

Anno 10 – Numero 8

18 aprile 2012

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

# IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

## IN QUESTO NUMERO:

- RINEGOZIAZIONE DEI MUTUI
- *TRUST* A SCOPO DI GARANZIA
- SCIoglimento DELLA SOCIETÀ PER INATTIVITÀ DELL'ASSEMBLEA

**ItaliaOggi**



**DIREZIONE SCIENTIFICA**  
Oreste Cagnasso – Maurizio Irrera

**COORDINAMENTO SCIENTIFICO**  
Gilberto Gelosa

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

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



*NDS* collabora con la rivista:



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

**SEZIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE**

a cura di Luciano Panzani

**SEZIONE DI DIRITTO INDUSTRIALE**

a cura di Massimo Travostino e Luca Pecoraro

**SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO**

a cura di Gilberto Gelosa

**SEZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA**

a cura di Marco Casavecchia

**SEZIONE DI TRUST E NEGOZI FIDUCIARI**

a cura di Riccardo Rossotto e Anna Paola Tonelli

**COMITATO SCIENTIFICO DEI REFEREE**

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

**COMITATO DI INDIRIZZO**

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

**REDAZIONE**

Maria Di Sarli (coordinatore)

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

**HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO**

Fabio Fiorucci, Tomaso Galletto, Valerio Sangiovanni, Paolo Scaparone

# INDICE

	<i>Page</i>
<b>STUDI E OPINIONI</b>	
<i>La rinegoziazione dei mutui bancari</i> di <b>Fabio Fiorucci</b>	7
<b>RELAZIONI A CONVEGNI</b>	
<i>Il trust a scopo di garanzia e le nuove prospettive nell'ordinamento interno</i> di <b>Tomaso Galletto</b>	38
<b>PUBLIC ADMINISTRATION AND ENTERPRISES</b>	
<i>La tassatività delle cause di esclusione dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici (art. 46 co. 1-bis e 64 co. 4-bis d.lgs. n. 163/2006)</i> di <b>Paolo Scaparone</b>	64
<b>COMMENTI A SENTENZE</b>	
<i>Lo scioglimento della società per continuata inattività dell'assemblea (commento a trib. brescia, 24 giugno 2011, decr.)</i> di <b>Valerio Sangiovanni</b>	73
<b>SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE</b>	89
<b>SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO</b>	93
<b>INFORMAZIONE CONVEGNI</b>	98

# SOMMARIO

## STUDI E OPINIONI

### **La rinegoziazione dei mutui bancari**

*Con riferimento alla rinegoziazione dei mutui bancari, l'Autore dopo aver qualificato l'operazione dal punto di vista giuridico esamina in particolare l'oggetto della rinegoziazione e vale a dire il tasso e/o la dirata del finanziamento.*

di **Fabio Fiorucci**

## RELAZIONI A CONVEGNI

### **Il trust a scopo di garanzia e le nuove prospettive nell'ordinamento interno**

*La relazione ha ad oggetto il trust a scopo di garanzia. L'Autore ne esamina l'ammissibilità e le applicazioni e soprattutto mette in evidenza la competitività del trust a scopo di garanzia con le garanzie tradizionali. La relazione analizza inoltre il trust a scopo di garanzia nella prospettiva delle procedure concorsuali e dei patrimoni destinati.*

di **Tomaso Galletto**

## PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESE

### **La tassatività delle cause di esclusione dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici (art. 46 co. 1-bis e 64 co. 4-bis d.lgs. n. 163/2006)**

*L'Autore, ripercorso il dettato legislativo di riferimento recentemente riformato, si sofferma in particolare sulla tassatività delle cause di esclusione dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici.*

di **Paolo Scaparone**

## COMMENTI A SENTENZE

### **Lo scioglimento della società per continuata inattività dell'assemblea (commento a trib. brescia, 24 giugno 2011, decr.)**

*Il decreto in commento si occupa dello scioglimento di una s.r.l., determinato dalla continua inattività dell'assemblea, che ha omesso per più esercizi di approvare i bilanci. Il Tribunale di Brescia attribuisce altresì rilevanza alla situazione in cui si trova l'amministratore unico, sottoposto a misura cautelare restrittiva della libertà personale, circostanza che rende improbabile il ripristino del normale funzionamento dell'assemblea.*

di **Valerio Sangiovanni**

# INDEX-ABSTRACT

	<i>Page</i>
<b>STUDIES AND OPINIONS</b>	
<b>Renegotiation of bank loans</b>	7
<i>The Author, with regard to the renegotiation of bank loans, after having qualified the transaction from a legal standpoint, considers in particular the renegotiation object, namely the rate and/or the financing duration.</i>	
by <b>Fabio Fiorucci</b>	
<b>REPORT ON CONFERENCES</b>	
<b>The trust for guarantee and the new perspectives in the internal regulation</b>	38
<i>The report relates to the trust for guarantee. The Author examines its eligibility and applications, especially highlighting the competitiveness of the trust for guarantee compared to the traditional guarantees. Moreover the report analyzes the trust for guarantee from the bankruptcy and secured assets point of view.</i>	
by <b>Tomaso Galletto</b>	
<b>PUBLIC ADMINISTRATION AND ENTERPRISES</b>	64
<b>Compulsory clauses which provide the exclusion from the reliance procedures in the context of public agreements (art. 46 co. 1-bis and 64 co. 4-bis d.lgs. n. 163/2006)</b>	
<i>The Author, after having described the legal discipline recently reformed, analyses, in particular, the compulsory clauses which provide the exclusion from the reliance procedures in the context of public agreements.</i>	
by <b>Paolo Scaparone</b>	
<b>COMMENTS ON JUDGMENTS</b>	
<b>The winding-up of the limited liability company for inactivity of the partners' meeting</b>	73
<b>(Trib. Brescia, 24 giugno 2011)</b>	
<i>The pronouncement annotated concerns the winding-up of the liability company for inactivity of the partners' meeting when the financial statements aren't approved or when the sole administrator of the company is held in provisional detention or custody.</i>	
by <b>Valerio Sangiovanni</b>	

# LA RINEGOZIAZIONE DEI MUTUI BANCARI\*

*Con riferimento alla rinegoziazione dei mutui bancari, l'Autore dopo aver qualificato l'operazione dal punto di vista giuridico esamina in particolare l'oggetto della rinegoziazione vale a dire il tasso e/o la dirata del finanziamento.*

di **FABIO FIORUCCI**

### **1. La rinegoziazione dei contratti in genere**

**Bibliografia:** Macario 1996 - Caputi 1998 - Di Majo 2002 - Sicchiero 2002 - Gentili 2003 - Tatarano 2003 - Lopilato 2006 - Corea 2007 - Tucci 2008

La rinegoziazione (Macario 1996; Sicchiero 2002, 776; Gentili 2003, 701; Tatarano 2003, 9) è quella attività mediante la quale le parti (abituamente al fine di facilitare l'adempimento di uno dei contraenti) ridefiniscono il contenuto di un contratto - che prevede l'esecuzione continuata o periodica di una prestazione - alterato da sopravvenienze che abbiano inciso, nella fase di esecuzione del contratto, sul suo assetto economico-giuridico; lo scopo della rinegoziazione può esser fatto coincidere con una nuova calibrazione degli oneri e dei vantaggi derivanti da un contratto, in ragione di fatti che, a causa della loro indeterminatezza, non potevano costituire oggetto di pianificazione da parte dei contraenti al momento della conclusione dell'accordo (Di Camillo 2005).

La rinegoziazione si innesta, quindi, nell'ambito dei rapporti di durata nei quali il decorso del tempo ha determinato, in danno di uno dei contraenti, un significativo squilibrio delle originarie condizioni (economico-giuridiche) dell'accordo; esito della rinegoziazione è il ripristino dell'equilibrio esistente all'atto della conclusione del contratto. È appena il caso di sottolineare che "la rinegoziazione del contratto rappresenta uno dei capitoli più complessi dell'intera teoria generale dell'autonomia privata, dovendosi coniugare la stabilità del vincolo contrattuale (*pacta sunt servanda*) con le esigenze di equilibrio del rapporto contrattuale di durata e quindi di rivisitazione dello stesso, che sono da soddisfare affinché il rapporto contrattuale possa rimanere in vita senza produrre effetti devastanti nel singolo caso" (Tucci 2008, 7).

---

\* Contributo destinato al volume collettaneo *Argomenti di diritto bancario*, a cura di Fabio Fiorucci e Vincenzo Liace, per i tipi Cedam, di prossima pubblicazione.

# STUDI E OPINIONI

## RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

Senza pretese di completezza, i tratti salienti e caratterizzanti la rinegoziazione di un contratto sono sintetizzabili come segue:

- i soggetti che addiventano alla rinegoziazione del contratto sono gli stessi (o i loro successori nel rapporto rinegoziato) che lo hanno originariamente sottoscritto;
- la revisione delle condizioni contrattuali può comportare non solo la modifica delle stesse, ma anche l'introduzione di nuove pattuizioni aggiuntive: se lo scopo precipuo della rinegoziazione è il riequilibrio di un assetto contrattuale alterato da elementi sopravvenuti ed imprevedibili al tempo della conclusione dell'accordo, il raggiungimento di un nuovo equilibrio può ragionevolmente esigere sia la discussione di elementi già esistenti, sia l'introduzione di patti ulteriori (nei termini Di Camillo 2005);
- la rinegoziazione deve necessariamente comportare la revisione parziale delle precedenti pattuizioni (anche al fine di evitare effetti novativi).

Riguardo alle fonti della rinegoziazione, tutti i patti modificativi sono riconducibili, schematizzando, a due categorie ben distinte (cfr. Macario 2007): 1) rinegoziazione (delle condizioni) di un contratto di tipo 'spontaneo', originata dall'iniziativa di una delle parti e accettata (altrettanto spontaneamente) dall'altra (alla quale è riconducibile la rinegoziazione 'libera' dei mutui ipotecari concessi dalle banche oggetto delle presenti note); 2) obbligo di rinegoziare a carico di una delle parti e invocato dalla controparte per addiventare alla rinegoziazione, che a sua volta può derivare da una regola posta 2a) dalle stesse parti preventivamente, ossia con una pattuizione del contratto le cui condizioni possono divenire oggetto della rinegoziazione richiesta dall'avente diritto, per brevità definibile pertanto "convenzionale", ovvero 2b) dall'ordinamento, con una previsione legislativa che esplicitamente preveda l'obbligo di rinegoziazione (ad es., art. 1664 c.c. in materia di appalto, art. 1623 c.c. in tema di contratto di affitto, art. 1897 c.c. in materia di assicurazione) o che, alternativamente, consenta di desumerlo per via interpretativa, ovvero mediante una clausola generale, ad es. quella della buona fede nell'esecuzione e nell'interpretazione del contratto. Secondo un consistente filone interpretativo, infatti, pur in mancanza di un'espressa previsione contrattuale, l'obbligo di rinegoziazione può nascere direttamente dalla clausola generale della buona fede (in arg. Di Majo 2002; Lopilato 2006, 1; Corea 2007, 534).

## 2. La rinegoziazione dei mutui bancari.

**Legislazione:** c.c. 1321; d.lgs. 1.9.1993, n. 385, art. 120-*quater*, 5° e 8° co..

**Bibliografia:** Macario 1996 - Caputi 1998 - Presti 1999 - Petraglia 2000 - Tatarano 2003 - Fausti 2008



# STUDI E OPINIONI

## RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

Per quanto in particolare concerne la rinegoziazione dei contratti di mutuo (Caputi 1998, 5; Presti 1999, 267; Petraglia 2000, 469; Tatarano 2003, 29; Fausti 2008, 757), la stessa è caratterizzata da una rimodulazione di taluni aspetti accessori (tasso, durata) del finanziamento ipotecario in essere, che conserva la sua validità, unitamente alle garanzie (reali e personali) ad esso correlate:

"è utile riservare l'espressione rinegoziazione a quelle operazioni che possono riguardare qualunque tipo di debitore, anche non imprenditore, e concernono un singolo rapporto finanziario che viene singolarmente fatto oggetto di una rimodulazione dei suoi tratti morfologici. Il motivo della rinegoziazione può essere sia l'insorgenza di una situazione di crisi del debitore, sia - più semplicemente - il cambiamento delle condizioni di contesto (di mercato o legislative) in cui il rapporto in oggetto si colloca" (Presti 1999, 267-268).

La tematica è di stringente attualità, considerata l'attuale evoluzione dei mercati finanziari nella direzione di un aumento dei tassi di interesse e la sensibile riduzione del potere di acquisto delle famiglie che hanno posto all'attenzione di addetti ai lavori e opinione pubblica le difficoltà di un numero crescente di mutuatari nel fronteggiare serenamente il rimborso delle rate di mutuo (tempo addietro la spinta alla rinegoziazione dei mutui bancari è invece scaturita dall'andamento al ribasso dei tassi).

In un recente passato, si è fatto ricorso alla 'rinegoziazione' dei mutui bancari in almeno tre circostanze: *a*) per i mutui contratti in ecu all'epoca della svalutazione della lira nell'autunno del 1992; *b*) per i casi di usurarietà sopravvenuta dei contratti di mutuo stipulati prima e dopo l'entrata in vigore della normativa antiusura del 1996 (d.l. 394/2000, convertito in l. 24/2001); *c*) con riferimento ai mutui agevolati erogati per l'acquisto di immobili di edilizia agevolata (art. 29 l. 133/1999; art. 10 l. 136/1999; art. 46 l. 488/1999). Tale ultimo intervento normativo si segnala anche perché fornisce lo spunto per inquadrare la nozione di rinegoziazione, che "si configura come l'operazione mediante la quale l'istituto [bancario], (...) procede, su richiesta dell'ente o del mutuatario, a ricondurre, senza effetti novativi sui relativi contratti, il tasso dei mutui agevolati in essere alla data di entrata in vigore della stessa legge n. 133 ad un valore non superiore al tasso determinato ai sensi della legge n. 108 del 1996" (Regolamento recante disposizioni per la rinegoziazione dei mutui edilizi agevolati adottato, ex art. 29, 3° co., l. 133/1999, dal Ministero del Tesoro di concerto con quello dei Lavori Pubblici).

In anni a noi più vicini sono da segnalare in particolare le previsioni recate *a*) dalla legge Finanziaria 2008 (art. 2, 450° co., l. 244/2007) che ha espressamente disciplinato "la possibilità del creditore originario e del debitore di pattuire la variazione senza spese delle condizioni del contratto di mutuo in essere, mediante scrittura privata anche non autenticata" (art. 8, 3° co., l. 40/2007), con mantenimento dei benefici fiscali (art. 8, 4°

# STUDI E OPINIONI

## RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

co., l. 40/2007); tali disposizioni sono ora confluite nell'art. 120-*quater*, 5° e 8° co., d.lgs. 385/1993 (Testo unico bancario); *b*) dal d.l. 27 maggio 2008 n. 93, convertito, con modificazioni, nella l. 24 luglio 2008, n. 126, con cui è stata introdotta la rinegoziazione c.d. 'convenzionata' (art. 3) delle rate dei mutui a tasso variabile stipulati per l'acquisto, la costruzione e la ristrutturazione dell'abitazione principale anteriormente al 29 maggio 2008; *c*) dall'art. 8 d.l. 13.5.2011, n. 70, convertito, con modificazioni, in l. 12.7.2011, n. 106, che disciplina (fino al 31.12.2012) la rinegoziazione dei contratti di mutuo ipotecario di importo originario non superiore a 200.000 euro a beneficio di mutuatari in possesso di un ISEE non superiore a 35.000 euro. La disposizione in commento si segnala anche per l'importante precisazione che "le garanzie ipotecarie già prestate a fronte del mutuo oggetto di rinegoziazione (...) continuano ad assistere il rimborso, secondo le modalità convenute, del debito che risulti alla originaria data di scadenza di detto mutuo, senza il compimento di alcuna formalità o annotazione".

In concreto, l'ipotesi rinegoziativa più ricorrente nella prassi bancaria è caratterizzata da un finanziamento a medio o lungo termine, di regola un mutuo stipulato ai sensi della normativa sul credito fondiario *ex art. 38* Testo unico bancario assistito da garanzia ipotecaria; nella fattispecie l'interesse prevalente che muove le parti verso la revisione del contratto non è rafforzare la posizione del creditore ipotecario, bensì adeguare il contratto di mutuo (mediante la modificazione del tasso di interesse e/o del termine di rimborso del mutuo) alle mutate condizioni di mercato o anche fattuali del mutuatario, per evitare il rischio, in questo ultimo caso, che le sue condizioni soggettive (ad es., perdita del posto di lavoro, riduzione del reddito familiare, decesso o malattia invalidante del mutuatario) possano determinare un'insolvenza irreversibile (Macario 2007, 4); in sintesi, il motivo della rinegoziazione può essere sia l'insorgere di una situazione di crisi del debitore sia, più semplicemente, il cambiamento delle condizioni - di mercato o legislative - in cui il rapporto si colloca.

In un'operazione di rinegoziazione del mutuo l'interesse primario della banca è dunque di non perdere - e neppure indebolire - le garanzie di cui già gode (specie se ipotecarie), ma anche di rimuovere, per quanto possibile, gli ostacoli che si frappongono al regolare rimborso del mutuo da parte del debitore; per il cliente, invece, l'interesse è essenzialmente quello di contenere i costi del finanziamento sottoscritto (e di scongiurare, nei casi più gravi, il rischio di insolvenza); il mutuatario ha poi un ulteriore interesse: qualora si tratti di un rapporto che consente benefici fiscali, quello di non perderli a seguito della rinegoziazione (come ora espressamente previsto dall'art. 120-*quater*, 8° co., Testo unico bancario). Entrambe le parti, infine, hanno interesse all'elasticità dell'operazione, nel senso della possibilità di modificare il rapporto in essere senza tuttavia incorrere in costi eccessivi (ad es., commissioni di rinegoziazione, oneri notarili *et similia*) (in arg. Presti 1999, 269-270).

# STUDI E OPINIONI

## RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

La rinegoziazione di un mutuo bancario è di regola posta in essere mediante un 'accordo meramente modificativo', concretizzato tramite semplice scambio di corrispondenza tra il mutuatario e la banca originaria; è questa la vera 'rinegoziazione' in senso stretto: variazione delle condizioni del contratto di mutuo senza variazione della banca mutuante. Tale possibilità operativa trova il suo fondamento giuridico nell'art. 1231 c.c., in forza del quale le parti possono modificare un rapporto giuridico patrimoniale preesistente: "... l'apposizione o l'eliminazione di un termine e ogni altra modificazione accessoria dell'obbligazione non producono novazione" (art. 1321 c.c.). Con l'accordo meramente modificativo non si verifica alcun cambiamento strutturale e funzionale del finanziamento originario, di cui sono modificati alcuni aspetti accessori/esecutivi, con conseguente conservazione di significativi benefici fiscali (non si perdono le agevolazioni nella detrazione degli interessi passivi, né è dovuta una nuova imposta sostitutiva *ex art. 15 d.p.r. 601/1973*) e intangibilità della originaria garanzia ipotecaria, rispetto alla quale, anticipando quanto sarà meglio illustrato subito appresso, non sembra necessario procedere ad alcuna conferma né annotazione ipotecaria aggiuntiva.

In sostanza, a seguito della intervenuta rinegoziazione (per la quale non sono richieste formule sacramentali) il finanziamento in essere rimane essenzialmente inalterato ma subisce un mutamento dei suoi tratti morfologici, con modifica di modalità meramente accessorie che, *ex art. 1231 c.c.*, non producono novazione. È escluso che la rinegoziazione possa sfociare in un autonomo tipo contrattuale, essendo attuata in funzione del contratto di mutuo in essere.

Operativamente, la rinegoziazione dei mutui bancari pone alcune questioni, aventi ad oggetto *a)* gli effetti (ossia la qualificazione giuridica) degli atti con i quali la rinegoziazione è attuata; *b)* l'oggetto della rinegoziazione, di norma incidente sul tipo e sulla misura del tasso d'interesse e/o sulla durata del finanziamento; *c)* la forma degli atti (atto pubblico o scrittura privata?) necessari al perfezionamento della rinegoziazione; *d)* la (eventuale) necessità di annotazione a margine della nota di iscrizione ipotecaria degli atti di rinegoziazione (possibilità chiaramente condizionata dalla forma di atto prescelta per il perfezionamento della rinegoziazione, v. precedente punto *c*).

### **3. Qualificazione giuridica dell'accordo meramente modificativo.**

**Legislazione:** c.c. 1230, 1231

**Bibliografia:** Rescigno 1965 - Perlingieri 1975 - Buccisano 1990 - Tatarano 2003 - Macario 2007

# STUDI E OPINIONI

RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

Riguardo agli effetti giuridici della rinegoziazione realizzata mediante un accordo meramente modificativo (di condizioni accessorie) del mutuo bancario, è importante preliminarmente stabilire se siffatto accordo ha natura novativa, e quindi efficacia estintivo-constitutiva ovvero natura modificativa.

Ai presenti fini, può essere sufficiente ricordare succintamente che la novazione (in arg. Rescigno 1965, 430; Perlingieri 1975, 58; Buccisano 1990, 1), nel suo schema tipico definito dall'art. 1230 c.c., è un contratto caratterizzato dalla volontà e dall'interesse comune delle parti di sostituire ad un'obbligazione originaria, che si estingue, una obbligazione nuova, che si costituisce, avente titolo ed oggetto diverso; affinché si abbia novazione (oggettiva) devono coesistere l'*animus novandi* (che consiste nella manifestazione inequivoca dell'intento novativo, che si esplicita nella evidente volontà delle parti di estinguere la precedente obbligazione e di sostituirla con una nuova), l'*aliquid novi* (mutamento oggetto e titolo della prestazione) e la *causa novandi* (comune interesse delle parti all'effetto novativo). Si tralascia in questa sede l'ulteriore opinione, assolutamente minoritaria seppure autorevole, secondo cui anche in presenza di una contraria espressa volontà delle parti si avrebbe novazione quando il rapporto creato con la nuova obbligazione risultasse incompatibile con l'obbligazione originaria (cfr. Rescigno 1965, 434; Perlingieri 1975, 77): tale eventualità è comunque da escludersi nella rinegoziazione dei contratti di mutuo.

Conforme è l'orientamento dominante della giurisprudenza di legittimità:

"la novazione deve essere connotata non solo dall'*aliquid novi*, ma anche dagli elementi dell'*animus novandi* inteso come manifestazione inequivoca dell'intento novativo, e della *causa novandi* intesa come l'interesse comune delle parti all'effetto novativo"  
(Cass. 19.11.1999, n. 12838, *Dejure Giuffrè*).

Ed ancora:

"la novazione oggettiva del rapporto obbligatorio postula, infatti, il mutamento dell'oggetto o del titolo della prestazione, ex art. 1230 c.c., mentre non è ricollegabile alle mere modificazioni accessorie, ai sensi dell'art. 1231 c.c.. Essa, inoltre, deve essere connotata non solo dall'*aliquid novi*, ma anche dagli elementi dell'*animus novandi* (inteso come manifestazione inequivoca dell'intento novativo), e della *causa novandi* (intesa come l'interesse comune delle parti all'effetto novativo) e l'accertamento che su tali tre elementi (volontà, causa ed oggetto del negozio) compia il giudice di merito è incensurabile in cassazione se adeguatamente motivato"  
(Cass. 9.7.1988, n. 6680, *Dejure Giuffrè*; ex plurimis Cass. 10.5.1996, n. 4427, *Dejure Giuffrè*; Cass. 29.5.2001, n. 7278, *Dejure Giuffrè*).

# STUDI E OPINIONI

RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

Entrando nel merito dell'argomento, per quanto concerne il contratto di mutuo non configurano novazione, in quanto modifiche meramente quantitative e/o esecutive, e non qualitative dell'oggetto del contratto (Tatarano 2003, 53; Macario 2007, 13): *a*) la modifica (anche in aumento) del tasso di interesse; *b*) la modifica delle scadenze; *c*) la proroga dei pagamenti; *d*) la determinazione di un nuovo piano di ammortamento; *e*) la diversa indicizzazione del tasso variabile. È, infatti, correttamente ritenuto - anche al fine di salvaguardare la permanenza delle originarie garanzie ipotecarie (e il conseguente diritto di prelazione assicurato dal grado di iscrizione ipotecaria) - che tali vicende configurino un'ipotesi di modifiche accessorie *ex art. 1231 c.c.*, per cui la tendenza è di riconoscere natura meramente modificativa (e non già novativa) agli atti e all'accordo finale in cui confluisce la rinegoziazione del mutuo (costituiscono invece 'novazione' le variazioni dell'importo originario del mutuo, dell'importo della garanzia ipotecaria e dell'immobile ipotecato). Anche l'indirizzo consolidato della Suprema Corte di Cassazione è dello stesso tenore:

"non danno luogo a novazione le modifiche quantitative concernenti la prestazione, che costituisce il contenuto del rapporto medesimo, e quelle concernenti le modalità di esecuzione o altre circostanze accessorie, non comportanti una innovazione radicale dell'assetto di interessi realizzato dall'obbligazione"

(Cass. 11.6.1969, n. 2069, *CED Cassazione*; conf. Cass. 5.2.1985, n. 770, *DF*, 1985, II, 360; Trib. Saluzzo 29.1.1994, *GI*, 1994, I, 2, 639).

"Perché si verifichi la novazione oggettiva di una precedente obbligazione occorre che vi sia un mutamento sostanziale dell'obbligazione, e cioè che la seconda obbligazione apporti alla prima un mutamento riguardante l'oggetto della prestazione o la natura giuridica dell'obbligazione. Pertanto, ove le parti regolino puramente e semplicemente le modalità relative all'esecuzione dell'obbligazione preesistente, senza alterarne l'oggetto o il titolo, non si verifica alcuna novazione, in quanto un tale accordo conferma la volontà delle parti di mantenere in vita l'obbligazione esistente, avendo il nuovo negozio per oggetto soltanto modificazioni accessorie ai sensi dell'art. 1231 c.c." (Cass. 23.3.1959, n. 881, *CED Cassazione*; conf. Cass. 6.8.1983, n. 5279, *CED Cassazione*).

Più di recente, i giudici di legittimità sono tornati sul punto confermando, in tema di locazioni, che la variazione della misura del canone e le modificazioni del termine di scadenza non implicano novazione del contratto in quanto condizioni esecutive del contratto in essere (Cass. 9.4.2003, n. 5576, in *Arch. loc.*, 2003, 632).

In definitiva, modifiche aventi ad oggetto il tasso di interesse e la proroga dei termini di scadenza del mutuo non paiono idonee a provocare la novazione oggettiva

# STUDI E OPINIONI

## RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

dell'obbligazione, in quanto non incidono né sul titolo del rapporto e delle singole obbligazioni, né sul loro oggetto.

### 3.1. *Segue: la prassi bancaria.*

**Bibliografia:** Presti 1999 - Macario 2007

Dalla prassi bancaria emerge con chiarezza che il ricorso alla rinegoziazione essenzialmente è funzionale alla riduzione del tasso di interesse e/o alla proroga del termine di restituzione del mutuo, per evitare che a sopraggiunte situazioni oggettive, ma anche soggettive del mutuatario, consegua il consolidarsi di una condizione di potenziale insolvenza. Dal punto di vista dell'istituto bancario l'interesse perseguito è evidentemente l'adozione di una soluzione agevole e idonea a superare le difficoltà del mutuatario, al fine di consentirgli di adempiere alle obbligazioni assunte e recuperare così il proprio credito, ove la rinegoziazione non sia invece riconducibile soltanto nell'ambito di una operazione di *marketing* (cfr. Presti 1999, 269; Macario 2007, 8).

Questo comune obiettivo è abitualmente perseguito da banche e mutuatari appunto con la sottoscrizione di un accordo col quale sono revisionate talune condizioni del precedente contratto di mutuo, cui le parti intendono assicurare continuità. Quanto appena detto trova conferma nella consolidata pratica degli istituti bancari, le cui lettere di rinegoziazione, per quanto non standardizzate, evidenziano immancabilmente l'intento di assicurare la continuità del rapporto giuridico (contratto di mutuo) già esistente tra banca e cliente, che le parti intendono solo revisionare, escludendo di regola esplicitamente l'intento di stipulare un nuovo contratto; costituiscono, infatti, momenti significativi dell'accordo modificativo *a*) l'espressa esclusione di ogni intento novativo; *b*) la conferma (ad ogni buon conto) delle garanzie ipotecarie che assistono il mutuo originario, a tutela delle pattuizioni introdotte con il contratto rinegoziativo; *c*) la rimodulazione delle condizioni economiche del mutuo, ossia l'adeguamento verso il basso del tasso di interesse fisso o (dei parametri del tasso) variabile per la durata residua del mutuo e/o il prolungamento dei termini di rimborso del finanziamento, con conseguente rimodulazione del piano di ammortamento.

Tale constatazione, per il profilo che qui maggiormente interessa, conferma natura, caratteri ed effetti del contratto rinegoziativo/modificativo:

"contratto di secondo grado, strutturalmente autonomo, e collegato funzionalmente al contratto di primo grado, sul quale spiega i propri effetti, regolandone alcuni profili disciplinari. Esso, infatti, interviene sul rapporto giuridico preesistente con una nuova pattuizione, attraverso la quale il regolamento d'interessi è adeguato alla nuova situazione. Il contratto modificativo è collegato inoltre funzionalmente con quello di primo grado, sia sotto il profilo oggettivo, in quanto il suo regolamento modificativo ha

# STUDI E OPINIONI

RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

per oggetto il medesimo rapporto giuridico essenziale che costituisce oggetto del contratto originario (esiste, in altri termini, un nesso economico e teleologico tra i due contratti), sia sotto il profilo soggettivo, in quanto il contratto modificativo è determinato dall'*animus modificandi* (intendendosi per tale uno stato d'animo che si realizza quando con il nuovo contratto si vogliono modificare gli effetti accessori del primo) che, per la sua stessa essenza, importa la volontà di collegare i due negozi. Dalla connessione tra i due rapporti deriva che il contratto modificativo non è dotato di completa autonomia, ma è legato alla sorte del contratto sul quale determina gli effetti innovativi secondo il principio *accessorium sequitur principale*; l'esistenza e la validità del rapporto principale costituiscono i presupposti necessari ed imprescindibili per la conservazione del contratto produttivo degli effetti modificativi" (Macario 2007, 9-10).

Come già detto, nella prassi bancaria le parti contestualmente all'accordo modificativo, oltre ad escludere ogni intento novativo, confermano di regola - per quanto possa occorrere - la volontà di conservare la garanzia ipotecaria già in precedenza iscritta (talora addirittura riportando i dati dell'iscrizione ipotecaria). A tale riguardo è sempre pragmaticamente opportuno che eventuali terzi garanti - specie se datori di ipoteca - partecipino all'accordo, soprattutto se la rinegoziazione implica un aggravamento della loro responsabilità ipotecaria (Presti 1999, 277, nt. 19), ciò anche considerato che nella (invero rara) eventualità che l'accordo modificativo fosse riqualificato come novazione, le ipoteche rimarrebbero immutate per decorrenza e grado ed avrebbero efficacia nei limiti del valore originario del credito (v. anche § *infra* 8).

