla nostra società in nome collettivo e alla società in accomandita semplice) non vi è alcuna disposizione che preveda espressamente se i soci debbano essere necessariamente *natural person* o possano essere anche *artificial* o *juridical person*. Tuttavia l'ammissibilità dei *members* diversi dalle persone fisiche viene pacificamente dedotta dalla giurisprudenza e dalla dottrina che ammettono i c.d. “*silent membership*”, soci occulti, che partecipano alla società di persone conferendo soltanto una somma di denaro senza alcun potere gestorio, in cambio dell'anonimato. Soci occulti possono essere sia persone fisiche sia persone

---

studi italiani sul *wrongful trading* si rimanda a M. Miola, *Capitale sociale e tecniche di tutela dei creditori*, in *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, a cura di Balzarini-Carcano-Ventoruzzo, Milano, 2007, p. 363 ss.; L. Stanghellini, *Directors' duties and the optimal timing of insolvency. A reassessment of the "recapitalize or liquidate" rule*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenza. Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, Torino, 2011, p. 733 ss.

giuridiche, pertanto non vi è alcun ostacolo ad ammettere anche nelle società di persone inglesi i soci palesi persone giuridiche.

Da questo quadro comparativo emergono alcuni dati costanti nella disciplina del fenomeno delle partecipazioni di società in società di persone: innanzitutto non sono considerati impeditivi all'acquisto di partecipazioni di società di capitali in società di persone né il diverso regime di responsabilità per le obbligazioni sociali tra ente partecipante e società partecipata, né il tendenziale binomio tra rischio personale e potere di gestione, a condizione che si superi lo schermo della persona giuridica e si indirizzino obblighi e responsabilità del *munus* gestorio sulla persona fisica rappresentante, in solido con la persona giuridica rappresentata, e che si estendano gli obblighi di pubblicità della nomina e della revoca al rappresentante legale della persona giuridica.

In Italia queste conclusioni trovano conferma nelle previsioni in tema di GEIE, ex l'art. 5 D. Lgs. n. 240 del 23 luglio 1991 (di recepimento del Regolamento CE, 25 luglio 1985, n. 2137/85) e in tema di Società Europea ex art. 47 del Regolamento n. 2157 del 10 novembre 2001 UE.

L'art. 5 d.lgs. 240/1991 sul GEIE prevede che “può essere nominato amministratore anche una persona giuridica, la quale esercita le relative funzioni attraverso un rappresentante da essa designato” le cui generalità (il cognome, il nome, la data di nascita, il domicilio e la cittadinanza) dovranno essere pubblicizzate mediante iscrizione nel Registro delle Imprese al pari di quelle della persona giuridica (ossia la sua denominazione e la sede). Lo stesso art. 5 dispone, inoltre, che “il rappresentante assume gli stessi obblighi e le stesse responsabilità civili e penali previste a carico degli amministratori persone fisiche, ferma restando la responsabilità solidale della persona giuridica”.

La disciplina sulla Società Europea (art. 47 del Regolamento 2157/2001 UE), in modo simile, prevede la possibilità di nominare come componente di un organo sociale una società o altro ente giuridico ed in tal caso “deve designare un rappresentante, persona fisica, ai fini dell'esercizio dei poteri dell'organo in questione”.

Non è pacifico, tuttavia, se queste previsioni siano applicabili per analogia alle società di persone con amministratori persone giuridiche<sup>77</sup>, anche se appare decisivo

<sup>77</sup> In senso favorevole all'applicazione generale delle disposizioni sul GEIE ben prima della riforma societaria si era espresso D. Corapi, *L'applicazione in Italia del Gruppo Europeo di Interesse Economico*, in *Soc.*, 1991, p. 1169.

Dopo la novella del 2003 in senso conforme v. D. Regoli, *L'organizzazione delle società di persone*, in *Diritto delle società [Manuale breve]*, Milano, 2005, p. 56; R. Weigmann, *Luci ed ombre*, cit., p. 271; Id., *I gruppi di società*, cit., p. 212; A. Cetra, *La persona giuridica amministratore*, cit., pp. 170-171; G. Presti – M. Rescigno, *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 2009, p. 484. Di grande rilevanza pratica è l'adesione a questa soluzione data dal Consiglio Notarile Milano, Massima n. 100, 18 maggio 2007, in [www.consiglionotarilemilano.it](http://www.consiglionotarilemilano.it) ed anche in *RDS*, 2008, p. 676 con commento di A. Cetra, *La persona giuridica amministratore di una società a responsabilità limitata o società per azioni nella massima n. 100 del Consiglio Notarile di Milano*.



l'interesse comune sottostante a tutte le norme appena richiamate. Da una interpretazione teleologica e sistematica, tanto delle normative dei Paesi europei considerati quanto delle norme interne sull'amministratore persona giuridica, emerge l'esigenza dell'esatta individuazione della persona fisica deputata a svolgere le funzioni di rappresentante legale, al fine di dare certezza ai rapporti giuridici con i terzi, individuando il soggetto legittimato alla spendita del nome della società, ed anche colui cui sia imputabile la responsabilità civile e penale per gli atti posti in essere. Questo disvela la preoccupazione di tutti i legislatori, come temuto dalla nostra giurisprudenza anteriore alla riforma, di impedire forme di abuso dello schermo societario, quali sarebbero le nomine di enti "scatole vuote" create ad arte per eludere ogni forma di responsabilità individuale (dalla responsabilità illimitata dei soci alla responsabilità patrimoniale per danni degli amministratori).

Se dunque l'interesse è quello di garantire una responsabile gestione delle imprese, evitando strumentalizzazioni ed abusi, evidentemente siamo di fronte ad interessi coesenziali ed immanenti ad ogni tipo societario o forma collettiva d'impresa quindi a norme trans-tipiche, espressione di un principio generale, applicabile ogni qual volta ricorra la figura dell'amministratore persona giuridica. Per questa ragione ritengo applicabili anche alle società di persone, ad integrazione delle lacune normative, la disciplina del GEIE come sarà meglio esposto nel successivo § 8.

#### 4. Le condizioni di validità della partecipazione per la s.p.a., s.r.l. e s.a.p.a.

Con la nuova previsione dell'art. 2361, comma 1°, c.c. il legislatore innanzitutto risolve una questione dibattuta in passato<sup>78</sup> circa l'ammissibilità delle partecipazioni che possano determinare, per la misura o per l'oggetto, una sostanziale modificazio-

---

Invece per la soluzione contraria cfr. A. Nigro, *Note in tema di persona giuridica amministratore di società*, in *RDS*, 2007, p. 15; P.P. Sanfilippo, *Eleggibilità di persona giuridica a liquidatore o anche ad amministratore di società di capitali?*, in *Giur. Comm.*, 2008, II, pp. 666-667; V. Salafia, *Persone giuridiche amministratrici di società*, in *Società*, 2006, p. 1329; R. Guglielmo, *Riflessi della riforma del diritto societario sull'amministrazione delle società di persone*, in *Riv. not.*, 2006, pp. 1204-1208; G. Pescatore, *L'amministratore persona giuridica*, cit., p. 122; C. Bolognesi, *La persona giuridica amministratrice di società di persone: analisi e superamento degli argomenti ostativi*, in *Riv. not.*, 2011, I, p. 294; Id., *Società di capitali amministratrici di società di persone*, cit., p. 96; O. Cagnasso, *Persona giuridica amministratore di fatto di società di capitali?*, in *Giur. it.*, 2012, p. 2590.

In posizione intermedia si pone chi sostiene l'applicabilità analogica di alcune disposizioni, come la nomina di un rappresentante stabile, ma non anche di altre previsioni, come quelle in tema di pubblicità e di responsabilità dei rappresentanti legali: cfr. L. Autuori, *Commento all'art. 2361 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, *Azioni*, Milano, 2008, p. 755.

<sup>78</sup> Cfr. in dottrina M. Ghidini, *Società personali*, cit., p. 97; G. Oppo, *Sulla partecipazione di società a società personali*, cit., p. 5; P. Montalenti, *La partecipazione di una società di capitali ad una società in accomandita semplice*, cit., p. 650; L. Barbiera, *Partecipazione di s.p.a. a società commerciali di persone*, cit., p. 714; e in giurisprudenza Cass. Sez. Un., 17 ottobre 1988, n. 5636, cit.



ne dell'oggetto sociale, stabilendo che esse non sono consentite. Sarà invece sempre possibile procedere ad una modifica, non surrettizia ma esplicita, dell'oggetto sociale mediante deliberazione dell'assemblea straordinaria<sup>79</sup>.

Implicitamente viene risolto dall'art. 111-*duodecies*, disp. att. c.c., anche il problema dell'applicabilità dell'art. 2361 alle società a responsabilità limitata e in accomandita per azioni: si prevede, infatti, che "qualora tutti i loro soci illimitatamente responsabili, di cui all'art. 2361, comma 2, del codice, siano società per azioni, società in accomandita per azioni e società a responsabilità limitata" e prosegue prescrivendo gli obblighi contabili. Risulta quindi una sostanziale ammissione della possibilità di acquisto di partecipazioni in società in nome collettivo e in accomandita semplice da parte delle società in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, oltre ad essere immanente la medesima ratio nelle diverse tipologie societarie, da cui l'estensione della disciplina dell'art. 2361 alle s.a.p.a. e alle s.r.l.<sup>80</sup>.

Invece, per quanto attiene alle condizioni di validità della partecipazione, il legislatore ha prescritto l'autorizzazione assembleare, senza precisare né di quale assemblea si tratti né quali conseguenze o sanzioni derivino dal mancato rispetto della stessa.

Per dare risposta a questi interrogativi occorre partire dall'esame della *ratio* dell'art. 2361, comma 2°, da cui appare evidente la centralità dell'interesse dei soci rispetto ad acquisti che comportino l'assunzione della responsabilità illimitata della società e che giustifica il loro coinvolgimento in un'operazione tipicamente gestoria.

Tuttavia la dottrina ha formulato diverse opinioni su quale sia l'interesse dei soci che viene in evidenza, al fine di spiegare la scelta di rimessione all'assemblea dell'operazione in parola: per alcuni esso risiede nella "alterazione delle condizioni di rischio ordinariamente connesse al normale e fisiologico esercizio dell'attività d'impresa costituente l'oggetto sociale attraverso gli schemi tipici delle società di capitali"<sup>81</sup>; per altri invece sarebbe il "coinvolgimento dell'intero patrimonio sociale

<sup>79</sup> Cfr. G. Lo Cascio, *Commento all'art. 2361 c.c.*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, vol. 4, Milano, 2003, p. 244; A. Mirone, *Commento all'art. 2361*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, vol. I, p. 420.

<sup>80</sup> Cfr. V. Donativi, *Commento agli artt. 2361 e 111-duodecies*, in *La riforma delle società di capitali* a cura di Sandulli-Santoro, Tomo I, Torino, 2003, pp. 236-237; L. Autuori, *Commento all'art. 2361 c.c.*, cit., p. 756; A. Audino, *Commento all'art. 2361*, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di Maffei Alberti, vol. I, Padova, 2005, p. 425; A. Bartalena, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., pp. 116-117; Tombari U., *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo «modello di organizzazione dell'attività di impresa»*, in *Riv. Soc.*, 2006, p. 196; M. Irrera, *La società di fatto tra società di capitali*, in *Giur. it.*, 2010, p. 475. Contro l'applicazione analogica dell'art. 2361, 2° comma, alle s.r.l. ritenendo sempre competenti gli amministratori si è espresso F. Toschi Vespasiani, *La partecipazione della s.p.a. in altre imprese comportante responsabilità illimitata*, cit., p. 1079.

<sup>81</sup> Cfr. V. Calandra Buonauro, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 543; Associazione preite, *Il diritto delle società*, Bologna, 2004, p. 117; V. Donativi,

in un rischio che non è formalmente «governato» dagli organi della società, secondo le sue regole organizzative<sup>82</sup>, in quanto la porzione di patrimonio sociale investita in una società di persone risulta sottratta alla gestione diretta degli amministratori della società partecipante<sup>83</sup>; per altri ancora, tale scelta è “il frutto di un compromesso fra la posizione rigidamente negativa assunta dalla prevalente giurisprudenza e le nuove linee-guida, dettate in tema di gestione” per cui “la prescrizione della deliberazione assembleare (...) va letta alla luce della nuova impostazione dei rapporti fra organo assembleare ed organo gestorio”<sup>84</sup>.

Queste opinioni, sia pur tra loro differenziate, convergono in maggioranza nel ritenere che l'atto di cui all'art. 2361, comma 2°, non sia di competenza assembleare propria, come da taluni sostenuto<sup>85</sup>, ma di competenza amministrativa<sup>86</sup>, rien-

*Commento agli artt. 2361 e 111-duodecies*, cit., p. 220; U. Tombari, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 187; A. Mirone, *Commento all'art. 2361*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, vol. I, p. 419 e nt. 45; F. Toschi Vespasiani, *La partecipazione della s.p.a. in altre imprese comportante responsabilità illimitata*, in *Soc.*, 2004, 1077; A. Audino, *Commento all'art. 2361*, cit., p. 414; F. Dagnino, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 291; Barcellona E., *Commento all'art. 2361 c.c.*, in *Codice commentato delle s.p.a.*, diretto da Fauceglia-Schiano di Pepe, Tomo I, Torino, 2006, p. 327; R. Lener – A. Tucci, *Società per azioni. L'assemblea*, nel *Tratt. Buonocore*, Torino, 2012, p. 41.

<sup>82</sup> Cfr. C. Angelici, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, p. 94.

<sup>83</sup> Cfr. L. Autuori, *Commento all'art. 2361 c.c.*, cit., p. 745; M. Irrera, *La società di fatto tra società di capitali*, in *Giur. it.*, 2010, p. 473; A. Lolli, *La nota integrativa nel bilancio d'esercizio delle s.p.a.*, Milano, 2003, p. 249.

<sup>84</sup> Così V. Donativi, *Commento agli artt. 2361 e 111-duodecies*, cit., p. 222; A. Bartalena, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., pp. 106-109.

<sup>85</sup> Espressamente nel senso che si tratti di competenza propria dell'assemblea cfr. G. Presti – M. Rescigno, *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 2009, p. 466; M. Irrera, *La società di fatto tra società di capitali*, cit., p. 474; F. Guerrera, *Note critiche sulla c.d. supersocietà e sull'estensione del fallimento in funzione repressiva dell'abuso di direzione unitaria*, in *Dir. fall.*, 2014, II, cit., pp. 66-67.

La competenza dell'assemblea ex art. 2361, 2° comma, viene portata da una autorevole dottrina come modello dell'esistenza di una categoria di competenze gestorie proprie dell'assemblea talune esplicite e tal'altre implicite, note come decisioni d'interesse primordiale, categoria elaborata prima della riforma societaria da P. Abbadessa, *Competenza dell'assemblea: casistica e principi*, nel *Tratt. Colombo-Portale*, III\*, Torino, 1994, p. 21 ss. e riproposta dopo la novella del 2003 dallo stesso autore P. Abbadessa, *L'assemblea nella s.p.a.: competenza e procedimento nella legge di riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 543; Id., *L'assemblea nella s.p.a.: competenza e procedimento nella legge di riforma*, in *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, a cura di Rescigno e Sciarrone-Alibrandi, Milano, 2004, p. 43 e da G.B. Portale, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa-Portale, vol. 2, Torino, 2006, p. 5 ss. spec. p. 25; G.B. Portale – A. Daccò, *Accentramento di funzioni e di servizi nel gruppo e ruolo dell'assemblea della società controllata*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 477.

Dubitativa invece la posizione espressa da A. Mirone, *Commento all'art. 2361*, cit., p. 419.

<sup>86</sup> In questo senso si è espressa la dottrina dominante: Associazione preite, *Il diritto delle società*, cit., p. 118; V. Donativi, *Commento agli artt. 2361 e 111-duodecies*, cit., p. 227; U. Tombari, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 195; E. Barcellona, *Commento all'art. 2361 c.c.*, cit., p. 329; F. Toschi Vespasiani, *La partecipazione della s.p.a. in altre imprese comportante responsabilità illimitata*, cit., p. 1078; M. Cavanna, *Commento all'art. 2361, 2° comma*, in *Il nuovo diritto societario* diretto da Cottino-

trante tra gli atti di alta amministrazione rispetto al quale sia stata sancita la necessità di autorizzazione assembleare al fine di rimuovere un ostacolo all'esercizio di un potere proprio degli amministratori, lasciando a questi ultimi pur sempre l'iniziativa, ed anche la valutazione finale sulla convenienza dello stesso, stante la sua responsabilità esclusiva (art. 2364, n. 5, c.c.).

Tale conclusione porta con sé anche la competenza dell'assemblea ordinaria a deliberare su tale autorizzazione, trattandosi di atto di competenza gestoria assimilabile alle autorizzazioni richieste dallo statuto sugli atti di amministrazione, che a ben ragione può farsi rientrare nella previsione residuale dell'art. 2364, n. 5, il quale prevede che "l'assemblea ordinaria delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea"<sup>87</sup>.

Tuttavia, il punto più controverso è quello relativo alle conseguenze della mancanza dell'atto autorizzatorio assembleare, essendo tale problema risolto da taluni nel senso dell'inefficacia verso la società dell'acquisto, stante l'opponibilità ai terzi dei limiti legali al potere rappresentativo degli amministratori<sup>88</sup>, e secondo altri nel senso della piena efficacia dell'acquisto nei confronti della società, quindi inopponibilità ai terzi della limitazione legale al potere rappresentativo degli amministratori, ferma restando la sanzionabilità della condotta degli amministratori sul piano della loro responsabilità sociale<sup>89</sup>.

L'esito di questo dibattito riverbera, poi, le sue conseguenze sul più grave e spinoso dilemma che ci è stato consegnato dalla riforma societaria e fallimentare: quello della fallibilità della società di fatto (anche detta super-società di fatto) tra persone fisiche e società di capitali, nel caso in cui la partecipazione della società di capitali

---

Bonfante-Cagnasso-Montalenti, \*, Bologna, 2004, p. 456; F. Dagnino, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 293; A. Audino, *Commento all'art. 2361*, cit., p. 414; L. Autuori, *Commento all'art. 2361 c.c.*, cit., p. 747; F. Ferrara jr. – F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*<sup>14</sup>, Milano, 2009, pp. 545 e 825.

<sup>87</sup> Cfr. V. Donativi, *Commento agli artt. 2361 e 111-duodecies*, cit., pp. 233-234; E. Barcellona, *Commento all'art. 2361 c.c.*, cit., p. 329; U. Tombari, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 194; Toschi F. Vespasiani, *La partecipazione della s.p.a. in altre imprese comportante responsabilità illimitata*, cit., p. 1078; M. Cavanna, *Commento all'art. 2361*, cit., p. 456; F. Dagnino, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 293; A. Audino, *Commento all'art. 2361*, cit., p. 415 nt. 20; L. Autuori, *Commento all'art. 2361 c.c.*, cit., p. 747; F. Ferrara jr. – F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*<sup>14</sup>, cit., pp. 545 e 825; G. Presti – M. Rescigno, *Corso di diritto commerciale*, cit., p. 466. *Contra* A. Lolli, *La nota integrativa nel bilancio d'esercizio delle s.p.a.*, cit., p. 249 il quale fonda la competenza dell'assemblea straordinaria sull'assimilazione ad una modificazione statutaria della delibera di acquisto di partecipazione con assunzione di responsabilità illimitata.

<sup>88</sup> In tal senso V. Donativi, *Commento agli artt. 2361 e 111-duodecies*, cit., pp. 231-232; E. Barcellona, *Commento all'art. 2361 c.c.*, cit., pp. 330-331 (il quale tuttavia non esprime una valutazione definitiva in favore di questa soluzione); U. Tombari, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 195; M. Irrera, *La società di fatto tra società di capitali*, cit., p. 474.

<sup>89</sup> Cfr. A. Mirone, *Commento all'art. 2361*, cit., p. 420.

sia priva tanto dell'autorizzazione assembleare preventiva quanto di una successiva ratifica da parte dello stesso organo<sup>90</sup>.

### 5. Le conseguenze della mancanza di autorizzazione assembleare: la società di fatto con soci-società di capitali e la sua fallibilità

La questione non è nuova e si era posta nella giurisprudenza anteriore alla riforma societaria, in cui si negava generalmente l'ammissibilità delle partecipazioni di società di capitali in società di persone e pertanto si verificavano raramente casi di partecipazione di fatto non autorizzata<sup>91</sup>. In alcuni casi la giurisprudenza di merito, in contrasto con l'orientamento costantemente negativo della Cassazione, aveva dato risposta positiva al quesito, facendo così fallire i soci-società di capitali insieme ai soci persone fisiche<sup>92</sup>.

Una volta risolto il problema dell'ammissibilità della partecipazione di società di capitali in società di persone, l'assenza di un'espressa previsione relativa alla sanzione per le ipotesi di mancanza di autorizzazione assembleare (a differenza di quanto disposto per gli acquisti contra legem di azioni proprie ex art. 2357 c.c. e di beni dai promotori, fondatori, soci e amministratori ex art. 2343-bis c.c.), ha fatto scoppiare il *casus belli* sull'applicabilità dell'art. 147, 5° comma, l.fall. alla società di fatto tra società di capitali e persone fisiche (chiamata sinteticamente super-società di fatto) che ha spaccato a metà sia la dottrina sia la giurisprudenza tra i sostenitori della tesi favorevole<sup>93</sup> e quelli

<sup>90</sup> Sull'ammissibilità della ratifica *a posteriori* gli Autori sono concordi. Per tutti cfr. V. Donativi, *Commento agli artt. 2361 e 111-duodecies*, cit., p. 230.

<sup>91</sup> Cfr. T. Ascarelli, *Società di persone tra società*, cit., c. 407

<sup>92</sup> Cfr. Trib. Lucca, 25 gennaio 1978 e trib. Prato, 3 novembre 1977, in *Dir. fall.*, 1978, II, p. 329 con nota di F. Polisi, *Un campanello di allarme: società di fatto con società di capitali* e Trib. Bologna, 16 gennaio 1990, in *Società*, 1990, p. 492.

<sup>93</sup> A favore della fallibilità di una società di fatto tra società di capitali e persone fisiche, cfr. in dottrina F. Di Sabato, *Diritto delle società*, Milano, 2011, p. 76; A. Mirone, *Commento all'art. 2361*, cit., pp. 418-419; P.G. Jaeger – F. Denozza – A. Toffoletto, *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, Milano, 2010, p. 155; G. Cottino – R. Weigmann, *Le società di persone*, in *Tratt. di dir. comm.*, diretto da Cottino, Padova, 2004, pp. 90-91; A. Bartalena, *Le competenze dell'assemblea*, in *Soc.*, 2005, p. 1093 ss spec. p. 1102; A. Audino, *Commento all'art. 2361*, cit., p. 423; L. Autuori, *Commento all'art. 2361 c.c.*, cit., p. 759-761; F. Platania, *Il fallimento di società di fatto partecipata da società di capitali*, in *Fallimento*, 2008, p. 1297 ss. spec. 1298; Id., *La partecipazione di società di capitali in società di persone alla luce della riforma*, in *Soc.*, 2005, pp. 66-67; F. Dagnino, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 295-296; F. Fimmanò, *Il fallimento della super-società di fatto*, in *Fallimento*, 2009, p. 89; ed in giurisprudenza Trib. Forlì, 9 febbraio 2008, in *Giur. it.*, 2008, 1425 con nota di Cottino; in *Fallimento*, 2008, p. 1328 con nota di M. Irrera, *La società di fatto tra società di capitali e il suo fallimento per estensione*; in *Nuovo dir. soc.*, 2008, con nota di M. Spiotta, *Un inaspettato sì all'ipotesi di società di fatto tra società di capitali*; Trib. S.M. Capua Vetere, 8 luglio 2008, in *RDS*, 2010, p. 98, con nota di A. Di Febo, *La partecipazione di fatto di società di capitali in società di persone. Profili sostanziali*; ed in *Fallimento*, 2009, p. 89 con nota di F. Fimmanò, *Il fallimento della super-società di fatto*; Trib. Prato, 10 novembre 2010, in *Dir. fall.*, 2011, II, p. 382 con nota di M.B. Leucari, *La*

contrari<sup>94</sup>, arrivando persino a far sollevare dinanzi alla Corte Costituzionale la questione di legittimità dell'art. 147 l.fall., per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., in ragione della supposta inapplicabilità dello stesso alla società composta da soci persone fisiche e persone giuridiche, queste ultime occulte<sup>95</sup>.

Per stabilire se possa configurarsi una società di fatto tra società di capitali e persone fisiche occorre affrontare una vera e propria scala problematica; infatti non basta risolvere il problema di fondo sulla natura della delibera assembleare richiesta dall'art. 2361, comma 2, c.c. anche se parrebbe consequenziale all'affermazione della natura gestoria dell'atto, concludere nel senso della piena imputabilità alla società dell'attività compiuta dagli amministratori (senza autorizzazione), relativa all'acquisto e gestione della partecipazione sociale in una s.n.c. L'insufficienza appare eviden-

---

*partecipazione di società di capitali ad una società di fatto: presupposto normativi ed esigenze di tutela dei terzi;* Trib. Palermo, 14 ottobre 2012, in *Soc.*, 2013, p. 392, con commento di C.S. Hamel, *Il fallimento di società di fatto tra società di capitali*; Trib. Brindisi, 7 gennaio 2013, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 906 ss. con nota di F. Murino, *Sulla fattispecie di società di fatto tra società di capitali*; Trib. Reggio Calabria, 8 aprile 2013, in *Dir. fall.*, 2014, II, p. 63 con nota di F. Guerrera, *Note critiche sulla c.d. supersocietà e sull'estensione del fallimento in funzione repressiva dell'abuso di direzione unitaria*; Trib. Milano, 30 settembre 2013, in *Soc.*, 2014, p. 816 con commento di F. Attanasio, *Riflessioni sull'ammissibilità di una società di fatto tra persone fisiche e giuridiche*;

<sup>94</sup> Contrari al fallimento della super-società di fatto cfr. in dottrina F. Galgano, *Diritto commerciale. Le Società*, Bologna, 2005, p. 45; Id., *Diritto Commerciale edizione compatta. L'imprenditore – Le società*, Bologna, 2013, p. 121; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, Torino, 2009, p. 68; M. Irrera, *La società di fatto tra società di capitali*, cit., p. 474; F. Guerrera, *Note critiche sulla c.d. supersocietà e sull'estensione del fallimento in funzione repressiva dell'abuso di direzione unitaria*, in *Dir. fall.*, 2014, II, p. 63 ss.; dubitativa invece la posizione di G. Cottino, *Commento a Trib. Torino*, 4 aprile 2007, in *Giur. it.*, 2007, p. 1444.

In giurisprudenza Trib. Torino, 4 aprile 2007, in *Giur. it.*, 2007, 1442, con nota di Cottino; App. Torino, 30 luglio 2007, in *Giur. it.*, 2007, 2219, con nota di G. Cottino, *Note minime su società di capitali (presunta) socia di società di persone e fallimento*; ed in *Riv. dott. Comm.*, 2008, p. 309, con nota di A. Bartalena, *Società di fatto partecipata da società di capitali*; App. Bologna, 11 giugno 2008 e App. Napoli, 15 maggio 2009, in *RDS*, 2010, p. 99 ss. con nota di A. Di Febo, *La partecipazione di fatto*, cit.; App. Venezia, 10 dicembre 2011, in *www.ilcaso.it*; Trib. Mantova, 30 aprile 2013, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 906 ss. con nota di Murino F., cit.

<sup>95</sup> Il primo giudice di merito a sollevare la questione di legittimità costituzionale, rimettendo alla Consulta la decisione sull'art. 147 l.fall., è stato il Trib. Bari, 20 novembre 2013, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, II, p. 319, con nota di dell' A. Osso, *La supersocietà di fatto (tra società di capitali) al vaglio della Corte Costituzionale*; ed anche in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 906. La questione è stata decisa dal giudice delle leggi con sentenza di rigetto per inammissibilità del ricorso, dovuto ad un difetto d'istruttoria del giudice rimettente: cfr. Corte Cost. 12 dicembre 2014, n. 276 (pubblicata nella G.U., 17/12/2014 e consultabile sul sito della Consulta).

Tuttavia la questione di legittimità costituzionale dell'art. 147, comma 5, l.fall. è ancora aperta e quanto mai dibattuta, stando alle tre diverse istanze di rimessione che ci constano siano pendenti dinanzi alla Consulta e in attesa di decisione, presentate da: Trib. Parma (ord.), 13 marzo 2014, n. 93 (pubblicata nella G.U., 27/05/2015, n. 21 e consultabile sul sito della Consulta); Trib. Vicenza (ord.), 13 giugno 2014 (pubblicata nella G.U., 27/05/2015, n. 21 e consultabile sul sito della Consulta); Trib. Catania (ord.), 27 novembre 2014, n. 67 (pubblicata nella G.U., 29/04/2015, n. 17 e consultabile sul sito della Consulta).

te constatando che, anche tra gli Autori che optano per la natura autorizzatoria della delibera, vi è chi reputa inefficace l'atto compiuto in assenza dell'autorizzazione, quindi non imputabile alla società<sup>96</sup>.

La soluzione dipende, infatti, dalla posizione che si assuma in relazione al problema degli atti *ultra vires*, esorbitanti i limiti legali alla rappresentanza, rispetto al quale c'è chi sostiene l'applicabilità dell'art. 2384, 2° comma, al caso di specie, equiparando così l'inopponibilità ai terzi – salva l'*exceptio doli* – delle limitazioni statutarie a quelle legali in forza della nuova formulazione che non contiene più alcun riferimento nel 1° comma (*post* riforma) alla diversa efficacia delle limitazioni legali<sup>97</sup>; e chi invece la nega, argomentando *a contrario* dall'art. 2384, comma 2°, che sancisce l'inopponibilità dei limiti statutarî ma non anche di quelli legali, per i quali si dovrà applicare la regola inversa (*inclusio unius exclusio alterius*) come previsto espressamente in passato, dovendosi intendere l'omissione di ogni riferimento ai limiti legali non sufficiente a scardinare il precedente orientamento sulla piena opponibilità ai terzi dei limiti legali alla rappresentanza<sup>98</sup>.

<sup>96</sup> In tal senso V. Donativi, *Commento agli artt. 2361 e 111-duodecies*, cit., pp. 231; L. Autuori, *Commento all'art. 2361 c.c.*, cit., p. 749.

<sup>97</sup> Cfr. R. Weigmann, *Luci ed ombre del nuovo diritto azionario*, in *Soc.*, 2003, 2 *bis*, p. 271, e G. Cottino–R. Weigmann, *Le società di persone*, cit., p. 91, il quale sostiene che “l'inopponibilità ai terzi, fatta salva l'eccezione di dolo, delle limitazioni anche per gli atti conclusi in nome della società senza una preventiva decisione degli organi competenti e non specifica che l'attribuzione di competenza debba essere di provenienza statutaria anziché legale”; aderiscono a questa ricostruzione G. Mosco, *Commento all'art. 2384*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, vol. II, Napoli, 2004, pp. 612-613; F. Bonelli, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, pp. 82-83; F. Platania, *La partecipazione di società di capitali in società di persone alla luce della riforma*, cit., p. 67 nt. 12; F. Fimmanò, *Il fallimento della super-società di fatto*, cit., p. 92. Singolare la posizione di A. Bartalena, *Le competenze dell'assemblea*, in *Soc.*, 2005, p. 1102 il quale pur ricostruendo la mancanza della delibera assembleare in termini di inefficacia dell'acquisto opponibile ai terzi, in quanto limite legale alla rappresentanza, tuttavia riconosce la possibilità in via di fatto della costituzione di una società tra società in mancanza dell'autorizzazione assembleare, ragionando in base all'analogia con il fenomeno dell'impresa illecita.

Nello stesso senso è orientata la giurisprudenza favorevole al fallimento della super-società di fatto citata nella precedente nt. 92.

<sup>98</sup> Cfr. G. Presti-M. Rescigno, *Corso di diritto commerciale*, cit., p. 493; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, cit., pp. 381-382; U. Tombari, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 195; M. Irrera, *La società di fatto tra società di capitali*, cit., p. 474; P. Spada – M. Sciuto, *Il tipo della società per azioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 1\*, Torino, 2004, p. 59; C. Malberti, *Commento all'art. 2284*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, *Amministratori*, Milano, 2005, p. 193; F. Guerrero, *Note critiche sulla c.d. supersocietà*, cit., pp. 66-67; F. Toschi Vespasiani, *La partecipazione della s.p.a. in altre imprese comportante responsabilità illimitata*, cit., p. 1079; L. Restaino, *Commento all'art. 2384*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli-Santorò, vol. 2, tomo I, Torino, 2003, p. 425; P. Morandi, *Commento all'art. 2384 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, I, Padova 2005, p. 696; A. Audino, *Commento all'art. 2361*, cit., p. 415 ss.; L. Autuori, *Commento all'art. 2361 c.c.*, cit., p. 747 (si segnala tuttavia, in relazione a questi ultimi due Autori, la contraddittorietà di questa scelta rispetto a quella proclamata poche pagine dopo (p. 423) di essere favorevole al fallimento



Tra gli Autori che aderiscono a quest'ultima conclusione, poi, non c'è uniformità di vedute in merito alle conseguenze ulteriori ed al regime giuridico dell'atto posto in essere dagli amministratori senza la necessaria autorizzazione, distinguendosi tra chi sostiene l'ipotesi di una limitata rilevanza esterna dei vizi del procedimento deliberativo ai soli casi di mala fede del terzo (opponibilità nei casi in cui la società dimostri che il terzo era a conoscenza della mancanza della delibera o date le circostanze si dimostra che non potesse ignorarle), che – letto in positivo – comporta la salvezza dei diritti acquistati in buona fede dai terzi<sup>99</sup>; per contro chi sostiene l'inefficacia per nullità, ovvero annullabilità/impugnabilità dell'atto di acquisto della partecipazione sociale da parte della società<sup>100</sup>.

A ben vedere, quale che sia la conclusione che si voglia preferire sulla questione degli atti *ultra vires*, in nessun caso può derivare l'effetto di far venir meno retroattivamente gli effetti del contratto di società concluso tra persone fisiche e società di capitali.

Infatti, anche accogliendo la più pessimistica delle opinioni esposte, quella che proclama la nullità della partecipazione sociale acquistata in assenza di una delibera autorizzatoria (tesi che ci sembra comunque inaccettabile perché contrasta con tutto il riformato sistema dell'invalidità delle deliberazioni assembleari, delle deliberazioni consiliari e degli atti *ultra vires*, oltre che asistemica rispetto al principio comunitario che il novellato art. 2384 ha voluto accogliere, ossia quello della generalità e dell'inderogabilità della rappresentanza istituzionale della società di capitali<sup>101</sup>), tale nullità opererebbe in ogni caso come causa di scioglimento *ex nunc* del rapporto sociale limitatamente al socio-società di capitali – se tale partecipazione non sia risultata essenziale – o all'intera società – se la stessa partecipazione sia risultata essenziale –.

Viene in evidenza una tensione tra la nullità del contratto sociale, nella sua interezza o limitatamente al vincolo che lega uno dei soci, che tuttavia (come autorevole

---

della società di fatto tra società di capitali e società di persone, che può essere spiegata solo ipotizzando che tali AA. considerino come società di fatto quella s.n.c. irregolare in cui partecipa una società di capitali *solo se autorizzata dall'assemblea*); nonché in giurisprudenza quasi tutti i provvedimenti che hanno negato la fallibilità della super-società di fatto di cui alla precedente nt. 93.

<sup>99</sup> Così P. Spada-M. Sciuto, *Il tipo della società per azioni*, cit., p. 60; V. Calandra Buonauro, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa-Portale, vol. 2, Torino, 2006, p. 674.

<sup>100</sup> Cfr. V. Donativi, *Commento agli artt. 2361 e 111-duodecies*, cit., pp. 231; U. Tombari, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 195; P. Morandi, *Commento all'art. 2384 c.c.*, cit., p. 697; A. Audino, *Commento all'art. 2361*, cit., p. 415; L. Autuori, *Commento all'art. 2361 c.c.*, cit., p. 749; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, cit., p. 382; G. Presti-M. Rescigno, *Corso di diritto commerciale*, cit., p. 493; F. Guerrera, *Note critiche sulla c.d. supersocietà*, cit., pp. 66-67.

<sup>101</sup> Per tutti cfr. V. Calandra Buonauro, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 665.



dottrina ha dimostrato in un importante studio monografico sulla nullità della società non può condurre a trascurare il momento dell'esecuzione in via di fatto data a quel contratto nullo, e l'attività economica che si è consumata *medio tempore*<sup>102</sup>.

Questa conclusione è riconosciuta unanimemente in dottrina<sup>103</sup>, stante il principio comune a tutte le invalidità societarie della loro irretroattività ed operatività come cause di scioglimento, in ragione della stabilità dei traffici e della certezza dei rapporti giuridici. L'unica ipotesi in cui il legislatore non riconosce l'esistenza del "fatto" (ossia l'attività economica già precedentemente esercitata in forza di un contratto nullo) è quella dell'incapacità: il minore, l'interdetto e l'inabilitato non sono riconosciuti imputabili dell'attività economica svolta dal rappresentante legale – se manchi l'autorizzazione del Tribunale o la stessa risulti viziata *ab origine* – sicché "l'incapacità non comporta solo la «inefficacia» dell'atto «dispositivo», ma anche l'estraneità del socio all'agire societario"<sup>104</sup>.

Tuttavia, se si estendesse all'ipotesi in discussione questa soluzione, dettata "solo ed esclusivamente" per gli incapaci, ne verrebbe delineato un quadro dissonante rispetto alla rilevanza giuridica dell'attività economica di fatto che, rispetto ad altre ipotesi di nullità originaria o di carenza originaria del contratto, nel sistema societario si manifestano<sup>105</sup>, a partire da quella dell'amministratore di fatto che abbia agito in assenza di una nomina o atto d'investitura formale e valido, apparentemente il più simile a quello dell'acquisto di partecipazioni senza l'autorizzazione assembleare.

Ragionando diversamente la fattispecie in oggetto, pur priva di sanzione legale, finirebbe per avere una disciplina assai più severa e totalmente contrastante col sistema societario, dal quale si evince l'intangibilità degli effetti prodotti da un'attività economica d'impresa sia pure invalida, nulla o illecita: si pensi all'amministratore di fatto, equiparato dalla giurisprudenza civile e dalla normativa penale, all'amministratore di diritto<sup>106</sup> e più in generale a tutti i rapporti contrattuali di

<sup>102</sup> Cfr. C. Angelici, *La società nulla*, Milano, 1975, pp. 297 e 381 ss.

<sup>103</sup> Il primo Autore ad occuparsi delle invalidità societarie ad esse dedicando un'opera monografica è stato C. Angelici, *La società nulla*, cit., p. 297 ss.; G. Palmieri, *Conferimenti immobiliari ed invalidità nelle società di persone*, in *Riv. soc.*, 1992, p. 1412; Id., *Nuovi profili del fallimento delle società*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare*, a cura di G. Palmieri, Torino, 2009, p. 86; G. Marasà, *Le società*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, \*, Milano, 2000, pp. 128-129; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, cit., p. 70; F. Ferrara jr.-F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*<sup>14</sup>, cit., pp. 262-263. Quest'ultimo autore ipotizza che non si possa far valere la causa di annullamento della partecipazione sociale se vi è stata la volontaria esecuzione del contratto sociale, in applicazione del principio generale della convalida retroattiva (art. 1444, 2° comma, c.c.).

<sup>104</sup> Cfr. C. Angelici, *La società nulla*, cit., p. 418.

<sup>105</sup> Il primo Autore ad avere sorretto la soluzione della fallibilità della super-società di fatto con l'argomento della rilevanza giuridica del fatto partecipativo è stato Cfr. A. Bartalena, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 112.

<sup>106</sup> Cfr. in dottrina N. Abriani, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano, 1998, pp. 76; G. Zanonone, *Della società a responsabilità limitata*, in *Commentario cod. civ. Schlesinger-Busnelli*, tomo II, Mi-

fatto<sup>107</sup> cui l'ordinamento riconosce piena cittadinanza; si pensi anche alla nullità della società<sup>108</sup> e agli acquisti di azioni proprie nonché alla sottoscrizione delle stesse<sup>109</sup>, i cui effetti sono sempre fatti salvi *medio tempore* fino alla sentenza che dichiara la nullità o fino all'alienazione o all'annullamento delle azioni; e si pensi ancora all'impresa illecita (con oggetto contrario a norme imperative, ordine pubblico o buon costume) o anche solo illegale (priva delle autorizzazioni richieste dalla legge), a cui si riconosce natura di attività imprenditoriale, talora commerciale talaltra agricola, con conseguente applicazione delle norme dello statuto dell'impresa quanto meno svantaggiose per l'imprenditore, ossia quelle a tutela dei terzi creditori, indi le norme fallimentari<sup>110</sup>.

L'esigenza di stabilità e certezza dei rapporti giuridici, nonché la necessità di tutela dei terzi creditori, che ispirano la disciplina dell'impresa come manifestano i casi qui richiamati, impongono di preservare gli effetti dell'attività economica posta in essere senza l'autorizzazione assembleare, salva la responsabilità risarcitoria degli am-

---

lano, 2010, p. 1047 ss.; N. Abriani-P. Montalenti, *Le società per azioni*, in *Trattato di dir. comm.*, diretto da Cottino, vol. IV, 1, Padova, 2010, p. 589.

Nella giurisprudenza civile la sentenza *leading case* è Cass., 14 settembre 1999, n. 9795, pubblicata *ex plurimis* in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 168 ss. (da cui si cita) con nota di N. Abriani, *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore di fatto*; in *Giur. it.*, 2000, p. 770 con nota di R. Guidotti, *Amministratore di fatto e negotiorum gestio*; in *Foro it.*, 2000, I, c. 2299, con commento di M. Silveti; in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 79 ss. con nota di A. Schermi, *Annotazioni sull'amministratore di fatto di società per azioni*.

In sede penale il nuovo art. 2639 c.c. rubricato *Estensione delle qualifiche soggettive*, introdotto dal d.lgs. n. 61/2002 di riforma del diritto penale societario, ha equiparato l'amministratore di fatto a quello di diritto nell'imputabilità dei reati tipici degli amministratori di società, sia di capitali che di persone. Cfr. G. Marra, *Legalità ed effettività delle norme penali. La responsabilità dell'amministratore di fatto*, Torino, 2002, p. 69 ss.; V. Napoleoni, *Commento all'art. 2639 c.c.*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società* diretto da F. D'Alessandro, vol. III, Padova, 2010, p. 440 ss.; S. Seminara, *Il diritto penale societario dopo le riforme: otto anni di giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, diretto da P. Benazzo-M. Cera-S. Patriarca, Torino, 2011, p. 241 ss.

<sup>107</sup> Cfr. E. Betti, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 353; N. Lipari, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1968, p. 415; G. Stella Richter, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1977, p. 151; C. Angelici, *La società nulla*, cit., pp. 67 ss. e 293 ss.; Id., *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. giur.*, vol. XXV, Roma, 1991, p. 2; A. Albanese, *I rapporti contrattuali di fatto*, in *Le obbligazioni. III. Fatti e atti fonti di obbligazione* a cura di Franzoni, Torino, 2005, p. 829 e ss.

<sup>108</sup> Il riferimento alla nullità della società (art. 2332 c.c.) e alle diverse invalidità "societarie" (artt. 2500 *bis*, 2357 *quater*, 2504 *quater*) è fatto da G. Palmieri, *Nuovi profili del fallimento delle società*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare*, a cura di G. Palmieri, Torino, 2009, p. 86, al fine di sostenere l'inefficacia *ex nunc* del rapporto che si è instaurato sulla violazione di una norma imperativa. Ma ovviamente anche lo studio di questo Autore poggia sulle conclusioni raggiunte da C. Angelici, *La società nulla*, cit., p. 381.

<sup>109</sup> Cfr. F. Fimmanò, *Il fallimento della super-società di fatto*, cit., p. 93.

<sup>110</sup> Il paragone con l'impresa illecita è stato fatto per primo da A. Bartalena, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 113.

ministratori<sup>111</sup>; responsabilità che può arrivare fino al punto di rendere non imputabile alla società di capitali, ma soltanto al suo rappresentante legale, l'attività economica svolta eccedendo i limiti prescritti dalla legge (qualora manchino gli indici concreti di riferibilità dell'attività all'ente, cui la giurisprudenza ricorre per l'accertamento dell'esistenza di una società di fatto<sup>112</sup>); per esempio nel caso in cui la società di capitali sia unipersonale (s.r.l. o s.p.a.) ed il suo amministratore sia il socio unico oppure nel caso in cui non sia stato speso chiaramente il nome della società rappresentata<sup>113</sup> e il soggetto abbia agito confondendo patrimonio proprio e patrimonio sociale.

Inoltre, con riguardo al contratto sociale costitutivo di una società in nome collettivo, deve essere messo in evidenza il dato della a-formalità del medesimo: si tratta di contratto a forma libera ai sensi dell'art. 2251 c.c., richiamato dal successivo art. 2293 c.c.<sup>114</sup>. Pertanto si dovranno considerare sufficienti i comportamenti concludenti ai fini dell'esistenza di una società di fatto in nome collettivo, rispetto alla quale la delibera assembleare autorizzativa risulta non soltanto requisito ultroneo, poiché non richiesto dalla legge, ma neanche accertabile oggettivamente dai terzi, stante la mancanza di pubblicità legale per le delibere dell'assemblea ordinaria.

Risolto così anche il secondo passaggio argomentativo, va affrontato l'ultimo "gradino" problematico: la questione dell'applicabilità analogica della previsione dell'art. 147, 5° comma, l.fall., ad una società di fatto tra soci persone fisiche e società di capitali, posto che letteralmente essa si riferisce solo al fallimento dell'imprenditore individuale (nel corso del quale venga scoperta l'esistenza di una società occulta) e sembrerebbe non includere la diversa ipotesi del fallimento di una società di persone nel corso del quale si scopra la presenza di una società di fatto (occulta) tra società di capitali e persone fisiche (le stesse già dichiarate fallite in estensione).