A rigore, non sarebbe comunque indispensabile il coinvolgimento del terzo datore di ipoteca (come, ad es., previsto nella surrogazione *ex art.* 1204 c.c.), sul presupposto che l'eventuale prolungamento della durata del finanziamento realizza soltanto una variazione delle modalità di adempimento di obbligazioni in essere, e tenuto altresì conto che

"al terzo datore di ipoteca non si applicano le norme di limitazione della responsabilità previste per il fideiussore, in mancanza di una specifica convenzione in tal senso. In particolare, non trova applicazione, in difetto di espressa previsione, con riguardo al caso dell'ipoteca concessa da un terzo, l'onere, imposto dall'art. 1957 c.c. al creditore, perché possa conservare la garanzia prestatagli dal fideiussore, di agire contro il debitore principale entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione "

(Cass. 23.4.1999, n. 4033, *Dejure* Giuffrè).

Diversamente, per quanto riguarda la fideiussione, il consenso del terzo garante è generalmente richiesto, eccezion fatta per le ipotesi in cui, in deroga all'art. 1957 c.c., la

# STUDI E OPINIONI

RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

durata della fideiussione sia ancorata non già alla scadenza dell'obbligazione garantita, ma al suo effettivo soddisfacimento:

"non è opponibile al fideiussore l'accordo che, intercorso tra creditore e debitore principale, successivamente al negozio giuridico che ha regolato l'obbligazione principale, dilazionando il termine di pagamento per il debitore (...), deroghi alla disciplina di cui al comma 1 dell'art. 1957 c.c., spostando *'ad libitum'* il termine di decadenza, vincolando esso solo le parti contraenti e non il terzo, quale è di fideiussore" (Cass. 28.12.1993, n. 12901, *Dejure* Giuffrè).

#### 4. L'oggetto della rinegoiazione: a) la variazione del tasso di interesse.

**Legislazione:** c.c. 1230, 1231, 2855, 2° co - d.lgs. 1.9.1993, n. 385, art. 39, 3° co.

**Bibliografia:** Presti 1999 - Macario 2007

Appurata la natura modificativa (e non novativa) dell'atto con cui si perfeziona la rinegoiazione di un mutuo bancario, è necessario meglio analizzare l'oggetto dell'attività di rinegoiazione dei contraenti: abitualmente la revisione del tasso di interesse e la durata del mutuo.

Occorre preliminarmente ribadire che la giurisprudenza, anche di legittimità, qualifica come meramente accessorie le variazioni quantitative/esecutive della prestazione - quali appunto la modifica del tasso di interesse - che in quanto tali non producono novazione (oltre alle sentenze già *supra* citate § 3, v. *ex plurimis* Cass. 29.12.1994, n. 11281, in *GCM*, 1994; Cass. 19.11.1999, n. 12838, in *GCM*, 1994, 2300; Cass. 9.7.1998, n. 6680, in *GCM*, 1998, 1497; Trib. Roma 26.5.1984, in *GM* 1985, 9).

Questo indirizzo è stato riconfermato dalla Suprema Corte di Cassazione (Cass. 9.4.2003, n. 5576, in *Arch. loc.*, 2003, 632) secondo cui, come già ricordato, le sole variazioni di misura del canone e la modificazione del termine di scadenza non sono di per sé indice di una novazione di un rapporto di locazione, trattandosi di modificazioni accessorie della correlativa obbligazione o di modalità non rilevanti ai fini della configurabilità di una novazione; la novazione oggettiva del rapporto obbligatorio postula, infatti, prosegue la Cassazione, il mutamento dell'oggetto o del titolo della prestazione, *ex art.* 1230 c.c., mentre non è ricollegabile alle mere modificazioni accessorie, ai sensi dell'art. 1231 c.c.; essa, inoltre, deve essere connotata non solo dall'*aliquid novi* ma anche dagli elementi dell'*animus novandi* e della *causa novandi*.

D'altra parte, nel disciplinare la rinegoiazione dei mutui bancari lo stesso legislatore, in altre circostanze, ha specificato che la modifica del tasso non ha efficacia novativa (cfr. la rinegoiazione dei mutui con oneri a parziale o totale carico dello Stato o di enti



# STUDI E OPINIONI

## RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

pubblico, art. 29 l. 133/1999, e la rinegoiazione dei mutui per usurarietà sopravvenuta, v. d.l. 394/2000, convertito in l. 24/2001).

Guardando alla prassi bancaria, la continuità del rapporto tra mutuante e mutuuario originari è assicurata dalla stipulazione di un contratto rinegoziativo/modificativo del precedente finanziamento, mediante il quale si persegue, soprattutto, l'obiettivo di adeguare verso il basso il tasso fisso o (i parametri che incidono sul tasso) variabile ovvero di transitare dalla scelta originaria del tasso variabile a quella del tasso fisso o viceversa, per la durata residua del mutuo (con conseguente rimodulazione del piano di ammortamento). La già sottolineata esigenza delle parti di assicurare continuità al rapporto mediante l'adeguamento del contratto di mutuo in essere (così sottraendosi alla stipulazione di un nuovo mutuo), induce correttamente a ritenere meramente modificativa qualsiasi variazione incidente sul tasso di interesse (cfr. Macario 2007, 13).

Tanto premesso, nell'approfondire la questione della modifica della misura del tasso (o del tipo di tasso), le linee guida per un pragmatico approccio all'argomento sono stabilite dal principio generale, in tema di prelazione ipotecaria, di immutabilità del tasso di interesse coperto dalla garanzia originariamente iscritta (art. 2839, n. 5, c.c.): gli interessi sono garantiti nei limiti del tasso menzionato nella nota di iscrizione (art. 2855, 2° co., c.c.: "l'iscrizione di un capitale che produce interessi fa collocare nello stesso grado gli interessi dovuti, purché ne sia enunciata la misura nell'iscrizione"); di conseguenza, l'eventuale differenza tra tasso iscritto e tasso effettivo sul credito è sfornita di copertura ipotecaria (salva nuova e diversa iscrizione ipotecaria).

Tale 'regola' è idonea a disciplinare anche l'eventuale cambio di tipologia di tasso (ad es. da variabile a fisso, o viceversa); anche nella circostanza il tasso ipotecariamente garantito è quello originariamente iscritto nella nota: "qualora si passi da un tasso variabile a un tasso fisso questo potrà considerarsi garantito ipotecariamente fino alla misura originariamente iscritta nella nota" (Presti 1999, 287).

Tirando dunque le somme, anche in chiave operativa, dei rilievi sin qui svolti, le modifiche del tasso di interesse, risolvendosi in mutazioni meramente quantitative del rapporto (mutuo ipotecario in essere), non producono effetti novativi. Considerando, tuttavia, che siamo in presenza di crediti garantiti da un'iscrizione ipotecaria, oggetto di preventiva pubblicità a tutela dei terzi, occorre farsi carico della circostanza per cui il nuovo tasso di interesse convenuto (in misura fissa o variabile) è opponibile ai terzi solo nei limiti di quanto originariamente pubblicato, cioè del tasso originario; pertanto, se il nuovo tasso determinato in misura fissa o variabile (comprensivo di *spread*) risulta inferiore a quello originario, nessun problema; se invece è superiore, la parte di tasso in eccedenza (rispetto all'originario) non troverà copertura ipotecaria.

In sostanza, se il saggio di interesse diminuisce, ciò influisce sì sul *quantum* che potrà essere preteso in via ipotecaria in sede di esecuzione forzata (poiché comunque il creditore, a prescindere dall'estensione massima della garanzia, non può mai pretendere nulla più di quanto gli compete sulla base del rapporto obbligatorio garantito), ma non

# STUDI E OPINIONI

RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

sull'ipoteca in quanto tale, che riguardo a questo aspetto rimane immodificata. Corrispettivamente, anche l'ipotesi dell'aumento del tasso oltre quello iscritto è ipotecariamente irrilevante poiché il saggio menzionato nella nota di iscrizione non può essere successivamente oggetto di modificazione: l'eventuale differenza tra tasso iscritto e tasso effettivo sul credito sarà sfornita, quindi, di copertura ipotecaria (c.d. principio di indifferenza dell'ipoteca alle mutazioni maggiorative del credito), salvo, ovviamente, che per essa non sia iscritta nuova e diversa ipoteca (in arg. Presti 1999, 287), sulla base del contratto di mutuo in essere e della nuova autorizzazione concessa dal debitore con l'atto modificativo.

In ogni caso, a tutela dell'affidamento dei terzi - anche in caso di allungamento della durata del mutuo che potrebbe comportare l'aumento dell'ammontare complessivo degli interessi - rimane l'importo della somma iscritta *ex art. 2809 c.c.* ("l'ipoteca deve essere iscritta ... per una somma determinata in danaro"), nel concreto in grado di salvaguardare le ragioni di credito di eventuali terzi (ulteriori approfondimenti *infra* § 6.1). In proposito, giova ricordare che, come noto, l'art. 39, 3° co., d.lgs. 385/1993 (Testo unico bancario) nel disciplinare l'operatività di credito fondiario prevede - in deroga (non suscettibile di interpretazione analogica) al generale principio codicistico di specialità dell'ipoteca -, la possibilità che l'ipoteca iscritta in relazione ad un finanziamento con clausole di indicizzazione (quindi a tasso variabile) garantisca "fino a concorrenza dell'importo effettivamente dovuto per effetto dell'applicazione di dette clausole (...) se la nota di iscrizione menziona la clausola di indicizzazione".

Costituisce, invece, una modificazione non meramente accessoria quella avente ad oggetto la variazione dell'importo dovuto dal debitore, che secondo parte della dottrina potrebbe comportare novazione oggettiva; in particolare, secondo taluni autori, l'operazione bancaria di capitalizzazione degli interessi - che è cosa ben diversa dalla variazione del tasso di interesse - eseguita con la rinegoziazione del mutuo, non costituisce modificazione meramente quantitativa, in quanto determina l'unificazione di due prestazioni precedentemente autonome (debito di capitale e debito di interessi) (cfr. Presti 1999, 284 e 290). L'aumento dell'importo mutuato, in virtù del principio di specialità dell'ipoteca, genera un nuovo credito, privo di garanzia ipotecaria, se non è concessa una nuova ipoteca a garanzia (anche sullo stesso cespite cauzionale), sulla base di un atto ricevuto o autenticato dal notaio.

#### **4.1. Segue: b) la variazione della durata del finanziamento.**

**Legislazione:** c.c. 1231, 2839, 2841 - d.lgs. 1.9.1993, n. 385, art. 120-*quater*, 5° co

**Bibliografia:** Rubino 1956 - Fragali 1972 - Perlingieri 1975 - Presti 1999 - Tatarano 2003 - Macario 2007 - Padolecchia 2008

# STUDI E OPINIONI

RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

L'altra ipotesi ricorrente di rinegoziazione del contratto di mutuo attiene alla variazione della durata del finanziamento (abituamente connessa alla modificazione del tasso di interesse, con la conseguenza che, nella prassi, la revisione del piano di rimborso del mutuo procede di pari passo con quella relativa alla misura e alla tipologia del tasso di interesse).

Occorre da subito evidenziare che più argomenti depongono in favore della natura non novativa del mutamento del termine di adempimento del mutuo, non ultimo il chiaro dettato dell'art. 1231 c.c., a mente del quale "l'apposizione o l'eliminazione di un termine e ogni altra modificazione accessoria dell'obbligazione non producono novazione".

In termini generali, la questione richiama l'inquadramento giuridico del contratto di mutuo tra i contratti di durata (tematica in questa sede solo accennata, in arg. v. Giampiccolo 1997, 452; Gaggero 1999, 171; Fausti 2004, 77). Parte della dottrina designa contratti/rapporti di durata quelli che si connotano per una prestazione tendenzialmente continuativa o periodica determinata in funzione della durata, in quanto rivolta a soddisfare un interesse o bisogno durevole. Il dibattito che ne è seguito propende ad attribuire rilievo, a volte, al tempo dell'esecuzione del contratto (ossia al momento in cui debbono prodursi gli effetti del negozio rispetto alla conclusione dello stesso, con conseguente inclusione in tale categoria sia dei contratti ad esecuzione continuata o periodica, sia dei contratti ad esecuzione differita), altre volte alla durata dell'adempimento (vale a dire allo svolgimento nel tempo delle prestazioni):

"l'aspetto non sempre adeguatamente evidenziato è costituito dalla rilevanza causale del tempo nei contratti di durata, angolo di osservazione privilegiato, invece, nel momento in cui si sottolinea che il tempo e la durata possono essere funzionalmente connessi all'interesse delle parti alla continuità dell'esecuzione. Proprio l'interesse delle parti al proseguimento del rapporto, rileva, in questa sede, ai fini della natura (modificativa) della variazione della durata del finanziamento, soprattutto in assenza di un'esplicita previsione da parte del legislatore"

(Macario 2007, 15).

La dottrina più autorevole afferma, quanto al profilo relativo al mutamento del termine di adempimento, che la modifica del termine di esecuzione della prestazione contrattuale rientra "tra le vicende modificative del regolamento del rapporto, incidendo - di regola - sulle modalità relative all'esecuzione senza alterare l'oggetto" dell'obbligazione (Perlingieri 1975, 109); salvo il caso in cui il termine, in relazione al concreto assetto di interessi, non sia una modalità accessoria, bensì "elemento caratterizzante la prestazione o lo schema causale dal quale l'obbligo di quella prestazione trae la sua giustificazione" (Perlingieri 1975, 109). Sulla base di questo condivisibile orientamento, di gran lunga prevalente anche in giurisprudenza, e in

# STUDI E OPINIONI

RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

adesione alle opinioni più recenti, secondo cui nei contratti di durata rileva l'esigenza di continuità del rapporto (attuata attraverso lo strumento della rinegoziazione), è corretto valutare la proroga del tempo di restituzione del mutuo come un'applicazione della funzione propria del mutuo, non avente efficacia novativa:

"l'accordo di prorogare il termine di scadenza di un contratto di mutuo non è, di per sé solo, sufficiente alla configurazione di un contratto nuovo idoneo a sostituirsi al primo in posizione e funzione autonoma. La proroga di un contratto, infatti, non importa un mutamento sostanziale dell'obbligazione relativamente alla sua natura giuridica e all'oggetto della prestazione, ma regola modalità accessorie che, a norma dell'art. 1231 c.c., non producono novazione, confermando la volontà delle parti di mantenere in vita il precedente contratto"

(Cass. 11.6.1969, n. 2069, *GI*, 1970, I, 1, 1855; conf. App. Milano, 28.6.1972, *BBTC*, 1973, II, 267).

Alle stesse conclusioni perviene altra parte della dottrina, sulla base dell'assunto che il prolungamento della durata costituisce "assecondamento" della funzione propria del mutuo:

"non è (...) difficile cogliere come la rimodulazione - sicuramente nel senso dell'allungamento - del tempo di restituzione del mutuo, lungi dal porsi in rapporto di antinomia alla durata causale del mutuo stesso, costituisca assecondamento ulteriore della funzione propria del mutuo: con la quale (...) potrebbe profilarsi incompatibile una restituzione immediata ai sensi dell'art. 1183 c.c., ma non certo il prolungamento dei termini restitutori"

(Tatarano 2003, 57).

Accogliere il convincimento che modificazioni della durata del mutuo, in quanto afferenti ad aspetti accessori/esecutivi del finanziamento, non costituiscono novazione (come ritenuto da dottrina e giurisprudenza dominanti) implica importanti ricadute operative, quali la possibilità di utilizzare proficuamente lo scambio di corrispondenza (proposta e accettazione) per perfezionare l'accordo di rinegoziazione, senza necessità di annotazioni a margine dell'iscrizione ipotecaria (v. *infra* § 6 per maggiori approfondimenti).

Tale impostazione appare persuasiva (in arg. cfr. Presti 1999, 289), poiché la proroga del termine originariamente previsto (ipotecariamente) non trova limiti *ex lege* in un interesse dei terzi meritevole di tutela, tanto è vero che il tempo di esigibilità del credito è richiesto come contenuto della nota di iscrizione ipotecaria, ma la sua mancanza non ne determina l'invalidità (cfr. artt. 2839 e 2841 c.c.), sicché l'ipoteca ben potrebbe essere (validamente) iscritta anche senza tale indicazione, senza cioè che ai terzi sia

# STUDI E OPINIONI

RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

noto il tempo di esigibilità della prestazione garantita. D'altra parte, è autorevolmente rilevato (Presti 1999, 289), non sono soggetti a pubblicità gli atti e fatti interruttivi o sospensivi della prescrizione del credito garantito, benché il loro effetto sia quello di prolungare la vita dell'ipoteca oltre quanto era programmabile sulla base dell'iscrizione. In altre parole, la modifica del termine di esigibilità del credito impatta sicuramente sui rapporti tra banca e mutuatario, ma non si riverbera sull'iscrizione dell'ipoteca, la quale ha una durata indipendente dalla durata dell'obbligazione garantita (in arg. Padolecchia 2008, 704). Può essere ancora utile ricordare che di regola all'ipoteca si estendono automaticamente le eventuali proroghe dell'obbligazione garantita (se non sono stati pattuiti un diverso termine o una condizione risolutiva, v. art. 2878, nn. 3 e 6, c.c.) e che il creditore ha il potere di rinnovare l'iscrizione ipotecaria *ex* art. 2847 c.c. fino a quando il suo diritto non sia stato soddisfatto: insomma, i tempi di rimborso del credito indicati nella nota di iscrizione ipotecaria non appaiono decisivi per la sussistenza e durata del vincolo ipotecario.

Peraltro, anticipando conclusioni che saranno meglio argomentate subito appresso (§ 6), l'eventuale annotazione del prolungamento della durata del mutuo avrebbe al più un effetto di semplice pubblicità-notizia:

"ne consegue che la pubblicità della modifica di tale termine, pattuita tra le parti, non può considerarsi essenziale ai fini del perfezionamento della fattispecie, né ai fini dell'opponibilità di tale modifica nei confronti dei terzi interessati"  
(Padolecchia 2008, 704).

Anche la legge Finanziaria 2008 (art. 2, 450° co., l. 244/2007), nell'introdurre la possibilità di perfezionare la rinegoziazione senza l'intervento del notaio ha attestato che il legislatore evidentemente non giudica indispensabile l'annotazione a margine dell'iscrizione ipotecaria originaria (l'art. 8, 3° co., l. 40/2007, ora confluito nell'art. 120-*quater*, 5° co., Testo unico bancario, stabilisce infatti "la possibilità del creditore originario e del debitore di pattuire la variazione, senza spese, delle condizioni del contratto di mutuo in essere, mediante scrittura privata anche non autenticata"). A ulteriore, seppure indiretta, conferma dei rilievi finora svolti si pone il d.l. 27.5.2008, n. 93 convertito, con modificazioni, nella legge 24.7.2008 n. 126, che nel disciplinare, all'art. 3, la rinegoziazione ('convenzionata') dei mutui a tasso variabile stipulati per l'acquisto, costruzione e ristrutturazione dell'abitazione principale dispone espressamente che "le garanzie già iscritte a fronte del mutuo oggetto di rinegoziazione continuano ad assistere il rimborso, secondo le modalità convenute, del debito che risulti alla scadenza di detto mutuo", senza che sia richiesto l'adempimento di formalità di annotazione nonostante siffatta rinegoziazione determini l'allungamento dei tempi di rimborso del mutuo rispetto a quanto originariamente pattuito. La perdurante validità della garanzia ipotecaria senza il compimento di alcuna formalità o annotazione è stata

# STUDI E OPINIONI

RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

da ultimo confermata dall'art. 8 d.l. 13.5.2011, n. 70, convertito, con modificazioni, in l. 12.7.2011, n. 106, che disciplina la rinegoziazione dei contratti di mutuo ipotecario di importo originario non superiore a 200.000 euro (v. *supra* § 2).

Un'eventuale annotazione dell'atto rinegoziativo sarebbe comunque disciplinata, nel concreto, come segue:

" posto che i creditori i quali vantino un titolo di preferenza anteriore non potrebbero essere pregiudicati in forza di un'annotazione successiva, in definitiva quest'ultima si tradurrebbe, per la differenza, in una nuova iscrizione. Conseguentemente i crediti concorrenti verrebbero a disporsi in questo modo: dapprima il credito ipotecario di grado precedente, secondo la misura risultante dall'originaria iscrizione; quindi gli eventuali crediti privilegiati, con titolo di preferenza successivo; infine l'ulteriore credito derivante dall'atto annotato per ultimo"

(Tatarano 2003 , 61).

A completamento delle suddette considerazioni occorre comunque segnalare che secondo alcune rigorose impostazioni, autorevoli ma comunque minoritarie (Rubino 1956, 88; Fragali 1972, 846), la proroga della durata del mutuo ipotecario potrebbe configurare un'ipotesi di novazione del rapporto obbligatorio, con conseguente estinzione della garanzia ipotecaria accessoria. Dovrebbe, pertanto, a rigor di logica, essere stipulato un nuovo contratto di finanziamento con l'iscrizione di una nuova garanzia ipotecaria. Nel dettaglio, tale orientamento, facendo leva sul principio di specialità dell'ipoteca in relazione al credito garantito e sulla qualificazione del mutuo come contratto di durata - ove rileva la natura essenziale del mutuo come contratto di durata -, individua il fenomeno novativo in tutti i casi di proroga della durata delle obbligazioni ad esecuzione continuata e periodica, prospettando la necessità, in tali evenienze, di iscrivere nuovamente l'ipoteca, essendo inidonea la garanzia ipotecaria originaria ad estendersi al nuovo rapporto: la proroga della scadenza

"crea un nuovo rapporto, cui pertanto la primitiva ipoteca, per la sua specialità, non può estendersi, come in caso di sostituzione dell'oggetto, ma si può solo costituirne una nuova, con relativo grado, mediante apposita concessione"

(Rubino 1956, 87-88).

# STUDI E OPINIONI

RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

## 5. La forma (atto pubblico o scrittura privata?) del contratto con cui si perfeziona la rinegoziazione.

**Legislazione:** d.lgs. 1.9.1993, n. 385, art. 120-*quater*, 5° co

**Bibliografia:** Macario 2007

Una volta definito l'ambito nel quale opera la rinegoziazione, quale forma - atto pubblico o scrittura privata semplice - per il contratto di rinegoziazione? La questione che si pone (cfr. Macario 2007, 10) è se l'attività con cui le parti revisionano alcune condizioni accessorie/esecutive del preesistente contratto di mutuo debba manifestarsi nella stessa forma di quest'ultimo - ossia con l'atto pubblico - ovvero se debba essere assicurato soltanto il rispetto della forma scritta. Anche tenuto conto delle diverse modalità con cui può essere stipulato il contratto di mutuo originario - ossia in via bilaterale oppure in forma più semplificata con l'accettazione da parte del mutuatario, mediante atto unilaterale formalizzato innanzi al notaio, della proposta di contratto di mutuo emessa dalla banca mutuante -, già prima dell'intervento normativo di seguito detto (art. 2, 450° co., l. 244/2007) lo scambio di corrispondenza (proposta e accettazione) era ritenuto strumento idoneo al perfezionamento della rinegoziazione, e di conseguenza diffusamente impiegato nella prassi bancaria, anche per la sua innegabile praticità ed economicità.

Il problema della identica forma del contratto rinegoziativo/modificativo rispetto al contratto originario è molto ridimensionato quando le modifiche possono dirsi, come nella rinegoziazione, accessorie rispetto all'esistenza e alla validità del precedente contratto, come si verifica nel momento in cui il secondo contratto non incide sull'identità strutturale e funzionale del mutuo ipotecario in essere. Se dottrina e giurisprudenza individuano, quali modifiche accessorie tipiche del settore bancario, la variazione del tasso di interesse e la variazione della durata del finanziamento, tenuta presente la finalità della rinegoziazione dei mutui bancari - assicurare continuità al rapporto giuridico instaurato tra la banca originaria e il mutuatario, rimodulato nei suoi aspetti esecutivi - è ragionevole concludere che non sussiste l'obbligo di rispettare la forma solenne del precedente contratto (così Macario 2007, 11), essendo richiesto il solo rispetto della forma scritta, peraltro per i contratti bancari prevista dall'art. 117 Testo unico bancario.

Nel dibattito appena menzionato si innesta il disposto dell'art. 120-*quater*, 5° co., Testo unico bancario, che recependo l'art. 8, 3° co., l. 40/2007, prevede, come già ricordato, la possibilità di pattuire la variazione, senza spese, delle condizioni del contratto di mutuo in essere, mediante scrittura privata anche non autenticata. A tale conclusione, come visto, si era già pervenuti nella prassi bancaria, sul presupposto che la rinegoziazione del tasso e della durata del contratto di mutuo non sono soggette ad annotazione a

# STUDI E OPINIONI

## RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

marginale dell'ipoteca (v. *infra* § 6), con conseguente inutilità della forma autentica dell'atto di rinegoziazione (non è evidentemente necessario che la rinegoziazione del mutuo si perfezioni con l'intervento notarile se non è indispensabile procedere all'annotazione delle modifiche a margine dell'ipoteca).

Quanto finora osservato non impedisce di ricorrere nella fattispecie al (più oneroso) ministero notarile, ma beninteso soprattutto per acquisire la data certa dell'atto di rinegoziazione (ove opportuna, v. *infra* § 8), per beneficiare delle attività di verifica e controllo di legalità esercitate dal notaio e al fine di conseguire, ricorrendone le condizioni, un titolo esecutivo aggiornato in caso di esecuzione forzata (rispetto al quale sono più difficilmente configurabili opposizioni), piuttosto che per avere un atto formalmente identico a quello originario e/o idoneo all'annotazione a margine dell'ipoteca delle modificazioni pattuite. Peraltro, per quanto riguarda il titolo esecutivo giova evidenziare che lo stesso, a fronte di rinegoziazioni perfezionate per scrittura privata (ad es. riduzione del tasso di interesse), conserva la sua validità per le altre voci di credito della banca.

Neanche deve ritenersi, infine, necessario che la rinegoziazione riproduca meccanicamente l'iter del contratto originario - in termini di scambio di proposta e accettazione -, ben potendosi immaginare uno scambio di lettera/proposta proveniente dal cliente - che la prassi potrà realizzare, in concreto, anche mediante moduli predisposti dalla banca - e lettera/accettazione da parte della banca (Macario 2007, 6). Naturalmente le nuove condizioni del mutuo in essere possono anche essere contenute in un unico documento sottoscritto dalla banca e dal mutuatario, come avviene nella prassi bancaria, specie se il mutuatario è un soggetto fallibile.

Schematizzando: in caso *a*) di riduzione del tasso di interesse; *b*) di cambio di tasso (variabile, fisso); *c*) prolungamento della durata del mutuo; *d*) contestuale modifica del tasso di interesse e prolungamento della durata del mutuo, non è indispensabile l'intervento del notaio per il perfezionamento dell'accordo meramente modificativo, essendo sufficiente una scrittura privata semplice; l'intervento notarile potrà viceversa essere richiesto quando si ritiene utile l'annotazione (ove consentita) della rinegoziazione del mutuo e/o soprattutto quando si vogliono ottenere le garanzie connaturate all'intervento notarile: controllo di legalità del contenuto dell'atto, verifica della capacità, della legittimazione e dei poteri di rappresentanza, informazioni e chiarimenti da parte del notaio riguardo al contenuto dell'atto e ad eventuali clausole vessatorie, data certa dell'atto di rinegoziazione e sua eventuale idoneità quale titolo esecutivo.

Alla luce dell'art. 120-*quater*, 5° co., Testo unico bancario (già art. 8, 3° co., l. 40/2007), laddove l'istituto bancario mutuante ritenesse comunque opportuno l'intervento del notaio, le relative spese non andrebbero addebitate al cliente: la formula dubitativa è d'obbligo considerato che la banca, che non è tenuta a ricontrattare le condizioni del mutuo (c.d. rinegoziazione 'libera'), potrebbe collegare all'intervento del notaio la sua



# STUDI E OPINIONI

RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

disponibilità a rinegoziare il mutuo (che dovrà comunque realizzarsi senza il pagamento di 'commissioni' di rinegoziazione, o simili, a carico del mutuatario).

## 6. La pubblicità degli atti con cui è realizzata la rinegoziazione.

**Legislazione:** c.c. 2843, 2855, 2° co.

**Bibliografia:** Rubino 1956 - Fragali 1972 - Petraglia 1997 - Filippi 1998 - Presti 1999 - Tatarano 2003 - Cervini 2008 - Padolecchia 2008

Strettamente connessa alla forma dell'atto con cui è attuata la rinegoziazione è la questione relativa alla necessità o no di procedere all'annotazione ipotecaria del patto anche solo modificativo del contratto di mutuo (basti qui appena ricordare che l'annotazione è una formalità accessoria che ha il potere di modificare, ridurre o annullare gli effetti di una formalità principale, ossia trascrizione o iscrizione); chiaramente approvare al riguardo l'utilizzazione di un semplice scambio di corrispondenza per scrittura privata (v. *supra* § 5) implica già una scelta di campo che appare comunque opportuno meglio argomentare, operando un sintetico inquadramento giuridico della questione.

In proposito, è stata sostenuta (Presti 1999, 278, nt. 20) la necessità che la nota d'iscrizione ipotecaria sia sempre conforme al vero, e quindi renda conoscibili eventuali accordi modificativi sopraggiunti rispetto all'originaria conformazione, specie se di interesse di potenziali terzi (creditori ipotecari di rango successivo, terzi acquirenti). Di conseguenza, l'annotazione a margine dell'iscrizione ipotecaria delle modifiche sarebbe opportuna per ragioni di trasparenza ed esattezza della nota e per evitare (eventuali) azioni di responsabilità per danni da parte di altri creditori che potrebbero essere danneggiati dalla mancata conoscenza di quegli elementi che avrebbero dovuto essere oggetto dell'annotazione.

In particolare, nella fattispecie, esulando l'annotazione in commento da quelle 'tipiche' contemplate dall'art. 2843 c.c. (annotazione di cessione, di surrogazione e di altri atti dispositivi del credito) si renderebbe necessario ricorrere alle c.d. annotazioni atipiche, ossia anche al di fuori dei casi previsti dall'articolo citato, ritenute da parte della dottrina ammissibili stante il principio di non tassatività delle annotazioni argomentato dal d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 635 ("Disciplina delle imposte ipotecarie e catastali") che, all'art. 15 tab. A, fa riferimento ad "annotamenti" di atti relativi all'ipoteca non specificamente elencati dall'art. 2843 c.c. (cfr. Presti 1999, 278, nt. 20).

Indubbiamente l'esigenza di procedere all'annotazione dell'intervenuta modifica viene meno quando la modifica stessa (ad es., abbassamento del tasso di interesse, come di norma avviene nella prassi) non comporta un aumento della pretesa sostanziale esercitabile in via ipotecaria; presupposto dell'annotazione, finalizzata a rendere

# STUDI E OPINIONI

RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

opponibili le modifiche a terzi, è dunque la eventuale maggior pretesa in via esecutiva.

In ipotesi potrebbe, pertanto, rivelarsi utile l'annotazione nei casi di aumento del tasso di interesse e di prolungamento della durata del mutuo, per rendere edotti delle mutate circostanze altri futuri creditori (l'allungamento della durata del mutuo comporta, oltre che un verosimile incremento dell'ammontare degli interessi, anche il prolungamento del periodo di indisponibilità del bene ipotecato):

"mi sembra allora che l'annotazione sia necessaria per potere esercitare la prelazione ipotecaria sulla base del nuovo piano di ammortamento. Il rischio è che - in caso di mancata annotazione - la prelazione venga riconosciuta solo sulla base del vecchio piano, lasciando quindi privi di garanzia parte degli interessi"

(Presti 1999, 279, n. 20).

Sul fronte opposto, più di un argomento depone a favore della non indispensabilità dell'annotazione a margine dell'ipoteca delle modificazioni rivenienti dalla rinegoziazione, primo fra gli altri quanto rilevato da autorevole dottrina (Fragali 1972, 821) secondo cui, in materia di annotazione ipotecaria, "la pubblicità dell'atto modificativo è costitutiva dell'effetto solo in quanto imposta dalla legge o sia necessaria *ex natura*; ogni altro caso assume il carattere di pubblicità notizia", evidentemente superflua ai fini dell'opponibilità a terzi dell'intervenuta rinegoziazione di alcune condizioni esecutive del contratto di mutuo ipotecario. In secondo luogo, occorre dare il giusto rilievo alla circostanza che nel ns. ordinamento non esistono (nemmeno nel sistema tavolare) norme di legge che prevedono espressamente l'obbligo di annotare la modifica del tasso di interesse o della durata del mutuo originario (in arg. Padolecchia 2008, 703).

Occorre pure segnalare che, dal punto di vista del mantenimento della prelazione ipotecaria, questione fondamentale ai presenti fini, il già citato art. 2855, 2° co., c.c. fa collocare nello stesso grado gli interessi dovuti, "purché ne sia enunciata la misura nell'iscrizione"; ora, indipendentemente dalla circostanza che nella fattispecie gli effetti di una eventuale annotazione a margine dell'ipoteca delle sopraggiunte variazioni sarebbero di mera pubblicità-notizia, appare evidente che l'iscrizione cui espressamente si richiama l'art. 2855, 2° co., c.c. è formalità 'tecnicamente' diversa dall'annotazione a margine (cfr. Filippi 1998, 5).

Pare utile in argomento ricordare che in materia di credito fondiario la modifica del tasso di interesse convenuta tra le parti - per il caso in cui l'erogazione non avvenga contestualmente alla stipula del contratto di mutuo ma con successivi atti - è previsto sia annotata a margine dell'iscrizione ipotecaria già presa, con la fondamentale puntualizzazione che gli interessi, nella misura risultante dall'annotazione, si collocano nello stesso grado dell'ipoteca iscritta (art. 39, 2° co., Testo unico bancario); in altri termini, in virtù dell'annotazione la prelazione ipotecaria connessa al grado acquisito

# STUDI E OPINIONI

RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

con l'originaria iscrizione si estende agli interessi calcolati al tasso indicato nell'annotazione e non a quello che figurava nell'iscrizione. La circostanza che l'ambito di applicazione della disposizione è circoscritto alle modificazioni pattuite in sede di erogazione di un mutuo fondiario (art. 39, 2° co., Testo unico bancario) nonché il rilievo che la norma in discorso è di carattere speciale (come tutta la normativa di credito fondiario) - quindi non in grado di intaccare il principio generale posto dall'art. 2855, 2° co., c.c. (l'estensione della prelazione agli interessi è subordinata alla enunciazione del tasso nell'iscrizione) - inducono ad escludere una applicazione analogica della stessa. Pare, pertanto, lecito concludere che se

"è occorsa una apposita norma, appunto il citato art. 39 comma 2 t.u.b., per estendere la prelazione ipotecaria agli interessi a tasso variato in sede di erogazione con relativa annotazione, ciò significa che in assenza della norma stessa l'effetto non si sarebbe potuto conseguire, neppure mediante l'annotazione. E dunque, al di fuori del caso ivi disciplinato (cioè, si ripete, modifica del tasso in sede di erogazione di finanziamento fondiario), l'inidoneità dell'annotazione permarrrebbe"  
(Filippi 1998, 6).

In linea di carattere generale, posto che la rinegoziazione è vicenda giuridica di per sé destinata a incidere essenzialmente sul rapporto fra le parti, svolgendo pertanto i suoi effetti (di qualunque tipo essi siano) sul piano obbligatorio, non dovrebbero porsi questioni particolari legate alla pubblicità e quindi all'opponibilità ai terzi di quanto pattuito. I problemi della pubblicità attengono, pertanto, all'eventuale incidenza della rinegoziazione sulle garanzie reali, ossia sull'ipoteca. In tal senso, dalla natura meramente modificativa degli atti con cui si realizza la rinegoziazione discende il carattere soltanto cautelativo del patto espresso di mantenimento della garanzia (ipotecaria), sicché l'annotamento dell'atto modificativo, in margine all'originaria iscrizione ipotecaria, non è decisivo (nei termini Macario 2007, 16; cfr. anche Tatarano 2003, 61).

Giova ribadire che in caso di mancata annotazione della rinegoziazione (ove ritenuta sicuramente ammissibile e proficua ai fini ipotecari), la prelazione ipotecaria è comunque riconosciuta sulla base della conformazione originaria dell'ipoteca, quanto a tasso di interesse e durata. Al proposito è stato ben sintetizzato che occorre distinguere, nell'ambito delle modificazioni accessorie,

"il momento della proroga del termine di restituzione - che non occorre annotare in margine all'iscrizione, non derivandone effetti novativi del rapporto obbligatorio - dalla copertura ipotecaria degli ulteriori interessi, eventualmente maturati, che è assicurata nei limiti dell'importo originariamente iscritto e determinato secondo i parametri indicati nella nota ipotecaria (interessi e annualità che il credito produce, art. 2839, n. 5, c.c.)"

# STUDI E OPINIONI

## RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

(Cervini 2008, 10).

La questione della rilevanza, infine, della rinegoziazione ai fini dell'azione revocatoria fallimentare (in presenza dei presupposti soggettivi e oggettivi di assoggettibilità al fallimento), appare poco significativa in considerazione del tendenziale miglioramento della situazione debitoria del mutuatario che la rinegoziazione determina (in arg. v. Macario 2007, 17); resta beninteso fermo che l'eventuale revoca dell'atto con cui è formalizzata la rinegoziazione non intacca la concessione della garanzia, lasciando rivivere le pattuizioni originarie, idonee a tutelare il credito così come risultava connotato prima delle modifiche:

"gli effetti [della revoca] non sono tali da travolgere la garanzia: questa comunque permarrà, semmai solo ridotta sulla base dei caratteri originari del credito, così come era prima della modificazione"

(Presti 1999, 278; conf. Tatarano 2003, 64;).

Invero, appaiono poco probabili i rischi di revocatoria fallimentare degli accordi di rinegoziazione, evidentemente circoscritti ai casi in cui il debitore è un soggetto fallibile (v. anche *infra* § 8), in quanto difficilmente la ridefinizione, in diminuzione, del tasso di interesse del finanziamento ipotecario o l'allungamento della durata dello stesso - risultando "più probabile che il debitore paghi entro il maggior termine" (così Rubino 1956, 87) - recherebbero pregiudizio alla massa fallimentare, specie se la rinegoziazione è mirata a favorire, alleggerendola, la situazione debitoria del mutuatario (in arg. Petraglia 1997, 128).

### 6.1. *Segue: quadro di sintesi.*

**Legislazione:** c.c. 2089, 2839, 2843, 2855

**Bibliografia:** Presti 1999 - Fausti 2008 - Padolecchia 2008

Riepilogando, ferma restando la possibilità, avvertita anche nella prassi bancaria, di riconfermare nell'atto di rinegoziazione - per quanto possa occorrere - la perdurante vigenza della originaria garanzia ipotecaria, l'annotazione dell'intervenuto accordo modificativo non appare indispensabile poiché

a) i mutamenti che scaturiscono dalla rinegoziazione incidono solo sul piano accessorio (ossia quantitativo ed esecutivo) del contratto di mutuo ipotecario in essere, restando inalterata la conformazione iniziale (nonché strutturale) dello stesso;

b) l'annotazione ipotecaria delle modifiche, ove ammissibile (talune Conservatorie non l'ammettono nemmeno in quanto non contemplata dall'art. 2843 c.c.), avrebbe

# STUDI E OPINIONI

RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

comunque valore di semplice pubblicità-notizia, inidonea a modificare la conformazione della garanzia ipotecaria originariamente iscritta e a rendere opponibili le eventuali modifiche a terzi;

c) il prolungamento della durata del finanziamento ipotecario non comporta mutamento strutturale/funzionale dell'obbligazione e comunque il tempo di esigibilità del credito, richiesto come contenuto della nota di iscrizione, non determina, se mancante, l'invalidità dell'iscrizione ipotecaria;

d) l'art. 2855, 2° co., c.c. fa collocare nello stesso grado gli interessi dovuti "purché ne sia enunciata la misura nell'iscrizione", ed appare evidente che l'iscrizione richiamata dalla disposizione è formalità 'tecnicamente' diversa dall'annotazione a margine dell'ipoteca;

e) il mutamento del tasso di interesse è abitualmente in direzione della sua diminuzione, trova quindi piena copertura ipotecaria in forza dell'originaria iscrizione; in caso di escussione dell'ipoteca, per effetto dell'applicazione del nuovo tasso sarebbero insinuati, in sede di esecuzione coattiva, un credito ridotto rispetto a quello che sarebbe risultato dal calcolo degli interessi al maggior tasso iscritto e risultante dall'ispezione dei Registri immobiliari (nella fattispecie non è dunque ravvisabile nessuna lesione del principio di affidamento dei terzi alla cui tutela è preposto il sistema della pubblicità immobiliare);

f) l'eventuale prolungamento della durata del mutuo (specie se contestuale alla diminuzione del tasso di interesse) non necessariamente determina l'automatico aumento della pretesa esercitabile in via ipotecaria, con perdurante idoneità della preesistente iscrizione ipotecaria a garantire il credito di cui al nuovo piano di ammortamento. Nei casi poi in cui l'aumento delle rate determinasse anche l'aumento dell'importo degli interessi complessivamente dovuti, con incremento della pretesa in via ipotecaria - comunque assicurata nei limiti dell'importo originariamente iscritto (v. artt. 2809, 1° co., e 2839, n. 4, c.c.), in mancanza di annotazione (ove consentita e proficuamente realizzabile) a restare 'scoperta' ipotecariamente sarebbe soltanto la parte relativa all'aumento della pretesa (verosimilmente abbastanza minimale);

g) come sopra detto (§ 4), in esito all'intervenuta rinegoziazione pattizia delle condizioni del mutuo (tasso, durata) resta comunque fermo l'importo della somma iscritta *ex art.* 2809 c.c. ("l'ipoteca deve essere iscritta ... per una somma determinata in danaro"), previsione che appare maggiormente tutelante dell'affidamento dei terzi piuttosto che l'indicazione del tasso menzionato nella nota di iscrizione (art. 2839, n.5, c.c.),

"nel senso che l'ipoteca 'copre' il credito fino all'importo iscritto, in qualunque modo il credito venga concretamente liquidato anche, per ipotesi, sulla base di un tasso modificato *in peius* o di una durata allungata"  
(Fausti 2008, 760).

# STUDI E OPINIONI

RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

In altri termini, la somma ipotecariamente iscritta è determinata al momento dell'iscrizione (ma v. art. 39, 3° co., Testo unico bancario); il tasso di interesse ipotecariamente iscritto vale a definire il tetto massimo degli interessi che possono fruire della prelazione in caso di esecuzione forzata sul bene ipotecato, ed è insensibile alle eventuali variazioni pattuite dai contraenti:

"un'eventuale annotazione, anche in questo caso, non potrebbe che avere efficacia di pubblicità-notizia, senza comportare alcuna modifica degli elementi che attengono alla struttura dell'iscrizione ipotecaria"

(Padolecchia 2008, 704);

*h)* infine, in diverse occasioni il legislatore (v. *supra* § 4.1.) ha contemplato la possibilità di 'revisare' talune condizioni accessorie del contratto di mutuo in essere anche mediante scrittura privata non autenticata, circostanza che evidentemente esclude la necessità dell'annotazione a margine dell'ipoteca delle modifiche (con salvezza della copertura ipotecaria offerta dalla conformazione originaria dell'ipoteca), oltre a rendere difficilmente configurabili eventuali forme di responsabilità verso eventuali terzi (creditori) della banca mutuante che, in ossequio al dettato normativo, abbia perfezionato la rinegoziazione mediante una scrittura privata non autenticata.

## 7. Gratuità e benefici fiscali della rinegoziazione.

**Legislazione:** c.c 1231 - d.lgs. 1.9.1993, n. 385, art. 120-*quater*, 5° e 8° co.

**Bibliografia:** Fausti 2008

L'art. 120-*quater*, 5° co., Testo unico bancario (recependo il disposto dell'art. 8, 3° co., d.l. 7/2007, convertito in l. 40/2007), stabilisce che la variazione delle condizioni (tasso d'interesse, durata, tipo di tasso) del contratto di mutuo senza cambiamento della banca mutuante deve aver luogo 'senza spese' (per il debitore) e senza il necessario intervento notarile, potendo la rinegoziazione essere stipulata anche mediante scrittura privata non autenticata (c.d. accordo meramente modificativo, *ex* art. 1231 c.c.).

La locuzione "senza spese" deve essere intesa nel senso che l'istituto bancario non può richiedere alcunché al mutuatario a titolo di rinegoziazione (ad es. commissioni di rinegoziazione, costi amministrativi e simili); esulano dalla previsione normativa eventuali oneri a carico del mutuatario connessi al prolungamento della copertura assicurativa dell'immobile cauzionale che si rendesse necessario attuare a seguito dell'allungamento dei tempi di rimborso del mutuo. Per quanto il legislatore sembri auspicare il perfezionamento degli accordi di rinegoziazione senza intervento notarile, escludere che al mutuatario possano essere addebitati eventuali costi notarili della rinegoziazione non è forse possibile, considerato che la banca, come sopra già

# STUDI E OPINIONI

RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

evidenziato, non è obbligata a revisionare le condizioni del mutuo, e potrebbe pertanto collegare all'intervento del notaio la sua disponibilità a rinegoziare il finanziamento ipotecario.

La disposizione in commento - "senza spese" (art. 120-*quater*, 5° co., Testo unico bancario) - solleva un duplice ordine di perplessità, non solo perché nella prassi bancaria ciò può implicare un aumento del tasso di rinegoziazione (a compensazione dei mancati introiti di una eventuale commissione di rinegoziazione o *similia*), ma soprattutto perché ancora una volta il legislatore - dopo l'art. 7 l. 40/2007 in tema di abbattimento dei compensi di anticipata estinzione (anch'esso ora confluito nel Testo unico bancario, art. 120-*ter*) - prescrive l'illiceità di un compenso bancario. Ora, come ben sintetizzato,

"si comincia a nutrire qualche dubbio sulla stessa legittimità giuridica di imporre ripetutamente a soggetti privati prestazioni gratuite. Non che non si comprenda l'esigenza sociale a base di questo tipo di provvedimenti restrittivi; e neppure è sconosciuta l'urgenza equitativa a fronteggiare comportamenti finanziari a dir poco sconcertanti. Sotto l'aspetto giuridico, tuttavia, non possono nascondersi delle perplessità di metodo. In definitiva la pretesa legislativa incontrerebbe maggiormente le esigenze di giustizia trasportando la vicenda sul terreno della trasparenza: venga detto con chiarezza che la remunerazione del credito può essere rappresentata solo dalla voce interessi; si elimini tutto quel sottobosco di spese accessorie costanti nel corso del rapporto, e si faccia coincidere il tasso nominale con quello effettivo (salvo l'ineliminabile effetto finanziario inerente alla durata e alle scadenze di rateazioni)" (Fausti 2008, 761).

Sul fronte fiscale, da segnalare che la rinegoziazione non comporta il venir meno dei benefici fiscali (art. 120-*quater*, 8° co., Testo unico bancario).

## **8. Accordi meramente modificativi per scrittura privata: riepilogo e indicazioni operative.**

**Legislazione:** c.c. 1231, 1458, 1° co.

**Bibliografia:** Tatarano 2003

In data 21 novembre 2007 l'Associazione Bancaria Italiana ha diffuso una nota nella quale, unitamente alle disposizioni sulla portabilità del mutuo (anch'esse ora confluite nell'art. 120-*quater* Testo unico bancario), sono state comunicate le modalità semplificate di perfezionamento delle operazioni di rinegoziazione su base volontaria

# STUDI E OPINIONI

## RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

dei mutui bancari (contestualità che induce a ritenere che queste ultime assumano quasi una valenza 'difensiva' per la banca dal rischio di surroga passiva).

Ai fini operativi, il documento dell'ABI stabilisce che per modificare alcune delle condizioni del precedente mutuo (riduzione del tasso di interesse; modifica del tasso con passaggio da un tasso variabile a fisso o a misto, o viceversa; prolungamento della durata) è necessario un unico documento - anche una semplice scrittura privata - sottoscritto dalla banca e dal mutuatario e contenente le nuove condizioni concordate. È auspicabile, prosegue il comunicato dell'Associazione di categoria delle banche, che al cliente siano garantiti tempi certi riguardo la richiesta di rinegoziazione, il cui esito dovrà essergli comunicato entro 10 giorni lavorativi. La procedura prevede 4 fasi:

- l'avvio della procedura di rinegoziazione con la richiesta del cliente alla banca
- l'analisi da parte della banca della fattibilità dell'operazione
- la risposta della banca alla richiesta di rinegoziazione
- l'atto di rinegoziazione (scambio di lettera proposta/accettazione ovvero sottoscrizione congiunta banca e mutuatario di un unico documento).

Pare utile puntualizzare che nel caso in cui il mutuo bancario sia stato oggetto di operazione di cartolarizzazione ai sensi della l. n. 130/1999 di norma la banca originaria svolge, per conto dell'SPV (società veicolo, nuova titolare del credito in base alla cessione dello stesso), la funzione di *servicer*, provvedendo all'attività di amministrazione, gestione, incasso e recupero del predetto credito: ciò in esecuzione di apposita procura speciale conferitale dall'SPV. Conseguentemente, la richiesta di rinegoziazione va presentata alla predetta banca, la quale procederà anche alla valutazione della fattibilità della rinegoziazione.

Sintetizzando, conclusivamente, quanto finora esposto, sono riconducibili tra gli accordi meramente modificativi di un mutuo bancario la variazione del tasso d'interesse, la modifica delle scadenze, la proroga dei pagamenti, la determinazione di un nuovo piano d'ammortamento. Per giurisprudenza e dottrina prevalenti tali modifiche, essendo sostanzialmente quantitative e non qualitative, comunque afferenti a modalità accessorie/esecutive dell'obbligazione (*ex art. 1231 c.c.*), non producono novazione, con conseguente conferma di validità delle garanzie ipotecarie già acquisite, circostanza, quest'ultima, che secondo il condivisibile orientamento dominante legittima il ricorso ad accordi meramente modificativi per scrittura privata (quindi senza intervento notarile e con esclusione della necessità di annotazione delle modifiche a margine dell'ipoteca iscritta).

Come detto, l'ammissibilità dell'utilizzo della scrittura privata riposa anche sulla constatazione che le modifiche accessorie non incidono sull'identità strutturale e funzionale del contratto di mutuo in essere.

In caso di rinegoziazione di un mutuo accollato senza liberazione (come abitualmente avviene) del debitore originario (accollo cumulativo), le sopraggiunte modifiche, verosimilmente non sottoscritte da questo ultimo, avranno effetto solo nei confronti



# STUDI E OPINIONI

## RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

dell'attuale mutuatario, mentre il debitore originario rimarrà obbligato nei termini previsti dal mutuo accollato (v. art. 1293 c.c.).

Focalizzando l'analisi sulla prassi bancaria, dall'esame della stessa emerge che talora, contestualmente al perfezionamento di accordi modificativi di modalità meramente esecutive del finanziamento - da far pragmaticamente sottoscrivere anche da eventuali terzi garanti -, è previsto il richiamo esplicito nell'accordo dell'art. 1232 c.c. a conferma delle precedenti garanzie (comunque escludendosi altresì ogni intento novativo). Invero l'esplicito richiamo dell'art. 1232 c.c., se giustificato in presenza di un accordo novativo (o per contrastare eventuali interpretazioni giurisprudenziali minoritarie tendenti ad attribuire rilevanza all'*aliquid novi* rispetto all'*animus novandi*, con riqualificazione dell'accordo modificativo come novazione, v. *supra* § 3), non è forse indispensabile laddove l'accordo sia qualificabile in termini meramente modificativi, svolgendo nella fattispecie una ridondante funzione di conferma della già manifestata volontà delle parti di non estinguere le garanzie precedentemente costituite; anzi, un tale richiamo normativo è, secondo taluni, addirittura "sconsigliabile, sottraendo univocità alla precedente dichiarazione delle parti di esclusione dell'effetto novativo" (così Tatarano 2003, 61).

La pratica bancaria conosce altresì anche clausole risolutive del seguente tenore: resta inteso che la Banca potrà considerare risolta la presente ipotesi di accordo in ogni caso di mancato adempimento - totale o parziale - delle future rate alle singole scadenze previste. Occorre subito evidenziare che l'eventuale risoluzione degli accordi di rinegoziazione configura una delicata situazione sia civilistica che contabile, con ricadute operative e gestionali piuttosto complicate, in quanto dalla legge si ricava che la risoluzione dei rapporti ad esecuzione continuata e periodica ha sempre efficacia *ex nunc* (art. 1458, 1° co., c.c.), con salvezza per le prestazioni già eseguite - in quanto funzionali al soddisfacimento degli interessi della controparte per l'arco temporale cui ineriscono - e, in definitiva, con l'impossibilità di immaginare effetti retroattivi sul rapporto. Ciò in concreto significa che solo a partire dall'intimata risoluzione del rapporto, l'accordo di rinegoziazione può dirsi caducato e che fino a quel momento tutti i versamenti eventualmente eseguiti conservano il loro titolo di imputazione (le difficoltà gestionali di una simile fattispecie sono facilmente intuibili ipotizzando imputazioni a cavallo di due esercizi contabili). Probabilmente nella consapevolezza di ciò le clausole risolutive delle banche che compaiono nelle lettere di rinegoziazione hanno toni abbastanza generici e funzioni (concretamente) di semplice deterrente.

La forma tipo di un atto di rinegoziazione realizzato mediante scambio di lettera (proposta e accettazione) abitualmente contempla le attestazioni di seguito indicate:

- nelle premesse è individuato il contratto di mutuo (in essere) oggetto della rinegoziazione;

# STUDI E OPINIONI

## RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

- sono definite le nuove modalità di restituzione dell'obbligazione originaria (ad es. tasso, durata, tipo di tasso), con contestuale conferma di tutte le altre pattuizioni e delle garanzie, reali e personali in essere, e con espressa esclusione di ogni effetto novativo;
- gli eventuali terzi garanti sono chiamati ad intervenire per confermare le garanzie prestate (v. anche *supra* § 3.1.).

Resta inteso che la rinegoziazione si perfeziona allorché sottoscritta da tutti gli eventuali cointestatari del mutuo originario; di conseguenza, alla firma della lettera di rinegoziazione provvederà il procuratore del soggetto (originario sottoscrittore del contratto di mutuo) impossibilitato, ovvero il suo curatore o tutore se è divenuto incapace di intendere e di volere o ancora, infine, l'erede del contraente originario se questi fosse malauguratamente deceduto.

Nel caso che il mutuatario sia un soggetto fallibile (v. anche *supra* § 6) è importante che la rinegoziazione abbia data certa ai fini dell'opponibilità al fallimento; in tale specifica circostanza si potrà quindi proficuamente ricorrere all'atto notarile (atto pubblico o scrittura privata autenticata), ma anche ad altre modalità che garantiscano la data certa (ad. es. timbro postale). In presenza di uno scenario come quello descritto - mutuatario soggetto fallibile - occorre dare conto che talora nella prassi bancaria si procede all'annotazione della rinegoziazione a margine dell'ipoteca in precedenza iscritta (con necessità pertanto di perfezionare la rinegoziazione per atto pubblico o scrittura privata autenticata).

### Indice bibliografico

Buccisano O.

1990 *voce Novazione*, in *EG Treccani*, XXI, Roma

Caputi G.

1998 *La rinegoziazione dei mutui ipotecari. Profili civilistici, penali e fiscali*, in *F*, allegato al n. 38

Cervini A.

2008 *La c.d. "sospensione del pagamento delle rate" - Legge 24 dicembre 2007, n. 244*, in *AA.VV. Atti del convegno Paradigma: Misure in materia di mutui: la rinegoziazione libera e convenzionata e le altre opzioni*, Milano

Cesaro V.M.

2000 *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli

Corea N.

2007 *La rinegoziazione delle clausole contrattuali*, in *SI*, 534

# STUDI E OPINIONI

RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

Di Camillo

2005 *La rinegoziazione dei contratti tra privati*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it)

Di Majo A.

2002 *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, in [www.lexfor.it](http://www.lexfor.it)

Fausti P.L.

2004 *Il mutuo*, Napoli-Roma

2008 *La "rinegoziazione" dei mutui*, in *BBTC*, 746 ss.

Filippi M.

1998 *Le tecniche di rinegoziazione*, in AA.VV., *Atti del convegno Ita: Rinegoziazione e oneri di anticipata estinzione*, Milano

Fragali M.

1972 *voce Ipoteca*, in *ED*, XXII, Milano

Gaggero P.

1999 *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova

Gentili A.

2003 *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *CI*, 701

Giampiccolo G.

1977 *voce Mutuo*, in *ED*, XXVII, Milano

Lopilato V.

2006 *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

Macario F.

1996 *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli

2006 *Adeguamento e rinegoziazione*, in E. Gabrielli (a cura di) *I contratti in generale*, in P. Rescigno (diretto da) *Trattato dei contratti*, Torino, 1851

2007 *La disciplina della rinegoziazione del contratto di mutuo e le relative problematiche operative*, in AA.VV., *Atti del convegno Paradigma: Il contratto di mutuo nella 'manovra liberalizzazioni'*, Milano

# STUDI E OPINIONI

RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

Padolecchia I.

2008 *Nessun obbligo di annotazione degli atti di rinegoiazione dei mutui bancari*, in *Not*, 701

Perlingieri P.

1975 *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma

Petraglia A.U.

1997 *Il credito fondiario dopo il Testo Unico: profili giuridici, modalità operative e di recupero crediti*, in Petraglia A.U. (a cura di), *La nuova disciplina del credito fondiario*, Roma

2000 *La ristrutturazione dei crediti bancari: ipotesi operative e prospettive future*, in *F*, 469

Petrelli G.

2008 *Rinegoiazione dei mutui ipotecari*, in [www.gaetanopetrelli.it](http://www.gaetanopetrelli.it)

Presti G.

1999 *La rinegoiazione dei mutui ipotecari. Qualificazione e disciplina*, in *RDPriv*, 270

Ravazzoni A.

1989 *voce Ipoteca (ipoteca immobiliare)*, in *EG Treccani*, XVII, Roma

Rescigno P.

1965 *voce Novazione (dir. civ)*, in *NovissDI*, XI, Torino

Rubino D.

1956 *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano

Sicchiero G.

2002 *La rinegoiazione*, in *CI*, 776

Tatarano M.C.

2003 *La 'rinegoiazione' nei finanziamenti bancari*, Napoli

# STUDI E OPINIONI

RINEGOZIAZIONE DE MUTUI BANCARI

Tucci G.

2008 *La rinegoiazione dei mutui per la prima casa: le problematiche aperte*, in AA.VV. *Atti del convegno Paradigma: Misure in materia di mutui: la rinegoiazione libera e convenzionata e le altre opzioni*, Milano

# IL TRUST A SCOPO DI GARANZIA E LE NUOVE PROSPETTIVE NELL'ORDINAMENTO INTERNO\*

*La relazione ha ad oggetto il trust a scopo di garanzia. L'Autore ne esamina l'ammissibilità e le applicazioni e soprattutto mette in evidenza la competitività del trust a scopo di garanzia con le garanzie tradizionali. La relazione analizza inoltre il trust a scopo di garanzia nella prospettiva delle procedure concorsuali e dei patrimoni destinati.*

**TOMASO GALLETTO**

### ***1. Premessa e considerazioni introduttive***

Affrontare il tema del *trust* a scopo di garanzia davanti ad un uditorio competente e qualificato consente taluni vantaggi e nel contempo espone a diverse insidie.

Cercherò di approfittare dei primi e di evitare, per quanto mi sarà possibile, le seconde.

Tra i vantaggi ascriverò quello di poter evitare una noiosa introduzione sulle caratteristiche fondamentali dell'istituto e sulle difficoltà di approccio ad esso da parte dei giuristi di matrice romanistica, limitandomi a ricordare che la “*separazione patrimoniale*” che connota i beni costituiti in *trust* rispetto al patrimonio del *trustee* è un fenomeno storicamente non eversivo per il nostro ordinamento (basti pensare, nel diritto previgente, all'istituto dei beni dotali e, nell'attuale, al regime degli acquisti di beni mobili del mandatario senza rappresentanza) ed oggi assai diffuso (si veda, ad esempio, la disciplina del fondo patrimoniale o quella, più recente, degli atti di destinazione patrimoniale di cui all'art. 2645 *ter* cod. civ.).

---

\* Relazione al Convegno *FORUM GARANZIE – Le garanzie reali, personali e atipiche nell'erogazione e nella gestione del credito bancario*, organizzato da Paradigma, Milano, 19-20-21 marzo 2012.

# RELAZIONI A CONVEGNI

TRUST A SCOPO DI GARANZIA

Nell'ambito delle possibili insidie, eviterò di approfondire la delicata questione della natura dei diritti dei beneficiari del *trust* rispetto ai beni costituiti nel “*trust fund*” e ciò non soltanto in considerazione dei miei innegabili limiti, ma anche in ragione del fatto che la questione risulta tuttora dibattuta persino nella patria del *trust*.

D'altra parte la rilevanza pratica di tale indagine non appare essenziale ai fini del nostro discorso ed un approfondimento della tematica della “*dual ownership*” distinta in “*legal ownership*” e “*equitable ownership*”, rispettivamente in capo al *trustee* ed ai beneficiari, potrebbe essere fuorviante dal momento che il *trust* ha prosperato, assolvendo egregiamente i propri scopi, anche in ordinamenti che non conoscono l'*equity* (ad esempio il diritto scozzese e quello sudafricano, come hanno dimostrato recenti studi)<sup>1</sup>.

Possiamo allora convenire sul fatto che il *trust* può astrattamente convivere in un ordinamento di matrice romanistica e, per quanto più direttamente ci riguarda, lo può fare per effetto della ratifica da parte dell'Italia della Convenzione dell'Aja del 1985 sul riconoscimento dei *trusts*.

Più delicata, come è noto, è la questione relativa alla ammissibilità nel nostro ordinamento del c.d. “*trust interno*”, fattispecie caratterizzata dal fatto che tutti gli elementi soggettivi ed oggettivi del *trust* sono localizzati interamente (o prevalentemente) in Italia e l'unico elemento di estraneità è costituito dalla legge regolatrice del *trust*.

Coloro che sostengono l'opinione favorevole a contenere l'efficacia della Convenzione entro l'ambito del diritto internazionale privato, riconoscono una perfetta analogia tra le disposizioni dettate in materia di legge applicabile ed i criteri comunemente adottati dal legislatore internazionale privatistico, cosicché subordinano l'applicazione della Convenzione all'accertamento dell'esistenza di elementi di estraneità rispetto all'ordinamento preso a riferimento.