In attesa che sul punto si pronunci la Corte Costituzionale<sup>115</sup>, a nostro avviso, decisivi e prevalenti sono gli argomenti che militano in favore dell'applicazione estensiva dell'art. 147, comma 5°, alla super-società di fatto.

<sup>111</sup> Cfr. G. Palmieri, *Nuovi profili del fallimento delle società*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 86.

<sup>112</sup> Ci si riferisce all'esigenza di un accertamento puntuale dei requisiti indispensabili per l'affermazione di esistenza di una società di fatto, quali la effettiva utilizzazione di disponibilità della società di capitali per l'esecuzione dei conferimenti, l'iscrizione in bilancio degli utili distribuiti dalla società di persone, l'esistenza di un fondo comune e di un'attività comune ecc. Cfr. V. Buonocore, *Società in nome collettivo*, *Comm. c.c. Schlesinger*, Milano, 1995, p. 50 e G.F. Campobasso, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, cit., p. 61 e nt. 11; F. Fimmanò, *Il fallimento della super-società di fatto*, cit., p. 95 ss.

<sup>113</sup> Cfr. V. Donativi, *Commento agli artt. 2361 e 111-duodecies*, cit., p. 224.

<sup>114</sup> Cfr. A. Bartalena, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., pp. 112-113; F. Fimmanò, *Il fallimento della super-società di fatto*, cit., p. 94; G. Palmieri, *Nuovi profili del fallimento delle società*, cit., p. 86.

<sup>115</sup> Per i riferimenti alle azioni attualmente pendenti dinanzi alla Consulta relative all'art. 147, comma 5, l.fall., si rimanda alla precedente nt. 95.

Innanzitutto si deve osservare, in senso critico rispetto alla soluzione negativa, che applicando in modo letterale l'art. 147, 5° comma, si finirebbe per richiedere alla società tra società di capitali il rispetto di un requisito (l'autorizzazione assembleare) in contrasto con la normativa in tema di costituzione di s.n.c. che porterebbe su piani diversi, e discipline tra loro discriminatorie, le società concluse solo tra persone fisiche e quelle tra persone fisiche e società di capitali o solo tra queste ultime.

In secondo luogo si sottrarrebbe ai creditori, della società di persone partecipata da una società di capitali, quella tutela che neanche ai creditori di un'impresa illecita viene negata: la possibilità di fare affidamento in sede fallimentare sull'intero patrimonio di garanzia di tutti i soci illimitatamente responsabili senza esclusione dei soci-società di capitali.

Inoltre la soluzione negativa offrirebbe anche l'occasione agli amministratori di eludere la responsabilità per il danno provocato con l'agire senza autorizzazione assembleare, essendo di regola tali azioni esercitate esclusivamente in sede fallimentare.

In ultimo, la tesi della non fallibilità della c.d. super-società di fatto, incentiverebbe la violazione dell'art. 2361, 2° comma, in quanto verrebbero premiate le società di capitali che pongono in essere attività prive dell'autorizzazione assembleare (premeditata o meno che sia la violazione dell'obbligo di legge) con il "trofeo" dell'esenzione dal fallimento, ottenendo un risultato esattamente contrario all'intento di ogni legislatore: punire i creditori che in buona fede hanno fatto affidamento sulla responsabilità patrimoniale del socio società di capitali, sottraendo il debitore al procedimento concorsuale, in specie alla dichiarazione di fallimento in estensione *ex art. 147*, in contrasto con la *ratio* della norma stessa. Se a questo si aggiunge che spesso la costituzione di una società di fatto tra società di capitali cela intenti abusivi, volti a nascondere dietro lo schermo societario di una s.p.a. o s.r.l. sottocapitalizzata un imprenditore individuale dall'ingente patrimonio personale, si comprende l'importanza del ricorso al fallimento come strumento di "squarciamento del velo" della persona giuridica e di sanzione del *moral hazard* e della disinvoltura nella conduzione degli affari presso la classe imprenditoriale<sup>116</sup>.

Per tutte queste ragioni si deve concludere che la soluzione sistematicamente più coerente con la disciplina degli atti *ultra vires*, delle invalidità societarie e del fallimento sia quella di considerare una società in nome collettivo costituita con un socio società di capitali senza l'autorizzazione assembleare alternativamente o valida ed efficace verso i terzi oppure invalida ed inefficace, ma soltanto *ex nunc* dal momento dell'accertamento del vizio, e di assoggettare conseguentemente a fallimento la società di fatto a cui abbia partecipato una società di capitali, senza la prescritta deliberazione assembleare di cui all'art. 2361, comma 2°.

<sup>116</sup> Cfr. F. Fimmanò, *Il fallimento della super-società di fatto*, cit., p. 91.

## 6. Gli obblighi contabili della società di capitali partecipante e della s.n.c. partecipata

Passando dal piano delle condizioni per la costituzione e per la validità della partecipazione al piano degli effetti<sup>117</sup> dell'atto di acquisto di una società di capitali in una società di persone, la nuova disciplina dell'art. 2361, comma 2°, c.c. prescrive a tutela del diritto di informazione dei creditori<sup>118</sup>, che venga data "specifica informazione" nella nota integrativa del bilancio. È evidente però che non possa escludersi che della medesima informazione si avvantaggino i soci della società di capitali partecipante, i quali, a differenza dei creditori, potranno esercitare –tramite il rappresentante legale della società – il diritto di informazione anche attraverso altri strumenti, come la richiesta di notizie sull'andamento della gestione e la consultazione delle scritture contabili come previsto dall'art. 2261, comma 1°, c.c.<sup>119</sup>.

La *ratio* di questa norma è quella di dare protezione all'interesse dei terzi "alla conoscenza di una circostanza che può significativamente incidere sulla valutazione di affidabilità della società partecipante, a ragione del mutamento che si viene a creare alle condizioni ordinarie di rischio tipiche di una società di capitali"<sup>120</sup>.

Si è posto in dottrina innanzitutto il problema di quale sia la sede più opportuna per l'inserimento di tale informazione, se debba essere lo stesso punto 5 della nota integrativa, deputato ad accogliere le informazioni sulle società controllate e collegate<sup>121</sup>, ovvero una voce diversa e separata della nota integrativa creata *ad hoc* (come sembrerebbe suggerito dalla formulazione letterale della norma "specifica informazione")<sup>122</sup>, ovvero la voce relativa ai conti d'ordine, "consi-

<sup>117</sup> Cfr. G. Cottino, *Note minime su società di capitali (presunta) socia di società di persone*, cit., p. 2223 il quale contesta l'erronea affermazione del Trib. Torino, 4 aprile 2007 e App. Torino, 30 luglio 2007, cit., secondo cui anche l'iscrizione in bilancio è condizione di validità dell'atto di acquisto della partecipazione.

<sup>118</sup> Cfr. V. Donativi, *Commento agli artt. 2361 e 111-duodecies*, cit., p. 234; M. Irrera, *La società di fatto tra società di capitali*, cit., p. 473; M. Garcea, *È inammissibile la partecipazione di una società di capitali ad una società di persone*, cit., p. 37.

<sup>119</sup> Così già P. Montalenti, *La partecipazione di una società di capitali*, cit., p. 651; A. Borgioli, *Partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 314; G.E. Colombo, *La partecipazione di società di capitali ad una società di persone*, cit., p. 1529.

<sup>120</sup> Cfr. Associazione Preite, *Il diritto delle società*, cit., p. 118; A. Lolli, *La nota integrativa nel bilancio d'esercizio delle s.p.a.*, cit., p. 249; M. Cavanna, *Commento all'art. 2361*, cit., p. 457; U. Tombari, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 196; L. Autuori, *Commento all'art. 2361*, cit., p. 753. Ma soprattutto sottolinea l'importanza dell'informazione al mercato per evitare il ripetersi di casi come quello Enron, dovuti anche ad una disinformazione contabile sugli investimenti fatti in società aventi sede nei c.d. paradisi fiscali, R. Weigmann, *Luci ed ombre*, cit., p. 271; Id., *I gruppi di società*, cit., p. 213.

<sup>121</sup> Cfr. G. Cottino-R. Weigmann, *Le società di persone*, cit., p. 93; F. Platania, *Le partecipazioni in società di persone nella nota integrativa*, in *Soc.*, 2006, p. 1379; S. Patriarca, *Le società di persone come oggetto di controllo societario*, cit., p. 941; M. Garcea, *I gruppi di società di persone*, Napoli, 2008, p. 168 nt. 136;

<sup>122</sup> Cfr. V. Donativi, *Commento agli artt. 2361 e 111-duodecies*, cit., p. 235; A. Lolli, *La nota integrativa nel bilancio d'esercizio delle s.p.a.*, cit., p. 281

derato il rischio incombente sulla società partecipante” legato alla sua illimitata responsabilità<sup>123</sup>.

La questione contabile risulta imprescindibilmente connessa a quella, fortemente dibattuta, relativa alla possibilità di configurare un rapporto di controllo o di collegamento tra partecipante (società di capitali) e partecipata (società di persone, non azionaria) ai sensi dell’art. 2359 c.c.<sup>124</sup>. Senza voler entrare nel merito della questione relativa al controllo, che sarebbe più complicata ma anche più incerta nei suoi esiti, e rinviando per la sua trattazione alla dottrina che se ne è occupata<sup>125</sup>, è opportuno in questa sede soffermarsi sulla fattispecie del collegamento. Esso è definito con l’espressione “influenza notevole”, e di certo non si può dubitare della sua ricorrenza nel caso di partecipazioni in società di persone alla luce della previsione dello IAS 28, secondo cui l’influenza notevole è solitamente segnalata dal verificarsi di una o più delle seguenti circostanze: “a) la rappresentanza nel consiglio di amministrazione o nell’organo equivalente, b) la partecipazione nel processo decisionale, inclusa la partecipazione alle decisioni in merito ai dividendi o ad altro tipo di distribuzione degli utili” (...) “d) l’interscambio di personale dirigente” ecc.<sup>126</sup>. Appare evidente che il socio di s.n.c. si trovi di regola coinvolto sia nell’esercizio delle funzioni gestorie (ex art. 2257 c.c.) sia nel processo decisionale, oltre a doversi considerare la circostanza frequente che un amministratore della società controllante venga nominato rappresentante legale del socio persona giuridica per la gestione della partecipazione e per l’amministrazione della società di persone partecipata, con interscambio di personale dirigente. Pertanto tali considerazioni sono idonee a fondare il convincimento che la *sedes materiae* per l’informativa richiesta dall’art. 2361, 2° comma, sia proprio il

<sup>123</sup> Così L. Quattrocchio, *Le novità in tema di bilancio di esercizio*, in *Soc.*, 2003, p. 161.

<sup>124</sup> Sulla possibilità di configurare un rapporto di controllo societario rispetto a società non azionarie, per lo più basato sulla figura del controllo contrattuale e dell’*interlocking directorate*, si rimanda agli studi di A. Pavone La Rosa, *Le società controllate. I gruppi*, nel *Tratt. Colombo-Portale*, II\*\*, Torino, 1991, p. 589; U. Tombari, *Sulla società in accomandita semplice di gruppo*, cit., p. 253; Id., *Il gruppo di società*, Torino, 1997, p. 135 nt 14 (entrambi anteriori alla riforma, e dopo la riforma dello stesso autore) Id., *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 67; S. Patriarca, *Le società di persone come oggetto di controllo societario*, cit., p. 940 ss.; M. Garcea, *I gruppi di società di persone*, cit., pp. 27 e 53 ss.

<sup>125</sup> Sulla possibilità di configurare un rapporto di controllo societario rispetto a società non azionarie, per lo più basato sulla figura del controllo contrattuale e dell’*interlocking directorate*, si rimanda agli studi di A. Pavone La Rosa, *Le società controllate. I gruppi*, in *Tratt. Colombo-Portale*, II\*\*, Torino, 1991, p. 589; U. Tombari, *Sulla società in accomandita semplice di gruppo*, cit., p. 253; Id., *Il gruppo di società*, Torino, 1997, p. 135, nota 14 (entrambi anteriori alla riforma, e dopo la riforma dello stesso autore) Id., *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 67; S. Patriarca, *Le società di persone come oggetto di controllo societario*, cit., p. 940 ss.; M. Garcea, *I gruppi di società di persone*, cit., pp. 27 e 53 ss.

<sup>126</sup> Sullo IAS 28 cfr. L. De Angelis, *La valutazione delle partecipazioni secondo gli IAS/IFRS*, in *La modernizzazione del diritto contabile in Italia*, Milano 2007, p. 383 ss.



punto 5 della nota integrativa, sulle partecipazioni in imprese controllate e collegate<sup>127</sup>.

Un diverso problema attiene al contenuto dell'informativa richiesta dalla disposizione citata che, secondo alcuni, sarebbe del tutto identica a quella richiesta per le imprese controllate e collegate, quindi dovrebbe riguardare la denominazione e la sede sociale della s.n.c. partecipata, l'importo del patrimonio netto, l'utile o la perdita dell'ultimo esercizio, la quota posseduta e il valore ad essa attribuito in bilancio<sup>128</sup>, ma non anche necessariamente il capitale sociale, qualora non dovesse esserci di esso alcuna indicazione nel bilancio sociale, non essendo obbligatorio nelle società a base personalistica. Tuttavia riteniamo, come già esposto in altra sede<sup>129</sup>, che questo contenuto vada integrato (proprio perché manca una prescrizione analitica sul contenuto di questa voce) con quelle indicazioni che abbiano per i creditori la stessa importanza del capitale sociale, qual è certamente il nominativo degli altri soci con responsabilità illimitata, che garantiscono la solvibilità dell'impresa. Probabilmente, se presente una delibera di autorizzazione dell'assemblea, questa potrebbe essere anche la sede opportuna per inserirne i relativi riferimenti, come anche l'indicazione della persona fisica incaricata di svolgere la rappresentanza della società (amministratore persona giuridica) ed il compenso a questo spettante per lo svolgimento della funzione<sup>130</sup>.

È stato inoltre sostenuto che, a fronte del rischio illimitato assunto dalla società di capitali socia, questa dovrà anche quantificarlo "con la creazione di un fondo rischi"<sup>131</sup>.

Si deve aggiungere che l'informazione espressamente richiesta nella nota integrativa, lascia intatte le previsioni concernenti il contenuto dello stato patrimoniale e delle immobilizzazioni finanziarie in esso previste dagli artt. 2424, comma 2, B. III.1, c.c. che andranno classificate nelle diverse lettere da a) a d) a seconda che si tratti di partecipazioni in imprese controllate, collegate, controllanti o altre imprese; nonché dei crediti verso le stesse tipologie di imprese e infine dei criteri di valutazione delle immobilizzazioni finanziarie consistenti in partecipazioni in imprese controllate o collegate (ai sensi dell'art. 2426, n. 4, c.c.).

Per quanto concerne, invece, la società in nome collettivo partecipata da una società di capitali, l'art. 111-*duodecies* disp. att. c.c. prevede che "qualora tutti i loro

<sup>127</sup> Come già in altra sede da me sostenuto, cfr. F. Vessia, *Commento all'art. 2427*, nel *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Perlingieri, vol V, Napoli, 2010, p. 1829.

<sup>128</sup> Così A. Lolli, *La nota integrativa nel bilancio d'esercizio delle s.p.a.*, cit., p. 249; M. Caratozzolo, *Il bilancio d'esercizio*, Milano, 2006, p. 1021.

<sup>129</sup> Cfr. F. Vessia, *Commento all'art. 2427*, cit., p. 1864.

<sup>130</sup> Cfr. F. Vessia, *Commento all'art. 2427*, cit., p. 1864.

<sup>131</sup> Cfr. C. Sasso, *La nota integrativa nella riforma delle società*, in *Riv. dir. impr.*, 2005, p. 334 ss.



soci illimitatamente responsabili, di cui all'art. 2361, comma 2, del codice, siano società per azioni, in accomandita per azioni o società a responsabilità limitata, le società in nome collettivo o in accomandita semplice devono redigere il bilancio secondo le norme previste per le società per azioni; esse devono inoltre redigere e pubblicare il bilancio consolidato come disciplinato dall'art. 26 del d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127, ed in presenza dei presupposti ivi previsti”.

La prima osservazione critica, che quasi tutti i commentatori di questa norma hanno sollevato, è l'assenza di un obbligo di pubblicazione, accanto a quello di redazione del bilancio di esercizio corrispondente alla disciplina delle società di capitali<sup>132</sup>.

Tuttavia una interpretazione sistematica del testo legislativo interno e della direttiva comunitaria, può condurre al risultato di ritenere assoggettate anche all'obbligo di pubblicazione dei bilanci di esercizio la società in nome collettivo o in accomandita che siano partecipate interamente da società di capitali. Tanto si evince dalla previsione dell'art. 1, comma 3°, della Dir. 90/605/CEE dell'8 novembre 1990, la quale prevede che lo Stato Membro può esonerare dalla pubblicazione del bilancio una società di persone interamente partecipata da società di capitali ma, evidentemente, ove non lo faccia, questa sia soggetta all'obbligo non solo della redazione ma anche della pubblicazione, *rectius* deposito, del bilancio presso il registro delle imprese<sup>133</sup>.

Si deve altresì considerare, rispetto al problema della pubblicità, che se la società in nome collettivo partecipata fosse anche controllata o collegata opererebbe la previsione dell'art. 2429, comma 3°, c.c. che prevede “il deposito presso la sede sociale delle copie integrali dell'ultimo bilancio delle società controllate e un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio delle società collegate insieme alla relazione degli amministratori”; quest'ultima inoltre dovrà contenere “un'analisi fedele, equilibrata ed esauriente della situazione della società e dell'andamento e del risultato della gestione, nel suo complesso e nei vari settori in cui essa ha operato, anche attraverso imprese controllate, con particolare riguardo ai costi, ai ricavi e agli investimenti, nonché una descrizione dei principali rischi e incertezze cui la società è esposta” (art. 2428, comma 1, c.c.).

È vero che la disposizione dell'art. 2424, ultimo comma, c.c., che prevedeva l'obbligo di allegazione al bilancio delle copie integrali dell'ultimo bilancio delle società controllate e collegate, è stato abrogato. Tuttavia la combinazione delle di-

<sup>132</sup> In tal senso si esprimono A. Audino, *Commento all'art. 2361*, cit., p. 425; L. Autuori, *Commento all'art. 2361 c.c.*, cit., p. 752.

<sup>133</sup> Così già R. Weigmann, *Luci ed ombre*, cit., p. 272; G. Cottino-R. Weigmann, *Le società di persone*, cit., p. 94 e nt. 23; L. Autuori, *Commento all'art. 2361 c.c.*, cit., p. 753.

sposizioni succitate porta a concludere che se la partecipazione in una società in nome collettivo integra anche una fattispecie di controllo societario (ai sensi dell'art. 2359 c.c.) certamente si potrà ritenere persistente l'onere di allegazione e deposito del bilancio delle società partecipate (ma non più anche delle società collegate) presso la sede sociale della società partecipante (come previsto dall'art. 2429, comma 3°) ed anche presso il registro delle imprese, che per prassi viene fatto del bilancio di esercizio della società di capitali insieme a tutti i suoi allegati<sup>134</sup>.

Sempre in senso critico è stato osservato che la disposizione nulla prevede in relazione agli obblighi contabili nell'ipotesi di una partecipazione di società di capitali in s.n.c. non esclusiva ove vi sia la presenza di altri soci persone fisiche illimitatamente responsabili. Non è questo, però, il caso di una società in accomandita semplice composta da un solo accomandatario società di capitali e uno o più accomandanti persone fisiche, il quale rientra a pieno titolo nella previsione dell'art. 111-*duodecies* disp. att.<sup>135</sup>.

Nel caso ipotizzato sarebbe erroneo ritenere (come invece è stato fatto in passato<sup>136</sup>) che, l'assenza di uno specifico obbligo di redazione del bilancio, secondo le regole dettate dagli artt. 2423 ss. c.c., possa danneggiare la società partecipante perchè le diverse regole del bilancio delle società di persone andrebbero a detrimento dell'analiticità dell'informativa di bilancio. Per contro, come è stato dimostrato ampiamente in altre sedi<sup>137</sup>, il bilancio di una società di persone pur assumendo la denominazione di rendiconto non ha nulla a che vedere con il rendiconto del mandatario ma assume la forma, la struttura e il contenuto del bilancio di esercizio delle società per azioni, sia pure semplificato, dovendosi considerare obbligatorie le norme sui principi e sui criteri di redazione di cui agli artt. 2423 ss. come prescritto dall'art. 2217 c.c., in tema di bilancio annuale dell'imprenditore commerciale, richiamato per la s.n.c. in forza del combinato disposto dagli artt. 2302 e 2214 c.c.<sup>138</sup>.

<sup>134</sup> Questa conclusione veniva sostenuta prima della novella societaria da A. Borgioli, *Partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., pp. 314-315.

<sup>135</sup> Cfr. U. Tombari, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 197.

<sup>136</sup> Il riferimento è alla giurisprudenza che ha enfatizzato in passato l'aspetto della difformità delle regole contabili tra società di capitali e società di persone allo scopo di trarre sostegno al convincimento proibitivo verso la possibilità di assumere partecipazioni in società di persone da parte di società di capitali *supra* § 1 nt. 2 e § 2 nt. 28.

<sup>137</sup> Si rimanda al dibattito *ante* riforma riportato nel § 2, con particolare riguardo agli argomenti invocati da Montalenti, Borgioli e Colombo (*supra* nt. 30-32).

<sup>138</sup> Cfr. F. Di Sabato, *Manuale delle società*, cit., p. 102; P. Montalenti, *La partecipazione di una società di capitali*, cit., p. 652; A. Borgioli, *Partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 313; G.E. Colombo, *La partecipazione di società di capitali ad una società di persone*, cit., p. 1528; F. Dagnino, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., pp. 587-588.

Inoltre l'assenza di una previsione estensiva dell'art. 111-duodecies disp. att., nel caso di società con soci persone fisiche e persone giuridiche, è stata dovuta certamente all'esigenza di recepimento (minimale) della direttiva Dir. 90/605/CEE. Ma nulla vieta che, in caso anche solo di una singola partecipazione da parte di una società di capitali, stante l'inapplicabilità estensiva o analogica dell'obbligo contenuto nell'art. 111-duodecies, si possa prescrivere nella delibera di autorizzazione, come condizione per l'assunzione della partecipazione, la redazione del bilancio secondo le regole delle società di capitali, estendendo pattizamente l'efficacia della previsione legislativa<sup>139</sup>.

## 7. La partecipazione in s.n.c. da parte di società di persone

Per quanto riguarda l'ipotesi della partecipazione di società di persone in altre società di persone, ed in particolare di società in nome collettivo e società in accomandita semplici in altra s.n.c., si considerava generalmente ammissibile anche prima della riforma societaria del 2003, per l'assenza di quelle ragioni ostative rappresentate con riferimento alla partecipazione di società di capitali (assenza dell'*intuitus personae*, differente disciplina dell'amministrazione, della responsabilità gestoria, del controllo e del bilancio)<sup>140</sup>, pur con qualche voce contraria<sup>141</sup>.