I sostenitori della tesi contraria, invece, pur ammettendo la natura internazionalprivatistica della Convenzione, ritengono che la stessa permetta il riconoscimento di un *trust* i cui elementi siano tutti connessi all'ordinamento interno, a condizione che la legge regolatrice scelta appartenga ad un ordinamento straniero che disciplini al suo interno l'istituto del *trust*. La legge regolatrice scelta dalle parti, in applicazione dell'art. 6 della Convenzione, costituirebbe pertanto l'unico elemento di estraneità sufficiente a giustificare l'applicazione della Convenzione stessa (ed il

# RELAZIONI A CONVEGNI

TRUST A SCOPO DI GARANZIA

conseguente riconoscimento del *trust* interno). La giurisprudenza, pur essendo ormai favorevole alla compatibilità del *trust* con il nostro ordinamento, in relazione al *trust* interno, è più incerta; tuttavia appare prevalente la tesi favorevole al riconoscimento del pieno valore di quest'istituto. Si è infatti sostenuto che il *trust* interno non è invalido di per sé ma solamente per un eventuale contrasto con norme inderogabili o di applicazione necessaria o di ordine pubblico.

Anche il Consiglio Nazionale del Notariato, con un documento approvato il 10 febbraio 2006, si è espresso sostanzialmente per l'ammissibilità del *trust* "interno", ma la questione non può ritenersi sopita permanendo dubbi (per la verità più in dottrina che in giurisprudenza) sulla compatibilità di esso con il principio della garanzia patrimoniale generica offerta ai creditori ex art. 2740 cod. civ., che vieterebbe all'autonomia privata di perseguire gli effetti della segregazione patrimoniale tipica del *trust*.

Non è evidentemente possibile approfondire in questa sede la delicata questione che riguarda la possibilità o meno per l'autonomia privata di prevedere la creazione di meccanismi negoziali idonei a conseguire il risultato della creazione di patrimoni separati riconducibili ad un medesimo soggetto che possono avere per effetto, se non per oggetto, una limitazione della responsabilità patrimoniale generale di cui all'art. 2740 cod. civ.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Particolarmente interessante in proposito è il lavoro di A. REALI, *Un modello di trust conforme all'ordinamento italiano: il trust senza equity*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2011, 161 ss.

<sup>2</sup> In argomento, per una decisa presa di posizione in favore del superamento del divieto per l'autonomia privata di costituire patrimoni separati v. A. GAMBARO, voce *Trusts*, in *Dig. discipl. Priv. Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 460 ss., secondo il quale "non pare che siano invocabili norme come l'art. 2740 c.c. per sostenere l'esistenza di un principio generale in base al quale si fa divieto all'autonomia privata di conseguire la creazione di patrimoni separati. In primo luogo perché la portata effettiva della norma citata dipende dal contesto normativo e non prevale su di esso; in secondo luogo perché dopo l'introduzione nel nostro sistema delle *Sim* ed *Eurosim*, dei fondi pensione, della società unipersonale, invocare la lettura tradizionale dell'art. 2740 c.c. come fonte di un principio di ordine pubblico appare persino un poco ridicolo. Tra l'atto di autonomia privata che serve a dar vita a una società unipersonale e l'atto di autonomia privata che serve a trasferire irrevocabilmente un insieme di beni ad un trustee, l'art. 2740 c.c. non serve ad istituire alcuna sensata differenza".

Sostanzialmente nello stesso senso v. S. PATTI, *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645 ter c.c.*, in *Vita Not.*, 2006, 990, secondo il quale: "il sistema introdotto dall'art. 2645 ter c.c., che consente la costituzione del vincolo di destinazione con un generico richiamo all'art. 1322 secondo comma c.c., fa ritenere che sia stata definitivamente aperta la porta del nostro ordinamento ai più disparati vincoli di destinazione creati dall'autonomia privata, senza pretendere che gli interessi sottesi siano già selezionati come meritevoli di riconoscimento attraverso una norma positiva ovvero attraverso un predeterminato criterio di selezione degli stessi. Si può pertanto affermare che la riserva di legge prevista dal secondo comma dell'art. 2740 c.c., peraltro già ampiamente derogata da innumerevoli leggi speciali, è stata definitivamente svuotata di significato dall'art. 2645 ter c.c. che, con il riconoscimento del vincolo di destinazione, ha provocato un effetto sterilizzante del generale principio di responsabilità patrimoniale ex art. 2740 c.c."

Recentemente per un approfondimento del tema relativo ai limiti dell'autonomia privata nella materia



# RELAZIONI A CONVEGNI

TRUST A SCOPO DI GARANZIA

Credo tuttavia che la questione debba essere riconsiderata alla luce di un quadro più generale nell'ambito del quale, come è noto, sia a livello interno che a livello comunitario, il problema di una regolamentazione dei rapporti fiduciari e più in generale della creazione di patrimoni “*separati*” è all'ordine del giorno.

Mi riferisco alle disposizioni della nostra legge comunitaria del 2010 sulla delega concernente la regolamentazione del contratto di fiducia (recentemente soppressa ma sostituita da una analoga iniziativa parlamentare della quale si dirà nel prosieguo) e al progetto di direttiva comunitaria per la creazione di patrimoni separati, senza dimenticare peraltro il dibattito sugli atti di destinazione di cui all'art. 2645 *ter* cod. civ., di relativamente recente introduzione.

Un insieme di iniziative, progettate o attuate, che rende evidente la necessità di guardare con una diversa prospettiva gli ostacoli che – sino a non molto tempo addietro – si ritenevano insuperabili dall'autonomia privata.

## 2. *Il trust a scopo di garanzia : ammissibilità ed applicazioni.*

Una delle principali caratteristiche del *trust*, come è risaputo, è la sua estrema flessibilità, che lo rende idoneo a perseguire scopi del tutto eterogenei (ed è significativo rilevare, in proposito, che una descrizione della natura e delle applicazioni più comuni del *trust* ne ha individuato ben 26 diversi usi operativi)<sup>3</sup>.

Questa caratteristica duttilità dello strumento ne evidenzia la “unicità” nel panorama dei sistemi giuridici (come ha cura di sottolineare il preambolo alla Convenzione dell'Aja del 1985, enfatizzando sotto questo profilo l'orgoglio britannico per averlo inventato) e lo rende certamente idoneo, tra l'altro, a svolgere la funzione di garanzia atipica.

Sono note, in proposito, le utilizzazioni del *trust* con scopo di garanzia nell'ambito delle operazioni finanziarie internazionali, anche con riferimento a complesse iniziative di *project financing* in cui i flussi di cassa della società di progetto confluiscono in un *trust* a (servizio e) garanzia del debito contratto con i finanziatori. In

---

considerata v. G. SICCHERO, *I patti sulla responsabilità patrimoniale* (art. 2740 c.c.), in *Contratto e Impresa*, 2012, 91 ss.

<sup>3</sup> Ne riferisce A. REALI, *op. cit.*, 165 (nt. 17), richiamando W. F. FRATCHER in *International Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. VI, 1973, p. 3 ss.

# RELAZIONI A CONVEGNI

## TRUST A SCOPO DI GARANZIA

queste ipotesi, peraltro, l'intero complesso negoziale si muove nell'ambito del commercio internazionale, secondo regole proprie o attinte dall'esperienza anglosassone, assai diverse, anche con riguardo alla disciplina delle garanzie, da quelle applicabili secondo il nostro ordinamento.

Non è quindi possibile guardare alle vicende sopra menzionate per trarre argomenti in favore della utilizzabilità del *trust* a scopo di garanzia nell'ambito di vicende domestiche.

L'ammissibilità di un *trust* interno a scopo di garanzia è tuttavia oggi tendenzialmente riconosciuta, come si è visto in precedenza, sia in dottrina che in giurisprudenza, nei limiti posti dai principî generali, a condizione che la legge regolatrice del *trust* (necessariamente diversa da quella italiana) riconosca quella tipologia di *trust*.

Gli esempi concreti, scrutinati positivamente dalla giurisprudenza, non mancano, dal *trust* a garanzia della restituzione di un prestito obbligazionario a quello a favore dei creditori dell'impresa in crisi (quest'ultimo aspetto, che coinvolge la disciplina dell'insolvenza e pone delicate questioni, sarà approfondito nel prosieguo).

Non è difficile individuare le ragioni che, in astratto, inducono il finanziatore a preferire il *trust* a scopo di garanzia alle tradizionali forme di garanzia conosciute dal nostro ordinamento.

La *vis attractiva* del *trust*, nella materia considerata, deriva, ancora una volta, dalla sua estrema duttilità: sia con riferimento all'oggetto della garanzia (nel *trust*, infatti, possono confluire immobili, mobili, crediti, beni immateriali e così via), sia con riferimento alle (minori) formalità necessarie per la costituzione della garanzia e, specialmente, per la sua realizzazione.

Gli innegabili vantaggi competitivi del *trust* a scopo di garanzia rispetto alle garanzie tradizionali, peraltro, scontano gli effetti della (apparente) rigidità del sistema codicistico in tema di garanzia patrimoniale, di *par condicio creditorum*, di privilegi e di altre cause legittime di prelazione (pegno, ipoteca) nonché di divieto di patto commissorio.

Il primo aspetto, relativo alla creazione di un patrimonio separato in capo al *trustee* e finalizzato allo scopo (di garanzia di determinati creditori), deve misurarsi con il principio, ancora recentemente ricordato dalla Suprema Corte (Cass. 28 aprile 2004 n. 8090), secondo cui la separazione patrimoniale è uno strumento eccezionale, di cui soltanto la legge può disporre, essendo diretto ad interrompere la normale

# RELAZIONI A CONVEGNI

TRUST A SCOPO DI GARANZIA

corrispondenza tra soggettività ed unicità del patrimonio, per destinare una parte di questo al soddisfacimento di alcuni creditori.

In questa prospettiva soltanto il riconoscimento dell'effetto segregativo del *trust* rispetto al residuo patrimonio del *trustee*, derivante dalla ratifica della Convenzione dell'Aja da parte del nostro legislatore, sembra in grado legittimare il *trust* a scopo di garanzia, disciplinato naturalmente da una legge che riconosca tale tipologia di *trust*.

In altri termini, l'effetto della separazione patrimoniale dei beni conferiti nel *trust* a scopo di garanzia rispetto al (residuo) patrimonio del *trustee* (ma anche del debitore) deriverebbe non già da un atto dell'autonomia privata, ma dalla legge regolatrice del *trust* e dei suoi effetti: solo così si supererebbe il divieto di limitazione convenzionale della responsabilità patrimoniale (salvo, beninteso, l'assenso del creditore pregiudicato da tale limitazione).

Per quanto concerne la *par condicio creditorum*, occorre considerare che il principio in essa enunciato è relativo, nel senso che è destinato ad operare inderogabilmente solo nell'ambito dell'insolvenza dell'imprenditore commerciale, mentre può subire deroghe, al di fuori dell'esecuzione concorsuale, sia per iniziativa del debitore (che può preferire un creditore ad un altro, pregiudicando quest'ultimo), sia ad iniziativa del creditore (che può non intervenire tempestivamente nell'esecuzione forzata a carico del debitore, promossa da altri).

Ed in effetti l'art. 15 lett. e) della Convenzione dell'Aja ha cura di precisare che la Convenzione non impedisce che operino le norme di applicazione necessaria dell'ordinamento in cui il *trust* è riconosciuto, quando si tratti della "*protezione dei creditori in casi di insolvenza*" e quindi, in Italia, con riferimento alle procedure concorsuali (a seguito della disciplina dell'insolvenza "*civile*" introdotta con legge n. 3/2012 si potrà forse ritenere che la protezione operi anche in tale nuova ipotesi).

Sotto diverso profilo, la separazione dei beni confluiti nel *trust* a scopo di garanzia sia dal patrimonio del disponente (debitore o terzo garante) sia dal patrimonio del *trustee* ha certamente l'effetto (indiretto) di privilegiare il soddisfacimento, con i beni in *trust*, del debitore garantito, ma, una volta ammessa la separazione, esclude che si abbia una violazione della tipicità delle cause di prelazione, anche sotto forma del loro aggiramento dal momento che il programma destinatorio è di natura obbligatoria e non attribuisce alcun diritto reale (nemmeno di garanzia) sui beni costituiti in *trust* in favore dei beneficiari, almeno nel senso fatto proprio dagli ordinamenti di matrice romanistica.

# RELAZIONI A CONVEGNI

TRUST A SCOPO DI GARANZIA

A riprova di quanto appena rilevato in merito alla diversa configurazione dei diritti dei beneficiari basti considerare che è consueta, nell'ambito di *trust* a scopo di garanzia, la nomina di un *protector* (guardiano) nell'interesse dei beneficiari, dotato di poteri di intervento e veto nei confronti del *trustee*.

Le considerazioni che precedono permettono di introdurre il discorso relativo ad uno degli aspetti cruciali della questione sull'ammissibilità nel nostro ordinamento del *trust* a scopo di garanzia.

Più precisamente, si tratta della compatibilità di quest'ultimo con il divieto di patto commissorio di cui all'art. 2744 cod. civ.

E' noto, in proposito, che l'interpretazione giurisprudenziale del divieto di patto commissorio tende a colpire, anche al di là del dato testuale della norma, qualsiasi negozio – diretto o indiretto – che abbia per effetto la perdita della proprietà del bene in caso di inadempimento del debitore.

La fattispecie del *trust* a scopo di garanzia, peraltro, non sembra confliggere con il divieto di patto commissorio in quanto essa non realizza, nella sua configurazione tipica, la condotta vietata.

Da un lato, infatti, la proprietà del bene viene trasferita non al creditore, ma ad un terzo e, da altro lato, il terzo (*trustee*) ha normalmente il compito, in caso di inadempimento del debitore, di realizzare (a valore di mercato) i beni confluiti nel *trust* a garanzia, di soddisfare il creditore garantito e di rimettere l'eventuale residuo attivo al debitore.

In questa prospettiva si realizzerebbero gli effetti del c.d. *patto marciano*, da sempre ritenuto lecito in quanto non consente alcun approfittamento del creditore per l'ipotesi di inadempimento.

Nell'ambito di un recente studio in materia si è ben delineato il perimetro della compatibilità del *trust* a scopo di garanzia con il divieto di patto commissorio, sottolineando le diversità ontologiche tra le due fattispecie, a partire dal trasferimento della proprietà dei beni oggetto di garanzia, che nell'uno avviene in favore di un terzo, accompagnato da un programma destinatorio e, nell'altro, pur nella variabilità delle singole vicende, determina invece il trasferimento della proprietà in capo al creditore a scopo di garanzia<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Per un opportuno approfondimento v. A. DILANDRO, *Trust tra garanzie atipiche e divieto di patto commissorio*, in *Trust & A.F.*, 2010, 353 ss.

# RELAZIONI A CONVEGNI

TRUST A SCOPO DI GARANZIA

### 3. *La competitività del trust a scopo di garanzia rispetto alle garanzie tradizionali (con un cenno al pegno rotativo e alle garanzie finanziarie).*

Le pur sintetiche considerazioni in precedenza svolte in ordine alle caratteristiche del *trust* con funzione di garanzia sembrano sufficienti, già in astratto, a giustificare la competitività rispetto alle garanzie tradizionali, anche di natura reale, che assolvono la funzione di assicurare il soddisfacimento delle obbligazioni pecuniarie.

Ma un confronto più ravvicinato, sul piano concreto, risulta assai utile a supportare tale constatazione.

Nella visione codicistica le garanzie reali (pegno, ipoteca) sono caratterizzate, tra l'altro, da un particolare formalismo sia nella fase della costituzione della garanzia, sia nella fase della sua realizzazione. Anche l'amministrazione del bene oggetto della garanzia si caratterizza per la sua sostanziale staticità, alla quale si accompagnano le limitazioni all'uso della cosa data in pegno e le modeste tutele offerte al creditore ipotecario nell'ipotesi di pericolo di perimento o deterioramento del bene ipotecato (l'art. 2813 cod. civ., infatti, prevede il ricorso all'autorità giudiziaria, i cui tempi di reazione sono oggi notoriamente incompatibili con una efficace tutela).

Anche i limiti temporali della prelazione rispetto agli interessi convenzionali maturati sul credito garantito (artt. 2788 e 2855 cod. civ.), comunque ancorati all'iniziativa esecutiva, evidenziano la criticità del sistema in relazione al tempo in cui la garanzia potrà essere realizzata (con particolare riferimento, in questa ipotesi, alla realizzazione della garanzia ipotecaria caratterizzata nei fatti da una defatigante lentezza).

Preveggo, a proposito delle considerazioni che precedono, le obiezioni che possono essere mosse specialmente in relazione al pegno di strumenti finanziari e più in generale alle garanzie finanziarie.

E' noto, con riferimento al pegno di titoli di stato caratterizzati da una breve durata, il percorso che ha portato a riconoscere la validità del patto c.d. di "*pegno rotativo*" che consente la sostituibilità nel tempo dell'oggetto della garanzia senza la perdita del diritto di prelazione sin dalla sua originaria costituzione (v. da ultimo Cass. 1526/2010).

Non mi soffermo sull'argomento se non per constatare che la giurisprudenza di legittimità, pur ammettendo la c.d. "*clausola di rotatività*", ribadisce il carattere reale del contratto di pegno, convenendo che con riferimento ai titoli dematerializzati lo spossessamento possa avere luogo con una tecnica alternativa, ma funzionalmente

# RELAZIONI A CONVEGNI

TRUST A SCOPO DI GARANZIA

equivalente, costituita dalla scritturazione - registrazione del vincolo ex art. 87 T.U.F. e 34 D.Lg.vo 213/2004<sup>5</sup>.

Per quanto concerne la disciplina dei contratti di garanzia finanziaria di cui al D. Lg.vo 21 maggio 2004 n. 170 come modificato, da ultimo, dal D. Lg.vo 24 marzo 2011 n. 48, mi limito ad osservare che le indubbe innovazioni, facilitative sia della costituzione che della realizzazione della prelazione pignorizia in uno con l'espressa previsione della rotatività della garanzia e della non operatività del divieto di patto commissorio al trasferimento a scopo di garanzia dello strumento finanziario (aspetti sui quali non posso soffermarmi per non esorbitare dal tema indagato in via principale) rendono obiettivamente molto interessante il ricorso a tale forma di tutela del credito, ove sussistano le condizioni soggettive ed oggettive di applicabilità<sup>6</sup>.

Con riferimento all'ipoteca può farsi cenno al dibattito a livello europeo in ordine al possibile superamento della accessorietà di essa rispetto al debito garantito ed alla ipotizzabilità di una ipoteca "ricaricabile" sulla scorta della recente legislazione francese in tema di garanzie reali (introdotta nel 2006), dovendosi peraltro constatare che nel nostro ordinamento, allo stato attuale, non sembra possibile giungere in via interpretativa ad un risultato analogo<sup>7</sup>.

Senza nulla togliere alla importanza, anche sul piano pratico, delle novità che si debbono registrare in materia di garanzie reali *mobiliari*, nel senso in precedenza sinteticamente illustrato, non vi è dubbio che il nostro sistema tradizionale in tema di garanzie reali si connota tuttora per talune rigidità e persistenti formalismi che incidono negativamente nell'approccio comparativo con altri ordinamenti (specialmente di *common law*) che consentono una più ampia flessibilità in materia di garanzia sui beni aziendali.

Deve riconoscersi, per la verità, che anche il nostro legislatore è intervenuto in tema di cause legittime di prelazione sui beni aziendali a tutela di finanziamenti a medio e lungo termine alle imprese, prevedendo il *privilegio speciale* su impianti e opere esistenti e futuri, concessioni e beni strumentali, materie prime, scorte, beni acquistati

<sup>5</sup> V. ad esempio Cass. 27 ottobre 2006 n. 23268 in B.B.T.C., 2008, II, 308 con note di A.M. AZZARO e N. DE LUCA; in generale sull'argomento v. M. CALLEGARI, *Il pegno sui titoli dematerializzati*, Milano, 2004, *passim* e spec. 186-187

<sup>6</sup> Per un interessante panorama in argomento v. A. BLANDINI, *Note minime sulle novelle in materia di garanzie bancarie*, in B.B.T.C., 2011, I, 572 ss.

<sup>7</sup> Per un approfondimento del tema v. A. FUSARO, *Variazioni in tema di garanzie autonome*, in B.B.T.C., 2011, I, 665 ss.; ID., *Le linee di tendenza del diritto europeo dell'ipoteca: Euroipoteca e ipoteca ricaricabile*, in B.B.T.C., 2009, I, 560 ss.

# RELAZIONI A CONVEGNI

## TRUST A SCOPO DI GARANZIA

con il finanziamento, crediti anche futuri derivanti dalla vendita dei beni precedentemente indicati (art. 46 *Testo Unico Bancario* del 1993).

A tutto avuto riguardo, tuttavia, il vantaggio competitivo del *trust* a scopo di garanzia rispetto alle garanzie tradizionali resta immutato.

L'effetto segregativo che connota i beni conferiti al *trust*, dal quale consegue l'indifferenza rispetto a tali beni delle vicende che interessano tanto il patrimonio del debitore, quanto quello del *trustee*, resta ineguagliabile dagli ordinari strumenti di garanzia.

Basti pensare al fatto che la sussistenza di una causa legittima di prelazione (privilegi, pegno, ipoteca) non impedisce l'aggressione da parte di altri creditori del bene oggetto della garanzia, fermo restando ovviamente il diritto del creditore munito di prelazione di essere preferito, salve le eccezioni di legge, in sede di distribuzione nell'ambito dell'esecuzione forzata. Ma in quest'ultima ipotesi il danno (o, se si vuole, il rischio) per il creditore munito di prelazione è da un lato l'arresto della operazione finanziaria garantita e, dall'altro, quello di non poter determinare né l'*an* né il *quomodo* dell'esecuzione sul bene in garanzia, dovendo soggiacere alle iniziative di altri creditori.

Ancora, nell'ambito delle garanzie tradizionali la possibilità di consentire la gestione dinamica dei beni offerti in garanzia, attraverso la loro trasformazione e/o sostituzione, è molto limitata e corrisponde alle ipotesi di surrogazione reale consentite dall'ordinamento (*pegno rotativo*, trasformazione delle garanzie finanziarie, privilegio speciale ex art. 46 T.U.B. nei limiti della loro operatività e gli altri rari specifici casi di legge).

Nell'ambito del *trust* a scopo di garanzia, invece, il vincolo si trasferisce *naturalmente* sui beni oggetto di trasformazione a seguito della gestione del *trustee* nonché sulle somme rivenienti dalla loro alienazione, senza alcuna formalità.

Sotto un diverso profilo, inoltre, l'utilizzazione del *trust* a scopo di garanzia può rendere più agevole l'ingresso di nuovi finanziatori o la sostituzione di taluni di essi senza dover ricorrere a complessi meccanismi (di incerta efficacia) per assicurare – se necessario – la parità di trattamento tra tutti i finanziatori.

Un complesso di ragioni, dunque, militano in favore della utilizzazione del *trust* a scopo di garanzia e tuttavia non può ipotizzarsi un massiccio ricorso a tale strumento per un duplice ordine di considerazioni: da un lato gli oneri connessi all'attività del *trustee* e la difficile decifrazione dell'imposizione fiscale (della quale si farà cenno in seguito e che può rendere rischioso l'utilizzo dello strumento) e, da altro lato, la ancora poco diffusa familiarità con il complesso fenomeno del *trust* da parte degli operatori

# RELAZIONI A CONVEGNI

TRUST A SCOPO DI GARANZIA

non qualificati, che preferiscono muoversi – nella materia considerata – sul terreno (apparentemente) meno insidioso delle garanzie tradizionali.

#### **4. *Trust a scopo di garanzia e procedure concorsuali: gli incerti confini della sua ammissibilità e le iniziative revocatorie.***

L'utilizzazione del *trust* nell'ambito delle crisi di impresa (temporanea o definitiva) anche ove essa sfoci nella insolvenza si inserisce nel più ampio quadro di indagine relativo alle soluzioni negoziali ammissibili in questo settore dell'ordinamento.

La gestione negoziata delle situazioni di crisi aziendale, siano esse potenzialmente destinate a sfociare nell'insolvenza o già ascrivibili alla fattispecie “*insolvenza*” di cui all'art. 5 legge fall., costituisce - non solo in Italia – la nuova frontiera del diritto concorsuale.

Sulla base della diffusa constatazione che la procedura fallimentare, pervasa dall'intervento della giurisdizione, mortifica le (residue) opportunità di ripresa dell'attività imprenditoriale e costituisce al contempo – in ragione della sua eccessiva durata – un ostacolo alla competitività, il legislatore della riforma del 2006 ha ridisegnato la procedura di concordato preventivo ed ha altresì individuato nuovi strumenti idonei a gestire la crisi dell'impresa ed alternativi alla procedura fallimentare.

L'obiettivo dichiarato della riforma è stato quello di ricondurre - per quanto possibile – la gestione della crisi d'impresa nell'ambito dell'autonomia privata, riducendo correlativamente gli spazi di intervento pubblicistico, attraverso la giurisdizione<sup>8</sup>.

Si è trattato di un lungo percorso che ha preso le mosse dalla constatazione di una diffusa prassi che a partire dagli anni '80 del secolo scorso aveva individuato negli accordi con il sistema bancario lo strumento privilegiato per la soluzione negoziata della crisi di imprese di notevoli dimensioni, e nel contempo aveva evidenziato diffuse criticità principalmente addebitabili alla mancanza di un quadro di riferimento normativo idoneo a scongiurare il rischio, in caso di insuccesso del piano di

---

<sup>8</sup> Per un'analisi della riforma e delle sue linee essenziali v. A. JORIO, “*Le linee generali della riforma ... riformata*”, in “*Il fallimento ... atto terzo: primi spunti di dottrina e giurisprudenza*”, a cura di L. PANZANI, 2008, pag. 13. G. MINUTOLI, “*L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito*” in “*Il Fallimento*”, 2008, pag. 1047.



# RELAZIONI A CONVEGNI

TRUST A SCOPO DI GARANZIA

risanamento, di rilevanti conseguenze penali (ricorso abusivo al credito, distrazione) e civili (revocatoria di atti disposizione patrimoniale).

Ma il più grande ostacolo che si contrapponeva alla percorribilità di accordi finalizzati a rimuovere lo stato di insolvenza di una impresa era costituito dalla diffusa opinione che predicava *l'indisponibilità dell'insolvenza*.

Per la verità a partire dagli anni '90 del secolo scorso il fronte compatto che negava la possibilità di una rimozione dello stato di insolvenza attraverso strumenti negoziali si era incrinato, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza<sup>9</sup>.

La riforma, accentuando la "*privatizzazione*" della gestione della crisi d'impresa attraverso il negoziato tra il debitore e i creditori (anche una parte di essi) finalizzato a ricercare la migliore soluzione possibile del dissesto, consente – secondo la maggioranza degli interpreti – di ritenere superata la questione della (presunta) indisponibilità dell'insolvenza, anche se non mancano autorevoli inviti a considerare con prudenza la materia, che si presta a possibili distorsioni a danno della *par condicio creditorium*.

In questa prospettiva il dibattito si sposta su un altro piano, quello dei limiti dell'autonomia privata in una materia che *in re ipsa* coinvolge rilevanti profili di ordine pubblico economico e dei confini da assegnare all'intervento dell'autorità giudiziaria.

Nel contesto così delineato il *trust* può assolvere diverse funzioni che variano dal *trust liquidatorio* delle attività dell'impresa in crisi, al *trust protettivo* degli interessi dei creditori in attesa dell'accesso ad una procedura concorsuale, al *trust a garanzia* dell'adempimento di un accordo di ristrutturazione ex art. 182 *bis* L.F. o di un concordato (preventivo o fallimentare) sino al *trust* post chiusura della procedura concorsuale.

Non è possibile in questa sede approfondire compiutamente tutte le delicate questioni che necessariamente si pongono in relazione a ciascuna tipologia di *trust* in precedenza menzionata.

E' allora opportuno cercare di individuare, con l'ausilio delle numerose pronunce che nell'ultimo decennio hanno affrontato il tema, la linea di tendenza che si sta affermando.

Dall'esame casistico un dato sembra emergere con un elevato grado di stabilità: l'utilizzazione del *trust* nell'ambito della crisi di impresa non è in sé incompatibile con

# RELAZIONI A CONVEGNI

TRUST A SCOPO DI GARANZIA

principi inderogabili dell'ordinamento, ma può diventarlo in ragione della concreta finalità perseguita e lo diviene certamente quando il *trust* si configuri come strumento elusivo della disciplina concorsuale dell'insolvenza.

E' interessante, in proposito, una pronuncia del Tribunale di Milano (Sez. I, ordinanza 16 giugno 2009) nella quale si evidenzia da un lato l'ammissibilità del c.d. *trust* interno (anche nella forma del *trust* autodichiarato) a scopo liquidatorio a tutela della massa dei creditori ma, da altro lato, si precisa che tale validità presuppone che al momento della costituzione del *trust* l'impresa fosse *in bonis* e comunque che l'effetto segretativo non può sopravvivere alla declaratoria di fallimento perché impedirebbe la liquidazione concorsuale, di matrice pubblicistica, imposta dalla legge (in senso sostanzialmente analogo v. App. Milano, Sez. IV, 29 ottobre 2009).

In questa prospettiva, peraltro, dovrebbe ritenersi legittimo un *trust* liquidatorio che prevedesse, nell'ipotesi dell'accesso dell'impresa ad una procedura concorsuale, la cessazione del *trust* e la consegna delle attività al soggetto designato dal tribunale (curatore o, in ipotesi di concordato, liquidatore giudiziale).

Minori criticità dovrebbero poi rinvenirsi con riferimento ad un *trust* che abbia come finalità la protezione delle attività dell'impresa dalle singole iniziative esecutive dei creditori, nella prospettiva di non consentire alterazioni della *par condicio creditorum* e con l'effetto di anticipare – nell'interesse di tutti i creditori – la cristallizzazione della massa attiva.

Uno spunto in questa direzione proviene, ancora una volta, dalla giurisprudenza milanese la quale ha recentemente adottato – in sede di istruttoria prefallimentare – un provvedimento volto ad ordinare l'istituzione di un *trust* destinando le somme pignorate dai singoli creditori a garanzia dei diritti della massa (Trib. Milano, Sez. Fall., 25 marzo 2010, in *Dir. Fall.*, 2010, II, 552, con nota di V. GRECO, *Il trust ordinato dal Tribunale per conservare l'impresa e/o i suoi valori*).

E' evidente la delicatezza della questione connessa alla conservazione dell'impresa ed alla protezione dell'attivo patrimoniale da iniziative cautelari e/o esecutive di singoli creditori dal momento in cui si esteriorizza la crisi a quello in cui si accede ad una procedura concorsuale diversa dal fallimento.

In ipotesi di fallimento, infatti, da un lato opereranno eventualmente i rimedi revocatori rispetto alle cause di prelazione acquisite all'ultimo momento utile (ad esempio attraverso l'ipoteca giudiziale) e, dall'altro, il Tribunale ha la possibilità, in

---

<sup>9</sup> Per una lucida disamina del problema v. L. ROVELLI, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la*

# RELAZIONI A CONVEGNI

TRUST A SCOPO DI GARANZIA

sede di istruttoria prefallimentare, di adottare i più opportuni provvedimenti a tutela della conservazione dell'impresa (art. 15, nuovo testo, legge fall.).

Una forma di tutela, sia pure limitata nel tempo, è stata recentemente introdotta in materia di accordi di ristrutturazione ex art. 182 *bis* legge fall.

Ma nulla è previsto con riferimento all'ipotesi in cui si intenda fare ricorso alla procedura di concordato preventivo.

In questo caso è possibile che i creditori più avveduti riescano a munirsi di ipoteche giudiziali, divenendo così privilegiati, senza che possa essere dichiarata l'inefficacia delle garanzie ex art. 67 legge fall.

L'esigenza di tutela in questi casi è così sentita che la prassi suggerisce il ricorso immediato alla procedura anche in assenza della necessaria documentazione, da prodursi poi nel termine assegnato dal Tribunale.

Un *trust* a scopo di garanzia (della *par condicio creditorum*) può costituire la più efficace risposta al vuoto normativo.

Anche l'utilizzazione del *trust* post fallimento, per l'assegnazione ai creditori concorsuali dei crediti fiscali e delle attività non monetizzabili nel corso della procedura, non sembra confliggere con il sistema ed in effetti non mancano provvedimenti giudiziari di autorizzazione in tal senso.

Nell'ambito degli accordi omologati di ristrutturazione dei debiti di impresa, di cui all'art. 182 *bis* e seguenti L.F., e del concordato preventivo o fallimentare non sembrano poi ravvisabili ostacoli alla utilizzazione del *trust* sia a garanzia dell'adempimento del piano di ristrutturazione o concordatario, sia a garanzia della nuova finanza erogata a servizio del piano.

Esaurita, nei sintetici termini che precedono, la rapida panoramica delle molteplici funzioni e delle più rilevanti criticità che si riconnettono all'utilizzazione del *trust* nell'ambito della crisi di impresa, è opportuno soffermarsi sulla interazione fra *trust* a scopo di garanzia e fallimento, nell'ottica della eventuale alterazione della *par condicio creditorum*.

Si era già avvertito, in proposito, della delicatezza della questione a fronte della (successiva) insolvenza dell'imprenditore disponente dei beni in *trust*.

Il profilo che occorre qui indagare concerne, in particolare, l'efficacia degli atti dispositivi con i quali i beni sono conferiti nel *trust* rispetto alla posizione giuridica soggettiva dei creditori del disponente.

---

*tutela creditoria*, in *Il Fall.*, 2009, 1029 ss., spec. 1033-34.

# RELAZIONI A CONVEGNI

TRUST A SCOPO DI GARANZIA

Si tratta, in altri termini, di verificare se tali atti di disposizione possano o meno formare oggetto di iniziative revocatorie da parte dei creditori che assumono di vedere pregiudicata la propria pretesa creditoria in conseguenza della sottrazione dei beni del debitore alla garanzia generica di cui all'art. 2740 cod. civ.

In questa prospettiva rilevano naturalmente sia l'azione revocatoria ordinaria sia, con riferimento all'imprenditore insolvente, le specifiche norme dettate dalla legge fallimentare in tema di inefficacia degli atti compiuti dal fallito.

Qualsiasi indagine in materia di validità, opponibilità ed efficacia degli atti attraverso i quali determinati beni vengano trasferiti al *trustee*, confluendo così nel patrimonio separato da questi amministrato per il perseguimento dello scopo del *trust* o nell'interesse dei beneficiari di esso, non può prescindere dalla constatazione che la Convenzione sul riconoscimento dei *trust* non è una convenzione di diritto materiale uniforme, almeno non nel senso tradizionale del termine.

Più precisamente essa regola la validità e gli effetti del *trust*, rinviando a tal fine alla legge scelta con l'atto istitutivo, ma lascia impregiudicate le questioni preliminari relative alla "*validità dei testamenti o di altri atti giuridici in virtù dei quali dei beni sono trasferiti al trustee*" (art. 4 Conv.).

Come è stato esattamente osservato ciò significa che tali questioni preliminari sono regolate dalla legge individuata dalle norme di diritto internazionale privato dello Stato del giudice adito e conseguentemente, nell'ipotesi qui considerata di *trust* interno il cui unico elemento di estraneità sia costituito dalla legge regolatrice (necessariamente straniera, di uno Stato di cui leggi disciplinino i *trusts*), dalla legge italiana<sup>10</sup>.

Dalle considerazioni che precedono discende che tanto la validità dell'atto istitutivo del *trust* interno, quanto e soprattutto l'efficacia dell'atto traslativo con il quale i beni sono trasferiti al *trustee* sono regolati dalla legge italiana.

Se riguardati sotto il profilo revocatorio, tuttavia, i due atti si atteggiavano diversamente: il primo, atto istitutivo del *trust*, è in sé neutro, in quanto sprovvisto della capacità di incidere negativamente sulla generica garanzia patrimoniale; il secondo, atto negoziale di trasferimento dei beni al *trustee*, è invece astrattamente suscettibile di recare pregiudizio alle ragioni dei creditori del disponente.

E' pertanto con esclusivo riferimento all'atto traslativo del bene del disponente al *trustee* che appare corretto argomentare in termini di revocabilità.

---

<sup>10</sup> In questo senso v. A. DIMUNDO, *Sequestro conservativo e azione revocatoria ordinaria del conferimento di beni in trust interno*, in *Profili del trust nelle procedure concorsuali*, Appendice al fasc. 6 de *Il Fallimento*, 2010, 20 ss.

# RELAZIONI A CONVEGNI

TRUST A SCOPO DI GARANZIA

In questa prospettiva, come già si è accennato, può ipotizzarsi l'esercizio di azioni revocatorie ordinarie e fallimentari, ove sussistano i presupposti di legge (art. 2901 cod. civ., artt. 64-67 l.f.).

In effetti non mancano, nel panorama delle pronunce edite in materia, precedenti che hanno esplicitamente ammesso l'esercizio dell'azione revocatoria rispetto ad atti di trasferimento di beni al *trustee*, potenzialmente pregiudizievoli per le ragioni dei creditori del disponente<sup>11</sup>.

Ammessa la revocabilità dell'atto di trasferimento dei beni al *trustee*, peraltro, non tutti i problemi per un utile esercizio della relativa azione possono dirsi risolti.

Intanto, con riferimento certamente al *trust* a scopo di garanzia, ma ragionevolmente in relazione a molte altre fattispecie di *trust*, deve escludersi la gratuità dell'atto dispositivo o, più precisamente, la ricorrenza di una *causa di liberalità* : lo scopo pratico all'atto, e quindi la sua causa concreta, ne evidenzia la causa onerosa (nella specie, di garanzia).

Ai sensi dell'art. 2901, 2° comma, cod. civ., infatti, le prestazioni di garanzia, anche per debito altrui, sono considerati atti a titolo oneroso, quando sono contestuali al sorgere del debito garantito ed il principio è estensibile al sistema revocatorio fallimentare, essendo coerente con la natura intrinseca dell'atto (di prestazione di garanzia) il quale, nei confronti del soggetto erogatore di un finanziamento non può essere considerato gratuito perché in relazione di corrispettività con la contestuale erogazione del credito (v. ad es. Cass. 15 dicembre 2006 n. 26933).

Nell'ottica della revocatoria ordinaria, dunque, deve dimostrarsi la ricorrenza dei due presupposti dell'azione : l'*eventus damni* ed il *consilium fraudis*.

Se con riferimento al primo presupposto potrà farsi riferimento al consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui esso è soddisfatto anche dalla semplice maggior difficoltà della realizzazione del credito per effetto dell'atto di disposizione, la ricorrenza del secondo è di meno agevole dimostrazione.

Qui, infatti, si interseca la complessa fattispecie del *trust* ed il più rilevante problema che si pone riguarda la sfera soggettiva alla quale occorre riguardare per verificare la consapevolezza dell'effetto pregiudicante dell'atto rispetto alle posizioni dei creditori del disponente.

---

<sup>11</sup> A partire da Trib. Roma 20 giugno 2000 in *Giur. merito*, 2001, 935 alla quale possono aggiungersi Trib. Cassino 8 gennaio 2009 in *Trust & A.F.*, 2009, 419; Trib. Torino, 5 maggio 2009, *id.*, 2009, 92; Trib. Torino, Moncalieri, 15 giugno 2009; *id.*, 2010, 83; Trib. Alessandria, 24 novembre 2009 in *Il trust*, Dossier di Guida al Diritto, n. 7, 2011, 77.

# RELAZIONI A CONVEGNI

TRUST A SCOPO DI GARANZIA

La soluzione è tendenzialmente condizionata dalla fattispecie concreta, nel senso che dipende dalla tipologia di *trust* di cui si discute, ed è comunque complessa in funzione dell'assetto degli interessi rilevanti.

Se è vero, infatti, che destinatario dell'atto astrattamente depauperativo è il *trustee*, è altrettanto vero che questi è in posizione neutrale (per definizione) rispetto all'arricchimento conseguente all'atto dispositivo, che va invece a vantaggio del beneficiario o dello scopo del *trust*.

Una fattispecie complessa, dunque, nell'ambito della quale occorrerà individuare caso per caso il soggetto al quale addebitare la consapevolezza dell'effetto pregiudicante dell'atto dispositivo (ferma restando, ovviamente, la legittimazione passiva del *trustee* rispetto all'azione revocatoria, in quanto titolare del bene oggetto di tale azione).

Al di là della peculiarità della fattispecie, comunque, il dato certo con riguardo al *trust* a scopo di garanzia resta quello della soggezione a revocatoria dell'atto dispositivo del bene in funzione della garanzia, revocabilità soggetta alla legge italiana ove si tratti di *trust* interno.

In questa prospettiva, allora, il rapporto tra il *trust* a scopo di garanzia e le procedure concorsuali (ovvero con la garanzia patrimoniale generica ex art. 2740 cod. civ. ove non ricorra l'insolvenza dell'imprenditore) si rivela meno eversivo di quanto si è soliti immaginare, sussistendo in concreto la possibilità per i creditori potenzialmente pregiudicati di tutelare le proprie ragioni in condizioni non dissimili da quelle ordinarie.

Si conferma, in altri termini, la constatazione che il *trust*, anche nella sua configurazione di *trust* interno a scopo di garanzia, è un efficace strumento a disposizione dell'autonomia privata per perseguire interessi meritevoli di tutela ma non è in grado di superare le barriere che l'ordinamento erige per respingere manovre fraudolente o elusive di norme imperative.

## 5. *Trust e patrimoni destinati.*

Si è già avvertito, in precedenza, che non vi è unanimità di opinioni, specialmente in dottrina, in ordine alla ammissibilità nel nostro ordinamento del *trust* interno, nel quale tutti gli elementi caratterizzanti – ad eccezione della legge applicabile – sono localizzati nel nostro Paese.

Coloro che non ammettono la configurabilità del *trust* interno (definito icasticamente "*tricolore*") muovono da un presupposto in apparenza assai solido.

# RELAZIONI A CONVEGNI

TRUST A SCOPO DI GARANZIA

Si sostiene, infatti, che il principio della “unicità” del patrimonio, che non ammette la titolarità di più patrimoni in capo al medesimo soggetto, può essere derogato soltanto dalla legge, che in via eccezionale potrebbe disporre la separazione patrimoniale in capo ad un medesimo soggetto, destinando solo una parte del patrimonio al soddisfacimento di alcuni creditori (e, in questa prospettiva, alcuni spunti giurisdizionali confermerebbero tale assunto : cfr. la già citata Cass. 28 aprile 2004 n. 8090).

Ma il principio “*un soggetto-un patrimonio*” è molto meno solido di quanto possa apparire.

Lo stesso concetto giuridico di patrimonio è di difficile decifrazione, non essendo chiaro se esso abbia rilevanza autonoma o esprima, piuttosto, un concetto descrittivo dell’insieme dei beni connotati dalla appartenenza ad un medesimo soggetto.

Dal punto di vista economico, inoltre, il concetto di patrimonio descrive la relazione tra le attività e passività riconducibili ad un medesimo centro di imputazione, sicchè può argomentarsi in termini di “*patrimonio negativo*”, in cui le passività superano le attività.

Ma, al di là delle espressioni definitorie, la verifica sul piano concreto consente di rilevare situazioni nelle quali il principio “*un soggetto-un patrimonio*” entra in crisi.

Se guardiamo all’eredità beneficiata, ad esempio, non possiamo sfuggire all’alternativa di immaginare un patrimonio “*autonomo*”, non riferibile ad un soggetto persona fisica o entità dotata o meno di personalità giuridica, oppure un “*patrimonio separato*” che fa capo all’erede beneficiato.

E’ opinione diffusa, in proposito, quella che riconduce la fattispecie alla nozione di “*patrimonio separato*”, con la conseguenza che un medesimo soggetto (l’erede beneficiato) è titolare di due masse patrimoniali tra loro distinte ed autonome.

La separazione patrimoniale ha per effetto quello di sottrarre la massa separata alla garanzia generica in favore di tutti i creditori e di consentire solo a coloro che vantino una causa del credito collegata al patrimonio separato di soddisfarsi su di esso.

Essa, inoltre, è funzionale ad una specifica destinazione della massa separata e ne consente la realizzazione dello scopo.

Molteplici ulteriori esempi possono aggiungersi a dimostrazione del superamento del principio “*un soggetto-un patrimonio*” (dall’abrogato istituto della dote al recente patrimonio destinato ad uno specifico affare di cui all’art. 2447 *bis* cod.civ. sino all’atto di destinazione ex art. 2645 *ter* cod.civ.) e del resto già alla fine degli anni settanta del secolo scorso la giurisprudenza avvertiva come il divieto di

# RELAZIONI A CONVEGNI

TRUST A SCOPO DI GARANZIA

costituire patrimoni separati non potesse considerarsi di ordine pubblico, ferma restando la fonte legislativa della deroga (principio affermato con riferimento alla riconoscibilità in Italia delle *Anstalten* del Liechtenstein da Cass. 17 novembre 1979 n. 5977, in *Foro It.*, 1980, I, 1303).

Il problema non è allora quello relativo alla ammissibilità di “*patrimoni separati*” in capo ad un medesimo soggetto, ma quello, diverso, di individuare i limiti dell'autonomia privata alla formazione di essi.

Il sistema, infatti, è tendenzialmente informato al numero chiuso dei “*patrimoni separati*” via via previsti dalla legge, e potrebbe dubitarsi della facoltà per i privati di creare autonome fattispecie.

Ma la lettura dell'art. 2645<sup>ter</sup> cod.civ. induce a ritenere che il legislatore stia iniziando a percorrere una diversa strada, che amplia i confini dell'autonomia privata permettendo la creazione di “*patrimoni separati*” atipici.

Il dato è significativo perché indebolisce fortemente la tesi che predica l'ostracismo a forme di limitazione delle garanzie patrimoniali che non siano direttamente ascrivibili alla deroga di iniziativa legislativa menzionata all'art. 2740, secondo comma, cod.civ.

Assumendo, per semplicità espositiva, la ammissibilità nell'ambito del sistema della creazione di patrimoni separati (o, più precisamente, “*destinati*”) per effetto della introduzione nell'ordinamento dell'art. 2645 *ter* cod.civ., ne consegue – anche per questa via – la compatibilità del *trust* interno per effetto della sua riconoscibilità derivante dalla Convenzione più volte citata.

La comparazione degli effetti conseguenti alla creazione di patrimoni “*destinati*” secondo le regole interne (atto di destinazione ex art. 2645 *ter* cod.civ., patrimonio destinato ad uno specifico affare ex art. 2447 *bis* cod.civ.) con quelli del *trust* interno dimostra, anche sotto l'angolo visuale delle conseguenze della separazione patrimoniale, la diversità di quest'ultimo.

L'effetto separativo che si verifica con riguardo ai beni costituiti in *trust* discende dalla affermazione secondo cui tali beni non fanno parte del patrimonio del *trustee* e conseguentemente rispetto ad essi i creditori personali del *trustee* non possono vantare alcun diritto.

Si tratta, per esprimerci utilizzando categorie a noi più familiari, di una separazione patrimoniale *bilaterale* in cui vi è incomunicabilità tra le due masse patrimoniali, sicché i creditori dell'una non possono mai rivalersi, nemmeno in via sussidiaria, sull'altra.



# RELAZIONI A CONVEGNI

TRUST A SCOPO DI GARANZIA

Tanto nell'atto di destinazione ex art. 2645 *ter* cod.civ., quanto nel patrimonio destinato ad uno specifico affare, invece, i (soli) creditori della massa separata (o meglio, del patrimonio “*destinato*”) possono in via residuale aggredire il restante patrimonio del debitore, mentre non vale l'inverso a favore dei creditori “*generali*” (è il fenomeno della c.d. “*separazione unilaterale*”).

Anche sotto questo profilo, dunque, il *trust* manifesta la sua unicità.

## 6. Trust, Escrow Agreement e deposito in funzione di garanzia: le ragioni delle differenze.

L'esperienza dimostra l'utilizzazione di molteplici schemi negoziali (tipici ed atipici) per realizzare la funzione di garanzia del credito.

Nell'ambito del commercio internazionale (ma non esclusivamente con riferimento ad esso) è ad esempio diffusa la utilizzazione dell'*Escrow Agreement*, di matrice anglosassone, con il quale si persegue la funzione di garanzia dell'adempimento, eventualmente anche in forma specifica, attraverso il deposito di beni (normalmente denaro, titoli di credito o partecipazioni) presso un terzo indipendente che ne cura la custodia e provvede alla riconsegna, al verificarsi delle condizioni previste, al soggetto legittimato a riceverla sulla base delle pattuizioni tra le parti del rapporto garantito.

Molteplici sono le applicazioni pratiche di tale istituto (dal deposito del prezzo nelle compravendite internazionali al deposito cauzionale in senso stretto) e, con riferimento alle acquisizioni di partecipazioni societarie, può rilevarsi che l'*Escrow Agreement* è particolarmente diffuso, anche nelle operazioni che riguardano esclusivamente i soggetti italiani, quale forma di garanzia rispetto alle sopravvenienze passive o minusvalenze di attivo delle quali debba rispondere il venditore delle partecipazioni.

A questo scopo una parte del prezzo della compravendita delle partecipazioni viene versato dal venditore ad un terzo (normalmente una banca) che assume l'incarico di provvedere alla (custodia, eventualmente fruttifera, e) consegna in tutto o in parte al venditore o all'acquirente a seconda delle vicende che si verificheranno in un dato ambito temporale, sulla base di istruzioni congiunte o alternativamente a seguito della risoluzione delle eventuali controversie insorte tra le parti.

Funzioni sostanzialmente analoghe sono svolte, nel nostro ordinamento, dal *deposito a scopo di garanzia* (o “*fiduciario*”) di cui all'art. 1773 cod.civ.

# RELAZIONI A CONVEGNI

TRUST A SCOPO DI GARANZIA

Rileva a questo proposito la Relazione al codice civile che “*Si è ricondotto alla disciplina del deposito (art. 1773), anche il caso in cui, per assicurare l’adempimento di un’obbligazione o il ricupero di ciò che si intende prestare in adempimento dell’obbligazione medesima qualora questa venga meno, il debitore della prestazione procede al deposito dell’oggetto presso un terzo, e il creditore, ossia l’eventuale destinatario dello stesso, presta adesione alla misura presa dal debitore. L’ipotesi, conosciuta sotto la denominazione di deposito in funzione di garanzia, non presenta gli estremi del sequestro convenzionale, perché il deposito non è determinato da una controversia relativa alla cosa depositata; e la restituzione di questa dipende, non già dall’esito di una controversia ma dalla sorte dell’obbligazione alla quale il deposito è collegato.*”<sup>12</sup>

La giurisprudenza, nei rari casi in cui si è espressa in materia, ha avuto modo di osservare che “Il codice civile del 1942, risolvendo i contrasti che si erano manifestati in dottrina e in giurisprudenza, sotto l’impero di quello abrogato a proposito della qualificazione e disciplina giuridica del c.d. «deposito in garanzia» (configurato ora come sequestro convenzionale, ora come negozio indiretto, ora come negozio fiduciario o misto, ecc.), ha inquadrato il negozio in esame (che ricorre, in particolare, allorquando, come nel caso di specie, un debitore (depositante) effettui, nell’interesse del proprio creditore (terzo rispetto al deposito) e col consenso di questo, il deposito della cosa dovuta, per garantirne la conservazione durante la pendenza di un termine o di una condizione, al cui verificarsi il depositario deve restituirla o consegnarla al terzo (se a lui spettante) nella figura e disciplina del c.c. «deposito anche nell’interesse di un terzo» (art. 1773 cod. civ.; relazione n. 727).”<sup>13</sup>

Dalla sintetica illustrazione della natura e della funzione dell’*Escrow Agreement* e del *deposito a scopo di garanzia* come in precedenza effettuata, potrebbe trarsi l’impressione di una sostanziale fungibilità di tali strumenti negoziali con il *trust a scopo di garanzia*.

Ma una tale impressione sarebbe inesatta, dal momento che mentre una sostanziale assimilazione può riconoscersi tra i primi due, essa non è certamente predicabile con riferimento al *trust*.

E’ al riguardo sufficiente osservare che né nell’ambito dell’*Escrow Agreement* né in quello del *deposito in funzione di garanzia* si verifica alcun effetto segregativo o di separazione patrimoniale in quanto la proprietà dei beni costituiti in *escrow* o in

---

<sup>12</sup> Relazione, §727.

# RELAZIONI A CONVEGNI

TRUST A SCOPO DI GARANZIA

deposito resta in capo al depositante (salva l'ipotesi in cui ricorra un deposito irregolare ex art. 1782 cod.civ.).

Da tale constatazione consegue che i creditori del depositante avranno la facoltà di agire esecutivamente (mediante espropriazione presso terzi) sui beni oggetto dell'*escrow* o del deposito, con evidente pregiudizio della funzione di garanzia.

Nel *trust* a scopo di garanzia, invece, le somme e in genere i beni funzionali allo scopo di garanzia non sono aggredibili né dai creditori del disponente, né dai creditori personali del *trustee*, assicurando in tal modo il perseguimento degli interessi del creditore garantito.

Anche da questo angolo visuale, allora, deve riconoscersi la maggior idoneità del *trust* a scopo di garanzia a svolgere una efficace funzione di garanzia (indiretta) del credito.

## 7. **Il contratto di fiducia a scopo di garanzia.**

Nel quadro complessivo dei tentativi di dare ingresso nel nostro ordinamento a strumenti di tutela del credito più snelli ed efficaci delle garanzie tradizionali non possono essere dimenticati gli spunti che provengono dalla dottrina e dall'esperienza dei giuristi pratici che ad essa fanno riferimento.

E' stata teorizzata, ad opera del Prof. LUPOI, la configurabilità nel nostro ordinamento di un "*negozio di affidamento fiduciario*", collocabile nell'ambito dei fenomeni gestori<sup>14</sup>.

Più precisamente, secondo la citata teoria, per mezzo del contratto di affidamento fiduciario l'affidante e l'affidatario fiduciario individuano le posizioni soggettive affidate e la loro destinazione a vantaggio di uno o più soggetti in forza di un programma.

I beni ricevuti dall'affidatario per la realizzazione del programma destinatario sarebbero esclusi dalla garanzia patrimoniale offerta dell'affidatario in quanto non "suoi" nel senso indicato dall'art. 2740 cod. civ. e rispetto ad essi opererebbe altresì una sorta di surrogazione reale convenzionale.

Tra le funzioni perseguibili da tale contratto rientrerebbe anche quella di garanzia.

---

<sup>13</sup> Cass. 20 giugno 1968 n. 2041, in *Foro it.*, 1968, I, 2786 ss..

<sup>14</sup> M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2011, *passim*, e spec. 221 ss.

# RELAZIONI A CONVEGNI

TRUST A SCOPO DI GARANZIA

Non è possibile ripercorrere in questa sede le delicate questioni che si possono sollevare rispetto ad un atto della autonomia privata che abbia l'effetto di limitare la responsabilità e, ancor più, di consentire, rispetto a trasformazioni dei beni finalizzati all'attuazione del programma destinatario, l'operatività della surrogazione reale.

Sotto quest'ultimo profilo, senza pretesa di affrontare compiutamente un terreno così ostico, è tuttavia possibile formulare qualche considerazione in proposito.

Intanto, come è risaputo, la stessa identificazione del fenomeno quale istituto di carattere generale è discussa, in considerazione della eterogeneità delle singole fattispecie individuate dal legislatore.

La formula descrittiva secondo la quale con l'espressione "*surrogazione reale*" si intende che un bene viene a sostituirsi ad un altro e ne prende il posto, assumendone lo stesso regime giuridico, pone delicate questioni in ordine alla disciplina sostanziale del fenomeno, che non possono essere qui affrontate.

L'ipotesi che l'autonomia privata possa individuare ulteriori casi in cui il fenomeno è destinato ad operare è d'altra parte certamente suggestiva, ma discussa.

In questa prospettiva non appare certo che il programma destinatorio possa incidere anche i beni "surrogati" rispetto a quelli originariamente previsti.

Né potrebbe soccorrere, in questa ipotesi, la disciplina del c.d. "*tracing*" che è tipica dell'istituto del trust e affonda le sue radici su presupposti (la *equitable ownership*) che non ricorrono con riferimento al contratto di affidamento fiduciario.

Ulteriori profili problematici si pongono in relazione alle vicende debitorie dell'affidatario fiduciario.

Nell'ipotesi di esecuzione forzata nei confronti di quest'ultimo, l'aggressione dei beni formalmente intestati al fiduciario, ma sostanzialmente estranei al suo patrimonio (nella misura in cui possa operare la separazione patrimoniale della quale si è discusso in precedenza), può essere contrastata nella prospettiva della opposizione di terzo di cui all'art. 619 cod. proc. civ..

La richiamata norma, peraltro, legittima a tale opposizione soltanto il terzo che pretende avere la proprietà o altro diritto reale sui beni pignorati e si pone quindi con evidenza la questione se il fiduciante possa avvalersi di tale strumento di difesa della propria posizione rispetto ai beni funzionali al programma destinatorio.

Nonostante il tenore letterale della disposizione processual-civiltistica, che si riferisce specificamente alla affermazione di diritti reali sui beni pignorati per poter usufruire di tale forma di tutela, è opinione diffusa in dottrina ed in giurisprudenza che il riferimento operato dalla legge ai soli diritti reali abbia una portata meramente

# RELAZIONI A CONVEGNI

TRUST A SCOPO DI GARANZIA

esemplificativa consentendosi così che l'opposizione possa fondarsi anche sulla titolarità di un diritto non di carattere reale, purchè esso sia incompatibile con il diritto oggetto del pignoramento e prevalente rispetto alle ragioni del creditore procedente.

Affinchè si abbia tutela per la posizione del fiduciante nel caso in esame, tuttavia, occorrerà che l'interprete ritenga di poter superare la diffusa opinione secondo la quale soltanto in via eccezionale e, di fatto, con riferimento alla disciplina delle società fiduciarie il nostro ordinamento riconosce la fiducia di tipo c.d. *germanistico* nell'ambito della quale la proprietà sostanziale appartiene sempre al fiduciante, mentre la proprietà formale del fiduciario è funzionale solo alla gestione del bene oggetto del negozio fiduciario.

Se prevalesse invece l'opinione tradizionale che si ricollega alla fiducia c.d. *romanistica*, ben difficilmente il fiduciante potrebbe ottenere tutela, essendo egli titolare soltanto di un diritto relativo di credito nei confronti del fiduciario alla destinazione del bene in conformità al *pactum fiduciae*, ed eventualmente dal diritto di ottenere il (ri)trasferimento del bene fiduciarmente intestato a terzi.

Recenti iniziative legislative si sono indirizzate verso una regolazione del fenomeno della fiducia. La prima, di origine governativa (Disegno di Legge n. 2284 presentato al Senato il 15 giugno 2010), è stata stralciata in sede di esame da parte delle competenti Commissioni; la seconda, di iniziativa parlamentare, è stata presentata lo scorso 27 luglio 2011 (Proposta di Legge di iniziativa del Deputato Cambursano, atto Camera n. 4554) è pendente.

Essa merita un cenno, seppur breve, perché – pur essendo affetta da numerose criticità, tra le quali l'aver assimilato, a livello definitorio, il *trust* con il contratto fiduciario – si occupa espressamente del “*contratto di fiducia a scopo di garanzia*”.

Il proposto (nuovo) art. 1741-*quinquies* del codice civile, infatti, dispone che “*il contratto di fiducia può essere concluso da chi agisce per scopi inerenti alla propria attività professionale o imprenditoriale con un operatore professionale per garantire crediti anche futuri, determinati o determinabili.*

*Qualunque patto, che abbia per oggetto o per effetto di liberare il fiduciario dall'obbligo di corrispondere al beneficiario o, se diversamente previsto dal titolo, al fiduciante o a un terzo il saldo netto risultante dalla differenza tra il valore dei beni costituenti la garanzia all'epoca della sua realizzazione e il debito garantito, è nullo.*

*Si applicano, in quanto compatibili, le norme sulla cessione dei beni ai creditori. La liberalità realizzata attraverso il contratto di fiducia destinata al mantenimento, cura o sostegno di una persona disabile non è soggetta a collazione”.*

# RELAZIONI A CONVEGNI

TRUST A SCOPO DI GARANZIA

Dall'articolato emerge la salvaguardia del divieto di patto commissorio e, per converso, la conferma della validità del c.d. *patto marciano*, ma particolare perplessità suscita la previsione secondo cui, salvo patto contrario, il fiduciario risponde *personalmente* delle obbligazioni contratte in esecuzione del contratto fiduciario, salvo rivalsa sul patrimonio fiduciario. Vi è quindi una commistione tra quest'ultimo e il residuo patrimonio del fiduciario, che alimenta la confusione sulla sussistenza o meno di un patrimonio separato, nel senso in precedenza indagato.

## 8. Cenni sui profili fiscali.

La legislazione relativa alla fiscalità del *trust* in Italia, come è noto, è di recente introduzione (2007) e riguarda specificamente le imposte dirette. Di essa non intendo parlare non solo perché esula dalle mie competenze, ma anche perché la materia della imposizione diretta interessa solo marginalmente il settore delle garanzie, delle quali qui si discute.

L'aspetto che, sotto il profilo fiscale, assume rilievo nel contesto delle garanzie è invece quello della imposizione indiretta, con specifico riferimento alle imposte di registro, ipotecarie e catastali e – secondo la prospettiva degli uffici fiscali – di successione e donazione.

Relativamente alle menzionate imposte nessuna norma menziona espressamente il *trust*.

Nonostante ciò, alcune circolari dell' Agenzia delle Entrate, sul presupposto che nell'ambito della reintroduzione dell'imposta sulle successioni e donazioni il legislatore ha assoggettato a tale imposta anche la "*costituzione di vincoli di destinazione*" (art. 2, commi da 47 a 49, Legge n. 286/2006), si esprimono nel senso che il *trust*, al quale sarebbe connaturale sia l'effetto segregativo dei beni costituiti in *trust*, sia il vincolo di destinazione di essi, è comunque soggetto all'imposta, persino nell'ipotesi di *trust auto dichiarato*, nella quale intuitivamente non vi è alcun effetto traslativo di beni costituiti in *trust* (cfr. Circ. Ag. Entrate n. 48/E del 22 gennaio 2008, § 5). Ove vi sia (anche) effetto traslativo di beni immobili o di diritti reali immobiliari, inoltre, sarebbero dovute in misura proporzionale anche le imposte ipotecaria e catastale.

Con specifico riferimento al *trust di scopo*, categoria nella quale si iscrive il *trust* a scopo di garanzia, l'imposta di successione e donazione sarebbe dovuta nella misura dell'8% e quelle (eventuali) ipotecarie e catastali complessivamente nella misura del 3%, con una imposizione totale pari all'11% del valore del credito garantito.