C'era chi sosteneva, *ante* riforma societaria, che una società in nome collettivo socia di altra s.n.c. potesse essere nominata anche amministratore, ed in tal caso dovesse scegliere il suo rappresentante tra i soci illimitatamente responsabili (persona fisica e mai a sua volta persona giuridica), non potendo essere nominato un terzo estraneo alla compagine sociale in forza del binomio rischio-potere che impone debba essere scelto come amministratore (e in estensione come rappresentante legale di un amministratore persona giuridica) un socio illimitatamente responsabile<sup>142</sup>.

<sup>139</sup> Così propone F. Ferrara jr.-F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*<sup>14</sup>, cit., p. 825.

<sup>140</sup> Si erano espressi favorevolmente rispetto all'assunzione di partecipazioni in società di persone da parte di altre società di persone, per primo P. Guerra, *Può la carica di amministratore di società essere ricoperta da un'altra società*, cit., p. 698; G. Ferri, *Le società*, cit., p. 96; Id., *Delle società*, cit., p. 364; G. Oppo, *Sulla partecipazione di società a società personali*, cit., p. 10. *Contra* M. Ghidini, *Società personali*, cit., pp. 93-96.

<sup>141</sup> Cfr. G. Cottino, *Diritto commerciale*, cit., p. 375-376 il quale ritiene inammissibile la partecipazione di una s.n.c. in altra s.n.c. Non però sulla base dell'argomento della frode alla legge e dell'elusione della responsabilità limitata, bensì "muovendo dalla tesi che la disciplina della società di persone è in ogni modo *alterata* dall'inserimento nel suo seno in veste di socio illimitatamente responsabile di un gruppo di persone distinto, quale che sia il grado di unificazione da quest'ultimo, per giunta variabile nella sua composizione".

<sup>142</sup> Cfr. S. Fortunato, *Partecipazione di società di persone ad altra società di persone e nomina dell'amministratore*, cit., pp. 85-86; Id., *La «persona giuridica amministratore» nelle società di persone: qualche annotazione critica, in Il ruolo attuale delle società di persone e le prospettive di riforma della disciplina codicistica*, a cura di Di Sabato, Napoli, 1993, p. 113 ss. in cui l'A. aggiunge la considerazione che non sarebbe immaginabile un amministratore persona giuridica dotato di poteri rappresentativi in una società irregolare, posto che il c.d.

Oggi *a fortiori* non si può indugiare ancora sulla possibilità di acquisto di partecipazioni in una s.n.c. da parte di altra società personale, collettiva o accomandita semplice<sup>143</sup>, su cui consta anche una espressa pronuncia favorevole della Cassazione<sup>144</sup>.

Invece per quanto concerne le partecipazioni assunte da parte di una società semplice si potrebbe opporre l'argomento della natura commerciale della partecipazione e del conseguente contrasto con il limite dell'oggetto sociale rispetto alle attività non commerciali e alla forma della società semplice (art. 2249, 2° comma, c.c.). Tale soluzione sembrerebbe avallata dall'art. 111-duodecies che menziona soltanto le s.n.c. e le s.a.s. tra le società che possono essere partecipate da società di capitali.

Tuttavia questo dato letterale non deve essere sopravvalutato, tanto vero che la dottrina prevalente ritiene possibile l'acquisto di partecipazioni di società di capitali anche in società semplice<sup>145</sup>. Probabilmente il tenore letterale della norma non rinvia da una scelta di esclusione legata al tipo societario (società semplice), ma più correttamente deve giustificarsi in ragione della previsione della direttiva 90/605/CEE che all'art. 1 prevede l'applicazione solo alle s.n.c. e alle s.a.s. Ma come è noto le direttive UE impongono una soglia minima di armonizzazione, ferma restando l'autonomia di ciascuno degli Stati membri di adeguarsi secondo uno *standard* superiore al minimo imposto dalla fonte comunitaria.

Per questa ragione, pertanto, non si può considerare preclusa né la partecipazione di una società di capitali in società semplice e neanche l'ipotesi inversa.

Vero è che in tal caso, pur non potendosi considerare impedita l'assunzione della partecipazione e la sua validità sul piano del rapporto associativo, si deve ritenere che la partecipazione genera una modifica sostanziale dell'oggetto sociale, poiché determina, sull'intero patrimonio, l'insorgenza di una responsabilità d'impresa diversa da quella assunta in sede di costituzione, così da richiedere una decisione unanime dei soci e indurre una riqualificazione sostanziale della natura commerciale da società semplice in società in nome collettivo di fatto.

Quest'ultima soluzione può operare anche per il caso dell'assunzione di partecipazione in s.n.c. da parte di una associazione – riconosciuta o non riconosciuta – o di

---

Progetto Di Sabato proponeva come condizione per l'acquisto del potere rappresentativo da parte della persona giuridica l'atto di nomina e la firma autografa del rappresentante stabile (art. 2298 come novellato nel Progetto).

<sup>143</sup> Cfr. G.F. Campobasso, *Diritto Commerciale 2. Diritto delle società*, cit., p. 69; V. Buonocore (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, cit., pp. 129-130. In giurisprudenza opinioni contrarie all'ammissibilità erano state espresse da App. Firenze 19 marzo 1986, in *Giur. Comm.*, 1987, II, p. 676; App. Bologna 14 giugno 1990, in *Giur. it.*, I, II, c. 756 e in altre pronunce più risalenti *ivi* citate.

<sup>144</sup> Si tratta della sentenza Cass. 13 maggio 2009, n. 11134 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it). Nello stesso senso la precedente giurisprudenza di merito Trib. Napoli 8 gennaio 1993, in *Società*, 1993, p. 818.

<sup>145</sup> Cfr. V. Donativi, *Commento agli artt. 2361 e 111-duodecies*, cit., p. 223; A. Mirone, *Commento all'art. 2361*, cit., p. 417 nt. 34.

una fondazione<sup>146</sup> a differenza della partecipazione in una s.a.s. in qualità di accomandante che risulta generalmente ammessa anche in giurisprudenza<sup>147</sup> perché, non comportando responsabilità illimitata, non è idonea a determinare modificazioni né dello scopo ideale dell'ente né del rischio connaturato alla forma associativa privatistica.

La nascita di una società in nome collettivo di fatto, derivante dall'assunzione di partecipazione di una società semplice o di un'associazione in una s.n.c., porta con sé anche l'obbligo di applicazione dell'art. 111-*duodecies*.

Ci si deve chiedere quale sia la condizione di validità per l'acquisto della partecipazione in una s.n.c. da parte di altra società in nome collettivo o in accomandita semplice, dovendosi escludere la possibilità di applicazione analogica dell'art. 2361, 2° comma, alle società di persone. È altresì evidente, però, che non si possano trascurare le istanze comunque sottese a quella previsione: per un verso che l'acquisto di partecipazioni rientri tra le competenze gestorie, e per altro verso evitare acquisti che per l'entità o per l'oggetto possano determinare una modificazione sostanziale dell'oggetto sociale, senza una manifestazione di volontà dell'intera compagine sociale.

<sup>146</sup> La questione dell'ammissibilità della partecipazione in società di persone da parte di associazioni e fondazioni si pone in termini sostanzialmente analoghi al caso dell'esercizio individuale di un'impresa commerciale da parte degli enti suddetti: non c'è dubbio che sia ricorrendo all'espedito della riqualficazione dell'ente come società di fatto (Trib. Palermo 24 febbraio 1997, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 444 con nota di Cetra) sia riconoscendo in via di fatto l'esercizio di un'attività economica di tipo commerciale in contrasto con lo scopo altruistico formalmente dichiarato nello statuto (A. Cetra, *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, 2003, p. 39 ss. e E. Loffredo, *Economicità e impresa*, Torino, 1999, p. 161) si possa pervenire all'applicazione integrale dello statuto dell'impresa commerciale fino alla dichiarazione di fallimento dell'ente (P. Pellegrini, *Imprese collettive – Estensione del fallimento sociale*, in *La procedura fallimentare*, diretto da Apice, vol. II, Torino, 2010, p. 792; F. Di Sabato, *Diritto delle società*<sup>3</sup>, Milano, 2011, p. 37 ss.; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*<sup>7</sup>, Torino, 2013, pp. 80-81; Cass. 17 gennaio 1983, n. 341, in *Banca borsa*, 1984, II, p. 165; Cass. 18 settembre 1993, n. 9589, in *Fall.*, 1994, p. 151; Cass. 14 giugno 1994, n. 5766, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 187; Trib. Milano, 28 ottobre 2011, in *Foro it.*, 2012, I, p. 136 con nota di Fabiani).

Invece secondo una diversa proposta interpretativa, minoritaria in dottrina ma prevalente in giurisprudenza, le attività d'impresa esercitate dagli enti di diritto privato diversi dalle società che siano accessorie e strumentali al conseguimento dello scopo ideale proprio dell'ente dovrebbero essere esonerate dall'applicazione dello statuto dell'impresa come prevede l'art. 2201 c.c. per gli enti pubblici non economici; diversamente gli enti che esercitano attività d'impresa prevalente e non strumentale allo scopo ideale per il quale l'ente è stato costituito possono essere assimilati *tout court* agli imprenditori commerciali (cfr. in dottrina F. Galgano, *L'imprenditore commerciale*, in *Tratt. Galgano*, Padova, II, p. 86; M. Bione, *L'impresa ausiliaria*, Padova, 1971, p. 104 ss.; E. Gliozzi, *L'imprenditore commerciale. Saggio sui limiti del formalismo giuridico*, Bologna, 1998, p. 190 ss.; ed in giurisprudenza Cass., 9 novembre 1979, n. 5770, in *Giust. civ.*, 1980, II, p. 2255 con nota di Spada; App. Palermo, 7 aprile 1989, in *Giur. comm.*, 1992, II, p. 61 con nota di Perrino; Cass. 18 settembre 1993, n. 9589, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3503).

Si rinvia, in luogo di molti, allo studio di M. Cossu, *Le partecipazioni tra società di capitali e altri organismi di diritto privato*, in *Studium iuris*, 2001, p. 1524 ss.

<sup>147</sup> Cfr. Trib. Verona, 15 luglio 1994, in *Soc.*, 1995, p. 101 con nota di R. Lolli, *Associazione non riconosciuta socia accomandante di accomandita semplice*.

Si deve tenere conto, inoltre, della circostanza che nella società partecipata l'ingresso di un nuovo socio, che sia una persona fisica ovvero una persona giuridica o anche un soggetto di diritti privo della personalità giuridica, integra gli estremi di una modifica del contratto sociale che richiede, salvo diversa previsione del contratto sociale, una decisione unanime dei soci *ex art.* 2252 c.c., oltre alla sua iscrizione nel registro delle imprese, se la società è regolare e voglia mantenere la condizione di regolarità. Quindi certamente nella società partecipata la decisione di far acquistare la partecipazione ad un'altra società di persone (o anche di capitali) in un momento successivo alla costituzione richiede una decisione unanime dei soci.

Nella società partecipante, invece, in assenza di una norma generale che delimita le competenze dei soci e quelle degli amministratori, si deve ritenere che l'acquisto della partecipazione se coerente con l'oggetto sociale, cioè si presenti necessario, opportuno o utile al conseguimento dello stesso, allora potrà essere concluso dagli amministratori rientrando tra le operazioni gestorie<sup>148</sup>; in specie dovranno essere osservate le regole previste per il regime di amministrazione prescelto: se disgiuntiva *ex art.* 2257 c.c., l'acquisto potrà essere fatto da ciascun amministratore, se invece nel contratto sociale è stato scelto il regime di amministrazione congiuntiva *ex art.* 2258 c.c., allora dovrà essere deciso a maggioranza o all'unanimità dagli amministratori.

Per contro, se l'acquisto della partecipazione in altra società di persone appare in distonia con l'oggetto sociale, così da farne risultare il pericolo di una modificazione sostanziale dell'oggetto mediante la traslazione della responsabilità illimitata in un diverso settore economico di attività, ed anche in considerazione del mutamento della garanzia patrimoniale che si verificherebbe in capo ai creditori sociali anteriori, tale da integrare gli estremi di un atto revocabile (come si è avuto modo di dimostrare in altra sede)<sup>149</sup>, si deve invece preferire la soluzione di una decisione unanime dei soci.

Per quanto concerne la partecipazione di una comunione ereditaria o comunione d'azienda in una società in nome collettivo, trattandosi di mere situazioni di proprietà sui beni prive di soggettività autonoma rispetto ai comunisti, si discute se diano luogo ad una comunione di quota esclusivamente per quanto concerne i diritti e i poteri sociali (da esercitarsi congiuntamente mediante un rappresentante

<sup>148</sup> In questo senso è stato deciso da Cass. 13 maggio 2009, n. 11134, cit., nella quale in verità la Suprema Corte omette di operare distinzioni tra atto inerente ed atto estraneo all'oggetto sociale, probabilmente perché si è voluta (dovuta) limitare al caso concreto in cui l'acquisto della partecipazione in una s.n.c. di nuova costituzione era stato fatto da un socio amministratore, titolare della maggioranza del capitale sociale, sul presupposto che le due società avevano il medesimo campo economico di attività ossia lo stesso oggetto sociale (costruzioni edili).

<sup>149</sup> Cfr. F. Vessia, *Acquisto di partecipazioni da parte di società di capitali in società di persone*, cit., p. 879 e (rispettivamente) p. 107 ss.



comune) oppure anche in ordine alla responsabilità d'impresa (che incomberebbe sui comproprietari come se fossero soci in proprio)<sup>150</sup>.

Infine, per quanto concerne la partecipazione di enti pubblici o dello Stato alle s.n.c. si deve ritenere preclusa, in forza di un principio di contabilità pubblica che imporrebbe agli enti di procedere a spese solo di ammontare determinato o determinabile, in ossequio alla norma dell'art. 81 Cost.<sup>151</sup>. Tale argomento veniva usato anche in passato per escludere l'acquisto da parte dello Stato di partecipazioni totalitarie nelle società per azioni, prima della riforma societaria 2003, stante la responsabilità illimitata dell'azionista conseguente alla partecipazione unipersonale.

## 8. La disciplina applicabile alla s.n.c. con soci persone giuridiche

In merito alla disciplina applicabile alla s.n.c. con soci diversi dalle persone fisiche va fatta una prima considerazione di carattere generale. La partecipazione di enti in società, quale che sia la forma organizzativa dell'ente partecipato e di quello partecipante, determina una sorta di ibridazione o innesto della disciplina di un tipo di

<sup>150</sup> Cfr. G. Ferri, *Delle società*, cit., p. 362-364; Id., *Le società*, cit., pp. 94-95.

<sup>151</sup> Tale argomento, assai risalente nel tempo, è tratto per analogia dalle opinioni dottrinali e giurisprudenziali ante riforma societaria 2003 formatesi sul tema della illegittimità dell'assunzione di partecipazioni pubbliche totalitarie nelle società per azioni in relazione alla previsione del previgente art. 2362 c.c. sulla responsabilità illimitata dell'unico azionista. Cfr. in dottrina A. Rossi, *La partecipazione dei comuni a società commerciali e suoi limiti*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, 39-45 (il quale cita a sua volta come fonte della c.d. norma contabile sulla determinatezza delle spese E. Cannada-Bartoli, *Partecipazione di comuni a comitati di diritto privato senza personalità giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 6); Id., *Profili giuridici della società a partecipazione statale*, Milano, 1977, 38 ss.; M. Mazzarelli, *Le società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987, 37 e 85-104 (il quale critica aspramente sia la conclusione dell'inammissibilità di partecipazioni totalitarie degli enti pubblici in s.p.a. sia l'argomento della norma contabile invocata a sostegno); Visentini G., *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979, 34 nt. 14 (anch'egli critico sulla c.d. norma contabile); V. Buonocore, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 14; C.F. Giampaolino, *La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale per la gestione dei servizi pubblici e l'autonomia privata degli enti territoriali*, in *Giur. Comm.*, 1995, 1005-1006; G.F. Campobasso, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, in *Riv. soc.*, 1998, 402; G. Romagnoli, *L'esercizio di direzione e coordinamento di società da parte di enti pubblici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 215; R. Weigmann, *Le imprese di servizi pubblici locali dopo la riforma societaria*, in *La responsabilità dell'impresa*, Milano, 2006, p. 183 (da cui si cita); ed anche in *Scritti in Onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005, III, p. 4089; A. Mazzoni, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelta di sistema?*, in C. Ibba-M.C. Malaguti-A. Mazzoni (a cura di), *Le società pubbliche*, Torino, 2011, p. 68.

Cfr. in giurisprudenza Cons. Stato (parere), 6 marzo 1956, n. 373, *Riv. amm. Rep. it.*, 1957, II, 286; Cass., 26 novembre 1958, n. 3787, *Giust. civ.*, 1959, I, 6 ss.; confermata tra tante da Cons. Stato, 7 novembre 1969, n. 1181, *Dir. fall.*, 1970, 474 con nota di G. Ragusa Maggiore, *Comune azionista e reintegrazione del capitale*; Cons. Stato, 29 settembre 1972, n. 636, *Foro amm.*, 1972, 1015; Corte Conti, sez. contr., 15 luglio 1983, n. 1363, *Foro amm.*, 1984, 2197; Corte conti, sez. giur. Lazio, 10 settembre 1999, n. 1015, *Giornale dir. amm.*, 2000, 235.



organizzazione d'impresa all'interno di un altro<sup>152</sup>, con il conseguente trascinarsi della disciplina di una forma sociale all'interno della disciplina di un'altra.

Tanto accade, per espressa previsione legislativa, in relazione agli obblighi contabili che dovranno essere assolti dalle società in nome collettivo partecipate interamente da società di capitali (*ex art. 111-duodecies* disp. att. c.c.), ma è evidente che una simile operazione di adattamento vada fatta per tutti gli istituti giuridici suscettibili di una diversa regolamentazione, a seconda che si riferiscano a soci persone fisiche ovvero a persone giuridiche o altre collettività organizzate.

Limitandoci ad alcuni aspetti più significativi del fenomeno, si deve osservare innanzitutto che quando nella compagine sociale siano presenti uno o più soci diversi dalle persone fisiche dovranno essere disapplicate quelle norme del tipo s.n.c. che fanno espresso riferimento allo *status* soggettivo dei soci persone fisiche ed alla loro capacità quali la morte del socio (art. 2284 c.c.), l'esclusione per interdizione o inabilitazione o condanna penale che comporta l'interdizione dai pubblici uffici (art. 2286) e la partecipazione di soggetti incapaci (art. 2294 c.c.). Queste disposizioni dovranno essere adattate alle persone fisiche rappresentanti della persona giuridica, sicché troveranno applicazione le previsioni dell'art. 2382 c.c. sulle cause di ineleggibilità e di decadenza degli amministratori di s.p.a., l'art. 2387 c.c. sui requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza degli amministratori di s.p.a., nonché le diverse norme dettate dai singoli tipi. Così come troveranno applicazione le norme sullo scioglimento e l'estinzione nonché sulla fusione, trasformazione e scissione che, per i soci che hanno la forma di società, costituiscono modifiche soggettive di tipo estintivo per l'ente, equivalenti alla morte (*mutatis mutandis*) di un socio persona fisica.

Un altro blocco di norme suscettibili di modificazione nel caso di socio diverso da persona fisica è quello relativo all'amministrazione. Vi è infatti il rischio di elusione, se applicate alla sola persona giuridica e non anche al suo rappresentante persona fisica, delle norme sulla responsabilità civile verso la società<sup>153</sup> e verso i creditori ed i terzi<sup>154</sup>, oltre a quelle sulla pubblicità della nomina nel registro delle imprese, le norme sul divieto di concorrenza ed il conflitto d'interessi oltre a quelle sulle condizioni di eleggibilità e sui requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza (di cui si è già detto).

<sup>152</sup> Il primo Autore che ha fatto questa considerazione è stato G. Ferri, *Delle società*, cit., p. 362-364; Id., *Le società*, cit., pp. 94-95 e dopo di lui gli altri autori citati nella precedente nt. 39 § 2.

<sup>153</sup> Cfr. A. Cetra, *La persona giuridica amministratore*, cit., p. 131 ss.

<sup>154</sup> Sul problema della responsabilità degli amministratori di società di persone verso i creditori sociali e verso i terzi (finora pressoché ignorato in dottrina) mi sia permesso rinviare al mio studio monografico F. Vessia, *La responsabilità per la gestione nelle società di persone. Principi di imputazione e disciplina*, Milano, 2015, Cap. I, §§ 2-8 (in corso di stampa).

La strada da seguire potrebbe essere quella del ricorso all'*analogia legis*, estendendo le disposizioni sul GEIE che risultano essere le più complete ed esaustive del regime degli amministratori persone giuridiche nel nostro ordinamento, in sintonia con le legislazioni europee (specie quella tedesca, francese, spagnola e inglese), come si è già avuto modo di osservare *supra* (§ 3 spec. nt. 77).

Tuttavia è preferibile la soluzione dell'*analogia iuris*, già proposta in dottrina<sup>155</sup>, estraendo dal sistema un principio generale “secondo cui in un rapporto gestorio, non solo chi è formalmente titolare, ma anche chi è investito dell’esecuzione dell’incarico e, prima ancora, è tenuto all’osservanza delle regole che disciplinano l’esecuzione, può essere chiamato a rispondere dell’inadempimento, in solido con il primo, su iniziativa del soggetto con cui quel rapporto intercorre”<sup>156</sup>, ossia il titolare dell’interesse gestito.

In questa ricostruzione la responsabilità diretta di chi esegue l’incarico gestorio, così da superare lo schermo formale d’imputazione della responsabilità alla persona giuridica, viene desunta come principio generale, oltre che dalla disciplina del GEIE, anche dalla disciplina delle società di revisione contabile (D.Lgs. n. 39/2010, art. 15, comma 2°), in cui si afferma la responsabilità solidale per gli inadempimenti relativi all’incarico di revisione tra la società di revisione ed il responsabile della revisione nonché i dipendenti che hanno collaborato alla stessa; ed anche dalla normativa sulla società tra avvocati (D.Lgs. 96/2001, art. 26, commi 2° e 3°) in cui viene declinata alternativamente una solidarietà nella responsabilità per inadempimento dell’incarico tra la società ed il professionista che ha materialmente eseguito l’incarico, se esso è stato scelto dal cliente, o se scelto dalla società ed al cliente comunicato, oppure, in difetto di scelta del cliente e della società, la responsabilità solidale con l’ente si estende a tutti i soci<sup>157</sup>.

Infine, una conferma ulteriore del principio già enunciato di “ultrattività” dell’imputazione o di “imputazione concorrente” della responsabilità del gestore materiale insieme al gestore formale ma solo nei confronti del mandante, viene tratta anche dalla disciplina del mandato, sia pure in relazione alla fattispecie della sostituzione del mandatario persona fisica e non persona giuridica (art. 1717, comma 4°, c.c.), che afferma un diritto diretto di azione del mandante verso il sostituto del mandatario, in forza di una “rilevanza esterna nei confronti del mandante dell’obbligazione di esecuzione assunta dal sostituto”<sup>158</sup>.

Da questa impostazione discende la giustificazione delle scelte avanzate nei progetti di riforma delle società di persone, a cui già prima si è fatto riferimento (il

<sup>155</sup> Cfr. A. Cetra, *op. ult. cit.*, p. 141.

<sup>156</sup> Cfr. A. Cetra, *op. ult. cit.*, p. 141 e 171.

<sup>157</sup> Cfr. A. Cetra, *op. ult. cit.*, pp. 160-169.

<sup>158</sup> Cfr. A. Cetra, *op. ult. cit.*, p. 175.

Progetto Di Sabato e il Progetto Rovelli), entrambi concordi nel disciplinare la fattispecie del socio persona giuridica mediante l'obbligo di nomina di una persona fisica come rappresentante stabile della persona giuridica, l'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese del medesimo e l'estensione ad esso delle responsabilità civili e penali gravanti sull'amministratore persona giuridica<sup>159</sup>.

Sussiste, infatti, un'esigenza di diretta responsabilizzazione dell'amministratore per gli atti gestori posti in essere, esigenza che può essere realizzata solo attraverso una specifica individuazione, pubblicizzazione all'esterno ed attribuzione di responsabilità alla (o della) persona fisica deputata al ruolo di rappresentante dell'amministratore persona giuridica, che assolva alla funzione deterrente di *moral suasion* contro i comportamenti avventati ed opportunistici dei gestori nascosti dietro uno schermo societario. Questo perché non ci si debba pentire di avere eliminato una preclusione totale, come quella anteriore alla riforma societaria, alla partecipazione di società di capitali in società di persone, cadendo nell'eccesso opposto, bensì si possano conservare gli strumenti adeguati alla prevenzione e sanzione degli abusi dello schermo societario.

---

<sup>159</sup> Si rimanda alle indicazioni dell'articolato proposto dalle due Commissioni di riforma, *supra* § 1, nt. 5 e 6.



# Sugli accordi di postergazione del credito

di Luigi Follieri

*SOMMARIO: 1. Il fenomeno postergativo – 2. I negozi di postergazione del grado ipotecario – 3. La postergazione del creditore parzialmente surrogato. Il negozio di esclusione del diritto di surrogazione parziale del fideiussore escusso – 4. Gli accordi atipici di subordinazione del credito – 5. Segue: sulla distinzione tra postergazione assoluta (o generale) e specifica.*

## 1. Il fenomeno postergativo

Con il termine postergazione<sup>1</sup> si indica l'atto del *posporre* o *subordinare* la pretesa soddisfattiva di uno o più creditori a quella di uno o più altri creditori dello stesso debitore.

È intuitivo comprendere che a risultare inciso dal meccanismo postergativo sia il principio noto con la formula *par condicio omnium creditorum*, nella misura in cui il creditore postergato rinuncia all'eguale diritto di trattamento sul patrimonio del debitore<sup>2</sup>, impegnandosi a non riscuotere il credito prima della soddisfazione integrale del c.d. beneficiario.

Nella sostanza, la postergazione (specie negoziale) dispiega normalmente i suoi effetti allorquando si verifichi l'apertura di procedure di liquidazione volontaria o forzata a carico del medesimo debitore, nelle quali si realizza, concretamente, la preferenza dei creditori anteposti rispetto a quelli subordinati<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Il termine postergare [dal latino medievale *postergare*, derivato dalla locuzione *post tergum* (dietro le spalle)] indica, letteralmente, gettarsi una cosa dietro le spalle e, in senso più ampio, posporre una cosa ad un'altra.

<sup>2</sup> Parla decisamente di rinuncia alla *par condicio creditorum* L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2010, p. 210.

<sup>3</sup> Infatti, la postergazione (negoziale) del credito, per prassi, è normalmente «incompleta», ossia opera finché non si verifichi uno degli eventi di subordinazione previsti dal patto, consistenti, di regola, nel sopravvenire di procedure di liquidazione volontaria o coattiva a carico del debitore comune; si ha, viceversa, la c.d. subordinazione «completa», allorquando il debitore non può effettuare alcun pagamento di capitale a favore del creditore subordinato, sino a che ciascun creditore beneficiario non sia stato integralmente soddisfatto.

Circa tale distinzione, frequentemente utilizzata dalla dottrina statunitense, cfr. M.D. Calligar, *Subordination agreements*, in *Yale Law Journal*, 70, 1960-1961, p. 377 ss.; P.R. Wood, *Project finance, Securitizations, Subordinated debt*, 2<sup>a</sup> ed., London, 2007, p. 177; S. Vanoni, *I crediti subordinati*, Torino, 2000, p. 14; A. Tullio, *La postergazione*, Padova, 2009, p. 246 ss.

In altri termini, il creditore, che posterga il suo diritto alla previa soddisfazione degli altri creditori, risulta *sfavorito* rispetto a coloro che concorrono con lui sul ricavato dal patrimonio dell'identico debitore.

È da avvertire che il fenomeno postergativo si manifesta in svariate modalità e che, in primo luogo, è dato distinguere fra postergazione legale<sup>4</sup> e convenzionale<sup>5</sup>.

Le presenti pagine riguarderanno le sole forme di postergazione convenzionale, delle quali, pure, l'ordinamento conosce alcune ipotesi; anch'esse, peraltro, non verranno trattate analiticamente, bensì con il precipuo scopo di focalizzare le linee di svolgimento generali nelle quali si articola l'atto del posporre<sup>6</sup>, specie in rapporto al diritto di pari trattamento fra creditori<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> L'istituto della postergazione legale rinverrebbe il suo addentellato normativo negli artt. 2467 e 2497 *quinquies* c.c., ove si dispone, rispettivamente, che sono postergati rispetto a tutti gli altri i crediti dei soci di s.r.l. per finanziamenti alla società effettuati in un momento in cui risulta un eccessivo squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento e che sono sottoposti allo stesso trattamento i crediti per i finanziamenti concessi dalla società che esercita il potere di direzione e coordinamento su altra società che si trovi nelle condizioni previste dall'art. 2467 c.c. In argomento, G. Liccardo, *La postergazione legale. Profili civilistici*, Napoli, 2011.

<sup>5</sup> La postergazione convenzionale si rintraccerebbe in svariate disposizioni normative, quali, tra l'altro, l'art. 2411 c.c. – da leggere congiuntamente all'art. 2414, n. 4), c.c. – su obbligazioni postergate emesse da s.p.a. (il cui rimborso sia condizionato ad un certo andamento della società o al rimborso degli altri creditori) o l'art. 2427, n. 19 bis), c.c. sull'indicazione, nella nota integrativa al bilancio d'esercizio, dei finanziamenti effettuati alla società “con clausola di postergazione rispetto agli altri creditori”: queste circostanze integrebbero, a differenza di quelle relative alla postergazione legale, regole del rapporto credito-debitore prive di efficacia nei confronti degli altri creditori.

<sup>6</sup> I contributi emersi sul tema sono connotati da forte settorialità, come nel caso dei prestiti postergati, su cui, per alcuni riferimenti, cfr., G.F. Campobasso, *I prestiti postergati nel diritto italiano*, in *Giur. comm.*, 1983, I, p. 121 ss.; Id., *I prestiti subordinati nel diritto italiano*, in *Ricapitalizzazione delle banche e nuovi strumenti di ricorso al mercato*, a cura di G.B. Portale, Milano, 1983, p. 345 ss.; G.B. Portale, «*Prestiti subordinati*» e «*prestiti irredimibili*» (appunti), in *Banca borsa tit. cred.*, 1996, I, p. 1 ss.; Id., *Finanziamento dell'impresa bancaria e raccolta del risparmio (ricordo di Gian Franco Campobasso)*, *ivi*, 2004, I, p. 421 ss.; D. Galletti, «*Elasticità*» della *fattispecie obbligazionaria: profili tipologici delle nuove obbligazioni bancarie*, *ivi*, 1997, I, p. 239 ss.

<sup>7</sup> Il principio di parità di trattamento assume rilievo generale in diritto privato: può ricordarsi l'obbligo a contrarre del legal-monopolista (art. 2597 c.c.), che ha, quale obiettivo imprescindibile, proprio la parità di trattamento. Per una violazione di tale principio nel caso in cui al legal-monopolista sia impedito l'esercizio del rimedio dilatorio di cui all'art. 1461 c.c., cfr. F. Addis, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, p. 210 ss. (l'opera è stata recensita da F. Piraino, in *Annuario del contratto 2013*, diretto da A. D'Angelo e V. Roppo, Torino, 2014, p. 215 ss.; e da S. Pagliantini, *A proposito del libro di Fabio Addis «Il mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*», in *www.personaemercato.it*, 1/2015; e con il titolo *A proposito de «Il mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti» nel canone di Fabio Addis*, in *Osserv. dir. civ. comm.*, 2015, p. 253 ss.); A. Venturelli, *Monopolio legale e «mutamento» delle condizioni patrimoniali*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, III, Napoli, 2008, p. 2104 ss. (e in *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, a cura di F. Addis, Milano, 2006, p. 132 ss.).

## 2. I negozi di postergazione del grado ipotecario

Il fenomeno della postergazione è per lungo tempo rimasto confinato alla primogenita ipotesi di postergazione del grado ipotecario (art. 2843 c.c.)<sup>8</sup>, che, invero, costituisce esercizio di autonomia negoziale.

Per comprendere la postergazione convenzionale del credito, è quindi opportuno analizzare, *in primis*, i negozi di postergazione del grado ipotecario, i quali appartengono a quelle ipotesi di postergazione convenzionale che hanno ricevuto l'*imprimatur* della legge.

La postergazione di grado<sup>9</sup>, infatti, pur non essendo oggetto di una specifica disciplina, è menzionata dal 1° co. dell'art. 2843 c.c., assieme ad una serie di atti<sup>10</sup> per i quali è richiesta l'annotazione in margine all'iscrizione ipotecaria.

L'accordo che individua tale postergazione designa un patto in base al quale i creditori ipotecari realizzano uno scambio del grado di preferenza nel processo esecutivo<sup>11</sup>.

In altre parole, la postergazione del grado si esaurisce nella possibilità, concessa ai privati, di concludere negozi dispositivi del grado della prelazione ipotecaria<sup>12</sup>, vale

<sup>8</sup> L'uso legislativo del termine postergazione risale, per la prima volta, all'art. 30, r.d. 28 marzo 1929, n. 499, concernente le *Disposizioni relative ai libri fondiari nei territori delle nuove province* (successivamente modificato con l. 29 ottobre 1974, n. 594).

<sup>9</sup> Per una prima definizione di postergazione cfr. Cass., 31 gennaio 1938, in *Massime*, 1939, p. 76; e in *Giur. it.*, 1938, I, 1, c. 425, che individua la postergazione nel «negozio per cui due creditori ipotecari, prima o dopo le rispettive costituzioni ed iscrizioni, convengono che l'ipoteca iscritta in data e con numero anteriore, debba cedere ed andare in sottordine a quella posteriore in sede di graduazione», precisando che l'ipoteca posteriore «naturalmente, non solo deve cedere a tutte le altre intermedie, ma resta soggetta a tutti gli eventuali vizi sostanziali e formali che la inficiavano, senza che possa minimamente essere sorretta dalla ipoteca posticipata».

<sup>10</sup> Sulla natura meramente esemplificativa e non tassativa dell'elenco di cui al 1° co. dell'art. 2843 c.c., B. Mariani, *Della ipoteca immobiliare*, Milano, 1958, p. 459; D. Rubino, *Le annotazioni ipotecarie ex art. 2843 cod. civ.*, in *Riv. dir. ipotecario*, 1959, p. 155; M. Fragali, voce *Ipoteca (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 822; G. Gorla e P. Zanelli, *Del pegno – Dell'ipoteca*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, 4ª ed., Bologna-Roma, 1992, p. 368; A. Chianale, *L'ipoteca*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, *I diritti reali*, 6, Torino, 2005, p. 309. In giurisprudenza, Trib. Palermo, 3 dicembre 1960, in *Rep. Foro it.*, 1961, *Ipoteca*, c. 1343 (secondo cui sono ammissibili, oltre i casi «espressamente» previsti, quegli «altri annotamenti, non contrari ad alcuna norma e principio di diritto, necessari per collegare l'atto o fatto giuridico voluto dalle parti all'ipoteca precedentemente accesa»); Cass., 9 settembre 2004, n. 18188, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2689 ss.; in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 2379 ss.; e in *Fall.*, 2005, p. 220; nonché, implicitamente, Cass., 10 luglio 1991, n. 7674, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, II, p. 250 ss. (con nota di C.M. Tardivo, *Ipoteca su bene altrui e garanzie aggiuntive nei mutui c.d. agevolati*).

<sup>11</sup> Di recente, O. Caleo, *I negozi di postergazione del grado ipotecario*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 164. Per C. Majorca, voce *Ipoteca (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1968, p. 140, «il grado riguarda il momento esterno e processuale della garanzia e non già l'aspetto sostanziale»; in altri termini, «il grado è essenziale; ma non è essenziale che sia l'uno o l'altro, e così non è essenziale il mantenimento dell'iscrizione in un grado piuttosto che in un altro».

<sup>12</sup> Non si riscontra uniformità terminologica nel descrivere le ipotesi attraverso cui si realizza il fenomeno dispositivo del grado ipotecario, distinguendosi tra *permuta di gradi*, *posposizione di grado*, *postergazione di grado*, *parificazione di grado*. Afferma A. Chianale, *op. cit.*, p. 301 (che riproduce le classificazioni operate da



a dire accordi<sup>13</sup> fra creditori ipotecari<sup>14</sup> in forza dei quali si modifica l'ordine legale della prelazione ipotecaria determinato dal tempo di ciascuna iscrizione.

Sicché, a variare, sarà un semplice *aspetto soggettivo* della prelazione, per cui le ipoteche interessate dalla pattuizione rimangono legate alle proprie originarie formalità di iscrizione e mantengono il carattere di accessorietà al credito *ab origine* garantito, essendo questi aspetti indipendenti dalla mutata modalità soggettiva di esercizio della prelazione.

Il creditore ipotecario di grado anteriore attribuisce, pertanto, ad un creditore ipotecario di grado posteriore, il diritto di godere della prelazione accordata alla sua ipoteca.

L'attività dispositiva, quindi, non realizza una vicenda traslativa delle rispettive ipoteche, ma, più semplicemente, una *successione* nel grado, che consente al creditore postergatario o preferito di partecipare alla distribuzione del ricavato dall'espropriazione vantando la prelazione derivante dal nuovo ed anteriore grado acquisito attraverso il patto concluso con il creditore postergato.

Va però precisato che la legge ancora l'opponibilità ai terzi di tale vicenda all'annotazione nei pubblici registri.

Anzi, il disposto del 2° co. dell'art. 2843 c.c., secondo cui la trasmissione dell'ipoteca non avrà effetto finché non sarà stata eseguita l'annotazione, sancirebbe il

---

D. Rubino, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1956, p. 390 ss. e M. Fragali, *op. ult. cit.*, p. 820 s.), che si ha: *permuta di gradi*, allorché due creditori ipotecari, contigui o no, pattuiscono, lo scambio del grado delle rispettive ipoteche; *posposizione di grado*, nelle ipotesi in cui «un creditore di grado ipotecario posteriore acconsente di porre la propria ipoteca in grado successivo a quelle di altri creditori ipotecari, senza che venga mutato l'ordine delle ipoteche di costoro»; *postergazione di grado*, allorché, in presenza di una pluralità di ipoteche iscritte nello stesso grado e destinate, come tali, a concorrere sul ricavato della vendita in proporzione del relativo importo, ai sensi dell'art. 2854 c.c., una viene posposta, assumendo un grado successivo; *parificazione di grado*, in presenza di due o più creditori ipotecari, con gradi contigui, che attribuiscono alle rispettive ipoteche il medesimo grado, pervenendo, così, ad un risultato identico a quello che si sarebbe ottenuto mediante la richiesta contemporanea di iscrizione di più ipoteche, giusta il disposto dell'art. 2853 c.c. Per un'ampia rassegna degli orientamenti in materia di negozi dispositivi del grado, P. Boero, *Le ipoteche*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, 2° ed., Torino, 1999, p. 748 ss.

<sup>13</sup> Sulla struttura (quanto meno) bilaterale di tali negozi Cass., 10 luglio 1991, n. 7674, cit.; Cass., 9 settembre 2004, n. 18188, cit. In dottrina, tra gli altri: B. Mariani, *op. cit.*, p. 468; M. Fragali, *op. ult. cit.*, p. 810; A. Ravazzoni, *Le ipoteche*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2006, p. 378. *Contra*, circa la possibilità di applicare analogicamente la disposizione sulla conclusione del contratto con obbligazioni del solo proponente, D. Rubino, *op. ult. cit.*, p. 392; C.M. Bianca, *Le garanzie reali. La prescrizione*, in *Diritto civile*, 7, Milano, 2012, p. 415; nonché A. Chianale, *op. cit.*, pp. 50 e 304 s. (il quale perviene a tale conclusione argomentando dal disposto dell'art. 30 della legge tavolare).

<sup>14</sup> Ammette la cedibilità o permutabilità del grado di prelazione fra più creditori garantiti da pegno sul medesimo bene, col solo limite che lo scambio del grado avvenga, in presenza di creditori di grado intermedio, entro i limiti di valore del credito di grado anteriore F. Realmonte, *Il pegno*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 19, *Tutela dei diritti*, I, Torino, 2000, p. 804.

valore costitutivo di quest'ultima che, così, rappresenterebbe elemento integrativo indispensabile perché l'effetto promanante dagli atti di cui si fa menzione nel 1° co. di tale norma si realizzi.

Il punto, tuttavia, deve essere revocato in dubbio o è, quanto meno, da chiarire il rilievo del dato pubblicitario.

Infatti, la stessa giurisprudenza, pur riconoscendo valenza di pubblicità costitutiva all'annotazione, ha cura di specificare che essa consente «di sostituire al cedente o surrogante il cessionario o surrogato, non solo nella pretesa di credito, per la quale la sostituzione opera per effetto del negozio, ma nella prelazione nei confronti dei creditori concorrenti», di talché, «se nel rapporto interno tra le parti non v'è necessità alcuna che la cessione sia annotata, essendo sufficiente la manifestazione del consenso . . . , nei confronti dei terzi creditori la mancata annotazione priva di effetti la trasmissione del vincolo»<sup>15</sup>.

Per cui l'annotazione, nonostante l'ambiguo richiamo della giurisprudenza ad una sua «efficacia costitutiva», non è da considerare elemento integrativo indispensabile della fattispecie di trasmissione del grado ipotecario, ma deve intendersi, esclusivamente, quale forma pubblicitaria necessaria all'opponibilità della prelazione nei confronti dei terzi creditori concorrenti<sup>16</sup>.

Questo vuol dire che gli atti indicati nel 1° co. dell'art. 2843 c.c. producono taluni effetti tra le parti a prescindere dall'annotazione<sup>17</sup>, che appare, così, strumentale all'esercizio di alcune facoltà connesse alla titolarità del diritto di ipoteca – quelle più strettamente correlate alla pubblicità delle vicende modificative della garanzia –, ma la cui omissione lascia impregiudicata la rilevanza dell'atto nei rapporti tra le parti.

A conferma delle precedenti osservazioni, può considerarsi che, nelle ipotesi di trasmissione della prelazione, l'annotazione giova solo ad identificare il soggetto che

<sup>15</sup> Cass., 10 agosto 2007, n. 17644, in *Vita not.*, 2007, p. 1197 ss.; e in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 2885 ss. Ma la statuizione costituisce principio giurisprudenziale consolidato: Cass., 7 maggio 1992, n. 5249, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 138 ss.; Cass., 12 settembre 1997, n. 9023, in *Vita not.*, 1998, p. 929 ss.; Cass., 21 marzo 2003, n. 4137, in *Fall.*, 2004, p. 164 ss.; Cass., 9 settembre 2004, n. 18188, cit.

<sup>16</sup> Risulta difficile comprendere come un effetto costitutivo possa operare solo rispetto a taluni soggetti. Ecco perché appare preferibile l'utilizzo della locuzione pubblicità dichiarativa (D. Rubino, *Le annotazioni ipotecarie ex art. 2843 cod. civ.*, cit., p. 157).

<sup>17</sup> Cfr. Cass., 23 marzo 1995, n. 3387, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 181 ss.; e in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 1284 ss.; Cass., 27 dicembre 1963, n. 3222 e Cass., 27 dicembre 1963, n. 3221, entrambe in *Foro pad.*, 1964, I, c. 822 s. (con nota di Gallo, *Titolarità dell'ipoteca e legittimazione a disporre*); e in *Riv. dir. ipotecario*, 1968-69, p. 183 ss. (con nota di L. Pescatore, *Della legittimazione a consentire la cancellazione delle ipoteche nei casi di mancata annotazione della surroga legale*), secondo cui «qualora il creditore assistito da ipoteca su immobile del debitore, pur essendo stato soddisfatto dal fideiussore, mantenga la qualità di intestatario dell'iscrizione ipotecaria, per non avere detto fideiussore esercitato la facoltà di variare a suo nome tale iscrizione, con l'annotazione a margine prevista dall'art. 2843 c.c., il fideiussore medesimo, anche se non può opporre la garanzia reale nei confronti dei terzi, ha la veste di successore nella garanzia stessa nel rapporto con l'obbligato, ai sensi degli artt. 1203 e 1949 c.c. e, quindi, legittimamente subordina al proprio consenso la possibilità di detto obbligato di reclamare dal creditore la cancellazione dell'ipoteca».

ne è titolare nei confronti degli altri concorrenti sul bene, non anche a costituire la garanzia, la quale, per essere già presente ed iscritta, non aggrava la posizione degli altri creditori concorrenti, essendo per loro indifferente che a soddisfarsi in via privilegiata sia o meno il cedente o il surrogante.

Pertanto, l'annotazione del negozio di postergazione dell'ipoteca non occorre per la produzione di effetti tra le parti, bensì, più propriamente, per l'opponibilità ai terzi dell'atto di autonomia privata<sup>18</sup>.

Inoltre, argomentando dal principio di accessorietà (che richiama un carattere saliente della garanzia ipotecaria), può comprendersi che l'indissolubile legame tra l'ipoteca ed il credito originariamente garantito non viene senz'altro reciso dalla stipula dell'accordo di postergazione, atteso che (per quanto già evidenziato), da un lato, ognuna delle ipoteche interessate dall'effetto permutativo fra i rispettivi gradi rimarranno legate al credito originariamente garantito e ne seguiranno le sorti e, dall'altro, ogni credito resterà ancorato alla propria ipoteca.

Logico corollario è che l'inesistenza o l'avvenuta estinzione di una delle ipoteche invaliderà il patto dispositivo del grado e che, nello stesso tempo, l'esercizio della prelazione acquisita dal postergatario risulterà subordinato alla sussistenza del credito del cedente allorquando il cessionario farà valere tale diritto di preferenza.

In virtù di quanto sinora chiarito, si percepisce, altresì, che detti negozi non sono in grado di pregiudicare i diritti dei terzi creditori ad essi estranei, e ciò spiega perché gli altri creditori ipotecari non debbono dare il loro consenso alla postergazione, che non muta il grado della loro ipoteca, né aggrava la loro posizione.

In proposito, occorre precisare che la postergazione opera entro il limite del credito del postergante, cioè del creditore che trasferisce il proprio grado.