# RELAZIONI A CONVEGNI

TRUST A SCOPO DI GARANZIA

La posizione della dottrina e ancor più della giurisprudenza tributaria (di merito) è di segno diametralmente opposto.

Si osserva, infatti, con specifico riferimento al *trust* a scopo di garanzia, la mancanza dei due presupposti indefettibili per l'applicazione dell'imposta di donazione, e cioè:

- (i) sotto il profilo oggettivo, la mancanza di un trasferimento di ricchezza a titolo di liberalità;
- (ii) sotto il profilo soggettivo, la mancanza di arricchimento del *trustee* conseguente alla (presunta) liberalità ricevuta<sup>15</sup>.

Il Consiglio Nazionale del Notariato ha recentemente approvato (il 21/01/2011) lo Studio tributario n. 58-2010-T sulla tassazione degli atti di destinazione e del *trust* nelle imposte indirette, giungendo a soluzioni analoghe a quelle della giurisprudenza.

Il punto fondamentale è che le circolari dell'Agenzia delle Entrate muovono dall'erroneo presupposto che il *trust* sia capace di imprimere un vincolo di destinazione sui beni trasferiti al *trustee*, il che è palesemente contraddetto dalla natura stessa dell'istituto, che esclude la natura reale dei diritti che possono essere vantati sui beni in *trust*.

Del tutto errata, quindi, la posizione dell'amministrazione finanziaria che assimila al *trust* i negozi costitutivi di vincoli di destinazione, ma l'insidia della controversia fiscale ed il rischio di una pesante tassazione sul versante dell'imposizione indiretta non possono essere sottaciuti nella trattazione del *trust* a scopo di garanzia, e non contribuiscono certo ad una sua diffusa utilizzazione.

---

<sup>15</sup> Cfr. C.R.T. Bologna, 4 febbraio 2011, n. 16; C.R.T. Milano, 26 ottobre 2010, n. 88/4, ed altre conformi.

## LA TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE DALLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI (art. 46 co. 1-bis e 64 co. 4-bis d.lgs. n. 163/2006)

*L'Autore, ripercorso il dettato legislativo di riferimento recentemente riformato, si sofferma in particolare sulla tassatività delle cause di esclusione dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici.*

di PAOLO SCAPARONE

**I.** La trattazione del tema richiede la preliminare identificazione del quadro normativo di riferimento.

Le **disposizioni rilevanti** sono state inserite dal d.l. 13.5.2011 n. 70, convertito in l. 12.7.2011 n. 106, presso che totalmente nel codice dei contratti pubblici attraverso alcune innovazioni di questo. Resta al di fuori del codice soltanto la disposizione, di carattere prevalentemente programmatico e relativa alla costruzione delle opere pubbliche, dell'art. 4 co. 1 lett. n di tale decreto secondo cui alla disciplina vigente è apportata la modificazione consistente nella "*tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare, cause che possono essere solo quelle previste dal codice dei contratti pubblici e dal relativo regolamento di esecuzione e attuazione, con irrilevanza delle clausole aggiuntive eventualmente previste dalle stazioni appaltanti nella documentazione di gara*".

Per contro, fanno parte del testo novellato del codice le disposizioni seguenti, alle quali il presente scritto precipuamente si riferisce.

Interessa in primo luogo l'art. 46, rubricato "*Documenti e informazioni complementari - Tassatività delle cause di esclusione*", che aggiunge alla disposizione del comma 1, secondo cui "*Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati*", la disposizione del comma 2, secondo cui "*La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente*



# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI: CAUSE DI ESCLUSIONE

*codice e da altri disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.”.*

La disposizione appena riportata è oggetto di esplicito rinvio da parte dell'art. 64 co. 4-bis, secondo cui *“I bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-bis. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo”.*

Rilevano ancora, sempre per ragioni di rinvio, nell'ambito dell'art. 74, rubricato *“Forma e contenuto delle offerte”*, i commi 2, per cui *“Le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando o dall'invito ovvero dal capitolato d'onori, e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare l'offerente e il suo indirizzo e la procedura a cui si riferiscono, le caratteristiche e il prezzo della prestazione offerta, le dichiarazioni relative ai requisiti soggettivi di partecipazione”* e 5, per cui *“Le stazioni appaltanti richiedono gli elementi essenziali di cui al co. 2, nonché gli altri elementi e documenti necessari o utili, nel rispetto del principio di proporzionalità, in relazione all'oggetto del contratto e alle finalità dell'offerta”.*

Del complesso normativo appena riportato, e in specie del fondamentale art. 46 co. 1-bis, è espressamente determinato l'ambito di applicazione oggettivo e temporale.

Sotto l'aspetto oggettivo, posto che l'art. 46 co. 1-bis è collocato nel Titolo I, Parte II, dedicato ai contratti di rilevanza comunitaria nei settori ordinari, interessa osservare che, in forza dell'inserimento di esso tra le disposizioni applicabili ai contratti nei settori speciali da parte dell'art. 206, la disposizione richiamata vale anche per questi contratti. Inoltre, l'applicazione di essa si configura pure per i contratti sotto soglia comunitaria in quanto l'art. 121 include nella disciplina comune estensibile ai contratti di tal genere tutte le disposizioni della Parte II del codice.

Sotto l'aspetto temporale, l'entrata in vigore dell'art. 46 co. 1-bis è fissata dall'art. 4 co. 3 d.l. n. 70/2011, come convertito in l. n. 106/2011, al 14 maggio 2011, data di entrata in vigore del decreto legge convertito, nel senso che la disposizione è applicabile alle procedure i cui bandi o avvisi sono pubblicati successivamente nonché, in caso di contratti stipulati senza previa pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure per le quali, alla data stessa, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI: CAUSE DI ESCLUSIONE

Ad una lettura sistematica l'applicazione del complesso normativo così delineato dovrebbe iniziare soltanto a seguito dell'approvazione dei bandi-tipo da parte dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, poiché tali bandi, pur previsti come meramente ricognitivi delle cause di esclusione individuate dall'art. 46 co. 1-bis, oltre che in via diretta, attraverso il rinvio alla normativa codicistica, regolamentare e, più in generale, legislativa, non possono perseguire la finalità di guida per le stazioni appaltanti ad essi demandata se non effettuando scelte e non solo accertative, ma anche valutative. I bandi-tipo al momento non sono ancora approvati, pur essendo già intervenuta la preliminare consultazione, e, per altro verso, l'art. 46 co. 1-bis è formulato quale norma immediatamente applicabile, come la giurisprudenza mostra di intendere. Pertanto, il sistema delle cause tassative di esclusione dovrebbe passare attraverso due fasi successive distinte dall'approvazione dei bandi-tipo. Fin d'ora, tuttavia, per l'identità delle fonti ultime di dette cause un esame unitario può essere condotto.

**II.** Venendo all'interpretazione del quadro normativo delineato, conviene, muovere dalla relativa *ratio*. Questa va individuata non nella diretta attuazione di direttive europee (come per le cause di esclusione enunciate nella versione originaria del d.lgs. n. 163/2006), bensì nell'obiettivo dello sviluppo economico perseguito dal d.l. n. 70/2011 e, in specie, nel potenziamento della concorrenza attraverso il condizionamento della partecipazione degli operatori alle gare solo a presupposti significativi e omogenei e quindi tramite una maggiore certezza nel rapporto tra gli operatori stessi e le stazioni appaltanti. In particolare, l'obiettivo è perseguito attraverso la restrizione della discrezionalità di dette stazioni e l'eliminazione dei formalismi, intesi come previsioni di forme procedurali che non tutelano interessi sostanziali e perciò possono comportare estromissioni gratuite dalla gara. Segnatamente, poiché la nuova normativa persegue un miglioramento della **situazione preesistente**, il relativo significato dovrebbe risultare più chiaro da una sintetica ricostruzione di quest'ultima, la quale può essere svolta nella duplice prospettiva dell'individuazione dei soggetti autori (in senso lato) delle esclusioni e dei parametri di queste.

**1.** Quanto agli **autori delle esclusioni**, non era dato scorgere - come già accennato - un diretto protagonismo europeo, così come, per carenza di potestà legislativa in materia di concorrenza - alla quale la partita delle esclusioni evidentemente afferisce -, non risultava riconoscibile alcuno spazio alle regioni. Ruolo preminente assumeva lo Stato, che, pur nel rispetto dei principi fondamentali dell'Unione e, in specie, del principio di proporzionalità, è stato ritenuto in grado di andare oltre le eventuali statuizioni europee fissando requisiti di ordine generale per la partecipazione alle gare (Corte Giust. CE 13.5.2009 n. c-358/07), anche nell'osservanza delle disposizioni costituzionali e, in particolare, di quelle a tutela dell'iniziativa

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI: CAUSE DI ESCLUSIONE

economica. Alle stazioni appaltanti spettava la tradizionale discrezionalità in relazione alla determinazione dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnica professionale, oltre che, ovviamente, delle prestazioni da offrire, nonché di adempimenti procedurali rispondenti alla propria utilità funzionale.

**2.1** Quanto ai **parametri delle esclusioni**, essi erano ravvisati, da un lato, in atti normativi e, da un altro lato, nei bandi di gara. Il rapporto tra le due specie di atti può essere sinteticamente delineato richiamando i canoni della discrezionalità, dell'esaustività e della coerenza, anche per la stazione appaltante, della cosiddetta legge di gara. Più precisamente, la stazione appaltante poteva rivolgere richieste discrezionali ai concorrenti nei termini appena riferiti. D'altro lato, assai contrastato era l'occasionale tentativo di far luogo al completamento della legge di gara con la normazione generale, pur ammettendosi eccezionalmente la cosiddetta eterointegrazione (ad esempio la giurisprudenza riteneva che l'art. 17 l. n. 68/1999 prevedente la presentazione a pena di esclusione della dichiarazione di rispetto della normativa sui disabili dovesse trovare applicazione per ragione di ordine pubblico anche nel silenzio della legge di gara). Ancora, con frequenza maggiore ma non certo con costanza, si riteneva che il mancato rispetto delle regole concernenti la chiusura dei plichi potesse essere considerato irrilevante e perciò le regole stesse potessero essere disapplicate, ove la concretezza della situazione inducesse a negare la reale pericolosità della specifica devianza. Altro discostamento dalla legge di gara era ammesso, in misura limitata, a fronte della non piena rispondenza dell'offerta presentata alla previsione del bando o, più spesso, del capitolato.

Tuttavia, l'idea europea che l'operatore economico dovesse essere posto in grado di conoscere fin dall'inizio del suo interessamento alla gara l'insieme delle norme che di questa avrebbero disciplinato il concreto svolgimento operava nel senso di rafforzare sia l'esaustività sia l'inderogabilità del bando.

**2.2** Relativamente all'**interpretazione** della legge di gara e, in specie, **del bando**, la dominante considerazione di esso come atto (non negoziale ma) amministrativo e, insieme, il canone dell'affidamento portavano a privilegiarne il testo sull'intenzione della stazione appaltante e, più in generale, a escludere l'ammissibilità di interpretazioni fondate su indagini ermeneutiche eccessivamente elaborate o comunque sproporzionate rispetto al contesto concorrenziale di riferimento.

In sintesi, la soluzione dei frequentissimi problemi interpretativi veniva ricercata attraverso l'applicazione del criterio dell'assoluta vincolatività della clausola di esclusione e, in difetto della presenza di questa, del criterio cosiddetto teleologico e cioè della valutazione del rapporto tra la previsione dell'adempimento e l'utilità della stazione appaltante, la *par condicio* dei concorrenti e il *favor participationis* per gli stessi. In particolare, nella fase in cui la disciplina dell'evidenza pubblica veniva intesa

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI: CAUSE DI ESCLUSIONE

come finalizzata essenzialmente alla tutela dell'interesse, più ancora dell'imparzialità, dell'Amministrazione, la prevista sanzione dell'esclusione veniva considerata non disapplicabile dalla stazione appaltante, e neppure dallo stesso giudice non investito di un particolare mezzo di gravame, e l'utilità per la stazione stessa, congiuntamente alla *par condicio*, risultava determinante. A seguito della complessiva rilettura in chiave europea della normativa sull'evidenza pubblica nel senso dell'accentuazione della rispondenza di essa all'esigenza della concorrenza piuttosto che all'interesse della stazione appaltante, il *favor participationis* ha finito con l'assumere una posizione di primato, sia pure in via residuale, rispetto agli altri criteri.

Complessivamente, l'intangibilità del bando offriva garanzia di consistente certezza nell'ambito della singola procedura, ma il potenziale atteggiamento dell'insieme delle stazioni appaltanti non risultava agevolmente preventivabile in ragione della marcata varietà dei modelli di legge di gara di volta in volta adottati. Vigeva peraltro il principio di tassatività delle cause di esclusione in forza del canone dell'interpretazione "stretta" delle clausole limitative del diritto di iniziativa economica (Cons. St, IV, 12.6.2009 n. 3696).

**III.** Come incidono le **recenti modificazioni normative** sul contesto appena illustrato? Anche a questo riguardo la **situazione di riferimento** può essere analizzata nelle due prospettive degli autori delle esclusioni e dei parametri di queste.

**1.** Relativamente agli **autori delle esclusioni**, ferma restando la preminenza dello Stato, è da registrare l'avvento dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici. Questa, appartenente al genere delle autorità indipendenti e perciò in posizione di neutralità tra organizzazione pubblica e operatori economici, deve pervenire all'approvazione dei bandi-tipo a conclusione di un procedimento che comporta l'acquisizione preventiva di un parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e del punto di vista delle categorie professionali interessate, in attuazione di un disegno di maggior coinvolgimento dello Stato per ragioni essenzialmente tecniche e finanziarie, oltre che di tutela della concorrenza, e della società civile per ragioni inerenti alla partecipazione del "produttore".

E' da notare altresì la persistente latitudine del ruolo della stazione appaltante. Essa, principalmente sulla scorta dell'art. 74 d.lgs. n. 163/2006, non solo può utilizzare la tradizionale discrezionalità in ordine ai requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi dell'offerente e al contenuto dell'offerta, di cui può individuare gli elementi essenziali (TAR Lombardia – Brescia, II, 4.11.2011 n. 1510), nonché alla disciplina procedimentale, ma, abilitata a derogare motivatamente al bando-tipo, può far prevalere sulla regola normale la specificità della situazione particolare. E' peraltro da ritenere che il potere di deroga non possa, per il principio di legalità dell'atto amministrativo, comportare contraddizioni con le leggi.

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI: CAUSE DI ESCLUSIONE

**2.1** Riguardo agli **atti con cui le esclusioni vengono sancite**, essi sono riconducibili alla legge, al bando-tipo e al bando specifico. Più semplicemente, almeno per ora, alla legge e al bando, non risultando ancora approvati dall’Autorità i bandi-tipo. Emerge in tale dualismo l’opzione fondamentale, formulata espressamente dal d.l. n. 70/2011 (art. 4 co. 1 lett. n) con riguardo alla costruzione delle opere pubbliche ma presumibilmente dotata di valenza generale, per cui le cause di esclusione, al fine accennato di maggiore utilità funzionale, parità di trattamento e certezza, debbono essere preventivamente poste e quindi tipizzate dalla legge con conseguente compressione, e al limite eliminazione, della discrezionalità della stazione appaltante<sup>1</sup>.

**2.2** In relazione all’art. 46 co. 1-bis sorgono diversi **problemi ermeneutici**. In primo luogo, si profila l’interrogativo se “*le prescrizioni previste dal ... codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge*” da porre a fondamento dell’esclusione siano soltanto quelle che già contemplano la sanzione espulsiva per la loro inosservanza o possono identificarsi anche con altre e, se sì, come queste debbano essere individuate.

Sulla possibilità di prescindere dalla previsione dell’esclusione nella norma da porre a base dell’esclusione stessa la giurisprudenza finora intervenuta non è concorde. Rifiuta tale possibilità, proprio per l’assenza di una puntuale norma escludente, ad esempio, l’orientamento che nega la legittimità dell’esclusione del partecipante che ha presentato una cauzione provvisoria inferiore alla misura richiesta o non ha prodotto la documentazione comprovante la carica e i poteri del sottoscrittore dell’offerta (Cons. St., IV, 1.2.2012 n. 493; V, ord. 12.10.2011 n. 4496). In senso contrario si pongono altre pronunce che, ad esempio, ritengono legittima, pur in assenza di una puntuale previsione normativa, la richiesta a pena di esclusione della produzione di un titolo idoneo allo svolgimento di un’attività intimamente connessa all’oggetto dell’appalto (TAR Lombardia – Brescia, II, 4.11.2011 n. 1510).

In prima approssimazione si potrebbe essere indotti a pensare che il riferimento alla totalità delle prescrizioni normative di adempimenti rilevanti per la procedura di gara garantisca il massimo di certezza. Effettivamente, è da ritenere che l’esclusione possa trovare fondamento in una norma che puntualmente non la prevede per almeno due ragioni. L’art. 46 co. 1-bis, pur considerato da alcuni criticabile per l’asserita non perspicuità della sua formulazione, non prevede l’ipotizzata necessità. D’altro lato, proprio questa mancanza si spiega con il rilievo, di facile dimostrabilità, che risulterebbe irragionevole non far luogo ad esclusioni rispondenti a comuni

---

<sup>1</sup> La particolarità della materia delle “*costruzioni delle opere pubbliche*” induce a evitare in questa sede ogni specifico approfondimento. Basti notare che secondo l’art. 4 co. 1 lett. n le cause di esclusione possono identificarsi soltanto con quelle previste dal codice dei contratti pubblici e dal relativo regolamento di esecuzione e attuazione e non da altre leggi, mentre risultano “*irrilevanti*” “*le clausole aggiuntive eventualmente previste dalle stazioni appaltanti*”

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI: CAUSE DI ESCLUSIONE

convincimenti e da sempre praticate ancorché non fondate su norme recanti le sanzioni di esclusione: si pensi al mancato rispetto dei termini di presentazione dell'offerta.

Pertanto, si pone l'esigenza dell'individuazione dei criteri per selezionare le norme che legittimano l'esclusione pur non prevedendola espressamente. Vero è che la predisposizione dei bandi-tipo potrebbe agevolare il percorso apprestando una casistica di elusioni normative da sanzionare con l'esclusione e così evitando una puntuale enunciazione dei principi ispiratori. Tuttavia non sembra realistico ipotizzare una ricchezza e articolazione della casistica tale da raggiungere l'eshaustività, cosicché il confronto con la ricerca di detti criteri pare ineludibile.

Non convincente è la valorizzazione, proposta dall'Autorità nel Documento di consultazione sui bandi-tipo da essa pubblicato, del dato letterale della norma nel senso che questo, per essere utilizzabile quale fonte di esclusione legittima, dovrebbe prevedere un dovere comportamentale del concorrente in modo particolarmente forte, con l'impiego di espressioni quali "deve", "è obbligato," "ha l'obbligo di" in luogo di quelle che si esauriscono nell'uso di un mero verbo indicativo dell'azione richiesta. E' noto come l'indicativo deontico sia solitamente usato dal legislatore per la previsione di ogni tipo di dovere. Neppure è accettabile l'impostazione (TAR Liguria 22.9.2011 n. 1396) secondo cui *"la lettura delle norme condotta secondo criteri sistematici induce a ritenere che la legge ha inteso prevedere le possibilità di comminare l'esclusione dagli esperimenti di gara solo per l'incertezza nella provenienza della domanda, nel suo contenuto o sulla sigillazione dei plichi"*. Da un lato, diverse ragioni tradizionalmente addotte e del tutto pacifiche per l'esclusione non sono riconducibili a tale ristretta tipologia; da un altro lato, una simile interpretazione ha carattere sostanzialmente abrogante perché comporta l'obliterazione di una consistente parte della disposizione conferendo portata assorbente all'altra parte riguardante non l'offerente, ma la sola offerta.

Più condivisibile, e scontato, è il diffuso invito al sostanzialismo e cioè a dare rilievo a comportamenti o situazioni che rispondono a interessi meritevoli di tutela. Ragionevolmente tali interessi sono da ravvisare in quelli sottesi al modello ideale di concorrenza ottimale per gli operatori economici e per la stessa amministrazione e, quindi portano a far riferimento a prescrizioni, riguardanti il concorrente e l'offerta, che mirano a realizzare principi previsti per l'affidamento dal codice dei contratti (art. 2 c. 1 d.lgs. n. 163/2006) e dal Trattato (garanzia della qualità delle prestazioni, par condicio, trasparenza, concorrenza ecc...) andando oltre la mera utilità della stazione appaltante.

In questa linea sembra possibile risalire dalle disposizioni ai principi, intesi nel senso classico di regole, se non valori, senza puntuale fattispecie, fonti potenziali di vere e proprie disposizioni.

**2.3** D'altro lato, rileva l'ulteriore complesso di indicazioni di esclusione doverosa presente nell'art. 46 co. 1 bis e cioè quelle relative a casi specifici

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI: CAUSE DI ESCLUSIONE

riconducibili tutti alle figure dell'incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione “*tale da far ritenere che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte*”.

In proposito è da notare, innanzitutto, la latitudine dell'interpretazione di cui la giurisprudenza è testimone. Rileva, ad esempio, l'inclusione occasionale della cauzione provvisoria tra gli “elementi essenziali” dell'offerta e la conseguente esclusione dell'offerta incompleta. Oppure il riconoscimento della legittimità della richiesta della sottoscrizione dell'offerta tecnica pagina per pagina a supporto del valore della autenticità dell'offerta stessa (Cons. St., V, 19.10.2011 n. 5619).

Inoltre, è da notare la peculiarità della previsione dell'esclusione per irregolarità nella chiusura dei plichi per il condizionamento all'effettiva violazione della segretezza delle offerte e cioè ad una fattispecie di danno e non di pericolo, che avrebbe di per sé, indipendentemente dalla previsione stessa, comportato l'esclusione. Si può rimarcare la differenza della norma dall'orientamento giurisdizionale, che faceva discendere l'esclusione non dall'effettiva violazione, ma dal pericolo concreto di violazione della segretezza (TAR Piemonte, I, 25.5.2010 n. 2429) e, per altro verso, dall'ulteriore orientamento che assolutizza le garanzie della pubblicità e della custodia delle offerte al punto da non dare alcun rilievo alla carenza di rischi nelle pertinenti situazioni.

**2.4** Viene anche superato il vecchio modello del **rapporto tra legge/regolamento e bando di gara** per cui quest'ultimo tendeva all'esaustività impedendo, in linea di massima, un diretto riferimento alla legge e la sua invalidità non poteva essere fatta valere tramite la disapplicazione da parte della stazione appaltante, ma, atteggiandosi come mera annullabilità, risultava eliminabile solo con l'annullamento in sede di autotutela amministrativa o di sindacato giurisdizionale.

Nel sistema attuale il rapporto tra le due specie di atto è fissato nel senso che la legge e il regolamento contengono le prescrizioni sanzionate con l'esclusione e “*i bandi e le lettere d'invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione*”, risultando eventuali prescrizioni aventi il contenuto così vietato “*comunque nulle*”.

In siffatto contesto il bando non costituisce più un diaframma oltre il quale l'operatore economico interessato non può guardare per rivolgersi direttamente alla legge a dispetto dell'accennata giurisprudenza di ispirazione europea secondo cui egli deve essere posto in grado della stazione appaltante di conoscere tutte le regole disciplinanti la gara fin dal momento della sua domanda di partecipazione. In realtà, sembra logico ritenere che come le clausole del bando nulle sono disapplicate per consentire l'immediata applicazione della legge, così le lacune del bando devono essere colmate con l'applicazione stessa. Tassatività delle cause di esclusione significa non solo numero chiuso di queste, ma anche doverosità della loro applicazione in presenza dei relativi presupposti.

# PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

## PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI: CAUSE DI ESCLUSIONE

La previsione della nullità, spiegabile con il particolare rigore di matrice europea nel sanzionare l'impedimento della concorrenza, ha conseguenze processuali di interesse, oltre alla già richiamata possibilità o, meglio, doverosità della disapplicazione da parte della stazione appaltante. Non sembra inciso il principio dell'attribuzione della tutela giurisdizionale al giudice amministrativo per le controversie in materia di affidamento di lavori, servizi e forniture in ragione della scarsa plausibilità di una deroga all'attribuzione della giurisdizione esclusiva in proposito al giudice amministrativo (art. 133 c.p.a.), espressione del superiore principio di concentrazione della tutela giurisdizionale in materia di affidamento presso il giudice stesso. Vi è però un'influenza sul regime di impugnazione in quanto l'azione di nullità incontra il termine di decadenza di centottanta giorni e, per altro verso, la nullità può essere sempre opposta dalla parte resistente o rilevata d'ufficio dal giudice (art. 31 c.p.a.).

**2.5** In conclusione, ci si deve chiedere se l'obiettivo della preminente tutela della concorrenza e, in specie, della maggior certezza perseguito dalle innovazioni normative introdotte possa essere agevolmente raggiunto o, comunque, in che cosa la nuova situazione che si verrà a creare differirà dalla precedente.

Elementi di incertezza perdurante sono stati prima ravvisati. Si richiama, in particolare, la problematicità dell'individuazione delle norme da applicare come parametro per l'esclusione ancorché non recanti la previsione espressa di questa sanzione. Si richiama altresì l'indeterminatezza di altri concetti rilevanti, come quello degli elementi essenziali dell'offerta. Si ha l'impressione che la giurisprudenza non potrà esimersi dall'utilizzazione dei principi (favor participationis, par condicio, utilità per la stazione appaltante ecc) già in passato utilizzati.

E' da ritenere però che l'attivazione dei bandi-tipo concorrerà fortemente a circoscrivere l'ambito dell'incertezza, riuscendo più difficilmente ipotizzabile un contrasto di essi con la normativa.

Interessano effetti ulteriori del nuovo assetto. Per un verso, il cosiddetto soccorso istruttorio, a fronte di una tendenziale restrizione delle cause di esclusione in termini di tassatività, avrà maggiori occasioni di dispiegarsi venendo a consolidare il suo già riconosciuto carattere di doverosità: si pensi alla tendenza a non escludere il concorrente che non versa l'intera cauzione provvisoria e al necessario intervento in sede di soccorso al fine dell'integrazione della cauzione. Per altro verso, la possibile disapplicazione della clausola nulla da parte della stazione appaltante agevola il concorrente consentendogli quell'accelerazione della tutela che costituisce un altro principio ispiratore della normativa di matrice europea in materia di contratti pubblici.



# LO SCIoglimento DELLA SOCIETÀ PER CONTINUATA INATTIVITÀ DELL'ASSEMBLEA (COMMENTO A TRIB. BRESCIA, 24 GIUGNO 2011, DECR.)

*Il decreto in commento si occupa dello scioglimento di una s.r.l., determinato dalla continua inattività dell'assemblea, che ha omesso per più esercizi di approvare i bilanci. Il Tribunale di Brescia attribuisce altresì rilevanza alla situazione in cui si trova l'amministratore unico, sottoposto a misura cautelare restrittiva della libertà personale, circostanza che rende improbabile il ripristino del normale funzionamento dell'assemblea.*

di VALERIO SANGIOVANNI

### **1. La massima**

La mancata approvazione e il mancato deposito dei bilanci per più esercizi determinano un'impossibilità di funzionamento dell'assemblea cui consegue lo scioglimento della società ai sensi dell'art. 2484 c.c.

### **2. I fatti di causa e le questioni giuridiche**

I fatti di causa sono relativamente semplici e possono essere riassunti come segue. Le quote di una società di capitali, in forma di s.r.l., vengono sequestrate\*. Il custode delle quote constata che non si trova la contabilità della società e che l'assemblea da alcuni anni non deposita i bilanci. Inoltre l'amministratore unico della società è impossibilitato a svolgere la propria funzione, essendo sottoposto a misura cautelare restrittiva della libertà personale. Per queste ragioni il custode, ritenendo che la società non sia più in grado di operare ordinariamente e ritenendo altresì che

---

\* In materia di sequestro di quote o azioni cfr. R. D. Cogliandro, *Il sequestro di azioni di s.p.a.: nome penali e civili a confronto*, in *Notariato*, 2010, 524 ss.; P. Genoviva, *Sequestro conservativo di quote di s.r.l. e pubblicità sul registro delle imprese*, in *Società*, 2009, 476 ss.; S. Grossi, *Il sequestro giudiziario di quote di s.r.l. continua a far parlare di sé*, in *Società*, 2010, 496 ss.; A. Picchione, *Sequestro giudiziario di quote di s.r.l.*, in *Notariato*, 2007, 640 ss.; L. Renna, *L'esercizio dei diritti sociali in ipotesi di sequestro di azioni o quote e la violazione del diritto di opzione come causa di annullabilità della delibera*, in *Contr. impr.*, 2010, 323 ss.

# COMMENTI A SENTENZE

## SCIoglimento DELLA SOCIETÀ

condizioni normali di operatività non possano essere ripristinate in tempi brevi, chiede al Tribunale di Brescia che voglia accertare la sussistenza di una causa di scioglimento della medesima.

Dal punto di vista delle questioni giuridiche sottese alla fattispecie illustrata, il Tribunale di Brescia si è dovuto occupare delle cause di scioglimento delle società. Più nello specifico si tratta di accertare se la mancata approvazione del bilancio costituisca causa di scioglimento. La risposta che viene data dall'autorità giudiziaria bresciana è positiva, riconoscendo la sussistenza di un fenomeno di continua inattività dell'assemblea. La situazione patologica in cui versa la società è confermata dal fatto che l'amministratore unico della medesima è assoggettato a misura cautelare restrittiva della libertà personale e, dunque, non può gestire la società e - in particolare - non può nemmeno convocare l'assemblea<sup>†</sup>.

Nel prosieguo illustreremo brevemente quelle che sono le cause di scioglimento delle società di capitali, per poi soffermarci sugli obblighi che fanno capo agli amministratori a fronte del verificarsi di una causa di scioglimento. Infine tratteremo in modo più diffuso la fattispecie specifica oggetto del caso in commento, cioè la continuata inattività dell'assemblea.

### 3. Le cause di scioglimento delle società di capitali

L'art. 2484 c.c. disciplina le cause di scioglimento delle società di capitali<sup>‡</sup>.

---

<sup>†</sup> In tema di convocazione dell'assemblea v. P. Divizia, *Il potere di convocazione dell'assemblea attribuito al singolo fra norma organizzativa e "diritto particolare"*, in *Società*, 2010, 951 ss.; D. Fico, *La convocazione dell'assemblea su richiesta dei soci di minoranza*, in *Società*, 2009, 1224 ss.; F. Gambardella, *In tema di vizio nella delibera di convocazione dell'assemblea*, in *Notariato*, 2010, 657 ss.; F. Di Girolamo, *Convocazione di assemblea di s.r.l. e disservizio postale trent'anni dopo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, II, 243 ss.; E. Timpano, *Un nuovo dilemma per la s.r.l.: convocazione dell'assemblea ope iudicis o ad opera di una minoranza qualificata di soci?*, in *Giur. comm.*, 2010, II, 861 ss.