Essa non potrebbe attribuire al creditore ipotecario di grado successivo una garanzia più ampia di quella spettante al creditore di grado anteriore, risultandone altrimenti danneggiati gli eventuali creditori di grado intermedio rispetto a quello delle ipoteche di titolarità dei soggetti tra cui è intervenuto il negozio.

L'annotazione rende così opponibile la postergazione, in sede esecutiva, nei confronti di tutti i creditori ipotecari, ancorché esclusivamente nei limiti del credito del postergato.

Per cui, da ciò che si è andato dicendo, deriva che gli accordi di postergazione del grado ipotecario non determinano un contrasto con la *par condicio creditorum*, ma

---

<sup>18</sup> Tra l'altro, se il credito e i diritti ad esso accessori possono liberamente circolare tra le parti con il semplice consenso (artt. 1260 e 1263 c.c.), la necessità dell'annotazione affinché gli atti di trasmissione dell'ipoteca di cui all'art. 2843 c.c. producano effetti *inter partes* determinerebbe una vistosa ed ingiustificata deroga, non soltanto al principio di portata più generale dell'*accessorium sequitur principale*, ma anche al tipico carattere di accessorietà dell'ipoteca. Se infatti fosse necessaria l'annotazione perché gli atti di cui si fa menzione nell'art. 2843, 1° co., c.c. possano dispiegare i propri effetti limitatamente alle parti tra le quali l'atto interviene, la circolazione dell'elemento accessorio (ipoteca) condizionerebbe la circolazione del diritto di credito.

non solo e non tanto perché rinvergono un riconoscimento nel dettato legislativo, bensì in quanto si limitano a modificare l'ordine legale della prelazione ipotecaria, dando luogo ad una vicenda di *trasmissione* del grado che non altera la prelazione spettante agli altri creditori ipotecari sui medesimi beni.

Peraltro, tali negozi, a rigore, proprio perché intervengono, necessariamente, fra creditori ipotecari, operano in un ambito nel quale non sussiste parità di trattamento tra creditori e nel quale, dunque, non è destinata ad operare la *par condicio creditorum* (in virtù dell'inciso finale di cui al 1° co. dell'art. 2741 c.c. che, appunto, fa salve le cause legittime di prelazione).

### 3. La postergazione del creditore parzialmente surrogato. Il negozio di esclusione del diritto di surrogazione parziale del fideiussore escusso

Nell'ambito di una postergazione convenzionale «impropria», per tale intendendosi – alla stregua dei negozi di postergazione del grado ipotecario – una posposizione del credito derivante da un accordo contemplato, indirettamente, da una norma di legge, andrebbero altresì annoverate<sup>19</sup> la postergazione del creditore parzialmente surrogato ed il negozio di esclusione del diritto di surrogazione parziale del fideiussore escusso.

Su di esse è opportuno svolgere alcune considerazioni.

La surrogazione<sup>20</sup> legale (art. 1203 c.c.)<sup>21</sup> – che risponde all'esigenza di tutelare

<sup>19</sup> Si riferisce espressamente ad esse A. Tullio, *op. cit.*, p. 124 ss.

<sup>20</sup> In ordine all'istituto si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza, a: F. De Renusson, *Trattato della surroga* (trad. it. a cura di S. Camilli), Siena, 1846; F. Longo, *Della surrogazione reale nel diritto civile italiano*, Napoli, 1897; M. Peronaci, *La surrogazione nel diritto civile italiano*, Milano, 1910; U. Magini, *La surrogazione per pagamento nel diritto privato italiano*, Torino, 1924; G.M. Merlo, *La surrogazione per pagamento*, Padova, 1933; R. Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, pp. 98 ss. e 198 ss.; W. D'Avanzo, *Dell'adempimento delle obbligazioni. Del pagamento con surrogazione*, in *Commentario del codice civile*, diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, *Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, p. 57 ss.; O. Buccisano, *La surrogazione per pagamento*, Milano, 1958; M. Conti, voce *Surrogazione*, in *Enc. forense*, VII, 1962, p. 564 ss.; B. Carpio, voce *Surrogazione (pagamento con)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 964 ss.; Id., *Del pagamento con surrogazione*, in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988; M. Bocchiola, *Surrogazione legale e subingresso ipotecario*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 14 ss.; e in *Studi in onore di C. Grassetti*, I, Milano, 1980, p. 119 ss.; M. Prosperetti, *Il pagamento con surrogazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, Torino, 1984, p. 118 ss.; B. Grasso, *Surrogazione legale e solidarietà*, Napoli, 1984; A. Magazzù, *La surrogazione reale*, Milano, 1968; Id., voce *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1519 ss.; Id., voce *Surrogazione*, in *Diritto civile*, a cura di S. Martuccelli e V. Pescatore, in *Dizionari del diritto privato*, promossi da N. Irti, cit., p. 1717 ss.; O. Cagnasso, voce *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993; G. Sicchiero, *Regresso e surrogazione legale*, in *Contr. impr.*, 1996, p. 996 ss.; A. Gianola, voce *Surrogazione (pagamento con)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIX, Torino, 2001, p. 235 ss.; A.G. Diana, *La surrogazione*, Torino, 2003; R. Rolli, *Il pagamento con surrogazione*, in *Le obbligazioni. I. L'obbligazione in generale*, a cura di M. Franzoni, Torino, 2004, p. 973 ss.; G. Corapi, *Regresso e surrogazione nelle obbligazioni solidali*, Padova, 2010; A. Alpini, *Regresso e surrogazione. Rimedi non alternativi*, Napoli, 2014.

<sup>21</sup> Pare difficile dubitare che «l'effetto tipico, di natura successoria: il subingresso del solvens nei diritti del creditore soddisfatto col pagamento, è disposto direttamente dalla legge, anche nei casi di cosiddetta "surrogazione

L'interesse al rimborso del terzo il quale adempia il debito altrui<sup>22</sup> – opera<sup>23</sup>, secondo

volontaria”; in questi casi il meccanismo surrogatorio funziona per impulso del creditore o del debitore, il suo funzionamento è rimesso dalla legge alla discrezionalità dell'uno o dell'altro, ma ciò non significa che quell'effetto sia (o possa essere) negozialmente voluto. Perciò, la surrogazione può sempre considerarsi di fonte legale, anche se non sempre essa opera di diritto, come quando appunto ha luogo per volontà del creditore o del debitore (...). È dunque la legge che designa l'unico possibile beneficiario della surrogazione, che cioè lo legittima al subingresso» (A. Magazzù, voce *Surrogazione per pagamento*, cit., p. 1527).

Per la Suprema Corte, il principio secondo cui la surrogazione legale ha luogo di diritto «va inteso nel senso che essa opera senza il consenso del creditore precedente e del debitore, e non già nel senso che si attui automaticamente, indipendentemente dalla dichiarazione del terzo che ha pagato di volersi surrogare al creditore soddisfatto» (Cass., 7.7.1960, n. 1749, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 118).

<sup>22</sup> Su tale *ratio*, cfr. M. Prosperetti, *op. cit.*, p. 121.

<sup>23</sup> Sembra oggi opinione prevalente in dottrina [G.M. Merlo, *op. cit.*, p. 65; B. Carpino, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 18; C.M. Bianca, *L'obbligazione*, in *Diritto civile*, 4, Milano, 1993, p. 356 ss.; aderiscono alla costruzione del pagamento con surrogazione secondo lo schema dell'estinzione relativa dell'obbligazione anche C. Turco, *L'adempimento del terzo*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2002, p. 200 e F. Nappi, *Appunti sulla corrispettività nei contratti di adempimento indiretto del debito altrui*, in *Studi in onore di Marco Comporti*, II, Milano, 2008, p. 1870 (già in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 992 ss.)] e diffusa in giurisprudenza (cfr., ad es., Cass., 20.9.1984, n. 4808, in *Riv. circ. trasp.*, 1985, p. 61, secondo cui la surrogazione del credito prevista dall'art. 1201 c.c. non comporta l'estinzione del debito originario, ma la modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio, con la sostituzione di un terzo all'originario creditore e senza incidenza sull'aspetto oggettivo del rapporto, con la conseguenza che, nonostante il soddisfacimento del creditore mediante il pagamento ad opera del terzo, la struttura del rapporto obbligatorio rimane inalterata ed il debito mantiene le sue caratteristiche essenziali), quella che la surrogazione costituisca una vicenda traslativa del credito, a seguito della quale il *solvens* subentra nella posizione giuridica del creditore soddisfatto, con la conseguenza che l'attuazione del credito non impedirebbe che esso si trasferisca ad un altro soggetto [ricondono la surrogazione ad una vicenda novativa R. Nicolò, *op. ult. cit.*, spec. p. 98 ss. (ove sottolinea come la surrogazione – da distinguersi rispetto alla cessione del credito – non opererebbe «alcun trasferimento» del diritto di credito «perché il creditore non può trasmettere una qualità che, nel momento in cui il terzo esegue la prestazione, egli perde definitivamente» dopo il soddisfacimento e l'estinzione del suo diritto) e S. Pugliatti, *I fatti giuridici* (revisione di A. Falzea), Messina, 1945, p. 21 (il quale evidenzia la diversità di titoli cui corrisponderebbe, da un lato, la perdita del diritto da parte del precedente titolare e, dall'altro, l'acquisto in capo al nuovo creditore). Per E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2 – IV, Milano, 1955, p. 66, «è da escludere che al terzo possa passare il credito soddisfatto: per poter passare esso dovrebbe prima di tutto continuare ad esistere; per continuare ad esistere, però, bisognerebbe che, ad onta del pagamento, non si fosse estinto». Evidenzia il carattere derivativo dell'acquisto in capo al nuovo creditore O. Buccisano, *op. cit.*, pp. 37 e 81].

In sostanza, la surrogazione dimostrerebbe che l'adempimento possa dar luogo ad un'estinzione relativa del rapporto obbligatorio (sulla configurabilità di un'estinzione relativa del rapporto obbligatorio a seguito del pagamento, cfr. già G. Hartmann, *Die Obligationen*, Erlangen, 1875, p. 46 ss., nonché F. Endemann, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, Berlin, 1905, p. 868 ss., spec. p. 871 ss.), dove relativa sta per inerente alla sola persona del creditore soddisfatto ed alla sola relazione tra questi ed il suo debitore [e ciò nonostante la denunciata contraddittorietà della formula “estinzione relativa del debito” (M. Allara, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1948-1952, p. 19, secondo il quale non si può concepire uno stadio intermedio rispetto all'estinzione assoluta; P. Perlingieri, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 6, che considera come, se l'ordinamento giuridico ha ritenuto opportuno mantenere in vita, a certi effetti, il rapporto obbligatorio, vorrà dire che quel rapporto non si è estinto) o, meglio, l'ammissibilità di un siffatto *modus* di estinzione dell'obbligazione, risultando difficile conciliare, da un lato, l'estinzione del debito gra-

il disposto dell'art. 1205 c.c., anche in caso di pagamenti parziali.

Detta norma<sup>24</sup>, che regola il concorso – sul patrimonio del debitore – del creditore originario e del *solvens* surrogato a seguito di adempimento parziale, sancisce un paritario diritto di soddisfazione delle ragioni creditorie di tali due soggetti, limitando, tuttavia, *pro quota*, il diritto del surrogato di rivalersi nei confronti del debitore.

La disposizione di cui all'art. 1205 c.c. costituisce, in un certo senso, applicazione specifica del principio sancito a livello generale dall'art. 2741 c.c., stabilendo l'uguale diritto di soddisfazione sui beni del debitore, in proporzione a quanto loro spettante, del creditore originario e del terzo<sup>25</sup> surrogato che ha effettuato un pagamento parziale.

Nella specie, non sussistono, quindi, cause legittime di prelazione, per cui nessun creditore è preferito di fronte al debitore.

Nel contempo, però, la stessa previsione fa salvo il «patto contrario» fra creditore e terzo surrogato, rendendo così derogabile la disciplina della surrogazione parziale.

Ed il patto che disponga diversamente rispetto alla regola legale inciderà, evidentemente, sul diritto alla parità di trattamento dei creditori che concorrono sul patrimonio del medesimo debitore, accordando preferenza ad uno dei creditori – quello originario e quello surrogato – sull'altro<sup>26</sup>.

Detto altrimenti, il legislatore, legittimando la stipula di un patto contrario alla disciplina che reca l'art. 1205 c.c., consegna all'interprete un dato di non poco

---

vante sul debitore nei confronti del suo creditore e, dall'altro, quella sorta di «reviviscenza» dei diritti del creditore nel terzo adempiente che determinerebbe il meccanismo della surrogazione (Per dirla con le parole del Betti, *op. loc. cit.*, «la difficoltà da superare sta nella efficacia estintiva che, in linea di massima, è propria del pagamento, quale vicenda concernente l'oggetto. Il pagamento opera l'estinzione del credito, in virtù della funzione satisfattoria che spiega nell'economia del rapporto, in quanto per esso viene attribuita al creditore l'utilità che aspettava (...) e che doveva essergli conferita mercè la cooperazione del debitore»)].

<sup>24</sup> Essa è mutuata dall'art. 1254 c.c. del 1865.

<sup>25</sup> Dalle ipotesi contraddistinte dai primi quattro numeri dell'art. 1203 c.c., può evincersi come tutti i soggetti in favore dei quali la legge attribuisce il diritto di surroga possano considerarsi (con alcune eccezioni) – chi più, chi meno – “terzi” rispetto al (rapporto relativo al) debito adempiuto [sia consentito il rinvio a L. Follieri, *L'adempimento del terzo al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Obbl. contr.*, 2010, p. 262 (in nota a Cass., sez. un., 29 aprile 2009, n. 9946)]. C. Turco, *op. cit.*, p. 205 s., rileva che «è indubbio come tanto l'acquirente del bene ipotecato, quanto il datore di ipoteca siano “terzi” rispetto al rapporto obbligatorio adempiuto «e pertanto la surrogazione legale, prevista a loro favore quale strumento di recupero dell'esborso affrontato per adempiere, assuma a presupposto un vero e proprio adempimento del terzo» e che «la sussistenza di un adempimento del terzo quale presupposto della surrogazione legale quale strumento di rivalsa del *solvens* è altresì configurabile, unitamente alla qualificabilità della fattispecie come ulteriore ipotesi di terzo “interessato” ad adempiere, nel caso di pagamento e conseguente surroga del creditore posteriore *ex art.* 1203, n. 1, c.c., a nulla ostando la circostanza che, nella specie, l'adempiente non sia terzo rispetto al debitore, ma suo creditore: giacché risulta in merito decisiva, a nostro avviso, la considerazione che egli è nondimeno e sicuramente “terzo” rispetto al creditore soddisfatto e al rapporto che lega quest'ultimo al debitore».

<sup>26</sup> Si ritiene che il patto contrario possa consistere esclusivamente nell'attribuzione di una preferenza al creditore o al terzo surrogato (S. Magazzù, *op. ult. cit.*, p. 1529 s.).



momento: l'inciso finale di tale previsione normativa rappresenta, infatti, indice positivo che depone a favore della disponibilità del diritto all'uguale trattamento dei creditori.

Invero, mentre, in ambito di postergazione del grado ipotecario, si è riscontrata la coerenza della relativa disposizione con la regola della *par condicio*<sup>27</sup>, per quanto concerne, invece, la surrogazione parziale, la postergazione di uno dei creditori – che possono risultare entrambi chirografari – incide sulla previsione dell'art. 1205 c.c., costituente applicazione particolare del principio espresso dall'art. 2741 c.c.

Dunque, l'art. 1205 c.c., nella parte finale, autorizza i privati – anche se nessuno di essi sia titolare di una causa legittima di prelazione – a disporre del diritto alla parità di trattamento sul patrimonio del comune debitore.

Il discorso riguardante tale previsione normativa, peraltro, può estendersi alla fideiussione, nella misura in cui si ritiene con essa compatibile l'art. 1203, n. 3), c.c.<sup>28</sup>, in modo da determinare la surrogazione legale in favore del fideiussore escusso che abbia soddisfatto le ragioni del creditore garantito<sup>29</sup>.

Del resto, l'art. 1949 c.c. (senza costituire deroga agli artt. 1203 ss. c.c.) ribadisce il diritto di surroga del fideiussore nelle pretese che il creditore vantava contro il debitore.

Da ciò consegue l'applicabilità dell'art. 1205 c.c. anche in tema di pagamento parziale del fideiussore<sup>30</sup>, sicché una pattuizione contraria al disposto di tale norma potrà essere inserita nel testo della fideiussione in forza di una clausola contrattuale che determinerà una postergazione delle ragioni di credito del fideiussore a quelle del creditore originario<sup>31</sup>.

Con simile patto le parti escludono il diritto di regresso del fideiussore contro il debitore principale sino all'integrale pagamento del creditore originario, in deroga al disposto dell'art. 1950 c.c.

Pure in tal caso, come appena constatato con riferimento all'ipotesi di un generico terzo che abbia pagato il debito altrui<sup>32</sup>, l'autonomia privata regola il di-

<sup>27</sup> V. *retro*, § 2.

<sup>28</sup> B. Carpino, *Del pagamento con surrogazione*, cit., p. 86.

<sup>29</sup> Sui problematici rapporti tra regresso e surrogazione, cfr. B. Grasso, *Surrogazione legale e solidarietà*, cit.; G. Sicchiero, *Regresso e surrogazione legale*, cit.; G. Corapi, *Regresso e surrogazione nelle obbligazioni solidali*, cit.; A. Alpini, *Regresso e surrogazione. Rimedi non alternativi*, cit.

<sup>30</sup> M. Fragali, *Fideiussione. Mandato di credito*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1968, p. 371; A. Ravazzoni, voce *Fideiussione*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1986, p. 291.

<sup>31</sup> È peraltro discussa la stipulazione della clausola successivamente all'avvenuta surrogazione, avendo anzi la giurisprudenza (Cass., 19 luglio 1967, n. 1846, in *Foro it.*, 1967, I, c. 2359) affermato che l'accordo non possa che essere antecedente o, al più, contestuale al pagamento parziale.

<sup>32</sup> Sull'adempimento del terzo: R. Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit.; P. Schlesinger, *Adempimento del terzo e delegazione di pagamento*, in *Temi*, 1958, p. 572 ss.; R. Cicala, *L'adempimento indiretto del debito*



ritto alla parità di trattamento fra creditori, con ricadute non solo sull'aspetto temporale, ma sullo stesso *an* della soddisfazione del credito.

Infatti, la preferenza di soddisfazione convenzionalmente accordata sui beni del debitore al creditore originario rispetto al fideiussore escusso parzialmente o, per converso, la postergazione del diritto di questi sino all'integrale pagamento del creditore garantito, determina, allo stesso tempo, una differente distribuzione del rischio di incapienza, che graverà, principalmente, sul fideiussore escusso, il quale vedrà postergate le proprie ragioni di credito alla completa soddisfazione di quelle dell'altro creditore concorrente.

Ne discende che la regolamentazione del diritto all'eguale trattamento riverbera, anzitutto, in punto di graduazione temporale della soddisfazione dei creditori paciscenti, nonché – e non certo secondariamente in ordine di importanza – sulle stesse concrete possibilità, per il fideiussore posposto, di conseguire le somme pagate per conto del debitore principale.

Ad ogni modo, trattasi di ipotesi di postergazione del credito che produce un'efficacia limitata ai rapporti fra i due creditori concorrenti, non potendo, di regola, il creditore garantito opporre ad altri creditori, diversi dal fideiussore (parzialmente) escusso, il beneficio accordatogli con il patto integrante postergazione.

---

*altrui. Disposizione "novativa" del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968; E. Moscati, *Pagamento dell'indebitato, adempimento del terzo e legittimazione a ripetere la prestazione* (nota a Trib. Napoli, 31 ottobre 1966), in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, p. 181 ss.; A. Bregoli, *Legittimazione a ripetere l'indebitato oggettivo tra adempimento del terzo e pagamento rappresentativo*, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 114 ss.; A. Spadafora, *Nessi problematici fra l'adempimento del terzo e l'indebitato soggettivo ex latere solventis*, *ivi*, 1991, II, p. 461 ss.; Frangini, *Il pagamento del terzo*, in *Mutui ipotecari. Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, Convegno di Bergamo del 13 novembre 1998 del Comitato regionale notarile lombardo, Milano, 1999, p. 301 ss.; C. Turco, *L'adempimento del terzo*, cit.; Id., *Adempimento del terzo e autonomia delle parti*, in *I mobili confini dell'autonomia privata*. Atti del Convegno di studi in onore del prof. Carmelo Lazzara, Catania, 12-14 settembre 2002, a cura di M. Paradiso, Milano, 2005, p. 585 ss.; A. Ciccarelli, *L'adempimento del terzo nel delicato equilibrio degli opposti interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 392 ss.; Id., *Gli interessi del debitore nel rapporto obbligatorio. Il problema dell'adempimento del terzo*, Roma, 2012; A. Albanese, *Profili dell'adempimento non dovuto nei rapporti trilateri: indebitato soggettivo, pagamento al creditore apparente, adempimento del terzo e surrogazione legale*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 455 ss.; E. Bruschetta, *Ancora sulla natura del pagamento del terzo: una corretta applicazione dei principi regolatori della materia* (nota a Trib. Milano, 31 maggio 2006, n. 6478), in *Fall.*, 2007, p. 65 ss.; L. Follieri, *L'adempimento del terzo come "nuova" ipotesi di obbligazione naturale?*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 624 ss.; Id., *L'adempimento del terzo al vaglio delle Sezioni Unite*, cit.; F. Piraino, *L'adempimento del terzo e l'oggetto dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, p. 305 ss.; N. Di Mauro, voce *Adempimento del terzo*, in *Diritto civile*, a cura di S. Martuccelli e V. Pescatore, in *Dizionari del diritto privato*, promossi da N. Irti, cit., p. 1 ss.

Specularmente alle ipotesi di adempimento *del* terzo, si collocano le ipotesi di pagamento *al* terzo, in relazione alle quali bisogna ricordare lo studio di P. Schlesinger, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961.

Circa la compensazione (legale) del terzo (figura dal problematico diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento) quale «speciale» applicazione dello schema generale dell'adempimento del terzo, sia consentito il rinvio a L. Follieri, *La compensazione del terzo*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 123 s.

#### 4. Gli accordi atipici di subordinazione del credito

Le ipotesi di postergazione sinora esaminate, essendo «indirettamente» contemplate dalla legge, non pongono particolari problemi di (astratta) liceità della manifestazione di autonomia privata, che presenta, invece, la forma di postergazione negoziale del credito, per così dire, *pura e semplice*.

Per questi ultimi accordi atipici di subordinazione del credito non sussiste alcuna norma di legge o principio generale<sup>33</sup> che consentano di predicarne la liceità e meritevolezza<sup>34</sup>.

È quindi evidente come l'interprete debba, in primo luogo, interrogarsi sull'ammissibilità di tali negozi, alla luce, essenzialmente, del principio di *par condicio* e della disponibilità, ad opera dei creditori, del diritto all'eguale trattamento sul ricavato dai beni dell'obbligato.

Prima di affrontare detto profilo, è tuttavia opportuno individuare le differenze che emergono dal confronto tra i negozi dispositivi del grado ipotecario ed i patti atipici di postergazione del credito, atteso che ciò consentirà di operare una delimi-

<sup>33</sup> Il riferimento è a principi «superiori» dell'ordinamento, quali quelli sanciti dalla Costituzione e dai Trattati comunitari, in base ai quali valutare la «meritevolezza» degli interessi perseguiti dai privati nell'esercizio dell'autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.).

<sup>34</sup> I termini – liceità e meritevolezza – vengono deliberatamente utilizzati assieme, in considerazione del dibattito circa l'autonomia o coincidenza del controllo di meritevolezza *ex art. 1322, 2° co., c.c.* rispetto al giudizio di liceità *ex art. 1343 c.c.* degli atti di autonomia negoziale; è tuttavia chiaro che, qualora si riconosca che la valutazione di meritevolezza degli interessi privati si confonda con quella sulla liceità della causa, il richiamo alla meritevolezza diverrebbe superfluo.

Sul punto, sia consentito limitare qui il richiamo – anche in ragione della vasta letteratura in argomento e delle diverse sfumature di opinioni, dovute, in gran parte, al tipo di influenza che si riconosce ai principi dell'ordinamento giuridico – a G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 367 ss.; Id., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1971, p. 94 ss.; Id., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, *ivi*, 1979, I, part. p. 12; G. Palermo, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 174 ss.; Ad. di Majò, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 211 s.; Id., voce *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, p. 1 ss.; Mar. Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, pp. 81 ss. e, part., 98 (ove osserva: «L'interesse sociale emergente nell'ordine costituzionale rimane estraneo alla funzione del tipo: opera sul piano dell'ordinamento e su quel piano può reagire sulla causa in concreto dell'atto determinandone l'illiceità in quanto l'interesse con questo perseguito sia con esso contrastante»).

*Contra*, P. Barcellona, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, pp. 220-226 (il quale peraltro non esclude che i profili delle discipline cui sono assoggettati il giudizio di liceità e di meritevolezza possano in qualche misura coincidere e sovrapporsi); F. Gazzoni, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 52 ss. (che distingue il giudizio di meritevolezza da quello di liceità, muovendo dalla considerazione che il primo atterrebbe al tipo e non alla causa); U. Majello, *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 494 s. (il quale, tuttavia, pur riconoscendo la maggiore ampiezza del concetto di meritevolezza, non lo considera del tutto slegato dalla nozione di causa); V. Barba, *Profili civilistici del leveraged buyout*, Milano, 2003, p. 61 ss. (per il quale il giudizio di meritevolezza potrebbe essere compiuto avendo riguardo alle esigenze commerciali ed economiche, cioè al mercato).

tazione fra tali due manifestazioni di autonomia privata riconducibili al medesimo paradigma.

Anzi, la principale nota distintiva rinvenibile al riguardo, relativa alla categoria di creditori interessata dall'atto postergativo, è in grado di chiarire perché un problema di liceità dell'accordo possa realmente sussistere solo rispetto alla seconda tipologia di atti.

Infatti, nel caso dei patti di postergazione del grado ipotecario, l'autonomia negoziale opera in un ambito nel quale non sussiste una parità di trattamento fra creditori, entrambi ipotecari e, quindi, privilegiati; è la qualifica privilegiata dei creditori che esclude un problema di *par condicio*, non concepibile, per dettato legislativo (art. 2741, 1° co., c.c.), qualora ricorrano cause legittime di prelazione.

Il terreno nel quale si apprezza la rilevanza del diritto alla parità di trattamento fra creditori è quello di un *concorso* in senso proprio, che si determina allorché una pluralità di creditori, che vantino pretese contro un unico debitore, siano posti sullo stesso piano, senza che nessuno di essi possa prevalere in virtù di un titolo di preferenza.

Ed una situazione del genere può verificarsi soltanto qualora i creditori siano chirografari, poiché, in tal caso, tutti, indistintamente, dovranno, per legge, poter soddisfare coattivamente i loro interessi in egual misura.

È dunque spiegata la ragione per cui sono i patti atipici di postergazione del credito, che riguardano i creditori chirografari, ad incidere, più concretamente, sulla regola della *par condicio creditorum*, e non i negozi di cui all'art. 2843 c.c. che, invece, modificano l'ordine di soddisfacimento previsto dal grado di iscrizione ipotecaria.

Ed ecco perché i negozi di postergazione atipica – con i quali uno o alcuni creditori subordinano le loro ragioni di soddisfazione al previo pagamento di uno o più creditori, rinunciando o, comunque, disponendo della *par condicio* in favore degli altri creditori (che concorrono sul medesimo patrimonio) – pongono la questione inerente la loro liceità, che, invero, deve risolversi affermativamente.

Per rendersene conto, però, è necessario fornire, pur nella multiforme casistica, una generica e, evidentemente, imprecisa definizione di accordi atipici di subordinazione del credito, da intendere come quei patti, non disciplinati da alcuna previsione normativa e che di regola allignano nell'ambito di operazioni di finanziamento alle imprese (ma che, in astratto, possono trovare titolo anche in negozi della più varia natura), in virtù dei quali il diritto di un determinato creditore viene ad essere subordinato al previo soddisfacimento, da parte del medesimo debitore, di uno o più altri creditori<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> A. Tullio, *op. cit.*, p. 233 ss. Diffusamente sulla postergazione convenzionale anche S. Vanoni, *op. cit.*

In sostanza, attraverso un patto di postergazione (che può intervenire – a seconda delle ipotesi – tra il debitore ed il creditore subordinato o anche fra questi due ed il beneficiario, ovvero ancora tra il subordinato e il beneficiario<sup>36</sup>), il creditore postergato assume l'obbligo di non pretendere il pagamento del proprio credito sino a quando il debitore non abbia integralmente soddisfatto uno o più altri creditori, che, così, beneficiano del meccanismo postergativo.

Adducendo un comune esempio di postergazione convenzionale atipica, qual è il caso di un soggetto finanziatore che, d'accordo con il debitore, posterga il proprio credito (alla restituzione delle somme mutate) rispetto alle altrui ragioni creditorie, si ha l'immediata percezione dell'impegno assunto dal creditore posposto che, nelle more della soddisfazione degli altri creditori, è tenuto a non riscuotere il proprio credito.

Ovviamente, in linea di principio, nulla esclude che sia un creditore privilegiato ad accettare di postergare il suo credito ad uno o più creditori chirografari, con l'ovvia conseguenza che, in simile eventualità, la postergazione convenzionale atipica non opererà fra creditori che siano tutti chirografari.

Discorso leggermente diverso è a farsi per la particolare ipotesi in cui si verifichi l'estensione dei benefici ipotecari in favore di un creditore chirografario.

Si parla, in tal caso, di contratto di estensione dei benefici ipotecari: trattasi dell'accordo che intercorre tra due soggetti, creditori di uno stesso debitore, con il quale il creditore ipotecario si impegna a trasferire, in capo ad un creditore chirografario, parte dei benefici derivanti dalla titolarità della causa legittima di prelazione, ossia, nel concreto, a riversare nel patrimonio dell'altro contraente parte della somma di denaro ottenuta grazie all'escussione preferenziale sui beni del debitore<sup>37</sup>.

La giurisprudenza ha ritenuto che un accordo del genere persegua interessi meritevoli di tutela, consentendo di ristabilire la *par condicio creditorum* e non pregiudicando il diritto degli altri creditori: esso produrrà effetti limitati alla sfera giuridica dei contraenti, obbligando il titolare dell'ipoteca a rendere partecipe il creditore, con il quale è intervenuto il patto, dei benefici connessi al titolo di preferenza sul ricavato dal patrimonio del debitore<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> V. *infra*, § 5.

<sup>37</sup> Dal canto suo, il creditore chirografario si obbliga ad un *facere* (controprestazione pecuniaria, impegno a porre in essere quanto genericamente in suo potere per l'esercizio della prelazione) o ad un *non facere* (astensione dall'adire altre vie per ristabilire la *par condicio creditorum*, come il promuovimento di procedure concorsuali e le relative procedure revocatorie).

<sup>38</sup> Trib. Ivrea, 28 luglio 2000, in *Giur. it.*, 2002, p. 313 ss. (con nota di M. Musolino, *Estensione dei benefici ipotecari. L'atipico contrattuale tra circolabilità della garanzia e circolabilità del credito*), per il quale «Il contratto stipulato tra due creditori di un medesimo soggetto, uno dei quali si impegna ad estendere all'altro i benefici che, nell'ipotesi di escussione del debitore, gli derivano dalla titolarità di un'ipoteca sui beni di quest'ultimo, è diretto a realizzare un interesse meritevole di tutela, in quanto consente di ristabilire la *par condicio*

Tuttavia, se un simile negozio – nonostante si presenti, per certi versi, incompatibile con la prelazione – risulterebbe, secondo la giurisprudenza, pienamente conforme al principio della *par condicio*, non sarebbe a dirsi lo stesso per l'accordo di postergazione vero e proprio, ove uno o alcuno dei creditori chirografari rinunci<sup>39</sup> alla parità di trattamento<sup>40</sup>.

Non a caso la clausola di postergazione è stata ritenuta contraria all'eguale diritto del creditore postergante di essere soddisfatto sui beni del debitore, risolvendosi «nell'attribuire ad altri creditori un diritto di prelazione che può avere titolo solo nella legge (art. 2741 c.c.)»<sup>41</sup>.

La questione, invero, posto che gli atti atipici di postergazione non possono recare pregiudizio ai diritti di terzi creditori ad essi estranei, involge il problema inerente il potere delle parti di *disporre* del loro diritto alla parità di trattamento, al quale sembra possibile dare risposta positiva, perché nulla osta a che i creditori stessi rinuncino pattiziamente al loro diritto di concorrere proporzionalmente sul ricavato dall'espropriazione dei beni del debitore, in quanto si tratta sempre di disporre di diritti privati.

La legge non può infatti pretendere di tutelare i creditori più di quanto essi vogliono risultare tutelati.

---

*creditorum*, eliminando la necessità che la parte priva dei benefici ipotecari adisca altre vie per il ripristino della *par condicio*» (la questione giunta al vaglio del Tribunale può sintetizzarsi nei seguenti termini: in data 27 maggio 1994, la Banca Popolare di Novara, filiale di Ivrea e la Er.Gi. s.n.c. concludevano un contratto con il quale l'istituto bancario richiedeva alla società di «estendere i benefici» dell'ipoteca giudiziale iscritta a nome Er.Gi., in data 16 aprile 1994, sui beni immobili della F.Ili Giordano s.p.a.; la banca rinunciava, dal canto suo, ad adire «le vie più opportune per il ripristino della *par condicio creditorum*». Con sentenza del 14 dicembre 1994 la F.Ili Giordano s.p.a. veniva ammessa alla procedura di concordato preventivo, in esecuzione del quale il creditore chirografario Banca Popolare di Novara otteneva dal liquidatore la corresponsione del 40% dell'ammontare del credito, mentre al creditore privilegiato (da ipoteca) Er.Gi. s.n.c. veniva riconosciuto l'intero ammontare del credito. La Banca Popolare di Novara, con atto di citazione, conveniva in giudizio la Er.Gi., chiedendo l'esecuzione dell'accordo di estensione dei benefici ipotecari validamente concluso in precedenza ed il Tribunale accoglieva la richiesta di parte attrice). Nello stesso senso, Cass., 16 novembre 1978, n. 5286, in *Mass. Giust. civ.*, 1978, p. 2212, secondo cui «il negozio, con il quale il creditore ipotecario estende la propria garanzia ai creditori chirografari dello stesso debitore, non integra una cessione (parziale) dell'ipoteca, non consentita nel nostro ordinamento, né una cessione del grado dell'ipoteca, ma costituisce un contratto produttivo di effetti meramente obbligatori, nell'ambito esclusivo dei rapporti fra creditori, nel senso che impegna il titolare del diritto reale a far partecipare gli altri al risultato utile dell'azione esecutiva privilegiata, ovvero gli impone di non far valere la garanzia nei loro confronti».

<sup>39</sup> Il credito del finanziatore sarebbe «caratterizzato da un *antiprivilegio*, in quanto postergato ad ogni altro creditore» (L. Barbiera, *op. loc. cit.*).

<sup>40</sup> Patti del genere coinvolgerebbero «anche il profilo della responsabilità del debitore, non nel senso che egli si sottragga all'azione esecutiva del creditore, ma perché sono diretti ad ordinare nel tempo le azioni dei creditori, con il rischio quindi che qualcuno di essi non trovi più alcun bene nel patrimonio del debitore» (G. Sicchiero, *I patti sulla responsabilità patrimoniale* (art. 2740 c.c.), in *Contr. impr.*, 2012, p. 102).

<sup>41</sup> C.M. Bianca, *Le garanzie reali. La prescrizione*, cit., p. 8. Nello stesso senso, Id., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014, p. 667.

Né, contro questa concezione, si potrebbe addurre che la *par condicio* costituisca un inderogabile principio pubblicistico, di rango generale: il rilievo coglierebbe nel segno solo qualora l'accordo pregiudicasse l'altrui sfera giuridica, attribuendo al creditore contraente un trattamento diverso e preferenziale rispetto a quelli rimasti estranei al negozio.

Non così, evidentemente, nell'ipotesi in cui gli effetti scaturenti dal vincolo negoziale rimangano confinati ai rapporti tra i paciscenti, nel senso che il creditore stipulante si accordi in modo tale da limitare il proprio diritto, addirittura avvantaggiando o, comunque, non recando nocumento alcuno agli altri creditori del comune soggetto obbligato: proprio come avviene nell'ipotesi dell'accordo di postergazione.

Del resto, la deroga al principio enunciato dall'art. 2741, 1° co., c.c. può concretizzarsi, anche nell'ambito delle cc.dd. cause legittime di prelazione, ad opera della stessa autonomia privata (con il limite di cui all'art. 2744 c.c.), questa volta andando ad intaccare anche la posizione creditoria di soggetti estranei all'atto privato.

Basti pensare all'ipoteca volontaria ed al pegno, nei quali è il consenso delle parti del rapporto obbligatorio a costituire la causa tipizzata di deroga alla *par condicio*.

L'accordo di postergazione, quindi, integra esercizio di autonomia negoziale lecito, da considerare ammissibile, atteso che i privati possono legittimamente rinunciare a diritti disponibili, come quello all'eguale soddisfazione sui beni del debitore e, più in generale, al diritto di credito<sup>42</sup>.

Ma non è tutto.

Bisogna operare un'ulteriore riflessione, idonea anch'essa ad escludere la sussistenza di un contrasto dei negozi in questione con la *par condicio creditorum*, avendo specifico riguardo alla formulazione normativa del principio.

Dall'art. 2741 c.c. possono, com'è noto, individuarsi due categorie di creditori: i privilegiati ed i chirografari.

I primi sono tali in quanto *favoriti* rispetto ai secondi nella fase di soddisfazione coattiva del credito e ciò spiega la tralatizia affermazione circa la tipicità della cause legittime di prelazione.

<sup>42</sup> A. Tullio, *op cit.*, p. 237 ss.; S. Vanoni, *op. cit.*, p. 17 ss.; G. Sicchiero, *La responsabilità patrimoniale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, *Le obbligazioni*, 2, Torino, 2011, p. 250 (il quale individua nella postergazione non altro che un termine a favore del debitore e ritiene trattarsi di accordi «pienamente leciti e meritevoli, salvo emerga una simulazione e risulti in concreto che il debitore sia in grado di imporre ad un creditore nella realtà dei fatti più debole, l'accollo dei propri debiti. Ove emergesse una tale situazione, l'accordo sarebbe allora nullo perché contrario all'ordine pubblico economico»); Id., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, cit., p. 103; L. Barbiera, *op. loc. cit.* (che rileva come il creditore subordinato «danneggia al massimo sé stesso», per cui «non vi è ragione per ritenere illecita la sua rinuncia, quale che sia il corrispettivo che eventualmente egli consegue, a meno che non sconfini nell'usura»).

Se questo è il quadro che si ricava dalla lettura del dato positivo, le ipotesi di subordinazione di credito convenzionale non possono contravvenire alla regola espressa nell'art. 2741 c.c., perché non danno origine ad una diversa causa legittima di prelazione, ma individuano una categoria di creditori – i subordinati o postergati – che risultano *sfavoriti* rispetto ai creditori chirografari.

La postergazione, in sostanza, produce, in rapporto alla *par condicio*, un effetto *speculare* a quello prodotto dalle cause legittime di prelazione, che incidono sull'eguale diritto di soddisfazione dei creditori chirografari.

Nel caso della postergazione, taluni creditori chirografari – i cc.dd. beneficiari – traggono vantaggio dalla pattuizione, per cui non vi è nessun *vulnus* alla *par condicio*, risolvendosi il tutto in una rinuncia, da parte dei creditori cc.dd. subordinati, al diritto di pari trattamento rispetto agli altri creditori chirografari favoriti dal negozio di subordinazione del credito.

Non sembra, dunque, residuino dubbi sulla liceità (e meritevolezza<sup>43</sup>) di tali patti, che ricevono altresì approvazione a livello internazionale<sup>44</sup>.

## 5. Segue: sulla distinzione tra postergazione assoluta (o generale) e specifica

Una volta constatata un'astratta compatibilità della postergazione atipica ai principi generali dell'ordinamento, non può omettersi un cenno al proliferare delle classificazioni in argomento<sup>45</sup>, che fanno il paio, del resto, con le sovrabbondanti proposte ricostruttive in ordine alla qualificazione giuridica della figura esaminata<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Del resto, anche volendo aderire alla tesi che attribuisce una funzione autonoma al giudizio di meritevolezza (ex art. 1322, 2° co., c.c.) rispetto al controllo di liceità, sembra difficile negare la qualifica di interesse meritevole di tutela al vantaggio che i creditori beneficiari conseguono da un patto di subordinazione del credito. Più in generale, i creditori subordinati svolgono un ruolo importante nell'organizzazione del finanziamento dell'impresa, la cui «utilità sociale» è arduo mettere in discussione.

<sup>44</sup> Vi è generale consenso verso i patti di postergazione, ritenuti compatibili con le regole che nei diversi ordinamenti impongono il rispetto della *par condicio* (in tal senso, v. P.R. Wood, *op. cit.*, p. 204 ss., che osserva: «in most developed jurisdictions insolvency law prescribes that the liabilities of the insolvent must be paid pari passu. There appears to be an international consensus that a contractual subordination to all other creditors does not infringe this principle. These subordinations are widely used in issues of subordinated debt securities, eg by banks for capital adequacy purposes»).

<sup>45</sup> Si distingue tra: patti di postergazione cc.dd. con designazione «chiusa» (in cui sono determinati con esattezza i soggetti ed i relativi crediti che beneficiano della postergazione), «aperta» (nei quali, al contrario, sin dall'inizio, è possibile individuare quali saranno i creditori avvantaggiati dal patto) o che contengono già i criteri di determinazione di coloro che godranno del beneficio postergativo; una postergazione completa ed una incompleta; una postergazione specifica ed una generale o assoluta, oltre che un'ipotesi intermedia di «subordinazione relativa» (S. Vanoni, *op. cit.*, p. 9 ss.; A. Tullio, *op. cit.*, p. 244 ss.).

<sup>46</sup> La dottrina assimila il patto di postergazione (assoluta) di credito: a) ad un accordo con duplice condizione sospensiva; b) ad una remissione (condizionata); c) ad una cessione di credito con funzione di garanzia; d) ad un contratto a favore di terzi; e) ad una promessa al pubblico (cfr. A. Tullio, *op. cit.*, p. 292 ss.).



Ciò posto, preme concentrarsi, in questa sede, sulla distinzione più comune che si opera in materia, tra postergazione convenzionale assoluta (o generale) e specifica.

Su di essa occorre soffermarsi, al fine di comprendere meglio la struttura del meccanismo convenzionale di postergazione e le ricadute sul piano effettuale.

La bipartizione, che prende le mosse, in particolare, dalle classificazioni operate dalla dottrina statunitense – che ha studiato approfonditamente la questione<sup>47</sup> –, si fonda sul criterio distintivo fornito dall'individuazione dei destinatari del meccanismo postergativo: è assoluta o generale la postergazione che produrrà i suoi effetti nei confronti di tutti i creditori, diversi dai postergati, che vantano e/o potranno vantare ragioni di credito al tempo in cui la subordinazione opererà concretamente e, quindi, verosimilmente, allorquando si aprirà un concorso di creditori sul patrimonio del (medesimo) debitore<sup>48</sup>; specifica la subordinazione di credito destinata ad operare in favore di uno o più creditori dettagliatamente individuati all'atto stesso di conclusione dell'accordo.

La distinzione non è di poco momento, in quanto incide sul profilo strutturale e sull'aspetto – ad esso connesso – effettuale.

Muovendo dalla postergazione c.d. assoluta, è opportuno addurre un esempio classico di detta tipologia di subordinazione, che faccia comprendere con immediatezza di cosa si sta parlando.

Caso assai comune è quello che si rinviene nell'ambito di un prestito obbligazionario subordinato emesso da una banca, ove il cliente privato, che investe acquistando obbligazioni e finanziando l'istituto di credito, accetta di essere postergato agli altri creditori chirografari nell'ipotesi di liquidazione (volontaria o coatta) della banca emittente le obbligazioni.

In altri termini, nell'eventualità di concorso di creditori sul patrimonio della banca emittente, il titolare del prestito subordinato rinuncia alla parità di trattamento con gli altri creditori chirografari, non ben individuati nel momento di acquisto dell'obbligazione.

---

Non può sottacersi come le pletoriche ricostruzioni dottrinali contribuiscano a generare incertezza circa la sistemazione del concetto di postergazione del credito nelle tradizionali categorie del diritto.

<sup>47</sup> M.D. Calligar, *op. loc. cit.*

A tale distinzione ha aderito anche la nostra dottrina: cfr. S. Vanoni, *op. cit.*, p. 14 ss., la quale, peraltro, individua anche una tipologia intermedia di postergazione – designata quale «subordinazione relativa» – nell'accordo pattuito in favore di tutti i creditori e crediti appartenenti ad una determinata categoria, ben delimitata in ragione delle caratteristiche indicate nel negozio di postergazione; in tale patto, quindi, i beneficiari risultano indeterminati nel momento genetico dell'accordo, ma determinabili nel momento in cui il meccanismo postergativo diverrà efficace.

<sup>48</sup> È la stessa S. Vanoni, *op. cit.*, p. 15, ad evidenziare che la subordinazione di credito – a prescindere dall'essere assoluta, specifica o relativa – risulta «Di regola ... incompleta, poiché opera solo al verificarsi di determinati eventi, consistenti essenzialmente nella liquidazione volontaria o coatta del debitore».

Risulta dunque chiaro che, in tal caso, il negozio di postergazione assume la struttura di un accordo bilaterale fra la banca emittente (debitrice) ed il titolare del prestito subordinato (creditore postergato), rispetto ai quali i creditori cc.dd. beneficiari del patto, non determinati nella fase genetica del negozio, assumono la posizione di terzi.

La prestazione, per così dire, tipica, contemplata da un patto di postergazione convenzionale assoluta di credito, avrebbe, pertanto, contenuto negativo, coincidendo con il potere del debitore di rifiutare il pagamento che dovesse essergli richiesto dal creditore postergato e, specularmente, con l'obbligo del creditore subordinato di astenersi dal riscuotere il proprio credito fino a che non siano stati soddisfatti gli altri creditori del debitore comune<sup>49</sup>.