<sup>‡</sup> Sullo scioglimento delle società di capitali cfr. M. Aiello, *Scioglimento della società e responsabilità di amministratori e sindaci tra "vecchio" e "nuovo" diritto*, in *Giur. it.*, 2010, 2360 ss.; D. Arcidiacono, *Le deliberazioni di scioglimento anticipato e di aumento del capitale lesive degli interessi dei soci di minoranza*, in *Giur. comm.*, 2010, II, 1156 ss.; G. Bianchi, *Accertamento di una causa di scioglimento e legittimazione individuale dei sindaci*, in *Società*, 2005, 893 ss.; C. Bolognesi, *L'ampliamento dell'autonomia privata in tema di scioglimento delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 131 ss.; S. A. Cerrato, *Scioglimento della società e arbitrato: nihil sub sole novi?*, in *Giur. it.*, 2006, 1876 s.; M. De Acutis, *Commento all'art. 2484 c.c.*, in *Commentario breve al codice civile*, a cura di G. Cian, 10<sup>a</sup> ed., Padova, 2011, 3082 ss.; S. Marino, *Scioglimento della società di capitali e responsabilità degli*

# COMMENTI A SENTENZE

## SCIoglimento DELLA SOCIETÀ

Diversamente da quanto avveniva prima del 2003, nel sistema vigente vi è una unica disposizione sulle cause di scioglimento, valevole per tutte le società di capitali (la s.p.a., la s.a.p.a. e la s.r.l.). Dal punto di vista sistematico ciò si riflette nel fatto che l'art. 2484 c.c. (norma di apertura del capo VIII relativo a scioglimento e liquidazione) è collocato dopo la disciplina di tali tre tipi societari. Del resto la rubrica del capo VIII, che si riferisce espressamente alle “società di capitali”, è incontrovertibile sul punto. Ne consegue che le osservazioni che svolgeremo nel prosieguo si possono considerare applicabili a tutti e tre i tipi di società di capitali conosciuti nel nostro ordinamento, anche se – nel caso specifico affrontato dal Tribunale di Brescia – si trattava di una s.r.l.

Il legislatore ha dunque previsto una serie di cause che determinano lo scioglimento delle società di capitali. Prima però di passare a esaminare in dettaglio la fattispecie che è stata oggetto della decisione del Tribunale di Brescia (continuata inattività dell'assemblea), giova passare brevemente in rassegna tutte le ipotesi che la legge considera idonee a determinare lo scioglimento.

Anzitutto va segnalato il decorso del termine quale causa di scioglimento del contratto sociale (art. 2484, comma 1, n. 1, c.c.)<sup>§</sup>. I contraenti godono, in sede di costituzione della società, di libertà, nel senso che possono prevedere una durata della società oppure anche che la società sia a tempo indeterminato (cfr., per la s.p.a., l'art. 2328, comma 2, n. 13, c.c.). Laddove la scelta sia stata nel senso di prevedere una durata della società, si pone il problema di cosa debba succedere nel caso di decorso del termine. Il legislatore, nel rispetto della volontà dei soci, prevede che la società si sciogla. I soci possono evitare questo risultato deliberando, prima della scadenza, una modifica della durata della società (v. l'art. 2369, comma 5, c.c.), il cui scioglimento viene così posticipato nel tempo.

Il secondo caso in cui si verifica lo scioglimento della società si ha per il

---

*amministratori*, in *Vita not.*, 2011, I, 97 ss.; C. Pasquariello, *Commento all'art. 2484 c.c.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 2011, 1326 ss.; D. Restuccia, *Quantificazione del danno ed esercizio dell'azione di responsabilità contro gli amministratori di soc. a resp. lim. in seguito al verificarsi di una causa di scioglimento*, in *Dir. fall.*, 2010, II, 429 ss.; E. Tysserand, *Commento all'art. 2484 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, a cura di P. Cendon, Milano, 2011, 1 ss.

<sup>§</sup> In materia di durata delle società v. E. Picaroni, *Recesso del socio collegato alla durata indeterminata del vincolo sociale e strumenti di reazione della società*, in *Società*, 2007, 1480 ss.; V. Salafia, *Legittimazione dell'opposizione alla proroga tacita della società statutariamente prevista*, in *Società*, 2008, 95 s.; L. Salvatore – E. Simoncelli, *Temine di durata delle società di capitali eccedente la normale aspettativa di vita dei soci e possibilità di applicazione analogica dell'art. 2285 c.c.*, in *Riv. not.*, 2007, II, 1229 ss.; G. Tarantino, *Società a responsabilità limitata con durata superiore alla normale vita umana e recesso del socio*, in *Foro it.*, 2010, I, 3571 s.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 8/2012

# COMMENTI A SENTENZE

## SCIoglimento DELLA SOCIETÀ

conseguimento dell'oggetto sociale o per la sopravvenuta impossibilità di conseguirlo, salvo che l'assemblea, all'uopo convocata senza indugio, non deliberi le opportune modifiche statutarie (art. 2484, comma 1, n. 2 c.c.)<sup>\*\*</sup>. In ambedue i casi (conseguimento dell'oggetto sociale oppure impossibilità di conseguirlo), la società non ha più ragione di esistere. L'attività che costituisce l'oggetto sociale viene descritta nell'atto costitutivo della società (cfr. l'art. 2328, comma 2, n. 3, c.c., per la s.p.a.). Normalmente l'oggetto sociale viene descritto in modo piuttosto ampio (es.: attività di costruzioni). In questo caso l'oggetto sociale è potenzialmente inestinguibile, nel senso che sussisterà sempre l'esigenza di nuove costruzioni. In altre ipotesi, tuttavia, la costituzione di una società avviene per il conseguimento di un obiettivo specifico (es.: la costruzione di un determinato stadio). In questo caso, una volta che l'opera è stata realizzata, è stato conseguito l'oggetto sociale e dunque la società non ha più ragione di esistere. Una fattispecie simile si realizza quando è divenuto impossibile realizzare l'oggetto. Si pensi al caso in cui la società venga costituita per costruire un determinato stadio, ma vengano poi negate le autorizzazioni amministrative necessarie allo scopo: non rimane altra scelta che sciogliere la società. In materia societaria vige peraltro il principio di *favor societatis* (e dunque di conservazione della società, nella misura ragionevolmente possibile). Tale regola trova espressione nel fatto che il legislatore, con disposizione esplicita, consente di conservare la società, purché muti il suo oggetto sociale. In caso dunque di conseguimento dell'oggetto oppure di sopravvenuta impossibilità di conseguirlo, l'assemblea può modificare l'atto costitutivo al fine di ampliare l'attività esercitabile dalla società.

Il terzo caso in cui si verifica lo scioglimento della società è quello oggetto del decreto del Tribunale di Brescia in commento e che analizzeremo in maggiore dettaglio più sotto: l'impossibilità di funzionamento dell'assemblea o la continuata inattività della medesima (art. 2484, comma 1, n. 3, c.c.).

La quarta fattispecie prevista dal legislatore in cui si verifica lo scioglimento della società si realizza a fronte della riduzione del capitale al di sotto del minimo legale

---

<sup>\*\*</sup> Cass., 2 aprile 1992, n. 4023, ha affermato che la delibera di scioglimento di una società di capitali, nell'ipotesi prevista dal n. 6 dell'art. 2484 c.c., comporta l'espressione di una nuova volontà collettiva, modificativa del precedente contratto societario, a differenza che nell'ipotesi di cui al n. 2 dello stesso articolo (scioglimento per conseguimento dell'oggetto sociale o per la sopravvenuta impossibilità di conseguirlo), nella quale la delibera ha invece la funzione di accertamento di un fatto oggetto di una precedente espressione di volontà negoziale; deve, pertanto, escludersi che la delibera di scioglimento della società per conseguimento dell'oggetto sociale, pur se adottata all'unanimità, contenga in sé la volontà di sciogliere comunque la società, indipendentemente dalla causa espressa.

# COMMENTI A SENTENZE

## SCIoglimento DELLA SOCIETÀ

(art. 2484, comma 1, n. 4, c.c.). Già in sede di costituzione la società deve presentare un capitale minimo: nella s.p.a. non può essere inferiore a 120.000 euro (art. 2327 c.c.), mentre nella s.r.l. non può essere inferiore a 10.000 euro (art. 2463, comma 2, n. 4, c.c.). Il capitale minimo deve essere conservato durante tutta l'esistenza della società, svolgendo una funzione di tutela dei terzi: chi contrae con la società deve poter fare affidamento sulla solidità patrimoniale della medesima, espressa anche mediante la previsione di un capitale minimo. Il legislatore prevede che, laddove il capitale si sia ridotto al di sotto del minimo legale, si debba procedere allo scioglimento della società. In queste condizioni difatti la società dispone di talmente poche risorse che il soddisfacimento delle obbligazioni nei confronti dei terzi è stabilmente a rischio. Nell'ottica del *favor societatis*, si può peraltro evitare lo scioglimento se il capitale è ricostituito. La disposizione fa difatti salvi i casi previsti dagli artt. 2447 e 2482-ter c.c.: se gli amministratori convocano l'assemblea, e questa delibera di ripristinare il capitale minimo, non vi è più necessità di procedere allo scioglimento della società. La ragione che imponeva lo scioglimento (scarsa tutela dei creditori sociali) è venuta meno.

Il quinto caso di scioglimento delle società di capitali si realizza nelle ipotesi contemplate dagli artt. 2437-*quater* e 2473 c.c. (art. 2484, comma 1, n. 5, c.c.). Le due disposizioni richiamate si riferiscono alla medesima fattispecie del **recesso del socio**, rispettivamente nella s.p.a. e nella s.r.l. Il recesso impone di liquidare il valore della quota al socio che recede. Può tuttavia capitare che la società non disponga delle risorse necessarie: in questo caso si deve procedere al suo scioglimento.

Il sesto caso previsto dalla legge di scioglimento delle società di capitali si realizza quando l'assemblea delibera in tal senso (art. 2484, comma 1, n. 6, c.c.)<sup>††</sup>. Così come i soci fondatori hanno deciso di costituire la società, all'assemblea è rimesso il potere di far venire meno il vincolo associativo. Si tratta di una basilare espressione dell'autonomia privata (art. 1322, comma 1, c.c.) dei contraenti. Il passare del tempo può implicare una diversa valutazione in merito alla convenienza dell'avventura imprenditoriale che è stata avviata e può condurre le parti a fare venir meno il vincolo associativo. La fattispecie non va confusa con il caso di decorso del termine previsto

---

<sup>††</sup> Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387, ha deciso che non è impugnabile per conflitto d'interessi la delibera di scioglimento anticipato della società ex art. 2484, comma 1, n. 6, c.c., in quanto la situazione di conflitto rilevante ai fini dell'art. 2373 c.c. deve essere valutata con riferimento non già a confliggenti interessi dei soci, bensì a un eventuale contrasto fra l'interesse del socio e l'interesse sociale inteso come l'insieme degli interessi riconducibili al contratto di società fra i quali non è ricompreso l'interesse della società alla prosecuzione della propria attività, giacché la stessa disciplina legale del fenomeno societario consente che la maggioranza dei soci ponga fine all'impresa comune senza subordinare tale decisione ad alcuna condizione.

# COMMENTI A SENTENZE

## SCIoglimento DELLA SOCIETÀ

negli strumenti statuari (ipotesi che ricade sotto il n. 1 dell'articolo in esame); al contrario: il termine non è ancora spirato ma i soci ritengono di non voler continuare l'attività sociale. La fattispecie non va nemmeno confusa con l'ipotesi di raggiungimento dell'oggetto sociale (n. 2 dell'art. 2484 c.c.); al contrario: l'oggetto sociale non è ancora stato raggiunto, ma ciò nonostante i soci vogliono porre fine all'attività sociale.

Il settimo e ultimo caso in cui si verifica lo scioglimento della società è rimesso all'autonomia statutaria: si tratta delle ipotesi previste dall'atto costitutivo o dallo statuto (art. 2484, comma 3, n. 7, c.c.). Gli strumenti statuari possono dunque prevedere fattispecie aggiuntive al cui verificarsi si scioglie la società. La differenza rispetto al n. 6 consiste nel fatto che qui sono predeterminate nello statuto le ipotesi che determinano lo scioglimento.

#### **4. Gli obblighi degli amministratori in presenza di una causa di scioglimento**

L'art. 2485 c.c. disciplina gli obblighi degli amministratori al verificarsi di una causa di scioglimento.

Il principio è che gli amministratori devono, senza indugio, accertare il verificarsi di una causa di scioglimento e procedere agli adempimenti previsti dal comma 3 dell'art. 2484 c.c. (art. 2485, comma 1, periodo 1, c.c.). Anche se la legge utilizza il plurale, l'obbligo di accertamento e di compimento dei successivi adempimenti incombe anche sull'eventuale amministratore unico. Il legislatore ha qui preferito non vincolarsi a un termine preciso (ad esempio di 10 piuttosto che di 20 giorni), utilizzando invece l'espressione – più generica – di “senza indugio”. Del resto bisogna considerare che gli eventi che possono determinare lo scioglimento della società sono molto vari e il loro accertamento può richiedere un tempo maggiore o minore a seconda dei singoli casi concreti. Spetta al giudice adito attribuire, di volta in volta, il corretto significato a tale espressione. In caso di consiglio di amministrazione l'accertamento si concretizza mediante una deliberazione consiliare, con cui tale organo dà atto che si è verificata una causa di scioglimento. Questo dovere di accertamento degli amministratori è stato violato nella fattispecie decisa dal Tribunale di Brescia: risulta difatti dal testo del provvedimento in commento che l'amministratore unico non ha in alcun modo reagito alla mancata approvazione del bilancio da parte dell'assemblea.

Una volta accertata la sussistenza di una causa di scioglimento, l'adempimento cui sono tenuti gli amministratori consiste nell'iscrivere presso il registro delle imprese la dichiarazione in cui si dà atto di essa (art. 2484, comma 3, c.c.). L'iscrizione determina il momento in cui lo scioglimento produce effetti. In via riassuntiva si può

# COMMENTI A SENTENZE

## SCIOGLIMENTO DELLA SOCIETÀ

affermare che gli amministratori sono tenuti a un triplice obbligo: di continuo monitoraggio della situazione della società al fine di riscontrare il verificarsi di eventuali cause di scioglimento; di accertamento del subentro di una causa di scioglimento; di comunicazione al registro delle imprese del sussistere di una tale causa di scioglimento.

A fronte del verificarsi di una causa di scioglimento della società, l'interesse dell'ordinamento è quello alla pronta soppressione della società. Per questa ragione il dovere di accertamento della causa di scioglimento e dell'iscrizione presso il registro delle imprese è rafforzato dalla previsione di una fattispecie di responsabilità civile in capo agli amministratori in caso di omissione<sup>‡‡</sup>. Più precisamente il testo legislativo prevede che gli amministratori, in caso di ritardo od omissione, sono personalmente e solidalmente responsabili per i danni subiti dalla società, dai soci, dai creditori sociali e dai terzi (art. 2485, comma 1, periodo 2, c.c.). In caso di pluralità di amministratori, la previsione di una responsabilità solidale dovrebbe spingere ciascuno di essi a una particolare cura nell'accertare il verificarsi di una causa di scioglimento. Bisogna peraltro dire che già esistono delle clausole generali in materia di responsabilità civile degli amministratori (si vedano gli artt. 2392, 2394 e 2395 c.c. per la s.p.a. e l'art. 2476 c.c. per la s.r.l.). L'art. 2485, comma 1, periodo 2, c.c. non risulta pertanto strettamente necessario nella disciplina delle società di capitali: anche in sua assenza sarebbe senz'altro ricostruibile la responsabilità degli amministratori che omettono di accertare la sussistenza di una causa di scioglimento e di comunicarla al registro delle imprese.

Alla sanzione di carattere civile se ne aggiunge una di tipo amministrativo: una sanzione amministrativa pecuniaria (da euro 206 a euro 2.065) per chi omette di eseguire nei termini prescritti depositi presso il registro delle imprese (art. 2630 c.c.).

La legge continua stabilendo che, quando gli amministratori omettono gli adempimenti, il tribunale, su istanza di singoli soci o amministratori ovvero dei sindaci, accerta il verificarsi della causa di scioglimento, con decreto che deve essere iscritto a norma dell'art. 2484, comma 3, c.c. (art. 2485, comma 2, c.c.). La dichiarazione di scioglimento della società, al sussistere delle condizioni fissate dalla legge, viene

---

<sup>‡‡</sup> In materia di responsabilità degli amministratori cfr., di recente, E. Civerra, *Esiste ancora l'azione di responsabilità sociale dei creditori sociali di una s.r.l.!*, in *Società*, 2011, 514 ss.; A. Gardella, *Azione individuale del socio e dei terzi contro gli amministratori di società straniera e "confini" del diritto societario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, II, 222 ss.; A. Jorio, *La determinazione del danno risarcibile nelle azioni di responsabilità*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 149 ss.; L. Nazzicone, *Responsabilità "da omesso controllo" degli amministratori non esecutivi di società azionaria*, in *Foro it.*, 2011, 1700 ss.; D. Scarpa, *Specificazione di responsabilità e segmentazione gestoria nell'amministrazione di s.p.a.*, in *Resp. Civ.*, 2011, 486 ss.

# COMMENTI A SENTENZE

## SCIoglimento DELLA SOCIETÀ

considerata dal legislatore come un adempimento di fondamentale importanza. Si vuole evitare che la società rimanga formalmente sul mercato (iscritta nel registro delle imprese), nonostante si sia verificata una causa di scioglimento. Per questo motivo si stabilisce che, se gli amministratori non provvedono all'accertamento e al deposito, altri soggetti sono legittimati a intervenire. In particolare viene riconosciuto a singoli soci ovvero ai sindaci la possibilità di ricorrere al tribunale, che – sostituendosi agli amministratori inerti - accerta con decreto il verificarsi della causa di scioglimento.

I soggetti legittimati a chiedere al tribunale l'accertamento della causa di scioglimento sono anzitutto i singoli soci. In questo modo si dà la possibilità anche a chi detiene una piccola percentuale del capitale sociale di sollecitare l'intervento dell'autorità giudiziaria. Nel caso della s.r.l. oggetto del provvedimento del Tribunale di Brescia vi erano due soci, detentori – rispettivamente – dell'1% e del 99% del capitale. Nessuno di essi si era peraltro rivolto al tribunale per chiedere lo scioglimento della società.

Il secondo gruppo di soggetti legittimati a ricorrere al tribunale sono gli amministratori, anche in questo caso da intendersi come singoli amministratori. L'ipotesi cui si riferisce qua il legislatore è quella della presenza di una pluralità di amministratori, ciascuno dei quali può agire in proprio anche nell'ipotesi di inerzia degli altri. Nel caso deciso dal Tribunale di Brescia vi era peraltro un solo amministratore, contemporaneamente socio all'1%, che aveva ommesso qualsiasi iniziativa.

Il terzo gruppo di soggetti che può rivolgersi al tribunale è costituito dai sindaci della società. Bisogna anzitutto notare che il collegio sindacale non sempre è presente nella s.r.l.: dall'art. 2477 c.c. si possono ricavare i casi in cui non è necessaria la presenza di tale organo. In assenza dei sindaci, la disposizione che riconosce loro la legittimazione a rivolgersi al tribunale non potrà pertanto essere operativa.

Si deve inoltre osservare che il testo della legge non brilla per chiarezza, non capendosi con assoluta certezza se è sufficiente l'iniziativa di un singolo sindaco oppure se occorra un intervento del collegio sindacale quale organo per attivare l'intervento del tribunale. Questa seconda soluzione pare ad avviso di chi scrive più conforme al tenore letterale della disposizione, la quale prevede l'istanza – letteralmente - “di singoli soci o amministratori ovvero dei sindaci” (altrimenti si sarebbe parlato di una istanza “di singoli soci, amministratori o sindaci”). Tuttavia, se si pone l'accento sulla tutela sostanziale che la norma intende garantire (nel senso che l'accertamento della causa di scioglimento viene reputata dal legislatore una circostanza importante, da realizzarsi il prima possibile), è legittima anche un'interpretazione più flessibile che attribuisca tale potere a ciascun sindaco: se ciascun sindaco può rivolgersi al tribunale, è più probabile – bastando l'iniziativa di una sola persona - che si realizzi lo scioglimento della società



# COMMENTI A SENTENZE

## SCIOGLIMENTO DELLA SOCIETÀ

(in caso d'inerzia di amministratori e soci), raggiungendosi così l'obiettivo prefissato dal legislatore. A ciò si aggiunga che l'iniziativa di un singolo sindaco richiede meno tempo dell'iniziativa del collegio sindacale, che deve essere formalizzata a seguito di una riunione e deliberazione di tale organo.

L'interpretazione per cui basta un singolo sindaco per attivare il tribunale è rafforzata dal fatto che, altrimenti, la legge avrebbe fatto espresso riferimento a un potere, letteralmente, "del collegio sindacale" (e non "dei sindaci"). In alcuni passaggi della disciplina della s.p.a. il legislatore menziona il "collegio sindacale" (e non i "sindaci") quale soggetto legittimato a compiere determinate attività o a ricevere determinate dichiarazioni. Si pensi al fatto che le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto possono essere impugnate dal "collegio sindacale", inteso evidentemente come organo (art. 2377, comma 2, c.c.). Oppure si rifletta sul tenore letterale della disposizione in forza della quale l'amministratore deve dare notizia anche al "collegio sindacale" (da intendersi pertanto come organo) dell'esistenza di un conflitto di interessi (art. 2391, comma 1, c.c.). La distinzione fra poteri dei sindaci e poteri del collegio risulta poi palese nell'art. 2403-bis c.c.

Il Tribunale di Biella è intervenuto sul punto, decidendo che, quando si verifica una causa di scioglimento di una società di capitali e gli amministratori che hanno l'obbligo di accertarla non vi provvedono, l'istanza di accertamento può essere presentata al tribunale da ogni sindaco singolarmente<sup>§§</sup>. L'autorità giudiziaria biellese ha altresì specificato che l'interesse del sindaco a ottenere l'accertamento dell'avvenuto scioglimento della società deve sussistere non solo al momento della proposizione della domanda, ma per tutto il processo fino alla sua statuizione finale. Pertanto il sindaco cessato dall'incarico prima che il tribunale si sia pronunciato sull'istanza non ha più interesse a ottenere tale accertamento.

Nel caso affrontato dal Tribunale di Brescia, la situazione che si è verificata è più complessa rispetto a quella prevista dalla legge. Il ricorso è stato difatti presentato dal custode delle quote della società. Si è giunti a questa soluzione considerata la situazione di grave patologia in cui versava la società, nella quale né gli amministratori né i soci hanno voluto chiedere lo scioglimento. Con riferimento all'amministratore, si è visto che si trattava di un gestore unico assoggettato a misura cautelare restrittiva della libertà personale. Per quanto riguarda i soci, la società oggetto del procedimento ne presentava due, l'amministratore medesimo e una società di capitali: anche quest'ultima tuttavia non ha proceduto a chiedere lo scioglimento. La situazione di *impasse* è stata risolta nel caso di specie mediante un'istanza al tribunale presentata dal custode delle quote. L'art. 2352 c.c. disciplina il caso del sequestro delle azioni (e l'art. 2471-bis c.c.

<sup>§§</sup> Trib. Biella, 4 giugno 2004, decr., in *Società*, 2005, 893 ss., con nota di G. Bianchi.

# COMMENTI A SENTENZE

## SCIoglimento DELLA SOCIETÀ

quello del sequestro di quote di s.r.l., rinviando peraltro per buona parte al contenuto dell'art. 2352 c.c.). Con una clausola di chiusura, la legge prevede che gli altri diritti amministrativi (diversi da quelli specificati in tale articolo) sono esercitati dal custode (art. 2352, comma 6, c.c.). Fra tali diritti deve ritenersi rientri anche quello di chiedere lo scioglimento della società. In altre parole il custode, gestendo le quote, si è sostituito ai soci nel chiedere al tribunale la dichiarazione di scioglimento.

### **5. Il caso particolare dell'impossibilità di funzionamento o della continuata inattività dell'assemblea**

Nel caso affrontato dal Tribunale di Brescia l'accertamento della sussistenza di una causa di scioglimento della società è stato pronunciato ai sensi dell'art. 2484, comma 1, n. 3, c.c.\*\*\*. A ben vedere questa disposizione distingue fra due fattispecie: l'impossibilità di funzionamento e la continuata inattività dell'assemblea.

L'impossibilità di funzionamento indica che l'assemblea non riesce a deliberare. L'assemblea può anche essere convocata e può anche riunirsi, ma non riesce appunto a deliberare: in altre parole, letteralmente, "non funziona". Possono menzionarsi due casi in cui ciò avviene: il mancato raggiungimento della maggioranza prescritta e l'esercizio del diritto di veto riconosciuto a un socio di minoranza. Il caso tipico d'impossibilità di funzionamento dell'assemblea è quello di dissidi fra soci che impediscono il raggiungimento delle maggioranze necessarie per deliberare. Si immagini una società composta di due soci, ciascuno dei quali detiene il 50% del capitale e che si trovano in continuo contrasto, divenendo così impossibile l'assunzione di deliberazioni assembleari. Una situazione simile può verificarsi anche in presenza di un numero superiore di soci, quando non è comunque possibile raggiungere una maggioranza (si immagini il caso di quattro soci, detentori ciascuno del 25% del capitale, che formano stabilmente due schieramenti contrapposti – tipicamente famiglie diverse - con il 50% ciascuno del capitale). In queste condizioni l'assemblea, seppur esistente (nel senso che, almeno, viene convocata e poi si riunisce), non è funzionante (nel senso che non è in

---

\*\*\* In materia di scioglimento della società per impossibilità di funzionamento o continuata inattività dell'assemblea cfr. F. Bruno, *Scioglimento di società per azioni per impossibilità di funzionamento dell'assemblea*, in *Corr. giur.*, 2005, 548 ss.; D. Fico, *Lo scioglimento di s.p.a. per impossibilità di funzionamento*, in *Società*, 2010, 559 ss.; M. M. Gaeta, *L'impossibilità di funzionamento dell'assemblea: necessità di un accertamento concreto*, in *Giur. mer.*, 2011, 750 ss.; A. Pomelli, *Obbligo degli amministratori di rilevare l'impossibilità di funzionamento dell'assemblea ed esercizio abusivo del diritto di voto*, in *Giur. comm.*, 2001, II, 434 ss.; F. Restano, *Impossibilità di funzionamento dell'assemblea e clausola compromissoria*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 1088 ss.

# COMMENTI A SENTENZE

## SCIOGLIMENTO DELLA SOCIETÀ

grado di prendere alcuna decisione). Un secondo caso, particolare, d'impossibilità di funzionamento dell'assemblea si realizza quando a un socio è riconosciuto il diritto di veto rispetto a certe deliberazioni e tale diritto viene esercitato rispetto a deliberazioni fondamentali per la società.

La continuata inattività dell'assemblea indica una patologia preliminare rispetto all'impossibilità di funzionamento, nel senso che l'assemblea non viene nemmeno convocata o, comunque, non si riunisce. Può ad esempio capitare che l'amministratore non proceda alle convocazioni oppure che i soci, pur convocati, non si presentino alle riunioni assembleari.

L'impossibilità di funzionamento e la continuata inattività si caratterizzano per la loro persistenza nel tempo. Impossibilità di funzionamento significa difatti che la situazione di stallo non appare superabile e dunque è destinata a continuare nel tempo, potenzialmente all'infinito. Allo stesso modo l'inattività rilevante ai fini dello scioglimento è, per espressa previsione di legge, quella "continuata" nel tempo. Da queste considerazioni si può ricavare che una difficoltà (e non una vera e propria impossibilità) di funzionamento così come il fatto che, occasionalmente (e non in modo continuativo), l'assemblea sia inattiva non bastano in sé a determinare lo scioglimento della società. Il principio è stato affermato dalla Corte di cassazione, la quale ha stabilito che l'impossibilità di funzionamento dell'assemblea ricorre solo quando l'organo assembleare appaia stabilmente e irreversibilmente incapace di assolvere le sue funzioni essenziali<sup>†††</sup>. Tale interpretazione giurisprudenziale è stata più di recente confermata dal Tribunale di Ravenna che ha ribadito che l'impossibilità di funzionamento dell'assemblea ai fini dell'art. 2484 c.c. ricorre quando l'organo assembleare appare stabilmente e irreversibilmente incapace di assolvere le sue funzioni di disposizione, di direzione e di controllo essenziali perché l'attività dell'ente possa svolgersi per il raggiungimento dello scopo sociale<sup>†††</sup>.

Si deve altresì ritenere che l'impossibilità di funzionamento dell'assemblea o la continuata inattività della medesima debba riguardare deliberazioni essenziali per la vita della società e non possa desumersi dalla mancata adozione di delibere di altro genere. Per delibere essenziali si intendono quelle che, se non adottate, pregiudicano il funzionamento della società. Sul punto è intervenuto il Tribunale di Milano affermando che, in una società per azioni partecipata in modo paritario da due gruppi di soci, in presenza di un'insanabile e irreversibile contrasto fra i medesimi soci determinante la paralisi dell'organo assembleare, l'approvazione da parte dell'assemblea di delibere

<sup>†††</sup> Cass., 24 ottobre 1996, n. 9267, in *Società*, 1997, 530 s., con nota di A. Cerrai – C. Dini.

<sup>†††</sup> Trib. Ravenna, 3 febbraio 2006, decr., in *Giur. comm.*, 2007, II, 1088 ss., con nota di F. Restano; in *Giur. it.*, 2006, 1875 s., con nota di S. A. Cerrato.

# COMMENTI A SENTENZE

## SCIoglimento DELLA SOCIETÀ

relative a materie neutre e tecniche (quali l'opportunità di avvalersi del condono fiscale), che non denota un ritorno al normale funzionamento dell'organo assembleare, non osta alla necessaria dichiarazione del verificarsi della causa di scioglimento della società per impossibilità di funzionamento dell'assemblea<sup>§§§</sup>. Correttamente l'autorità giudiziaria milanese dà rilievo al fatto che, allorché si è trattato di dover provvedere su punti essenziali per la vita della società (quali l'approvazione del bilancio e il rinnovo delle cariche sociali), i soci si sono trovati stabilmente contrapposti.

Al riguardo può essere utile (ma, a mio avviso non è decisivo) distinguere fra le assemblee ordinarie e quelle straordinarie. Nella s.p.a., la competenza dell'assemblea ordinaria è delineata nell'art. 2364, comma 1, c.c.: essa, fra le altre cose, approva il bilancio, nomina e revoca gli amministratori, determina il compenso degli amministratori e delibera sulla responsabilità degli amministratori. Le competenze dell'assemblea straordinaria sono invece indicate nell'art. 2365, comma 1, c.c.: delibera sulle modificazioni dello statuto, sulla nomina, sulla sostituzione e sui poteri dei liquidatori e su ogni altra materia espressamente attribuita dalla legge alla sua competenza. Le delibere la cui mancata assunzione è idonea a bloccare il funzionamento della società sono, in genere, quelle ordinarie (anche se non può definirsi una regola assoluta in merito). Si pensi difatti alle delibere in merito al compenso degli amministratori (art. 2364, comma 1, n. 3, c.c.) oppure alla loro responsabilità (art. 2364, comma 1, n. 4, c.c.). In questi due casi la delibera è eventuale, senza che la sua mancata assunzione possa determinare lo scioglimento della società. Con riferimento al compenso degli amministratori, può ben capitare che un gestore accetti – espressamente o tacitamente – di lavorare senza remunerazione oppure che la chieda anche a distanza di anni da quando ha iniziato a svolgere la propria attività nei confronti della società<sup>\*\*\*\*</sup>. Un ragionamento simile vale per l'azione di responsabilità: non è ovviamente detto che una società voglia citare per danni i propri amministratori, trattandosi di una mera eventualità, il cui verificarsi non è in sé in grado di destabilizzare a tal punto la società da doverne determinare lo scioglimento.

<sup>§§§</sup> Trib. Milano, 26 giugno 2004, decr., in *Corr. giur.*, 2005, 546 s., con nota di F. Bruno.

<sup>\*\*\*\*</sup> In materia di compenso degli amministratori cfr. A. M. Bentivegna, *Compensi sproporzionati degli amministratori e annullabilità della relativa delibera assembleare*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, II, 96 ss.; C. Chiozzi, *Delibere implicite e compenso degli amministratori*, in *Vita not.*, 2009, I, 691 ss.; L. Folladori, *Sulla determinazione del compenso degli amministratori di s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 1135 ss.; G. Gobbo, *Il compenso degli amministratori: delibere implicite e approvazione del bilancio*, in *Giur. comm.*, 2010, II, 369 ss.; V. Sangiovanni, *La quantificazione del compenso dell'amministratore di s.r.l.*, in corso di pubblicazione in *Giur. mer.*, 2011.

# COMMENTI A SENTENZE

## SCIoglimento DELLA SOCIETÀ

La giurisprudenza mostra i casi in è stata ritenuta sussistente la causa di scioglimento in esame: si tratta proprio delle ipotesi in cui l'assemblea dei soci è chiamata a decidere ordinariamente sulla vita della società.

Una prima significativa causa di scioglimento della società è proprio quella che si è verificata nel caso deciso dal Tribunale di Brescia in commento: quando la società non approva il bilancio. L'approvazione del bilancio costituisce difatti un'attività che la legge reputa necessario che ogni società svolga. Il legislatore si premura pertanto non solo d'individuare, fra le competenze dell'assemblea ordinaria, quella di approvare il bilancio (cfr. l'art. 2364, comma 1, n. 1, c.c. per la s.p.a.), ma specifica altresì che l'assemblea ordinaria deve essere convocata almeno una volta l'anno, entro il termine stabilito dallo statuto e comunque non superiore a centoventi giorni dalla chiusura dell'esercizio sociale (art. 2364, comma 2, c.c.). La violazione di queste disposizioni, consistente nel non approvare il bilancio, configura un inadempimento dell'assemblea idoneo a paralizzare l'operatività della società, cui l'ordinamento risponde con lo scioglimento.

L'approvazione del bilancio è adempimento annuale, ponendosi così il problema se sia sufficiente la mancata approvazione di un singolo bilancio ai fini dello scioglimento della società oppure se sia necessario che la mancata approvazione perduri per almeno due anni. La legge parla di "continuata" inattività dell'assemblea e questa espressione può essere interpretata come necessità che l'assemblea violi più volte il suo dovere di approvazione del bilancio.

In merito al rilievo della mancata approvazione del bilancio, una recente pronuncia del Tribunale di Prato ha affermato che sussiste la causa di scioglimento della società per impossibilità di funzionamento dell'assemblea anche se sia risultato impossibile approvare un solo bilancio d'esercizio, quando siano in concreto ravvisabili sintomi sufficienti per affermare che l'organo assembleare è stabilmente e irreversibilmente incapace di assolvere le sue funzioni<sup>††††</sup>. In altre parole, secondo l'autorità giudiziaria pratese, non vi è tanto un problema di quante volte il bilancio non sia stato approvato dall'organo assembleare, quanto piuttosto la necessità di comprendere il contesto generale in cui ciò è avvenuto. Nel caso di specie vi furono ben nove convocazioni del consiglio di amministrazione dell'assemblea che andarono deserte per il disaccordo totale fra i due soci che detenevano ciascuno il 50% del capitale sociale. Inoltre erano in corso numerosi procedimenti giudiziari e arbitrali fra i soci. Infine una delle parti era fermamente intenzionata a sciogliere la società. Il

---

<sup>††††</sup> Trib. Prato, 12 gennaio 2010, decr., in *Foro it.*, 2010, I, 2253 ss., con nota di N. Purpo; in *Giur. it.*, 2010, 1628 s., con nota di S. Luoni; in *Giur. mer.*, 2011, 747 ss., con nota di M. M. Gaeta; in *Società*, 2010, 559 ss., con nota di D. Fico.

# COMMENTI A SENTENZE

## SCIoglimento DELLA SOCIETÀ

complesso di queste circostanze ha convinto il Tribunale di Prato della impossibilità di funzionamento dell'assemblea, ordinando lo scioglimento della società<sup>\*\*\*\*</sup>.

Volendo provare a fare altri esempi di casi in cui si verifica la causa di scioglimento in esame, si può pensare all'ipotesi in cui l'assemblea non procede a sostituire gli amministratori che mancano ormai da un lungo lasso di tempo. La competenza alla nomina spetta all'assemblea (art. 2383, comma 1, c.c.). La presenza costante dei gestori serve a garantire il funzionamento della società, con la conseguenza che, se l'assemblea non riesce a nominare nuovi amministratori in sostituzione di quelli dimessisi<sup>§§§§</sup> o revocati<sup>\*\*\*\*\*</sup>, sussiste una causa di scioglimento della società. Lo scioglimento non è però determinato tanto dall'assenza di tali organi, quanto piuttosto dal fatto che la loro assenza impedisce all'assemblea di operare. Si pensi solo al fatto che, senza amministratori, non si può preparare il bilancio, che non può pertanto essere approvato dall'assemblea.

Come è noto, l'assemblea non opera necessariamente in tutti e tre i tipi societari cui l'art. 2484 c.c. fa riferimento. Mentre nella s.p.a. e nella s.a.p.a. è l'assemblea l'organo deliberativo dei soci, nella s.r.l. la situazione – dopo la riforma del 2003 – è più articolata, dovendosi ora distinguere fra “decisioni” (art. 2479 c.c.) dei soci e vera e propria “assemblea” dei soci (art. 2479-bis c.c.). Aderendo a un'interpretazione letterale del testo della legge si dovrebbe concludere nel senso che si verifica una causa di scioglimento della s.r.l. solo quando non possa funzionare oppure sia continuamente inattiva l'assemblea, non quando fenomeni simili riguardino mere decisioni dei soci. Appare tuttavia preferibile un'interpretazione estensiva, per la quale si potrà addivenire allo scioglimento della società anche quando l'impossibilità di funzionamento o la

---

<sup>\*\*\*\*</sup> È più risalente nel tempo una decisione di App. Bologna, 18 maggio 1999, decr., in *Giur. comm.*, 2001, II, 430 ss., con nota di A. Pomelli, secondo cui la mancata approvazione del bilancio per due esercizi costituisce chiaro indice dell'impossibilità di funzionamento dell'assemblea e del suo carattere d'irreversibilità.

<sup>§§§§</sup> In materia di dimissioni degli amministratori cfr. F. Bordiga - G. B. Portale, *Clausola simul stabunt simul cadent e cessazione dalla carica di amministratore per rinuncia all'ufficio*, in *Vita not.*, 2009, I, 49 ss.; A. D. Scano, *Dimissioni degli amministratori e successivo scioglimento della società: efficacia e regime pubblicitario*, in *Giur. comm.*, 2005, II, 841 ss.

<sup>\*\*\*\*\*</sup> In tema di revoca degli amministratori v. S. Cerrato, *La revoca dell'amministratore di s.r.l. fra nome novellate e clausole statutarie non adeguate: profili sistematici*, in *Giur. comm.*, 2010, II, 143 ss.; E. Civerra, *La revoca giudiziaria dell'amministratore: analisi dell'art. 2476, comma 3, c.c.*, in *Società*, 2009, 1530 ss.; M. M. Gaeta, *Rapporto di strumentalità fra revoca cautelare degli amministratori di s.r.l. e azione sociale di responsabilità*, in *Società*, 2010, 1382 ss.; M. G. Paolucci, *La revoca cautelare dell'amministratore di s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 1177 ss.; V. Sangiovanni, *La revoca degli amministratori di s.r.l.*, in *Società*, 2007, 1328 ss.

# COMMENTI A SENTENZE

## SCIoglimento DELLA SOCIETÀ

continua inattività riguardi le “decisioni” dei soci. Ciò che il legislatore vuole difatti impedire è che i soci, pur avendo effettuato l’investimento in società ed essendo titolari delle partecipazioni sociali, non riescano a esprimere la propria volontà. E questo risultato può verificarsi anche quando non risulta possibile assumere “decisioni” importanti per la società.

### **6. Cenni all’impossibilità di funzionamento e alla continuata inattività dell’organo amministrativo**

L’assemblea, quale consesso dei soci, è – ovviamente - entità diversa dall’organo amministrativo. L’art. 2484 c.c., nell’occuparsi di cause di scioglimento della società, non dice nulla in merito alla possibilità che si verifichi un’impossibilità di funzionamento dell’organo amministrativo o una sua continuata inattività. L’art. 2484, comma 1, n. 3, c.c. va dunque letto nel senso che solo le patologie dell’assemblea (e non quelle dell’organo amministrativo) possono condurre allo scioglimento della società. Questa soluzione restrittiva si giustifica con il principio del *favor societatis*: la società, se appena possibile, deve essere mantenuta in vita.

Tuttavia, il cattivo funzionamento dell’organo amministrativo può produrre effetti sul funzionamento dell’assemblea, essendo l’operato di amministratori e assemblea strettamente correlato. L’impossibilità di funzionamento dell’organo amministrativo o la sua continuata inattività può senz’altro determinare fenomeni analoghi in capo all’assemblea.

Il caso tipico di mal funzionamento dell’assemblea dipendente da comportamento degli amministratori è quello della omessa convocazione. Nella s.p.a. l’art. 2366, comma 1, c.c. prevede che l’assemblea sia convocata dagli amministratori. Laddove i gestori non provvedano alla convocazione, l’assemblea non avrà modo di riunirsi. Bisogna peraltro dire che l’assemblea, in caso di omissione da parte degli amministratori, può essere convocata su richiesta dei soci (art. 2367, comma 1, c.c.). In casi estremi, laddove né gli amministratori né i sindaci provvedano alla convocazione dell’assemblea, è possibile adire il tribunale, che ordina con decreto la convocazione (art. 2367, comma 2, c.c.). Sarà pertanto normalmente possibile giungere alla riunione assembleare.

Il caso affrontato dal Tribunale di Brescia nella decisione in commento si inserisce nel filone delle pronunce in cui il cattivo funzionamento dell’organo assembleare è dipendente (anche) dal cattivo funzionamento dell’organo amministrativo. Nella fattispecie affrontata dall’autorità giudiziaria bresciana l’assemblea era inattiva anche per il fatto che l’amministratore unico era sottoposto a misura cautelare. Un gestore in queste condizioni non può svolgere alcuna attività per la

# COMMENTI A SENTENZE

## SCIOGLIMENTO DELLA SOCIETÀ

società, conducendola di fatto alla paralisi. Fra le altre cose l'amministratore sottoposto a misura cautelare non può convocare l'assemblea né può predisporre il progetto di bilancio.



# SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

## SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

### NORMATIVA

**L. 4 aprile 2012, n. 35** – La L. di conversione del D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, (cd. Decreto semplificazioni, vds. n. 5/2012 di questa *Rivista*), ha, tra le altre disposizioni, soppresso la possibilità di nominare un sindaco unico nelle società per azioni, abrogando il terzo comma dell'art. 2397 c.c., e ha mantenuto inalterate le previsioni in tema di organo di controllo nelle società a responsabilità limitata, come da ultimo introdotte dal Decreto semplificazioni.

La Legge 4 aprile 2012, n. 35, è stata pubblicata sulla *Gazzetta ufficiale* del 6 aprile 2012, n. 82, suppl. ord. n. 69, entrando in vigore il 7 aprile 2012.

### INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

#### MINISTERO PER LO SVILUPPO ECONOMICO, DIVISIONE XXI, REGISTRO DELLE IMPRESE

**Recesso o esclusione del socio nelle società o società consortili a responsabilità limitata** – Il Ministero per lo Sviluppo Economico, divisione XXI, Registro delle Imprese, con il parere 30197 in data 13 febbraio 2012 diretto alla Camera di Commercio di Treviso e, per conoscenza, a tutti gli altri enti camerali, a seguito dell'abolizione del libro dei soci per le società e per le società consortili a responsabilità limitata disposta dall'art. 16, comma 12-*sexies*, legge 28 gennaio 2009, n. 2, ha inteso precisare che in caso di recesso ovvero di esclusione del socio non è necessario – non trattandosi di un vero e proprio trasferimento della quota sociale – ricorrere alle formalità di cui all'art. 2470 c.c. e che, pertanto, la partecipazione verrà rimborsata dalla società mediante l'utilizzo delle riserve e non acquistata dagli altri soci verso il pagamento di un corrispettivo. Ai fini dell'iscrizione delle variazioni intervenute nella compagine sociale è inoltre necessario procedere alla presentazione di un domanda sottoscritta da un amministratore e corredata da una copia semplice della delibera della società che dispone la liquidazione della quota al socio receduto o escluso

# SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

## CONSOB

**Schede di controllo delle società di revisione** – La Consob ha aggiornato le schede di controllo per le società di revisione, al fine di consentire “*un più agevole adempimento degli obblighi informativi posti dalla legislazione vigente*” sulle relazioni finanziarie annuali degli emittenti azioni ammesse alle negoziazioni nei mercati regolamentati italiani.

La documentazione è disponibile al seguente link:

<http://www.consob.it/main/trasversale/operatori/revisione/index.html>.

## FONDAZIONE CENTRO STUDI UGDCEC

**Mancata istituzione o ricostituzione del collegio sindacale** – La Fondazione Centro Studi dell’UGDCEC ha diffuso una circolare avente ad oggetto “*La mancata istituzione ab origine o ricostituzione del collegio sindacale: possibili conseguenze sulla società e sugli atti societari*”. Tale situazione, si conclude nel documento, in genera profili di responsabilità per gli amministratori analoghi a quelli che si determinano “*in altre ipotesi di mancata attivazione dello scioglimento*” – essendo possibile che tale circostanza integri quanto previsto dall’art. 2484, co. 1, n. 3) – nonché “*invalidità degli atti implicanti un nesso funzionale con eventuali atti dei sindacati*”, tra cui l’approvazione del bilancio e la capitalizzazione dell’avviamento.

Il testo della *Circolare n. 10*, pubblicata il 28 marzo 2012, è consultabile sul sito della Fondazione Centro Studi dell’UGDCEC: [www.knos.it](http://www.knos.it).

## OSSERVATORIO UNIONCAMERE – CNDCEC

**Deposito del bilancio d’esercizio nel Registro delle Imprese** – È stato approvato un documento congiunto dell’Osservatorio Unioncamere e del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili concernente il deposito telematico dei bilanci d’esercizio presso il Registro delle Imprese. Obiettivo della circolare è “*fornire alcune indicazioni riguardo alle novità di legge, principalmente introdotte dal nuovo CAD (Codice dell’Amministrazione Digitale) e proporre delle linee guida uniformi che evitino le diversità di comportamento a livello locale*”, in particolare per quanto attiene al formato elettronico per la redazione del bilancio, la sottoscrizione dei documenti, la dichiarazione di conformità e l’elenco soci.

Il testo del documento, pubblicato il 5 aprile 2012, è reperibile sul sito ufficiale del CNDCEC: [www.commercialisti.it](http://www.commercialisti.it).

## GIURISPRUDENZA

**Iscrizione nel Registro delle Imprese** – Il Giudice del Registro delle Imprese del Tribunale di Verona ha accolto il ricorso avverso il diniego del Conservatore del Registro delle Imprese di trascrivere la domanda giudiziale di accertamento della proprietà di

# SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

quote di società a responsabilità limitata intestate fiduciariamente e di trasferimento delle stesse ai fiduciari, previo pagamento del valore nominale ai fiduciari.

Il Giudice ha ricordato che in giurisprudenza si è “*impresso al c.d. principio di tipicità delle iscrizioni un notevole processo di adattamento*”, in quanto “*i compiti di pubblicità-notizia assegnati al Registro delle Imprese rispondono all’esigenza di assicurare ai terzi che si accingono a stringere rapporti giuridici con la società o con la compagine di essa adeguata informazione in ordine a taluni assetti cruciali della vita sociale onde non metterne a rischio le eventuali attività negoziali*”. Pertanto, il Giudice ritiene non sia “*immaginabile, per il principio di non contraddizione interna, che il legislatore possa aver negato pubblicità erga omnes ad eventi che comunque investono - sia pure in forma interlocutoria - atti e/o fatti per i quali è prevista invece l’iscrizione obbligatoria, posto che simile scelta finirebbe per inficiare gravemente, minandola, la qualità stessa dell’iscrizione tipica*”.

La decisione del Giudice del Registro delle Imprese, 1 aprile 2012, è consultabile sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

**Intestazione fittizia ad un soggetto non impossidente** – La Corte di Cassazione ha precisato il significato dell’art. 12 *quinquies* del D.L. 8 giugno 1992, n. 306, convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 1992, n. 356, avente ad oggetto il “*trasferimento fraudolento di valori*”. La Suprema Corte, invero, ha chiarito che “*se la sproporzione tra capacità reddituale e valore dei beni può essere indice sintomatico di intestazione fittizia [...] non è vera la proposizione reciproca, atteso che è ben possibile che soggetti pur muniti di redditi significativi possano prestarsi ad operazioni interpositorie nell’interesse di chi voglia eludere misure di prevenzione patrimoniali e/o intenda compiere attività di riciclaggio e reimpiego*”. Del ché, si rileva in motivazione, “*la figura del prestanome non necessariamente deve essere quella canonica dell’impossidente*”, potendo, inoltre, sussistere l’intestazione fittizia anche solo di una parte di un bene – partecipazioni societarie nel caso di specie – del quale si detiene effettivamente la restante quota.

Corte di Cassazione penale, 11 aprile 2012, n. 13421.

**Bancarotta fraudolenta per distrazione** – La Suprema Corte è recentemente intervenuta con due sentenze in tema di bancarotta fraudolenta per distrazione.

Con la prima pronuncia ha stabilito che il delitto in parola è configurabile anche con riferimento a beni detenuti in *leasing*, purché, tuttavia, la cessione di detti beni “*determini un effettivo nocumento nei confronti dei creditori, ovvero sia che la permanenza del rapporto negoziale della fallita con i beni rappresenti una risorsa positiva e non un mero onere*”, circostanze queste non riscontrate dal Giudice di merito nella vicenda in esame.

# SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

Con la seconda sentenza, la Corte di Cassazione ha ribadito come “*il mancato rinvenimento all'atto della dichiarazione di fallimento di beni o valori societari costituisca valida presunzione della loro dolosa distrazione, a condizione che sia accertata la previa disponibilità, da parte dell'imputato, di detti beni o attività nella loro esatta dimensione e al di fuori di qualsivoglia presunzione*”.

Corte di Cassazione penale, 11 aprile 2012, n. 13571.

Corte di Cassazione penale, 12 aprile 2012, n. 13858.

**Decretazione d'urgenza e conversione in legge** – Con sentenza 13-16 febbraio 2012, n. 22, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2-*quater*, del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225 (Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie), convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 26 febbraio 2011, n. 10, nella parte in cui introduce i commi 5-*quater* e 5-*quinquies*, primo periodo, nell'articolo 5 della legge 24 febbraio 1992 n. 225 (Istituzione del Servizio Nazionale della Protezione Civile), in quanto l'innesto nell'*iter* di conversione di un decreto legge dell'ordinaria funzione legislativa può essere effettuato, per ragioni di economia procedimentale, a condizione di non spezzare il legame tra decretazione d'urgenza e potere di conversione. Ove tale legame venga meno, la violazione dell'art. 77, comma 2, della Costituzione non deriva tanto dalla mancanza dei presupposti di necessità ed urgenza che possano giustificare l'aggiunta di norme eterogenee – le quali, per l'appunto in virtù del contenuto eterogeneo e del successivo inserimento, non potrebbero collegarsi a tali presupposti –, quanto piuttosto dall'uso improprio da parte del Parlamento di un potere che la Costituzione attribuisce allo scopo preciso di convertire un decreto legge in legge.

Corte Costituzionale, 13-16 febbraio 2012, n. 22.

# SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

## SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

### NORMATIVA

#### **Prorogato il termine per la comunicazione delle concessione di beni in godimento ai soci**

L'Agenzie delle entrate ha prorogato, dal 31 marzo 2012 al 15 ottobre 2012, il termine per la prima comunicazione all'Anagrafe Tributaria dei dati relativi ai beni dell'impresa concessi in godimento a soci o familiari, prevista dal dl n. 138/11, convertito nella legge n. 14811.

La comunicazione in commento deve essere trasmessa da tutti i soggetti che esercitano attività d'impresa in forma individuale o collettiva (ad esempio, imprese individuali, società di persone commerciali, società di capitali, ecc.), a prescindere dal regime contabile. Sono, invece, esclusi dall'obbligo i professionisti, le associazioni professionali, le società semplici, gli enti non commerciali che non esercitano un'attività d'impresa e le società agricole produttive di soli redditi fondiari.

*(Agenzia delle entrate, Provvedimento prot. n. 2012/37049 del 13 marzo 2012)*

#### **Pronto il nuovo modello Iva Tr 2012 per il rimborso e la compensazione del credito Iva**

L'agenzia delle entrate ha reso disponibile, sul proprio sito Internet, il nuovo modello IVA TR, completo d'istruzioni, per la richiesta di rimborso o per l'utilizzo in compensazione del credito IVA trimestrale, delle relative istruzioni e delle specifiche tecniche per la trasmissione telematica dei dati".

La novità più importanti riguardano:

- l'ampliamento delle categorie dei soggetti che possono chiedere il rimborso trimestrale, portata dalla legge n. 217/11 (Comunitaria 2010) entrata in vigore dal 17.03.12, che ha esteso la possibilità d'accesso al rimborso trimestrale anche a quei soggetti che effettuano in un trimestre, nei confronti dei soggetti passivi non stabiliti in Italia, operazioni attive per un importo superiore al 50% di tutte le operazioni effettuate nel periodo;
- la nuova aliquota ordinaria elevata al 21% a decorrere dal 17.09.11;
- il regime di contabilità presso terzi (vedasi ris. 6/11);
- il nuovo limite di Euro 5.000 previsto per la compensazione del credito annuale o infrannuale. Al riguardo si ricorda che l'utilizzo in compensazione del credito

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 8/2012

# SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

trimestrale (in alternativa al rimborso) è consentito, in linea generale, successivamente alla presentazione dell'istanza su modello TR e che il superamento del limite di euro 5.000 (in luogo dei precedenti euro 10.000), riferito all'ammontare complessivo dei crediti trimestrali maturati nell'anno d'imposta, comporta l'obbligo di utilizzare in compensazione il credito solo a partire dal giorno 16 del mese successivo a quello di presentazione dell'istanza.

*(AGENZIA DELLE ENTRATE, PROVVEDIMENTO PROT. N. 2012/42531 DEL 20 MARZO 2012)*

## **Emanato il decreto sull'ACE (Aiuto alla Crescita Economica)**

È stato emanato - in attuazione dell'art. 1 del decreto "Salva Italia" (decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214) - il decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze sull'Aiuto alla crescita economica (ACE) disposto per le imprese che rafforzano la propria struttura patrimoniale.

Il provvedimento disciplina la misura di incentivazione del capitale proprio immesso nell'impresa che opera con modalità diverse per le imprese assoggettate a Ires e per quelle assoggettate a Irpef, anche in considerazione della diversa rilevanza giuridica del patrimonio netto.

*(Ministero dell'economia e delle finanza, Decreto del 14 marzo 2011, in G.U. n. 66 del 19 marzo 2012)*

## **Publicati i cambi delle valute estere per il mese di febbraio 2012**

Sul sito Internet dell'Agenzia delle entrate ([www.agenziaentrate.it](http://www.agenziaentrate.it) – Provvedimenti soggetti a pubblicità legale) è disponibile, con relative tabelle allegate, il Provvedimento recante - ai sensi dell'art. 10, comma 9, del Tuir e agli effetti degli articoli dei Titoli I e II, dello stesso Tuir, che vi fanno riferimento - l'accertamento del cambio delle valute estere per il mese di febbraio 2012.

*(Agenzia delle entrate, Provvedimento del 16.03.12, prot. 2012/41832)*

## **Finanziamenti per i garanti a carico delle società di capitali**

In sede di conversione in legge del decreto legge "Liberalizzazioni" è stato previsto che:

- 1) Art. 5-bis- Finanziamento e risorse dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato:
  - all'onere derivante dal funzionamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato si provvede mediante un contributo di importo pari allo 0,08 per mille del fatturato risultante dall'ultimo bilancio approvato dalle società di capitale, con ricavi totali superiori a 50 milioni di euro;
  - la soglia massima di contribuzione a carico di ciascuna impresa non può essere superiore a cento volte la misura minima.

# SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

- 2) Art. 24-bis - Contributo degli esercenti dei servizi idrici a favore dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas: all'onere derivante dal funzionamento dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, in relazione ai compiti di regolazione e controllo dei servizi idrici, si provvede mediante un contributo di importo non superiore all'uno per mille dei ricavi dell'ultimo esercizio versato dai soggetti esercenti i servizi stessi.

( *Legge di conversione n. 27 del 24/03/12, del dl n. 1/12, in G.U. n. 71 del 24/03/12 – S.O.* )

## PRASSI

### **La Società fiduciaria come sostituto d'imposta**

L'Agenzia delle entrate ha chiarito:

- che una società fiduciaria può fare da sostituto d'imposta anche sulla base di un semplice mandato ad amministrare; ciò però a condizione di poter disporre i necessari disinvestimenti a valere sul conto da lei amministrato per conto della fiduciante nel caso in cui debba procedere al pagamento d'imposte o all'esecuzione di misure esecutive o cautelari adottate nei confronti dello stesso;
- che il trasferimento a un dossier titoli intestato al contribuente delle attività finanziarie scudate con la procedura di rimpatrio giuridico avvalendosi di una fiduciaria "con intestazione", non fa venir meno il regime di segretezza, a condizione che siano contestuali la revoca del primo mandato di amministrazione e la stipula di quello nuovo, alla stessa fiduciaria o a una diversa.

(*Agenzia delle entrate, ris. n. 23 dell'8 marzo 2012*)

### **Aliquota unica sulle rendite finanziarie**

L'Agenzia delle entrate ha emanato una corposa circolare - illustrativa delle novità introdotte dal Dl n. 138 del 2011, che ha unificato al 20% le ritenute e le imposte sostitutive da applicare sui redditi di natura finanziaria.

(*Agenzia delle entrate, circ. n. 11 del 28 marzo 2012*)

### **I notai analizzano lo scioglimento e la liquidazione delle società di capitali**

Il Consiglio Nazionale del Notariato ha fornito una dettagliata analisi delle modalità di gestione delle società di capitali qualora si concretizzi una delle ipotesi di scioglimento o qualora venga dichiarato lo stato di liquidazione.

(*Consiglio Nazionale del Notariato, studio n. 186-2011/I*)

# SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

## GIURISPRUDENZA

### **Le fatture gravemente irregolari legittimano la presunzione di falsità e l'accertamento induttivo**

La Cassazione ha statuito che le fatture gravemente irregolari ben possono essere ritenute false dal fisco, a meno che il contribuente non ne fornisca prova contraria; ciò in quanto “l’omessa indicazione dei dati prescritti dall’art. 21 del dpr n. 633/72 integra quelle gravi irregolarità che, ai sensi dell’art. 39 del dpr n. 600/73, legittimano l’amministrazione finanziaria a ricorrere all’accertamento induttivo del reddito imponibile.

*(Cassazione, sentenza n. 3259 del 2 marzo 2012)*

### **E’ prestazione di servizi imponibile la messa a disposizione di un immobile a un socio**

La Corte di Giustizia della Ue ha statuito che la semplice messa a disposizione di un socio, per il suo uso privato, di un immobile che la società ha imputato alla propria attività economica e per il cui acquisto ha fruito della detrazione dell’Iva, è assimilata a una prestazione di servizi imponibile, non potendo essere considerata una locazione esente da Iva.

*(Corte di giustizia della Ue, sentenza del 29 marzo 2012, causa C-436/10)*

### **Deducibilità Irap per le eccedenze rinviate per quote costanti per le svalutazioni crediti ante 2005**

La Cassazione ha statuito che le eccedenze (rispetto al limite fiscalmente deducibile in ogni esercizio) delle svalutazioni crediti rilevate precedentemente al 2005, la cui deducibilità sia stata rinviata per quote costanti nei 9 esercizi successivi (ai sensi dell’art. 106 comma 3 del TUIR pro tempore vigente), restano comunque deducibili ai fini IRAP anche in detti esercizi.

*(Cassazione, sentenza n. 5403 del 4 apr. 2012)*

### **In presenza di frode fiscale sono sequestrabili anche le somme “scudate”.**

La Cassazione ha statuito che in caso di frode tributaria sono soggette a sequestro anche le somme oggetto di scudo fiscale; ciò in quanto “la causa di non punibilità, prevista dall’art. 1 del dl n. 103/09, si riferisce alle sole condotte afferenti ai capitali oggetto della procedura di rimpatrio e va intesa in termini rigorosamente restrittivi, ciò per non sconfinare in una sostanziale previsione di amnistia, per cui non c’è alcun effetto espansivo esterno nel senso di un’immunità soggettiva in relazione a reati fiscali nella cui condotta non rilevino affatto i capitali trasferiti e posseduti all’estero e successivamente oggetto di rimpatrio.” In ogni caso, la confisca per equivalente, ha a oggetto non già i capitali scudati in quanto tali, ma in quanto rappresentanti il valore



# SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

equivalente a quello da sottoporre a vincolo nella fase cautelare, in correlazione al reato per cui s'indaga.

*(Cassazione, 3<sup>a</sup> sez. pen., sentenza n. 12757 del 4 apr. 2012)*



Fondazione dell'Avvocatura Torinese Fulvio Croce  
Torino, via Santa Maria n. 1

9 maggio 2012

## *Le obbligazioni pecuniarie*

In occasione della presentazione del volume di Bruno Inzitari, *Obbligazioni pecuniarie*, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca. Art. 1277-1284, Zanichelli, Bologna, 2011.

ore 18,00 Registrazione dei partecipanti

ore 18,15 Introduzione del Presidente della Fondazione dell'Avvocatura Torinese Fulvio Croce  
*avv. Marco D'Arrigo*

Presiede e modera l'incontro:

*prof. avv. Gino Cavalli (Ordinario di diritto commerciale - Università di Torino)*

Discutono:

*prof. avv. Paolo Montalenti (Ordinario di diritto commerciale - Università di Torino – già  
Presidente della Fondazione dell'Avvocatura Torinese Fulvio Croce)*

*prof. Michele Graziadei (Ordinario di diritto privato - Università di Torino)*

Sarà presente l'Autore

Aperitivo al termine dell'incontro

*La partecipazione all'incontro è gratuita e dà diritto al riconoscimento dei crediti formativi.  
Ingresso libero fino ad esaurimento dei posti disponibili*

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

# IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

**ItaliaOggi**

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

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

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

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

Vendita esclusiva per abbonamento.

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

**Concessionaria esclusiva per la pubblicità:** Class Pubblicità, via Marco Burigozzo 8 – 20122 Milano Tel. 02/58219500-23 – Fax: 02/58219560 -  
Presidente: Paolo Panerai - Amministratore delegato: Domenico Ioppolo - Vice Direttore generale (finanza e legale) : Francesco Rossi.

## IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

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

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