Occorre, però, sgombrare il campo dal facile equivoco di assimilare l'accordo di subordinazione c.d. generale del credito al contratto a favore di terzi, in ragione degli effetti favorevoli che è suscettibile di produrre nei confronti dei creditori estranei al negozio.

Trattasi, infatti, di ricostruzione non prospettabile.

Difettano, nel negozio oggetto di considerazione, in particolar modo, l'interesse prevalente dello stipulante affinché il terzo benefici della prestazione alla quale si obbliga il promittente, nonché uno specifico e comune intento delle parti dell'accordo – il creditore postergato ed il debitore – di attribuire ai creditori beneficiari la titolarità di un diritto nei confronti del promittente<sup>50</sup>.

Più nel dettaglio, è interesse del debitore stipulante ottenere nuova finanza salvaguardando la propria capacità di credito, mentre è interesse del creditore subordinato conseguire la titolarità delle obbligazioni dell'istituto emittente; in ogni caso, entrambi i paciscenti non intendono certo avvantaggiare i creditori beneficiari.

Questi, poi, che non risultano neppure determinati (né, forse, sufficientemente determinabili) al momento di conclusione del negozio di subordinazione del credito<sup>51</sup>, non acquistano un diritto alla prestazione contemplata nel patto da poter autonomamente esercitare nei confronti del promittente-creditore postergato<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> In alcuni casi si registra un obbligo accessorio per il creditore subordinato, che è quello di «dare» ai beneficiari le somme ricevute dal liquidatore o dal curatore fallimentare (obbligo accessorio in quanto strumentale al conseguimento del risultato che il mancato adempimento dell'obbligazione principale di non fare avrebbe assicurato).

<sup>50</sup> G.F. Campobasso, *I prestiti subordinati nel diritto italiano*, cit., p. 373 s.; S. Vanoni, *op. cit.*, p. 49 s.; A. Tullio, *op. cit.*, p. 303 s. Nella letteratura straniera, tra gli altri, A. Bruynel, *Les prêts subordonnés*, in *Revue de la banque*, 1976, p. 530 ss., part. p. 550; H.J. Priester, *Gläubigerrücktritt zur Vermeidung der Ueberschuldete Gesellschaft und Konkursabwendender Forderungsrücktritt*, in *Der Betrieb*, 1977, p. 2429 ss., spec. p. 2433, nota 62; S. Velu Spreutels, *La subordination de créance*, in *Les sûretés issues de la pratique*, 2, *Presses Universitaires*, Bruxelles, 1983, p. 27 ss.

<sup>51</sup> L'indeterminatezza dei terzi beneficiari, peraltro, può leggersi quale indizio dell'assenza del comune intento di stipulante e promittente di attribuire al terzo il diritto alla prestazione.

<sup>52</sup> Inoltre, l'indeterminatezza e/o indeterminabilità dei beneficiari rende problematica la stessa applicazione

E ciò anche perché, in conseguenza dell'accordo di postergazione, il creditore non rinuncia e non dispone del proprio diritto in favore dei terzi creditori chirografari i quali, al (solo) ricorrere di una situazione di concorso sul patrimonio del debitore, riceveranno vantaggi, riflessi, di natura squisitamente economica.

Il contratto è, in questo caso, esclusivamente l'*occasione* per l'eventuale vantaggio del terzo.

Il chiarimento è significativo, atteso che, dalla posizione di terzi dei creditori beneficiari, non dotati di alcun autonomo diritto esercitabile contro il creditore subordinato, discende la delimitazione alla sfera dei contraenti degli effetti giuridici del patto di postergazione assoluta di credito, nel senso che la preferenza nella fase di soddisfazione – che trova ragione nell'accordo di subordinazione – non può essere opposta dai creditori estranei, quand'anche economicamente ed indirettamente avvantaggiati dal negozio.

Esemplificando, il debitore ed il creditore postergato ben potranno risolvere consensualmente, o modificare, il patto di subordinazione, senza, per questo, dover ottenere l'accettazione dei creditori beneficiari; nella stessa direzione, i beneficiari dell'accordo non potranno opporre al creditore subordinato l'esistenza del negozio o, meglio, non potranno avvalersi dei relativi effetti impedendo al debitore di pagare, *pari passu*, anche il creditore postergato<sup>53</sup>.

Quanto, infine, alla subordinazione specifica di credito, forma di postergazione (che risulterebbe) più risalente<sup>54</sup>, la differenza rispetto alla postergazione assoluta si coglie dal punto di vista strutturale, poiché all'accordo partecipano anche i creditori beneficiari.

---

della disciplina tipica del contratto a favore di terzi, rendendo difficoltoso stabilire a chi spetti esercitare le facoltà e i diritti previsti dall'art. 1411 c.c. E anche nell'ipotesi in cui fosse possibile individuare i terzi, risulterebbe ardua l'applicazione del meccanismo previsto dall'art. 1411, 2° co., c.c. Basti pensare che l'identità dei creditori beneficiari sarebbe – al limite – determinabile solo al verificarsi di una liquidazione volontaria o forzata (essendo questo il caso più ricorrente), ma, sino a tale momento, il potenziale terzo non può vantare alcun diritto verso i contraenti (sia pur sospensivamente condizionato), in quanto non è ancora avvenuta la sua individuazione, rinviata ad una fase successiva, che coinciderà con il momento in cui il promittente dovrà eseguire la prestazione (subordinando la propria pretesa). Così, però, si impedisce al potenziale terzo beneficiario di rendere la dichiarazione di avvalersi della stipulazione o rifiutarla e, in tal modo, di conseguire l'effetto di inibire il potere di revoca o modifica da parte dello stipulante, ovvero di impedire che la stipulazione abbia efficacia nei suoi confronti.

<sup>53</sup> I creditori posterganti potrebbero, tutt'al più, in quanto terzi rispetto all'accordo di subordinazione, avvalersi della tutela aquiliana, al fine di trovare ristoro per l'eventuale lesione al proprio diritto di credito, sofferta per aver fatto affidamento, incolpevolmente, sugli effetti favorevoli che sarebbero loro derivati dalla corretta esecuzione del patto di postergazione.

<sup>54</sup> In tali termini, cfr. F.P. Murray, *Les prêts subordonnés aux Etats – Units*, in *Prêts participatifs et prêts subordonnés: un nouveau mode de financement*, a cura di J.J. Caussan e B. Mercadal, Paris, 1982, p. 162; S. Vannoni, *op. cit.*, p. 144.

Il negozio si struttura, infatti, quale accordo trilaterale, che interviene fra il creditore postergato, quello beneficiario ed il comune debitore<sup>55</sup>, ovvero come negozio bilaterale tra il creditore subordinato e quello beneficiario.

<sup>55</sup> È difficile credere che tale accordo possa qualificarsi come contratto plurilaterale, difettando una vera e propria comunione di scopo fra le parti contraenti. Né, a risultati dissimili, si perviene nell'ipotesi in cui voglia ammettersi l'esistenza di contratti plurilaterali di scambio, identificati dalla mancanza di uno scopo associativo comune e dal rilievo sempre essenziale di ogni parte (cfr. V. Barba, *Appunti per uno studio sui contratti plurilaterali di scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, part. p. 542 ss.; Id., *Profili civilistici del leveraged buyout*, cit., spec. p. 163 ss.), atteso che, in tale eventualità, mancherebbe, su tutti, il requisito della necessaria essenzialità di ogni parte, caratterizzandosi il negozio di postergazione specifica – per quanto detto nel testo – per una variabilità strutturale che si declina anche in un patto bilaterale fra creditore subordinato e beneficiario. Escludono decisamente che possa discutersi di contratto plurilaterale in assenza dello scopo comune o dell'astratta variabilità del numero dei contraenti, risultando «vincolante» in tal senso la descrizione fornita dal legislatore nell'art. 1420 c.c., S. Maiorca, voce *Contratto plurilaterale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 7; E. Minervini, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, Napoli, 1990, p. 85 ss. In tema di contratto plurilaterale, cfr.: T. Ascarelli, *La liceità dei sindacati azionari*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 258 ss.; Id., *Contratto plurilaterale e negozio plurilaterale*, in *Foro Lomb.*, 1932, p. 439 ss.; Id., *Appunti di diritto commerciale*, Roma, 1933, spec. p. 145; Id., *Note preliminari sulle intese industriali*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1933, p. 106 ss.; Id., *Le unioni di imprese*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, II, pp. 152 ss., spec. 178 ss.; Id., *I consorzi volontari tra imprenditori*, Milano, 1937, spec. p. 37; Id., *Il contratto plurilaterale*, in Id., *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 259 ss.; ora anche in Id., *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 97 ss.; Id., *Contratto plurilaterale e totalizzatore*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, p. 169 ss.; ora anche in Id., *Studi in tema di contratti*, cit., p. 169 ss.; Id., *Noterelle critiche in tema di contratto plurilaterale*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 265 ss.; ora anche in Id., *Studi in tema di contratti*, cit., p. 157 ss.; Id., *Occhio ai concetti*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, p. 71 ss.; ora anche in Id., *Studi in tema di contratti*, cit., p. 175 ss.; Id., *Contratto plurilaterale; comunione di interessi; società di due soci; morte di un socio in una società personale di due soci*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, p. 727 ss.; Id., *Teoria della concorrenza e dei beni materiali*, Milano, 1960, spec. p. 86 ss.; F. Messineo, *Il negozio giuridico plurilaterale*, in *Ann. Cattolica*, 1926-27, p. 53 ss.; Id., *Il negozio giuridico plurilaterale*, Milano, 1927; Id., *La struttura della società e il c.d. contratto plurilaterale*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, I, p. 65 ss.; Id., voce *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, cit., p. 139 ss.; Id., *Il contratto in genere*, 2, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu e F. Messineo, XXI, 1, Milano, 1973, p. 589 ss.; G.G. Auletta, *Il contratto di società commerciale. Requisiti, conclusione, vizi*, Milano, 1937; V. Salandra, *Il contratto plurilaterale e le società di due soci*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 836 ss.; F. Carne-lutti, *Occhio ai concetti*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 450 ss.; G. Ferri, *La società di due soci*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, p. 609 ss.; Id., voce *Contratto plurilaterale*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 678 ss.; Sena, *Contratto di società e comunione di scopo*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 730 ss.; F. Carresi, *Gli atti plurisoggettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 1241 ss.; A. Carlo, *Il contratto plurilaterale associativo*, Napoli, 1967; A. Belvedere, *La categoria contrattuale di cui agli artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 660 ss.; Id., voce *Contratto plurilaterale*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 270 ss.; B. Inzitari, *Riflessioni sul contratto plurilaterale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 476 ss.; F. Ferro Luzzi, *I contratti associativi*, Milano, 1974; E. Cesaro, *Contratto «aperto» e adesione del terzo*, Napoli, 1979; S. Maiorca, voce *Contratto plurilaterale*, cit.; G. Villa, *Inadempimento e contratto plurilaterale*, Milano, 1999; Id., voce *Contratto plurilaterale*, in *Diritto civile*, a cura di S. Martuccelli e V. Pescatore, cit., p. 455 ss.; F. Galgano, *Il negozio giuridico*, cit., p. 199 ss.; V. Barba, *Profili civilistici del leveraged buyout*, cit., spec. p. 165 ss.; Id., *Appunti per uno studio sui contratti plurilaterali di scambio*, cit.; M. Tuozzo, *Riflessioni sugli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c.*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 138 ss.; R. Sacco, voce *Contratto plurilaterale (ossia con più di due parti)*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ. Aggior.*, \*\*\*\*\*, diretto da R. Sacco, Torino, 2011, p. 268 ss.

A differenza della postergazione assoluta, è l'elemento della determinazione del creditore beneficiario a permettere che quest'ultimo risulti parte dell'accordo.

Anzi, come si evince dalla variante bilaterale della postergazione specifica, se è da ritenere non indispensabile la partecipazione all'accordo del comune debitore, non può certo dirsi così per il creditore che si avvantaggia del meccanismo postergativo, il quale, in tale tipologia di subordinazione, assume, invece, il ruolo di parte necessaria del negozio.

Presupposto indefettibile per una postergazione specifica è, dunque, la previa individuazione dei creditori che riceveranno un beneficio dalla soddisfazione preferenziale dei propri interessi e che saranno parti del patto.

Ragioni di opportunità inducono poi a pensare che, qualora manchi la partecipazione del debitore al negozio di subordinazione specifica, venga a lui comunicata e/o notificata l'avvenuta conclusione del patto, onde consentirgli di rispettare le previsioni in esso contenute.

Ebbene, è proprio sulla posizione contrattuale dei creditori altri dal postergato che si appunta la differenza rispetto all'ipotesi c.d. assoluta di subordinazione, nella quale, viceversa, come appurato, i beneficiari sono terzi *tout court*.

Da qui, chiaramente, la possibilità, per gli stessi, di avvalersi, *iure proprio*, del titolo di preferenza che sorge, in loro favore, con la stipulazione dell'accordo, e di opporre l'esistenza della clausola di subordinazione sia al debitore che intenda procedere all'adempimento del credito postergato, sia al creditore posposto che decida di riscuotere, antepoendosi o, comunque, concorrendo alla pari con il creditore beneficiario e, di fatto, violando l'obbligo contrattualmente assunto<sup>56</sup>.

A questo punto, è possibile tirare le fila della – seppur breve – analisi condotta in tema di crediti subordinati, da cui emerge che il fenomeno della postergazione convenzionale (atipica) si caratterizza per l'esercizio del potere dispositivo dei privati relativamente ad una regola cardine del sistema di responsabilità patrimoniale, identificata dal diritto dei creditori alla parità di trattamento<sup>57</sup>.

Infatti, nel meccanismo postergativo, è dato distinguere un solo protagonista «necessario», il creditore subordinato, la cui partecipazione al negozio involge una sua rinuncia al medesimo trattamento degli appartenenti alla categoria creditoria.

Egli, in altro senso, dispone di un diritto strumentale alla soddisfazione del suo credito, posponendo la sua pretesa a quella dei creditori beneficiati dagli effetti propri della pattuizione.

<sup>56</sup> Una compiuta disamina degli aspetti disciplinari della postergazione specifica di credito si ha in S. Vanoni, *op. cit.*, p. 169 ss.

<sup>57</sup> Inoltre, dalla liceità di simili patti si ricava che all'autonomia negoziale non è vietato modificare l'ordinario regime di soddisfazione della pretesa creditoria.

In tale direzione, l'elemento da valorizzare, se vuole provarsi ad operare una *reductio ad unitatem* di ogni ipotizzabile modello convenzionale indirizzato alla postergazione di crediti, non può che essere l'atto di disposizione, da parte del c.d. postergato o subordinato, del proprio diritto di concorrere alla pari con gli altri creditori dello stesso soggetto obbligato per la soddisfazione (coattiva) della pretesa creditoria.





# *Indice Generale 2015*

---



# Indice delle rubriche

## SAGGI E PARERI

### **Enrico Gabrielli**

Garanzia mobiliare “Dǐyāquán” e il problema del conflitto tra diritti reali di garanzia 1, 7

### **Fabrizio Di Girolamo**

Riflessioni sull'unico azionista e le società unipersonali 1, 17

### **Marco Nicolai**

Il negozio di destinazione e la segregazione del patrimonio. Un modello alternativo di negozio fiduciario? 1, 47

### **Luca Guerrini**

*Ius variandi* e recesso discrezionale nel contratto di appalto 1, 69

### **Rosario Franco**

Cessione del contratto preliminare trascritto e permanenza degli effetti prenotativi della trascrizione 1, 87

### **Roberto Senigaglia**

La Convenzione di Istanbul contro la violenza nei confronti delle donne e domestica tra ordini di protezione e responsabilità civile endofamiliare 1, 111

### **Enrico Gabrielli**

Il problema della trascrizione delle domande giudiziali in un libro recente 2, 167

### **Francesco Delfini**

La novella del codice del consumo in tema di contratti a distanza dei consumatori. Prime considerazioni sul D. Lg. 21/2014 di attuazione della direttiva 2011/83/UE 2, 189

**Luciano Pontiroli**

Contratti derivati e scommessa: come l'uso incontrollato di una metafora comprometta i rapporti tra diritto dei contratti e diritto dell'intermediazione finanziaria 2, 203

**Renzo Ristuccia**

Azioni di banche "ex" popolari e diritto di voto 2, 275

**Andrea Dalmartello**

Il presupposto soggettivo delle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento (funzione delle procedure concorsuali e determinazione dell'area della «fallibilità») 2, 287

**Giorgio De Nova**

La nuova trasparenza bancaria: le principali discontinuità 3, 327

**Francesco Delfini**

UE, USA and China approaches on Digital Identity management 3, 335

**Giorgio Baralis**

Rent to buy: primo repertorio di problemi teorici e pratici 3, 341

**Gianfranco Liace**

La posizione della banca quale terza pignorata 3, 365

**Carlo Dore jr.**

Sull'indicazione di pagamento 3, 391

**Dario Cillo**

La riduzione del capitale sociale per perdite nelle società in stato di crisi 3, 431

**Cristina Dalia**

Il recesso consumeristico di «libera valutazione» dell'affare 4, 487

**Matteo Dellacasa**

La restituzione delle prestazioni di fare nella patologia del contratto 4, 517

**Francesca Vessia**

Società in nome collettivo partecipate da persone giuridiche 4, 547

**Luigi Follieri**

Sugli accordi di postergazione del credito 4, 597

## Indice analitico

### CONSUMATORI

**Francesco Delfini**

La novella del codice del consumo in tema di contratti a distanza dei consumatori. Prime considerazioni sul D. Lg. 21/2014 di attuazione della direttiva 2011/83/UE 2, 189

**Cristina Dalia**

Il recesso consumeristico di «libera valutazione» dell'affare 4, 487

### CONTRATTI

**Luca Guerrini**

*Ius variandi* e recesso discrezionale nel contratto di appalto 1, 69

**Luciano Pontiroli**

Contratti derivati e scommessa: come l'uso incontrollato di una metafora comprometta i rapporti tra diritto dei contratti e diritto dell'intermediazione finanziaria 2, 203

**Giorgio Baralis**

Rent to buy: primo repertorio di problemi teorici e pratici 3, 341

### CONTRATTO

**Matteo Dellacasa**

La restituzione delle prestazioni di fare nella patologia del contratto 4, 517

### DATI PERSONALI

**Francesco Delfini**

UE, USA and China approaches on Digital Identity management 3, 335

**GARANZIE****Enrico Gabrielli**

Garanzia mobiliare “Dǐyāquán” e il problema del conflitto tra diritti reali di garanzia 1, 7

**Luigi Follieri**

Sugli accordi di postergazione del credito 4, 597

**DIRITTI FONDAMENTALI****Roberto Senigaglia**

La Convenzione di Istanbul contro la violenza nei confronti delle donne e domestica tra ordini di protezione e responsabilità civile endofamiliare 1, 111

**DIRITTO BANCARIO****Renzo Ristuccia**

Azioni di banche “ex” popolari e diritto di voto 2, 275

**Giorgio De Nova**

La nuova trasparenza bancaria: le principali discontinuità 3, 327

**Gianfranco Liace**

La posizione della banca quale terza pignorata 3, 365

**DIRITTO SOCIETARIO****Fabrizio Di Girolamo**

Riflessioni sull’unico azionista e le società unipersonali 1, 17

**Dario Cillo**

La riduzione del capitale sociale per perdite nelle società in stato di crisi 3, 431

**Francesca Vessia**

Società in nome collettivo partecipate da persone giuridiche 4, 547



**OBBLIGAZIONI****Carlo Dore jr.**

Sull'indicazione di pagamento

3, 391

**PROCEDURE CONCORDSUALI****Andrea Dalmartello**

Il presupposto soggettivo delle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento (funzione delle procedure concorsuali e determinazione dell'area della «fallibilità»)

2, 287

**TRASCRIZIONE****Rosario Franco**

Cessione del contratto preliminare trascritto e permanenza degli effetti prenotativi della trascrizione

1, 87

**Enrico Gabrielli**

Il problema della trascrizione delle domande giudiziali in un libro recente

2, 167

**TRUST E NEGOZI FIDUCIARI****Marco Nicolai**Il negozio di destinazione e la segregazione del patrimonio.  
Un modello alternativo di negozio fiduciario?

1, 47

## Indice degli autori

### **Giorgio Baralis**

Rent to buy: primo repertorio di problemi teorici e pratici 3, 341

### **Dario Cillo**

La riduzione del capitale sociale per perdite nelle società in stato di crisi 3, 431

### **Cristina Dalia**

Il recesso consumeristico di «libera valutazione» dell'affare 4, 487

### **Andrea Dalmartello**

Il presupposto soggettivo delle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento (funzione delle procedure concorsuali e determinazione dell'area della «fallibilità») 2, 287

### **Francesco Delfini**

La novella del codice del consumo in tema di contratti a distanza dei consumatori. Prime considerazioni sul D. Lg. 21/2014 di attuazione della direttiva 2011/83/UE 2, 189

### **Francesco Delfini**

UE, USA and China approaches on Digital Identity management 3, 335

### **Matteo Dellacasa**

La restituzione delle prestazioni di fare nella patologia del contratto 4, 517

### **Giorgio De Nova**

La nuova trasparenza bancaria: le principali discontinuità 3, 327

### **Fabrizio Di Girolamo**

Riflessioni sull'unico azionista e le società unipersonali 1, 17

### **Carlo Dore jr.**

Sull'indicazione di pagamento 3, 391

<b>Luigi Follieri</b> Sugli accordi di postergazione del credito	4, 597
<b>Rosario Franco</b> Cessione del contratto preliminare trascritto e permanenza degli effetti prenotativi della trascrizione	1, 87
<b>Enrico Gabrielli</b> Garanzia mobiliare “Dīyāquán” e il problema del conflitto tra diritti reali di garanzia	1, 7
<b>Enrico Gabrielli</b> Il problema della trascrizione delle domande giudiziali in un libro recente	2, 167
<b>Luca Guerrini</b> <i>Ius variandi</i> e recesso discrezionale nel contratto di appalto	1, 69
<b>Gianfranco Liace</b> La posizione della banca quale terza pignorata	3, 365
<b>Marco Nicolai</b> Il negozio di destinazione e la segregazione del patrimonio. Un modello alternativo di negozio fiduciario?	1, 47
<b>Luciano Pontiroli</b> Contratti derivati e scommessa: come l’uso incontrollato di una metafora comprometta i rapporti tra diritto dei contratti e diritto dell’intermediazione finanziaria	2, 203
<b>Renzo Ristuccia</b> Azioni di banche “ex” popolari e diritto di voto	2, 275
<b>Roberto Senigaglia</b> La Convenzione di Istanbul contro la violenza nei confronti delle donne e domestica tra ordini di protezione e responsabilità civile endofamiliare	1, 111
<b>Francesca Vessia</b> Società in nome collettivo partecipate da persone giuridiche	4, 547













# 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 2016	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2016	<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



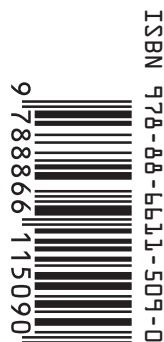




# UN LEGAME INDISSOLUBILE.



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**